

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

SUÇA İŞTİRAKTE BAĞLILIK KURALI

Yüksek Lisans Tezi

BERİL TAŞKIN

İstanbul, 2014

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

SUÇA İŞTİRAKTE BAĞLILIK KURALI

Yüksek Lisans Tezi

BERİL TAŞKIN

Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul, 2014



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi BERİL TAŞKIN'ın SUÇA İŞTİRAKTE BAĞLILIK KURALI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 24.06.2014 tarih ve 2014-23/15 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ...03/07/2014...

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. MEHMET EMİN ARTUK
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. MAHMUT KOCA
3.	Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. MEHMET EMİN ALŞAHİN

M. Emin Artuk
M. Koca
M. Emin Alşahin

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	IV
ÖZET	VI
ABSTRACT.....	VII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM: BAĞLILIK KAVRAMI VE BAĞLILIK KURALININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	3
§1. BAĞLILIK KAVRAMI	3
§2. BAĞLILIK KURALININ TARİHSEL GELİŞİMİ	3
I. Batı Hukuku Tarihi.....	3
1. Roma Hukuku	3
2. Cermen Hukuku	7
3. Ortaçağ İtalyan Hukuku.....	11
4. Pandekt Hukuku.....	14
5. XVIII. yy Hukuku.....	16
6. XIX. yy Hukuku	18
II. Türk Hukuku Tarihi	21
1. İslam Hukuku.....	21
2. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi	27
3. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu	29

İKİNCİ BÖLÜM: İŞTİRAK.....	38
§1. İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN YAPISI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	38
I. İştirakin Temeli Olarak Bir Araya Gelmeyi Esas Alan Görüş	38
II. İştirakin Temeli Olarak Nedensel Katkısı Esas Alan Görüş	42
III. İştirakin Temelini Failin Fiiline Katılmak Biçiminde Ele Alan Görüş	44
IV. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeye göre İştirak Hükümlerinin Yapısı ve Hukuki Niteliği	46
§2. SUÇA İŞTİRAKTE SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SİSTEMLER.....	47
I. Teklik (Eşitlik) Sistemi (<i>Einheitstätersystem</i>).....	51
II. İkilik Sistemi (<i>Dualistische Beteiligungssystem</i>).....	54
III. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme.....	56
§3. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMA NEDENLERİ	58
I. Bağlı Hukuki Değere Saldırı	60
II. Saf Nedensellik Teorisi	61
III. Kusura / Haksızlığa Katılma Suçu Teorisi	62
IV. Başkasının Haksızlığını Destekleme Teorisi	64
V. Bağlılık Kuralına Dayalı Nedensellik Teorisi.....	66
§4. FAİL - ŞERİK AYRIMI	68
I. Fail ve Şerikin Belirlenmesinde Sübjektif Ölçütü Esas Alan Teoriler.....	69
1.Kast Teorileri	70
2. Menfaat Teorileri	72
II. Fail ve Şerikin Belirlenmesinde Objektif Ölçütü Esas Alan Teoriler.....	76
1.Biçimsel Objektif Teori	76
2. Maddi Objektif Teori	78
III. Fiile Hakimiyet Teorisi	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: BAĞLILIK KURALI	83
§1. BAĞLILIK KURALI ŞEKİLLERİ	84
I.Asgari Bağlılık Kuralı (<i>minimale Akzessorietät</i>)	86
II.Aşırı Bağlılık Kuralı (<i>extreme Akzessorietät</i>)	87
III.Sınırlı Bağlılık Kuralı (<i>limitierter Akzessorietät</i>)	90
A.Niceliksel Bağlılık (<i>quantitative/äußere Akzessorietät</i>)	93
B.Niteliksel Bağlılık (<i>qualitative/innere Akzessorietät</i>)	102
a.Kast	102
b.Hukuka Aykırılık	107
§2. BAĞLILIK KURALININ İŞLEVİ.....	117
I.Şeriklerin Sorumlu Kılınması.....	119
1.İştirak İradesi	122
2.Failin Fiiline İlişkin Kast	126
3.Şerikin Sorumluluğunun Belirlenmesinde Özel Durumlar.....	130
A. Failin Fiilinin Şerikin Kastıyla Uyuşmadığı Durumlar	130
B. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça İştirak	132
C. Nitelikli Hallerin Şeriklere Sirayeti	134
II.Özgü Suçlar	138
§3. İÇTİMA.....	141
SONUÇ.....	144
KAYNAKÇA.....	148

KISALTMALAR

ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	bakınız
C.	cilt
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CK	Ceza Kanunu
Çev.	çeviren
E.	Esas
FS	Festschrift
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	Juristische Schulug
K.	Karar
MittIKV	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
NAC	Neues Archiv des Criminalrechts
NDB	Neue Deutsche Biographie
öStGB	Österreichische Strafgesetzbuch
s.	Sayfa

S.	Sayı
StGB	Strafgesetzbuch
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
vd.	ve devamı
Y.	yıl
YCD	Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy	yüzyıl
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Özet

Modern ceza hukukunda sorumluluk, kolektif sorumluluğu kabul eden Orta Çağ ceza hukukundan ve müşterek ve müteselsil sorumluluğu kabul eden borçlar hukukundan farklı olarak şahsidir. Kanunilik ilkesine göre de ancak suçun kanuni tanımına uygun davranışı gerçekleştiren kişi fiilden sorumlu olacaktır. Bu durum suçun işlenişe katılan ancak davranışları kanuni tanıma uygun olmayan kişilerin cezalandırılmasına engel olmaktadır. Ancak suçu bizzat işleyenler yanında suçun işlenmesinde katkısı bulunanlar da bir şekilde sorumlu tutulmakta ve sorumluluklarının kapsamı zaman içinde gelişen iştirak kuralları çerçevesinde belirlenmektedir. Suça katkı sağlayanların sorumluluklarının failin fiiline bağlı olarak belirlenmesine bağlılık kuralı adı verilmektedir.

Çalışmamızda öncelikle suçun işlenmesine katkı sağlayanların sorumluluklarının belirlenmesine ilişkin tarihi süreçten bahsedilmiştir. Devamında günümüzde uygulanan iştirak hükümlerinin yapısı ve bağlılık kuralı üzerinde durulmuş, şerikin failin fiiline bağlı olarak cezalandırılması hususunda öğretide yer alan tartışmalara yer verilmiş ve uygulamada karşı karşıya gelinen sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *iştirak, fail, şerik, yardım eden, azmettiren, bağlılık kuralı*

Abstract

Modern concept of criminal liability is a strictly personal one as opposed to joint & several liability concepts of tort law and collective liability concept of medieval criminal law. Correspondingly only the one whose conduct fits the statutory definition of the crime can be held responsible according to the principle of legality. This prevents the punishment of those who participate in the crime but whose actions do not fit the definition. Still those who contribute to the crime is held liable somehow and the scope of their liability is determined in accordance with the participation rules developed throughout history. It is denominated as principle of accessoriness when the extent of the liabilities of the persons who participate in the crime depends on the principal's action.

In this study, first we mentioned about the historical process of the specification of the accessory liability. Later we discussed the present day participation rules, their structure and the accessoriness. After we summarized the academic arguments about the derivative nature of the accessory's liability, we made our suggestions on the problems of practitioners.

Keywords: *participation, principal, accessory, aider and abettor, instigator, principle of accessoriness*

GİRİŞ

Suçlar kanuni tariflerinde çoğunlukla tek kişi tarafından işlenebilecek şekilde düzenlenmektedir. Ancak nitelikleri gereği tek failli olan bu suçların birden çok kişinin katılımıyla gerçekleşmesi de mümkündür. Tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde suça iştirak söz konusu olur. Modern ceza hukukunda iştirak halinde işlenen suçlarda suça katkı sağlayanlar fail ve şerik olarak ayrılmakta ve failer kendi fiillerinden sorumlu tutulurken, şeriklerin sorumluluğu failin fiiline bağlı olarak belirlenmektedir. Failin fiili ile şerik arasındaki bu ilişkiye ise bağlılık kuralı adı verilmektedir. İşte çalışmamızın konusunu oluşturan bağlılık kuralı, suçun işlenmesine katkı sağlayan, ancak bu katkısı faillik derecesine varmayan şeriklerin işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde bağlılık kavramı tanımlanacak ve tarihsel süreçte bir suçun birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesi halinde suça katılanların sorumlulukları belirlenirken uygulanan kurallar değerlendirilecektir. Batı ve Türk hukuk tarihi kronolojik olarak incelenerek bu kuralların bağlılık kuralıyla benzerlikleri ve farklılıkları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın “*iştirak*” başlıklı ikinci bölümünde ise öncelikle iştirak hükümlerinin yapısına ve hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde yer alan teoriler ve bu teorilere bağlı olarak ulaşılan sonuçlar ortaya konulacaktır. İştirakin hukuki niteliğinin ve yapısının belirlenmesinin ardından suçun işlenişine katılanların ceza sorumluluklarının hangi esaslara göre belirleneceğinin tespitine ilişkin sistemler ele alınacaktır. Daha sonra fail kavramının geniş olarak veya dar olarak belirlenmesinin bir uzantısı olan bu sistemler, Alman öğretisi esas alınarak kavramsal nitelendirmelere göre sınıflandırılacaktır. Buna bağlı olarak teklik sistemi ve ikilik sistemi açıklanacak ve bu sistemlerin bağlılık kuralı ile ilişkisi irdelenecektir. Çalışmamızın devamında çözüm aradığımız birçok tartışmanın çıkış noktası olan iştirakin cezalandırılma nedeni analiz edilecek; suça katılan kişilerin kendi meydana getirdikleri haksızlıktan dolayı mı yoksa kanuni tanımda yer alan hareketin meydana getirdiği haksızlıktan dolayı mı cezalandırılacağına ilişkin tartışma çerçevesinde cezalandırma nedenine ilişkin öğretilerde yer alan teoriler incelenecek ve bu teorilerinin bağlılık kuralı ile ilişkileri ele alınacaktır.

İkinci bölümün sonunda şerikin failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmasını öngören bağıllık kuralının uygulanabilmesi için ayrıştırılması şart olan fail ve şerik kavramlarına yer verilecektir. Suça katılanları ayırma konusunda ortaya atılan teoriler ayrımı yaparken dayandıkları esasa göre, objektif ve sübjektif teoriler olarak iki ana başlık altında sınıflandırılacak ve daha sonra ayırımın yapılmasında hem objektif hem sübjektif bir değerlendirme yapan fiile hâkimiyet teorisi incelenecektir.

İlk bölümde tarihçenin ve ikinci bölümde konuyla ilgili teorilerin açıklanmasının ardından, üçüncü bölümde şerikin sorumluluğunun failin fiiline bağlı olarak belirlenmesi yani bağıllık kuralı ayrıntılı olarak ortaya konulacaktır. Bu bağlamda ilk olarak şerikin sorumlu tutulması için asıl fiilin sahip olması gereken niteliklere göre farklılık gösteren bağıllık kuralı şekilleri üzerinde durulacak, daha sonra Alman ve Türk ceza kanunlarında kabul edilen sınırlı bağıllık kuralının şartları incelenecek ve bu şartlara ilişkin öğretide yer alan tartışmalara ve uygulamada karşımıza çıkan sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunulacak, devamında ise bağıllık kuralının işlevi hususundaki görüşlerimize yer verilecektir. Ve son olarak şeriklerin tek hareketle birden fazla suça katkıda bulunmaları halinde sorumluluğun nasıl belirleneceği değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM: BAĞLILIK KAVRAMI VE BAĞLILIK KURALININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Ş1. BAĞLILIK KAVRAMI

Bağlılık terimi mevzuatımıza 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 40. madde başlığı ile girmiştir. Maddenin içeriği ve gerekçesinden bunun Alman öğretisindeki “*Akzessorietät*” kavramını karşıladığı anlaşılmaktadır.

Akzessorietät kelimesi Latince “*accedere*” fiilinden türemiştir. Bu fiilin önceleri yaklaşmak, yanaşmak, girmek ve daha sonraları katılmak, bütünlemek gibi anlamları olmakla birlikte bağlamak ya da bağlanmak gibi bir anlamı yoktur. Fiil modern dillerde de -örneğin İngilizcedeki *to accede* (katılmak) ve *to access* (erişmek)- anlamını korumuştur. Günlük Türkçede bu kökten gelen tek kelime olan ve Fransızca yoluyla dilimize geçen “aksesuar” kelimesi; eklenti, tali, yardımcı anlamlarına gelmektedir. Aksesuar (fr. *accessoire*) kelimesine benzer şekilde türeyen İngilizce “*accessory*” terimi ise daha 15. yy'da İngiliz ceza hukukunda “suça yardım eden” anlamında kullanılmaya başlamıştır.¹ Bugün dahi *accessory*, daha az cezayı gerektiren bir tür fer'i şerik (krş. *accomplice*) olarak Anglo-Sakson hukuku terminolojisinde varlığını devam ettirmektedir.

Ş2. BAĞLILIK KURALININ TARİHSEL GELİŞİMİ

I. Batı Hukuku Tarihi

1. Roma Hukuku

Yaklaşık üç bin yıl önce Roma İmparatorluğu içinde oluşan ve gelişen Roma hukuku, bugün Avrupa ülkelerinde uygulanan hukuk sistemlerine temel teşkil etmektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanan kamu hukuku-özel hukuk ayrımının temeli de Roma hukukuna dayanmaktadır². Ancak bu ayrım o dönemde günümüzde olduğundan farklı kıstaslara göre yapılmaktaydı. Buna göre kamu hukuku

¹ Bkz. <http://www.etymonline.com> (Erişim Tarihi 11.05.2014)

² Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yüksel, Mehmet**, “Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı ve Günümüzdeki Anlamı”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.41-42, 2008, s.49 -73.

(*ius publicum*) Roma devletinin işleyişine ve teşkilatına ilişkin konuları kapsamakta iken özel hukuk (*ius privatum*) Roma vatandaşlarının ilişkilerini düzenlemekteydi.

Roma'nın ilk dönemlerinde ceza hukuku büyük ölçüde örf ve adet hukukuna dayanmakta, ayrı bir ceza hukuku sistemi bulunmamaktaydı³. Devlet ancak doğrudan Roma devletinin çıkarlarını ilgilendiren konularda (ör: vatan ihanet) kovuşturma hakkına sahipti. Çıkar ve yarar felsefesine göre 12 Levha Kanunları ile yapılan bu ayırım sonucunda suçlar açısından özel suçlar ve kamu suçları şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır⁴. İlgili suç tipinde korunan hukuki değer Roma vatandaşlarının çıkarları olduğu suçlar, özel suçlar (*delicta privata*); korunan hukuki değer Roma devletinin çıkarı olduğu suçlar ise kamu suçları (*delicta publica* veya *crimina*) olarak nitelendirilmiştir. Oysa modern ceza hukuku doktrininde, tüm suçların koruduğu hukuki değerlerin bireye ait olduğu; devlet ve toplumun ise bazı hukuki değerlerin yalnızca taşıyıcısı olarak görüldüğü kabul edilmektedir⁵. Öte yandan günümüzde borçlar hukuku kapsamında ele alınan bazı haksız fiiller de Roma'da birer özel suç olarak kabul edilmekteydi. M.Ö. 3. yy'dan itibaren Roma devletinin güçlenmesiyle, kamu suçlarının çok dar olan kapsamı belli ölçüde zenginleştirilmiş, suçluluğu kontrol altına alabilmek için bireylerin hakları sınırlanmış, devletin yetkileri genişletilmiştir⁶.

Roma hukukunda suça iştirak şekilleri arasında bir ayırım öngörülmüş fakat sorumluluk açısından ayırım yapılmayarak, suça katılan herkesin eşit şekilde sorumlu olması kabul edilmiştir⁷. Başkasının fiiline katılan kimse, katkısı ne oranda olursa olsun fiilin tüm neticeleri kendisine mal etmiş sayılmaktaydı⁸. Buradan eski Roma hukukunda failliğin geniş anlamda ele alındığı⁹ sonucuna ulaşabiliriz. Ancak bazı suç tiplerinde ise suça şerik olarak katılmak bağımsız bir suç tipi olarak değerlendirilmekteydi¹⁰. Bu nedenle Roma hukukunda bazı özel durumlar açısından azmettirme suçundan veya

³ **Koschaker, Paul - Ayiter, Kudret**, Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s.22.

⁴ **Özbek, Veli Özer - Kanbur, M. Nihat - Doğan, Koray - Bacaksız, Pınar - Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2011, s.87.

⁵ **Koca, Mahmut - Üzülmüş, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.108.

⁶ **Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe**, s.90.

⁷ **Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.638.

⁸ **Erem, Faruk**, "Suça İştirak", AÜHFD, C.3, S.1, 1946, s.63.

⁹ **Bloy, Rene**, Die Beteiligungsfomals Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin 1985, s.47.

¹⁰ **Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.24.

yardım etme suçundan bahsetmek mümkün görünmektedir. Genel olarak suça katılanlar arasında sorumluluk açısından ayırım yapılmamasına rağmen, birçok metinde -tam bir terim birliği olmamakla beraber¹¹- fail (*auctores*), müşterek fail (*correi*), yanyana fail, şerik (*conscii*), azmettiren (*instigatores*) ve yardım eden (*adiutores*) ayırımına gidilmiştir¹². Metinlerde iştirak şekillerinin her birinden ayrı terimlerle söz edilmesini bu kavramlar arasındaki farkın gözetildiği şeklinde yorumlamak mümkün olmakla birlikte, Roma hukukunda suça katılanların suçtan eşit şekilde sorumlu tutulduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Ancak suça katılan her birey için ayrı tanımlamaların yapılmış olması bizi hâkimin takdiri ile şeriklere uygulanan cezalarda failin cezasına göre ağırlaşma veya aksinin yapılabileceği¹³ sonucuna götürmektedir. Bunun yanı sıra, genel bir iştirak teorisi bulunmamakla birlikte bazı özel suç tipleri açısından iştirak hükümlerinin uygulandığı gözlenmektedir. Örneğin, adam öldürme (*parricidium*) ve hırsızlık (*furtum*) suçlarında iştirak hükümlerinin ve bağlılık kuralının uygulandığı görülmüştür¹⁴. Yalnız 5237 sayılı Kanun'da yardım etmek olarak düzenlenen “suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek” fiili Roma'da ancak suçun işlenmesi açısından yararlı bilginin verilmesi halinde cezalandırılıyordu. Suç işleme düşüncesi olmayan kişiyi suç işlemeye yönlendiren kişi, azmettiren olarak cezalandırılırken; suç işleme düşüncesi olan kişiyi suça teşvik etmek cezalandırılmamaktaydı¹⁵.

Eski Roma hukukçusu Domitius Ulpianus'un metinlerinden¹⁶ iştirakin ancak tamamlanmış suçlar söz konusu olduğunda cezalandırılabilirdi sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre fiilin oluşumuna kasten¹⁷ katkıda bulunan her birey, fiil meydana geldiği zaman olay yerinde bulunup bulunmamasından bağımsız olarak bu fiilden sorumludur. Ancak fiilin tamamlanması herhangi bir sebeple engellenirse suçun oluşmamasından tüm katılanlar yararlanır¹⁸. Buradan Roma hukukunda niceliksel

¹¹ **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.24.

¹² **Mommsen, Theodor**, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, s.98; **Evik, Vesile Sonay**, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011, s.8.

¹³ **Sancar, Türkan Yalçın**, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s.43.

¹⁴ **Bock, Dennis**, Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre: Täterschaft und Teilnahme im Römischen Strafrecht, Berlin 2006, s.122 vd.

¹⁵ **Evik**, s.9.

¹⁶ **Bock**, s.165 vd.

¹⁷ Suça katılanların fiillerinin kasten olması gerektiği metinlerde özellikle belirtilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda da azmettiren ve yardım edeni düzenleyen maddelerde şeriklerin kasten hareket etmeleri gerektiği belirtilmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde kasta ilişkin bir vurgu bulunmamaktadır.

¹⁸ **Langenbeck, Wilhelm**, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, Jena 1868, s.75.

bağlılık (*quantitative Akzessorietät*) kuralının¹⁹ izlerine rastlandığı sonuca ulaşabilir. Hatta şeriklerin cezalandırılması suçun tamamlanmasına bağlandığından katı bir niceliksel bağlılığın söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Suçun tamamlanamaması halinde iştirakçilerin tümünün bu durumdan yararlanması ve cezalandırılmaması, azmettirme ve suça yardım etme fiilinde bulunanların cezalandırılmasını, asıl fiili gerçekleştirecek olanın becerilerine veya şansa bağlamaktadır²⁰. Suçun gerçekleşmesi için gerekli fiilleri yapanlar amaçlanan sonuca ulaşılmaması halinde cezasız kalacaklardır. Buradan hareketle; Roma hukukunda tek başına hukuka aykırı, haksız bir davranışta (azmettirme) bulunmanın cezalandırılmadığı, bu davranışın cezalandırılmasının failin suçu tamamlamasına bağlı olduğu, bir başka ifade ile eski Roma'da niceliksel bağlılık kuralının uygulandığı sonucuna ulaşabiliriz. Ancak bu failin fiili tamamlamasıyla şeriklerin cezalandırılması arasındaki bu niceliksel bağın modern ceza hukukunda olduğu gibi iştirakin cezalandırılma nedenini belirleyen bir şart olup olmadığı hususunda açıklama yapılamamaktadır. Modern ceza hukukunda suça katılanların sorumluluğu bağlılık kuralına dayanarak belirlenmekte ve failin fiili gerekli şartları taşımadığında şeriklerin sorumluluğundan bahsedilmemektedir. Roma hukukunda ise elde ettiğimiz bilgilerden failin fiili tamamlanmadığında şerikin cezalandırılmadığı sonucuna ulaşmaktayız ancak bunun sebebinin şeriklerin sorumlu tutulmamasına mı bağlandığı yoksa failin tamamlanmasının cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu hususu belirsizdir. Ancak failin fiili ile şerikler arasındaki bu niceliksel bağlılığın modern ceza hukukunda olduğu gibi iştirakin cezalandırma nedeninin temeline bağlı olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılamamaktadır²¹.

Tüm bunlara rağmen Roma hukukundaki suçları ve bunların cezalandırılmalarını incelediğimizde; birden çok kişinin iştiraki ile meydana gelen suçların cezalandırılmasında modern ceza hukuku iştirak sistemlerinden bağlılık kuralı temelli ikilik sisteminin uygulanmadığı görülmektedir²². Bağlılık kuralı ikilik sistemi ile

¹⁹ Suça iştirakte bağlılık kuralının iki unsurundan biri olan niceliksel bağlılık kuralı aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

²⁰ Alman Ceza Kanunu'nda azmettirmeye teşebbüs cezalandırıldığından, Alman hukukçular Roma hukukundaki bu durumu eleştirmişlerdir. Türk hukukunda ise azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmamaktadır.

²¹ **Langenbeck**, s.75.

²² **Bock**, s.211.

özdeşleşmiş bir kural olduğu için tek faillik sisteminde niceliksel bağlılığın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır²³.

Tüm bu bilgiler ışığında, Roma ceza hukukunda bağlılık kuralının niceliksel boyutunun var olduğu, ancak niteliksel bağlılık kuralının o dönemde henüz tanınmadığı sonucuna ulaşabiliriz.

2. Cermen Hukuku

Cermen hukuku; Cermen kavminin içinde doğmuş ve gelişmiş, yabancı hukuk sistemlerinin etkisi altına kalmamış, örf ve âdete dayanan bir hukuk sistemidir.

Modern ceza hukukunda suçun manevi unsuru olarak kabul ettiğimiz, kişi ile gerçekleştirdiği davranış arasındaki manevi bağ²⁴, Cermen hukukunda suçun oluşumu açısından bir değer taşımamaktaydı. Kanuna aykırı davranışın gerçekleştirilmesi, haksızlığın oluşması için yeterliydi²⁵. Temeli intikam düşüncesine dayanan bu sistemde neticenin meydana gelmiş olması suç oluşmuş sayılması için yeterli görülmemekte, failin fiili kasten veya taksirle yapmış olması hatta dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyen bir kaza sonucunda neticenin meydana gelmiş olması suçun oluşması bakımından bir önem arz etmemekteydi. Cezalandırma açısından manevi unsur ve kusurun herhangi bir etkisi kural olarak yoktu. Bu kuralın bir istisnası, modern ceza hukukunda uygulanan dolaylı fail kurumuyla benzerlik gösteren şekilde, sahibinin emri ile suç işleyen köleler açısından uygulanmaktaydı. Buna göre; özgür olmayan bir kişinin sahibinin emriyle suç işlemesi halinde, köle cezalandırılmıyor, köle sahibi ise fiili kendi işlemiş gibi cezalandırılıyordu²⁶.

Somut olaylara ilişkin metinleri ayrıntılı olarak ele alan Wilda; kavramsal olarak farklı iştirak şekillerinin düzenlendiği, ancak bu düzenlemelerin de belli bir gelişim içerisinde bir sonraki döneme aktarılmadığı, bu nedenle bazı iştirak şekillerinin

²³ Tek faillik sisteminde niceliksel bağlılık kuralının uygulanmasının mümkün olduğunu savunan yazarlar: **Detzer, Klaus**, Die Problematik der Einheitstäterlösung, Nürnberg 1972, s.86; **Hamdorf, Kai**, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, Freiburg 2002, s.29. Aksi görüş için bkz. **Kienapfel, Diethelm**, Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt 1971, s.1.

²⁴ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.313; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.137; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.227; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.95.

²⁵ **Çağıl, Orhan Münir**, “Garp Hukuk Tarihinde Cermen Devri”, İÜHF, C.23, S. 1-2, 1958, s.57; **Schmidt, Eberhard**, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafpflege, Göttingen 1965, s.31.

²⁶ **Brunner, Heinrich**, Deutsche Rechtsgeschichte Band II, Leipzig 1892, s.569.

daha eski döneme ilişkin metinlerde görülmesine karşın yeni metinlerde var olmadığı, her hükümdarın o günün sorunlarına ilişkin kurumlar ve yaptırımlara başvurduğunu belirtmiş, birçok metinde iştirak şekilleri arasında net bir ayırım yapılmadığının üzerinde durmuştur²⁷. Eski metinlerde fail tanımında “mağduru kılıcıyla yaralayan” ve “mağdurun kanı silahını boyayan” gibi ifadelere yer verilmiş; fail, fiili kendi elleriyle gerçekleştiren olarak nitelendirilmiştir²⁸. Köle ve sahibi, aile fertleri ve aile babası arasındaki ilişkilerde yukarıdaki örnekte de verildiği gibi dolaylı faillik ilişkisine rastlanmaktadır. Ancak dolaylı failliğin aksine müşterek faillik kurumu Cermen hukukunda tanınmamaktaydı²⁹.

İştirak şekilleri arasında, azmettiren ile yardım eden kurumlarının şekillenmesi ve isimlendirilmesi diğer kurumlara oranla daha yavaş olmuştur. İlk zamanlarda failin fiili işlemesine yardım eden ve faili azmettiren cezalandırılmadan, yalnızca fail cezalandırılarak adalet tesis ediliyordu. İlerleyen dönemlerde ise bazı metinlerde istisnai olarak şeriklerin sorumluluğu düzenlenmeye başlanmıştır³⁰. İlk olarak öldürme suçları için düzenlenen azmettirenin sorumluluğu, zamanla farklı suçlar için de uygulanmaya başlamıştır. Yardım eden açısından sorumluluğun oluşturulmasında ise, tüm üyelerin fail kabul edildiği örgüt suçlarında zamanla kişilerin fiile katkılarına göre farklı ele alınmaları etkili olmuştur³¹. İlk zamanlarda yalnızca örgütlü suçlar için kullanılan bu tanımlar zamanla tüm suç tipleri açısından geçerlilik kazanmıştır. Bununla birlikte, azmettiren ile yardım eden arasındaki ayırım günümüzde olduğu şekliyle birebir aynı değildi. Metinlerde “*Radhbani*”³² olarak yer alan suça katılanın tanımı, modern ceza hukukundaki azmettiren ve yardım edenin bazı fiillerini kapsamaktaydı. Buna göre faile işleyeceği suç hakkında yol gösteren, teşvik eden veya kişide suç işleme düşüncesini oluşturan kişi *Radhbani* olarak adlandırılmaktaydı.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen asli manevi iştirak ve ferî manevi iştirak statülerinin Cermen hukukunda tek tanım altında toplandığı

²⁷ **Wilda, Wilhelm Eduard**, Geschichte des Deutschen Strafrechts Band I: Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842, s.610.

²⁸ **Wilda**, s.610.

²⁹ **Conrad, Hermann**, Deutsche Rechtsgeschichte Band I, Karlsruhe 1954, s.233.

³⁰ **Brunner**, s.742.

³¹ **Brunner**, s.571.

³² **Schlutter, Gustav**, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, Breslau 1941, s.19.

görülmektedir. Bu durumda bu iştirak türünü manevi iştirak olarak isimlendirebiliriz. 5237 sayılı Kanun'da fiil işlenmeden önce ve fiilin işlenmesi sırasında yardımda bulunmak olarak gösterilen ve yardım eden başlığı altında düzenlenen hareketlere ise “*Haldbani*³³” ismi verilmiştir. İlk zamanlarda sadece öldürme suçunda mağduru tutan ve faile yardım edene verilen bu isim daha sonra genel olarak failin fiili meydana getirdiği sırada yanında bulunan ve faile ihtiyaç halinde yardım eden herkes için kullanılmaya başlanmıştır.

Cermen hukukunda teşebbüs cezalandırılmamakta, bir davranış gözle görülebilir hukuki netice doğurmadan suç sayılmamaktaydı³⁴. Ancak bazı durumlarda netice gerçekleşmemesine rağmen davranışın bağımsız bir suç tipi³⁵ teşkil ettiği görülmektedir. Bağlılık kuralının nicelik unsuru bakımından değerlendirdiğimizde, tamamlanmamış suça iştirakin mümkün olup olmadığına ilişkin herhangi bir metne veya bir kaynağa rastlanamamasına³⁶ rağmen, suçun tamamlanmaması halinde failin dahi cezalandırılmadığını düşündüğümüzde şeriklerin de cezalandırılmayacağı anlaşılmaktadır.

II. Waldemar'ın kanunlarında (*das Jütische Recht*) “faile silah sağlayan ancak mağdurun ölmesi veya yaralanması halinde cezalandırılır” hükmüne yer verilmiştir³⁷. Aynı şekilde Langobarden Kralı Rothari'nin kanun derlemelerinin (*Edictus Rothari*) 307. bölümünde de araç sağlayarak yardım edenin sorumluluğuna ancak asıl failin bir haksızlık meydana getirmesi durumunda gidileceği düzenlenmiştir³⁸. Bu iki metinden yaralama ve öldürme fiillerinde faile araç sağlayarak yardım edenin sorumluluğunun niceliksel olarak failin fiiline bağlandığı sonucuna ulaşıyoruz. Ancak bu bağın modern ceza hukukundaki anlamıyla bağlılık kuralı olmadığı, Cermen hukukunun netice odaklı olmasına dayandığı görüşündeyiz. Zira yukarıda incelendiği gibi modern ceza hukukunda şerikin tamamıyla failin yarattığı haksızlığa katıldığı kabul edilmekte, bu

³³ Schlutter, s.19.

³⁴ Üçok, Coşkun, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, AÜHFD, C.7, S. 1-2, 1950, s.298.

³⁵ Bağımsız teşebbüs suçu olarak nitelendirebileceğimiz bu suç tiplerine bazı örnekler; bir kimseye zehir vermek, bir kimseyi öldürmek için suya batırmak, hırsızlık yapmak için bir eve merdiven kurarak girmek. Çağıl, s.57.

³⁶ Poppe, Andreas, Die Akzessorietät der Teilnahme: Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen, Frankfurt 2011, s.60.

³⁷ Wilda, s.77.

³⁸ Setler, Wolfgang - Hinrich Rübing, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege Band I, Aalen 1989, s.76.

nedenle de bu kurala “*accedere*” kökünden gelen *Akzessorietätsprinzip* ismi verilmektedir. Cermen hukukunda ise yardım edenin sorumluluğunun failin fiiline bağlanmasının temelinde zararın failin fiili sonucu ortaya çıkacak olması yatmakta, aynı sebeple teşebbüs de cezalandırılmamaktadır. Zira teşebbüs halinde ortaya çıkan bir zarardan söz edilmemektedir. Bu nedenle her ne kadar metinlerde niceliksel bağlılık olarak yorumlamak mümkün olan kurallara rastlansa da Cermen hukukunda bağlılık kuralının izleri olduğunu kabul etmek zordur. *Lex Luitprandi*'nin 72. bölümünde de azmettirenin failin fiilinden tamamen bağımsız cezalandırıldığı açıkça görülmektedir³⁹.

Niteliksel bağlılık kuralının ise, suçun oluşumunda manevi unsuru hiç dikkate almayan ve cezalandırmayı sadece oluşan neticeye dayandıran Cermen hukukunda uygulamasına rastlanmamaktadır. Cezalandırmanın neticeye bağlanmasıyla, neticeye neden olan hareketin hukuki unsurları değerlendirme dışı bırakılmıştır. Suçun oluşması için manevi unsura önem verilmemiş ve düzenlemeler somut olaya göre kazuistik olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri şeklinde bir kurumun bulunmamaktadır. Bu nedenle sınırlı bağlılık kuralının niteliksel unsurları olan failin fiilinin kasten ve hukuka aykırı olması şartları Cermen hukuku açısından önem arz etmemektedir.

Bu dönemde her bir hükümdar tarafından çıkarılan kanunlar arasındaki farklılıklar ve bu metinlerde teorik kaideler yerine somut olaylara uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenlemelere yer verilmesi, bağlılık kuralının Cermenler tarafından bilinip bilinmediği konusunda kesin bir yargıya varmamızı önlemektedir. Niceliksel bağlılık kuralına benzer uygulamalar görülse de bunların bağlılık kuralı temeline dayanmadığı, niteliksel bağlılık kuralının ise bu dönemde suçun oluşumu açısından uygulanmasının mümkün olmadığı zira suçun oluşumunda niteliksel herhangi bir değerlendirmenin yapılmadığı, dolayısıyla bağlılık kuralının Cermen hukukunda tanınmadığı görüşündeyiz.

³⁹ Setler- Hinrich, s.76.

3. Ortaçağ İtalyan Hukuku

Ortaçağ İtalyan hukukunda -Roma hukukunun etkileriyle- birden fazla kişinin bir suçun oluşumuna etki etmesi durumu için modern ceza hukuku kurumlarına benzer iştirak şekilleri görülmektedir. Özgür iradesi ile meydana getirdiği bir hareket haksızlık teşkil eden kişi postglassatorlar tarafından fail (*auctor*) olarak tanımlanmaktadır. Algılama ve irade yeteneğine sahip olmayan, zorlama veya bağlayıcı bir emir sonucunda haksız bir fiil icra eden kişiler fail olarak nitelendirilmezken, bu kişilerin iradelerini etkileyen veya iradelerindeki bu eksikliklerden faydalanan kişiler gerçek fail (*vere facit*) olarak adlandırılmaktaydı⁴⁰. Nitekim “*Qoud quis per alium fecit, ipse fecisse videtur*⁴¹” cümlesiyle algılama ve irade yeteneğine sahip olmayan kişiye hükmeden kişinin asıl fail olacağı açıkça düzenlenmiştir⁴². Buradan hareketle dolaylı faillik kurumunun ortaçağ hukukçuları tarafından bilindiği sonucuna ulaşabiliriz.

Müşterek faillik kurumuna ilişkin uygulamalara da bu dönemde rastlamak mümkündür. Kasten insan öldürme suçunda, belli bir plan dâhilinde hareket ederek suça katılan her kişi yalnızca kendi fiilinden değil tüm hareketlerin ortak olarak meydana getirdiği neticeden sorumlu tutulmaktadır. Kasten öldürme suçu bu şekilde düzenlenirken, ortak bir plan olmadan birden çok kişinin katıldığı kavga veya boğuşma anında meydana gelecek karşılıklı yaralama halinde herkesin kendi fiilinden sorumlu olacağı düzenlenmiştir⁴³. Bu iki düzenleme birlikte incelendiğinde ortaçağ hukukçularının sorumluluğun belirlenmesinde iştirak iradesini dikkate aldıklarını söyleyebiliriz.

Modern ceza hukukunun şerikleri azmettiren ve yardım eden ise ortaçağda, dolaylı fail ve müşterek faile göre daha belirsiz kavramlar olarak karşımıza çıkıyorlar. Temeli Roma özel hukukuna dayanan *mandat* kurumu, belli ölçülerde azmettiren benzemektedir⁴⁴. Özel hukukta önemli bir yer teşkil eden *mandat* kavramı temsil etme anlamı taşımaktadır. Borçlar hukuku terimlerinden vekile karşılık gelen bu terim ceza

⁴⁰ **Dahm, Georg**, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin/Leipzig 1931, s.207.

⁴¹ “bir başkasını kullanarak yapılan, bizzat yapılandır”

⁴² **Hruschka, Joachim**, Regressverbot, Anstiftungsbegriff und Konsequenzen, ZStW 110, 1998, s.585.

⁴³ **Dahm**, s.202.

⁴⁴ **Dahm**, s.209; **Emiroğlu, Haluk**, “Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesi (mandantum) ve Hukuki İşlerde Temsil”, AÜHFD, C.52, S.1, 2003, s.103.

hukukunda duruma göre dolaylı fail ve azmettiren kurumlarını karşılamaktadır. Kişinin iradesi etkilenecek *mandatın* isteklerini kendi istekleri gibi yerine getirmesi şeklinde ifade edilebilecek bu kurumu azmettirene benzetmemizin sebebi; bazı durumlarda *mandatın* etkisi altında kalan kişinin iradesinde herhangi bir sakatlanmanın olmamasıdır. *Mandatın* iradesinin etkisi altında olan kişinin irade ve algılama yeteneğinin olmaması veya bağlayıcı bir emre göre hareket etmesi halinde ise *mandat* dolaylı faille benzetilmektedir. Dolaylı fail olarak karşımıza çıktığı durumlarda *mandat* gerçek fail (*vere facit*) olarak sorumlu tutulmaktaydı. *Consulens* kurumunu *mandattan* ayıran ise *consulensin* yol gösterme, fikir verme şeklinde yapılmasıdır. Başka bir ifadeyle *mandat* kurumunda fail *mandatın* isteğinin etkisinde kalarak o isteği yerine getirmekte, *consulensde* ise fail kendi isteğiyle meydana getireceği fiil hakkında fikir almaktadır⁴⁵. Her iki kurumda da etkiler manevidir, ancak birinde fail daha çok etki altındadır. Zamanla *consulensin* sorumluluk alanı yapılan manevi yardımın, verilen fikrin fiil açısından değerine göre bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Bilgi veren, ancak bu bilginin failin neticeyi meydana getirmesinde etkili olması halinde cezalandırılacak, verilen bilginin failin zaten planladığı veya gerçekleştirdiği bir alana ait olması veya fiili hiç etkilemeyecek bir bilgi olması durumunda cezalandırılmayacaktı⁴⁶. Bu iki durum dışında kalan tüm katılanlar ise *auxilium* kurumu altında yer almaktaydı⁴⁷. İştirak şekillerinin ayrımında Roma hukukundan büyük ölçüde etkilenen İtalyanlar, bu kurumlara Roma hukukundan farklı hukuki yaptırımlar bağlamışlardır⁴⁸. Roma’da fiilin oluşmasına etki eden her birey neticeden eşit şekilde sorumlu tutulup her biri hakkında aynı cezaya hükmedilirken, Ortaçağda İtalyanlar her kurumun sorumluluğunu farklı ele alarak farklı cezalar belirlemişlerdir. *Mandat* için faille aynı miktarda hatta bazı durumlarda faili suç yoluna sürüklediği için failden daha ağır ceza öngörülürken, *consulens* somut olayın şartlarına göre faille eşit veya daha hafif bir cezaya

⁴⁵ **Schaffstein, Friedrich**, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen Untertitel in Ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpvov, Aalen 1973, s.179.

⁴⁶ **Engelmann, Woldemar**, “Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem Italienischen Recht des Mittelalters”, FS- Binding Band II, s.408.

⁴⁷ **Dahm**, s.215.

⁴⁸ Ayrıntılı karşılaştırma için bkz: **Engelmann**, s.387-610.

çarpıtılıyordu. *Auxilium*un sorumluluğunun belirlenmesinde ise yardımın gerçekleştiği zamana göre⁴⁹ bir ayrıma gidiliyordu⁵⁰.

Bazı metinlerde *mandatın* cezalandırılması için “*ex mandato*” yerine “*ex delicto*” ifadesinin kullanılmış olması doktrinde ortaçağ İtalyan hukukunda bağlılık kuralının tanındığı şeklinde yorumlanmıştır. “*Ex delicto*” ifadesi ile postglassatorların *mandatın* cezalandırılma nedenini kendi meydana getirdiği haksızlığa değil bir başkasının haksız fiiline katılmasına dayandırdıkları görüşünü savunulmuştur⁵¹. *Mandatın* dolaylı fail olduğu durumlarda gerçek fail sayıldığı için kendi meydana getirdiği haksızlıktan sorumlu olduğu açıktır. Ancak *mandatın* azmettiren konumunda olduğu, yani failin algılama ve irade yeteneğine sahip olduğu ve kendi iradesiyle fiili meydana getirdiği durumlarda kendi meydana getirdiği haksızlıktan mı, failin oluşturduğu haksızlıktan mı sorumlu olacağı; bir başka ifadeyle mandat ile fail arasında bağlılık kuralının ne şekilde uygulandığı tartışmalıdır.

Mandatın modern ceza hukuku kurumlarından hangisini karşıladığı, *mandat* ile asıl fiil arasında bağlılık kuralı temelli bir ilişkinin mevcut olup olmadığı hususu öğretilerde uzun yıllar çok geniş kapsamlı tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar katı bağlılık kuralının bu dönemde geliştirildiği ve uygulanmaya başlandığını savunurken⁵², *mandatın* cezalandırılmasının failin asıl fiili gerçekleştirmesine ve neticenin ortaya çıkmasına, bağlı olduğu ancak haksızlık ve sorumluluk açısından şerikin failden bağımsız olduğu görüşünde olan yazarlar da mevcuttur⁵³. Engelmann ise ortaçağ İtalyan hukukçularının bağlılık kuralından henüz haberdar olmadığı, *mandatın* failin fiil ve sorumluluğuyla herhangi bir bağlantısının olmadığını yazmıştır⁵⁴. Bloy da *mandat* kurumuna Engelmann ile aynı bakış açısıyla bakmış ve *mandat* ile fail arasında bağlılık kuralına dayalı herhangi bir ilişkinin bulunmadığını savunmuştur. Aksi görüşte olanların “*ex mandato*” yerine “*ex delicto*” teriminin kullanması tezine ise Bloy, failin fiilinin *mandatın* fiili kabul edildiği bu nedenle “*ex delicto*” ifadesinin kullanıldığı

⁴⁹ Bunlar; *auxilium ante delictum*, *auxilium in delicto* ve *auxilium post delictum*.

⁵⁰ Engelmann, 557.

⁵¹ Schlutter, s.15.

⁵² Schlutter, s.16.

⁵³ Dahm, s.226; Conrad, Gehard, Die "akzessorische" Teilnahme und sog. Mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, Breslau-Neukirch 1937, s.36.

⁵⁴ Engelmann, s.408vd.

açıklamasında bulunmuştur⁵⁵. Ortaçağ İtalyan hukukçularının dolaylı fail ve azmettiren arasında ayırım yapmayarak failin iradesini etkileyen herkesi *mandat* sayması ancak günümüzde bu iki kurumdan birinin fail diğerinin şerik olmasının yazarları bir ayırım yapmaya zorladığı ve öğretide yer alan tartışmaların buna dayandığı görüşündeyiz.

Mandat hususundaki anlaşmazlıkların aksine *consilium* ve *auxilium* kurumları hakkında öğretide görüş birliği mevcuttur. *Consilium* ve *auxiliumun* cezalandırılmasının asıl fiil ve faile bağlı olduğu kabul edilmiştir. *Mandat* konusundaki tartışmalarda Ortaçağ hukukçularının bağlılık kuralından haberdar olmadığını savunan Engelmann dahi, *consilium* ve *auxiliumun* bağımsız olmayan iştirak kurumları olduğunu ifade etmiştir. *Consilium* ve *auxiliumun* esasen fiili meydana getirme isteklerinin olmadığı sadece failin isteğine katıldıkları ve failin isteğini yerine getirmek için çalıştıkları için failden ve asıl fiilden bağımsız değerlendirilemeyecekleri ifade edilmiştir⁵⁶. Tam olarak sınırları belirli olmamakla birlikte ortaçağ İtalyan hukukunda *consilium* ve *auxilium* açısından bir çeşit bağlılık kuralının uygulandığı hususunda şüphe yoktur.

4. Pandekt Hukuku

XV. ve XVI. yüzyıllarda, antik Roma ve Yunan kültürüne ilginin artmasıyla, Roma hukuku da hukuk alanında ilgi odağı haline geldi. Avrupa'nın birçok ülkesinden olduğu gibi Almanya'dan da çok sayıda hukuk öğrencisi İtalya'ya giderek, derinlemesine inceledikleri Roma hukuku kavram ve kurallarını kendi ülkelerinde uygulamaya başladılar. İlk Alman üniversitelerinin⁵⁷ kurulmasıyla da, Roma hukuku bilim çevresine yayıldı⁵⁸. Alman İmparatorluğu'nun kendisini Roma İmparatorluğu'nun devamı sayması ve Almanya'da tüm ülke genelinde uygulanan bir özel hukukun bulunmaması sebepleriyle Roma hukuku Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nda kabul edildi ve 19. yüzyıl başlarına kadar varlığını sürdürdü. Roma hukukunun, Almanya'da geçerli olduğu bölgenin ve zamanın gereklerine göre düzenlenmiş haline

⁵⁵ Bloy, s.56.

⁵⁶ Engelmann, s.475.

⁵⁷ Prag 1348, Viyana 1365, Heidelberg 1386

⁵⁸ Oğuz, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s.190.

“Pandekt Hukuku” (*ius pandectarum* veya *usus modernus pandectarum*), bu imparatorluğun “ortak hukuku”, yani “imparatorluk hukuku” denmekteydi⁵⁹.

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukuku açısından da pandekt hukuku, Roma hukukuyla ve Roma hukukunun etkisiyle gelişen ortaçağ İtalyan hukukunun etkisi altındaydı⁶⁰. İştirak şekillerinden Ortaçağ İtalyan hukukunda olduğu gibi fail, müşterek fail, *mandatum*, *consilium* ve *auxilium* düzenlenmişti. Fail ve müşterek fail tanımları, İtalyan hukukçuların yaptığı şekilde uygulanmaya devam etmiştir. *Mandatum* ise Ortaçağ İtalyanlarına oranla faillğe daha yakın incelenmiştir. Failin iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğu ve asıl fiil *mandatın* gerçekleştirilmesini istediği fiil olduğu için *mandat* faillik başlığı altında değerlendirilmiş ve hatta suç işleme düşüncesi olmayan birini suça ittiği için failden daha büyük bir haksız oluşturduğu⁶¹ anlayışı benimsenmiştir. *Consilium*da ise İtalyanlardan farklı olarak, yol gösterme fiilinin niteliğine göre daha ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre faile fiille ilgili genel olarak yol gösteren *consilium nudum* olarak adlandırılırken, fiilin özelliklerine göre kapsamlı ve daha nitelikli yol gösterme ve akıl verme hareketi *consilium speciale* olarak isimlendirilmiştir⁶². *Auxilium* açısından ise ilk olarak İtalyan hukukçular tarafından ortaya atılan, yardımın gerçekleştiği zamana göre yapılan, *auxilium ante delictum*, *auxilium in delicto* ve *auxilium post delictum* ayrımı esas alınmaktaydı.

Şeriklerin sorumluluklarının belirlenmesinde asıl fiilin etkisi, başka bir anlatımla bağıllık kuralının pandekt hukukunda uygulanıp uygulanmadığı hususunda ise ortaçağ İtalyan hukuku üzerine yapılan tartışmaların benzeri sürmektedir. Schaffstein, *mandatın* kendi iradesiyle hareket ettiği ve failden bağımsız olarak kendi fiilinden ve kendi meydana getirdiği haksızlıktan sorumlu olduğu, bu nedenle pandekt hukukunda *mandatın* fallik altında incelendiğini, *mandatın* bağıllık kuralı ile failin fiiline bağıllı olmamasının söz konusu olmadığını belirtmiştir⁶³. Buna karşılık Schlutter ise, *mandatın* faillik atında incelendiğini kabul etmiş ancak cezalandırma açısından fiili asıl icra edene

⁵⁹ Schmidt, s.106vd.

⁶⁰ Schaffstein, s.172.

⁶¹ “nihil interest, anipse occidat an vero causam mortis praebeat dolo malo” bu cümle ile bir kimseyi öldürmek ve öldürülmesine kötü niyetle neden olmak eşit sayılmıştır. Poppe, s.85

⁶² Poppe, s.83.

⁶³ Schaffstein, s.183,203.

bağlı olduğunu dolayısıyla bağıllık kuralının uygulandığını savunmuştur⁶⁴. Poppe ise; *mandatın* cezalandırılmasının asıl fiilin gerçekleşmesine bağlı olduğu ancak asıl fiilin hukuki niteliğine bağlı olmadığı, dolayısıyla niceliksel bağıllığın var olduğu ancak niteliksel anlamda bir bağıllıktan söz edilemeyeceği görüşündedir⁶⁵.

5. XVIII. yy Hukuku

XVII. yy'ın sonlarına doğru tabii hukuk anlayışının temsilcileri, bu anlayışın temeli olan adaleti tanımlama biçimlerine göre bir ayrılık yaşamışlardır. Adaletin temelini insan aklına dayandıran yeniçağ tabii hukukçuları; adaleti tanrının iradesi, ilahi düzenin sağlayıcısı olarak kabul eden ortaçağ tabii hukukçularından ayrılmışlardır⁶⁶. Ceza hukuku ve özellikle de iştirak konusunda bu akımın en önemli temsilcisi Samuel Pufendorf⁶⁷'tur. Pufendorf bir insanın ancak özgür iradesi sonucunda meydana getirdiği fiil ve neticelerden sorumlu tutulabileceği, neticenin nedensel olarak kişiye yüklenemediği durumlarda kişinin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşmıştır⁶⁸. Pufendorf savunduğu felsefenin temeline de uygun olarak, ceza sorumluluğunu akıl sahibi bireyin davranışlarına göre belirlemiş, nedensel olarak neticenin kişiye yüklenebilmesi ve özgür irade kriterlerinin sınırlarının tesbitinde, toplumun dışı konumunda olan mekanik bir insan yerine akıl sahibi bireyi esas almıştır⁶⁹. Bu yeni bakış açısıyla ortaçağ İtalyan hukukçularının oluşturduğu ve XVIII. yy'a kadar ana hatlarıyla değişmeden gelmiş olan iştirak şekillerinin yeniden gözden geçirilmesi ve düzenlenmesi elzem hale gelmiştir. Sorumluluğu özgür iradeye bağladığı için cezanın belirlenmesinde kişinin iradesinin ne kadar serbest olduğuna önem vermiş, iradesi dışında hareket etmek zorunda kalan kişileri cezalandırmamıştır. Bu durumda iradesi sorumluluk yüklenemeyecek kadar sakatlanmış olan kişinin hareketinden, iradeyi sakatlayanı sorumlu tutmuş, başka bir ifadeyle modern ceza hukukundaki dolaylı faillik kurumunu faillik başlığı altında ele almıştır. İtalyan hukukçular tarafından *auxilium post delictum* olarak isimlendirilen suç sonrası yardım ve gizleme hareketleri Pufendorf'un

⁶⁴ Schlutter, s.24.

⁶⁵ Poppe, s.85

⁶⁶ Schmidt, s.158.

⁶⁷ Samuel Pufendorf, 1632 – 1694, Heidelberg ve Lund Üniversitelerinde çalışmış. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Welzel, Hans**, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958.

⁶⁸ **Welzel**, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, s.86.

⁶⁹ **Welzel**, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, s.86.

teorisiyle bağdaşmadığından bu hareketlerin suç eşyasının saklanması, suç eşyasının satılması⁷⁰ gibi, bağımsız suçlar olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁷¹. Pufendorf sorumluluğun belirlenmesinde temel aldığı iki kriterden fail ile netice arasındaki nedenselliğe ayrıca önem vermiş ve çalışmalarını bu esas üzerinden sürdürmüş ve iştirak şekilleri arasında *causa principalis* ve *causa minus principalis* şeklinde dereceli bir ayırım öngörmüştür. Buna göre neticeye aslı neden olan (*causa principalis*) hakkında diğer şeriklere (*causa minus principalis*) oranla daha fazla cezaya hükmedilecekti⁷². Ancak bu nedensellik ilişkisinin sınırlarını belirlemek için somut esaslar oluşturmamıştır⁷³. Pufendorf'un fikirleri, iştirakin cezalandırılma nedeni ve hukuki esasını nedensellik bağlantısına dayandıran yazarlara öncülük etmiştir⁷⁴.

XVIII. yy'da iştirak teorileri konusunda çalışan bir diğer önemli hukukçu ise Wittenberg Üniversitesi profesörü Caspar Ziegler⁷⁵'dir. Ziegler suçun oluşmasına katkısı olan nedenlerin bir kısmının maddi bir kısmının ise manevi olduğu görüşünü ileri sürmüş ve fail ile şerik arasındaki ayırımın neticenin oluşumuna olan doğrudan etkilerine göre yapılması gerektiğini savunmuştur⁷⁶.

Öğretide pek çok yazar Ziegler'in görüşlerinden etkilenip, çalışmalarını bu yönde yaparken Westphal⁷⁷ 1785 tarihli "*Das Criminalrecht*" adlı eserinde Ziegler'in teorisini eleştirerek, fail ile şerik arasındaki ayırımın kişilerin iç dünyasıyla ilgili olduğunu, ayırım yapılırken kişinin iradesini nereye yönelttiğinin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur⁷⁸. Westphal'a göre harekete kendi yararı ve çıkarı için katılan kişi hareketi kendi hareketi olarak kabullenmekte ve kendisine ait bir suçu işlemektedir. Bu nedenle kastının oranına bakılmaksızın fail kabul edilmeli ve başkasının yararına hareket edenden daha fazla ceza almalıdır. Harekete katılırken kendisinin değil de bir başkasının yararını hedefleyen ise fiili bir başkası için gerçekleştirmekte bir başkasının fiiline katılmaktadır. Bu durumda hareketi bizzat gerçekleştirmiş dahi olsa şerik olarak

⁷⁰ Hehlerei- ve Begünstigungstatbestände

⁷¹ Schaffstein, s.189.

⁷² Bloy, s.63.

⁷³ Poppe, s.88.

⁷⁴ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.29.

⁷⁵ Caspar Ziegler, 1621 - 1690 in Wittenberg Üniversitesi

⁷⁶ Caspar Ziegler, "Dissertio de poenis" § 15-17 aktaran Schaffstein, s.195.

⁷⁷ Ernst Christian Westphal, 1737-1792, Halle Üniversitesi

⁷⁸ Westphal, Ernst Christian, Das Criminalrecht, Leipzig 1785, s.52.

kabul edilmeli ve daha az ceza almalıdır. Çünkü Westphal'a göre asıl olan kişinin iradesini nereye yönelttiğidir⁷⁹. Daha sonra Alman Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht) tarafından da benimsenen sübjektif teorinin iskeletini oluşturan bu görüşler, o dönemde Ziegler'in teorisi karşısında pek yandaş bulamamıştır.

Dönemin en tanınan hukukçularından Böhmer de Ziegler'in teorileri üzerinde durmuş; Ziegler tarafından ortaya atılan, *causa physica* (maddi iştirak) ve *causa moralis* (manevi iştirak) kurumlarını tanımlamaya çalışmış, *mandat* ve *consulens*'i manevi, *auxilium* ise maddi iştirak altında sınıflandırmıştır⁸⁰. Otoritesine dayanarak bir kimseye suç teşkil eden bir fiili yapmasını emreden, bağlayıcı bir emir vererek hareketi yapan kişiyi araç konumuna getirdiği ve aslında fiili bizzat işlediği gerekçesiyle fail olarak sorumlu tutulur. Böylece, emir vereni maddi/objektif bir değerlendirmeye tabi tutarak kurucusu kabul edildiği şekli objektif teoriyi genişletmiştir⁸¹. Böhmer bağlılık kuralına ilişkin olarak da; iştirakin ancak hukuka aykırı (*rechtswidrige*) ve kusurlu (*schuldhafte*) bir asıl fiilin varlığı halinde kabul edilebileceğini savunmuştur⁸². Buradan 18. yy'da bağlılık kuralının hukukçular tarafından bilindiği hatta katı bağlılık kuralının benimsendiği sonucuna ulaşabiliriz. Gerçekten Schlutter⁸³, Böhmer'in katı bağlılık kuralının prensiplerini benimsediğini ve o dönemde bağlılık kuralının tanındığını savunmuştur. Ancak Schaffstein⁸⁴, Böhmer'in katı bağlılık kuralının prensiplerini benimsediğini kabul etmekle birlikte, bunun istisnai bir durum olduğu ve Böhmer haricindeki hukukçuların bağlılıktan söz etmemesinden hareketle o dönemde bu kuralın bilindiği sonucuna ulaşamayacağını yazmıştır.

6. XIX. yy Hukuku

XIX. yy'ın başlarında faillik ve iştirak konusunda önemli çalışmaları olan iki bilim adamı ünlü filozof Feuerbach⁸⁵ ve Stübel⁸⁶'dır. Feuerbach bir hukuki değer

⁷⁹ Westphal, s.53

⁸⁰ Schmidt, s.161.

⁸¹ Schaffstein, s.199.

⁸² Schaffstein, s.206; Schlutter, s.27.

⁸³ Schlutter, s.27.

⁸⁴ Schaffstein, s.206.

⁸⁵ Paul Johann Alselm Feuerbach (1775 – 1833). Hayatıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Hilgendorf, Eric, "Paul Johann Alselm Feuerbach als zweiter Präsident am Appellationsgericht im Bamberg", FS-200 Jahre Appellationsgericht / Oberlandesgericht Bamberg, München 2009.

⁸⁶ Christoph Karl Stübel(1764 – 1828). Hayatıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: ADB, Band 36, Leipzig 1893.

doğrudan (directe) veya dolaylı (indirecte) olmak üzere iki şekilde ihlal edilebileceğini öngörmüştür⁸⁷. Buna bağlı olarak da iki iştirak şekli saptamıştır. Hukuki değer ihlali kişinin hareketinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkıyor ise kişiyi *Urheber*⁸⁸ (fail, auctor delicti) olarak; hukuki değer ihlali kişinin hareketinin dolaylı sonucu olarak ortaya çıkıyor ise *Gehülfe*⁸⁹ (şerik, socius) olarak nitelendirmektedir. *Urheber* tanımına hukuki değer ihlalinin kişinin hareketinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkması şartına ek olarak, ihlali kendisi için isteme şartını ilave etmiş, ihlali kendisi için istemeyenin *Urheber* olarak değerlendiremeyeceğini öne sürmüştür⁹⁰. Bu durumda Feuerbach, *Urheberi* objektif ve sübjektif iki şart bağlamış olmaktadır. Sübjektif şart açısından ayrıca “kendisi için istediği neticeyi doğrudan kendi hareketiyle yapan”⁹¹ ve “kendisi için istediği neticeyi bir başkasını araç olarak kullanarak dolaylı olarak gerçekleştiren”⁹² ayrımına gitmiştir⁹³. Daha sonraki yıllarda Feuerbach, *Urheber*’in sübjektif unsurunu değerlendirme dışı tutmuş ve *Urheber* ve *Gehülfe* farkının tek şartı olarak nedenselliğe dayanan objektif teoriyi esas almıştır⁹⁴. Buna karşın *auctor physice talis* ve *auctor intellectualis* ayrımını sübjektif ölçütlere dayanarak yapmaya devam etmiştir⁹⁵.

Öte yandan Feuerbach yardım edeni fonksiyonel bir ayrıma tabi tutmuştur. Buna göre; yardım eden olmadan hukuki değeri ihlal edecek olan fiilin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı durumlarda *socius principalis*, yardım edenin hukuki değeri ihlal eden fiilin oluşmasını sadece kolaylaştırması halinde *socius minus principalis* söz konusu olacaktır⁹⁶. Ancak yardım eden açısından *Urheberin* aksine herhangi bir sübjektif ayrıma gitmemiş hukuki değer ihlalinin kişinin hareketinin dolaylı sonucu olarak ortaya çıkmasını yeterli görmüştür⁹⁷. Bu durumda neticenin gerçekleşmesini kendisi için isteyerek yardım eden de, bir başkası için isteyerek yardım

⁸⁷ Feuerbach, Paul Johann Alselm, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Band I, Erfurt 1799, s.244.

⁸⁸ Urheber kelimesinin sözlük anlamı yaratıcı, eser sahibidir.

⁸⁹ Günümüz Almancasında “Gehilfe” olarak kullanılan kelimenin sözlük anlamı yardımcı, yardım edendir.

⁹⁰ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Band I, s.245.

⁹¹ Auctor physice talis

⁹² Auctor intellectualis

⁹³ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Band I, s.252.

⁹⁴ Feuerbach, Paul Johann Alselm, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen 1812, s.74.

⁹⁵ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, s.79.

⁹⁶ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Band I, s.261.

⁹⁷ Bloy, s.69.

eden de *Gehülfe* sayılacaktır. Feuerbach bir neticenin kişiye isnat edilebilirliği açısından kişilik, zihniyet, saik gibi sübjektif kıstasları değerlendirme dışı bırakarak sadece objektif değerlerle kişiyi sorumlu tutmaktadır⁹⁸.

Stübel de neticenin kişiye isnat edilebilirliği açısından Feuerbach gibi nedensellik değerlendirmesi yapmış ancak nedenselliğin tespitinde von Buri'nin şart teorisini kullanmıştır⁹⁹. Cezalandırmayı neticenin oluşmasına bağladığı ve şart teorisine göre fiile nedensel olarak katkısı olan her bireyi fail kabul ettiği için Stübel'in suç teorisinde bağıllık kuralı devre dışı kalmıştır.

Mittermaier¹⁰⁰ ise çağdaşlarından farklı olarak sadece yardım edenin cezalandırılmasını asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasına bağlamıyor, aynı zamanda dolaylı failin cezalandırılmasına da fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasına bağlı olduğunu belirtiyor¹⁰¹.

XIX. yy'ın ortalarında hareket teorilerinin oluşturulmasında Hegel¹⁰²'in felsefesini temel alan üç önemli hukukçu iştirak teorileri üzerine çalışmışlardır. Çalışmalarında bazı farklılıklar ve diğerlerine yönelik eleştiriler olmakla birlikte aynı felsefi temele dayanmaları sebebiyle genel hatlarıyla ortak bir öğretilen bahsetmek mümkündür. Bu nedenle Köstlin¹⁰³, Berner¹⁰⁴ ve Hälschner¹⁰⁵'i beraber ele aldık. Her üç yazar da fail, azmettiren ve yardım eden ayrımına gitmiştir. Kişinin özgür iradesiyle hareket ettiği durumlarda; azmettiren ve yardım eden olarak kabul edilen kişiler, kişinin özgür iradesiyle hareket etmediği, bir araç olarak kullanıldığı durumlarda dolaylı fail konumunda olacaklardır. Köstlin ve Hälschner; aracın özgür iradesiyle hareket ettiği hallerde, azmettiren ve yardım edenin cezalandırılabilmesi için aracın fiilinin hukuka aykırı olması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca, niceliksel bağıllık açısından yazarlar

⁹⁸ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Band I s.244

⁹⁹ Poppe, s.102.

¹⁰⁰ Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867). Hayatıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: NDB, Band17, Berlin 1994.

¹⁰¹ Mittermaier, Carl Joseph Anton, "Ueber Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers", NAC, Band 3,1819, s.126.

¹⁰² Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 – 1831).

¹⁰³ Christian Reinhold Köstlin (1813 -1856). Hayatıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: NDB, Band12, Berlin 1980.

¹⁰⁴ Albert Friedrich Berner (1818 – 1907). Hayatıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Engisch, Irmgard, Das strafrechtliche Lebenswerk Albert Friedrich Berners, Heidelberg 1952.

¹⁰⁵ Hugo Hälschner, (1817 – 1889). Hayatıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: ADB Band 49, Leipzig 1904.

suça katılanların cezalandırılmasını, asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasında olması şartına bağlamışlardır¹⁰⁶.

Buna göre XIX. yy yazarları açısından suça katılanların niceliksel olarak asıl fiile bağlı olduğu ve cezalandırılabilmeleri için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına gelmiş olması gerektiği açıktır. Ancak bu şartın aranma nedeninin, daha önce de belirttiğimiz üzere, yazarların şerikler ile asıl fiil arasında bir bağ olduğu düşüncesine sahip olmaları mı yoksa cezalandırmanın netice odaklı olması nedeniyle netice ortaya çıkmadığı sürece şerikleri cezalandıramamaları mı olduğunun tartışılabilir olduğu görüşündeyiz.

II. Türk Hukuku Tarihi

1. İslam Hukuku

İslam hukukuna fıkıh, İslam ceza hukukuna ise ukubat adı verilmektedir¹⁰⁷. Ceza ve buna bağlı olarak da suçlar; hadd cezasını gerektiren suçlar, kısas veya diyet cezasını gerektiren suçlar ve ta'zir cezasını gerektiren suçlar olmak üzere üçe ayrılır.

Allah'a karşı işlenen suçlara karşı öngörölmüş, Kuran'da belirtilmiş değişmez cezalara "hadd" denir¹⁰⁸. Bu cezalar kesindir ve kişiler ve toplum tarafından arttırılması azaltılması veya bağışlanmasının imkânı yoktur. Hadd cezasını gerektiren suçlar da bellidir ve yedi adettir¹⁰⁹.

"Hakk-ı ademiye" adı verilen bireyin haklarına karşı işlenen suçlar için kısas ve diyet cezaları öngörölmüştür¹¹⁰. Kısas ve diyet, hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlara uygulanır. Kısas cezasının uygulanabilmesi için failin; fiili kasten işlemiş olması ve algılama ve irade yeteneğine sahip olması şartı aranır¹¹¹.

¹⁰⁶ **Slutter**, s.39vd.

¹⁰⁷ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.64.

¹⁰⁸ **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: 1992, s.34.

¹⁰⁹ Hadd cezasını gerektiren suçlar; zina, zina iftirası, içki içmek, hırsızlık, yağma ve yol kesme, irtidad (dinden dönme), isyan.

¹¹⁰ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.72.

¹¹¹ **Akbulut, İlhan**, "İslam Hukukunda Suç ve Cezalar", AÜHFD, C.52, S.1- 4, 2003, s.170.

Kıyas, miktarlarının belirli olması itibariyle hadd cezalarına benzer ve cezaları azaltılıp çoğaltılamaz. Ancak bireye ait bir hak olduğu için bağışlama yani af mümkündür. Suçun mağdurunun ve mirasçılarının suçluları bağışlama yetkisi vardır. Bu bağışlama yetkisiyle mağdur kıyası diyet karşılığında veya tamamen affedebilir¹¹².

Diyet; mağdurun kıyası diyet karşılığında affettiği veya kıyasın mümkün olmadığı durumda uygulanan bir cezadır. Bir bakıma tazminat olarak değerlendirilebilecek bir para cezasıdır¹¹³. Kıyas ve diyet cezası gerektiren suçlar da aynı hadd cezasında olduğu gibi belirlidir, bu suçların cezaları Kuran'da belirlenmiştir.

Bu cezalardan üçüncüsü olan ta'zir ise naslarla yasaklanmış olmakla birlikte, Şârî'nin hakkında belirli bir ceza tespit etmediği fiiller hakkında uygulanan cezalardır¹¹⁴. Bir başka ifadeyle; Kur'an ve sünnet tarafından yasaklanmış ancak herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olan fiiller için ta'zir cezası uygulanır. Bir cezanın hadd, kıyas, diyet veya ta'zir olmasının; af, hâkimin takdir yetkisi, ispat gibi birçok yönden farkı vardır. Ancak bizim çalışmamız açısından önemi dolaylı iştirakin ancak ta'zir ile cezalandırılabilmesidir¹¹⁵.

İslam ceza hukukunda iştirak iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlar; mübaşeretten (doğrudan) iştirak ve teşebbüben (dolaylı) iştiraktır. Kişinin neticeye sebep olan hareketi, başka bir anlatımla suçun tanımında tarif edilen hareketi bizzat doğrudan icra etmesi mübaşeretten (doğrudan) iştirak olarak kabul edilirken, suçun tanımında tarif edilen harekete bizzat katılmaması ancak teşvik veya yardım ile hareketin gerçekleşmesine dolaylı olarak sebebiyet vermesi ise teşebbüben (dolaylı) iştirak olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶.

İhmali hareketle iştirak konusu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bazı yazarlar ihmali bir hareketle bir suça iştirakin mümkün olmadığını savunurken, bazı yazarlar bu konuda suçun meydana gelmesini engellemeye gücü yeten ile yetmeyen arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre suçun oluşmasını engellemeye gücü yetecek

¹¹² Udeh, Abdülkadir, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseleri İslam Ceza Hukuku, (Çev.Ali Şafak), İstanbul 2012, s.112

¹¹³ Akbulut, İlhan, s.171.

¹¹⁴ Udeh, s.111.

¹¹⁵ Udeh, s.382.

¹¹⁶ Udeh, s.381.

durumda olup engelleme imkânı olduğu halde engellemeyen ve suçun oluşmasına seyirci kalanları, yapmaları gereken bir hareketi yapmayanlar suça iştirakten sorumlu tutulmaktadır¹¹⁷. Allah'ın kişiye ancak kudreti dâhilinde mükellefiyet yükleyeceği ayetine dayanan bu teoriye göre, suçun oluşmasını engellemeye gücü yetecek durumda olmayan veya engelleme imkânı olmayan kişiler ise sorumlu tutulmamaktadır. Bu teori günümüz ceza hukukunda ihmali suçlar bakımından varlığı aranan “beklenebilirlik” ölçüsü ile benzerlik göstermektedir.

İslâm hukukunda esas olan, herkesin kendi icra ve ihmâlinden sorumlu olması ve hiç kimsenin başkasının yükünü çekmemesidir. Modern ceza hukukunda ceza sorumluluğunun şahsiliği olarak ele aldığımız bu kural, İslam hukukunun temel kaynağı olan Kur'an'da yer alan Fatır, Enam, İsrâ, Zümer, Necm ve Fussilet surelerinde vurgulanmıştır¹¹⁸. Görüleceği üzere genel kural cezaların suçu bizzat işleyene verilmesidir¹¹⁹. Bu nedenle hadd, kısas ve diyet cezalarını gerektiren suçlar açısından dolaylı fail ancak ta'zir cezasıyla cezalandırılabilir. Suça mübaşeretten (doğrudan) iştirakte fiili tek başına veya başkasıyla suçu işleyen kimse mübaşir (fail) olarak kabul edilir.

Udeh'in verdiği, öldürme fiiline üç kişinin iştirak ederek silahlı saldırıda bulunması ve bir kurşunun maktule isabet ederek ölüme neden olması örneğinde o üç kişiden her biri öldürme suçunun mübaşiridir¹²⁰. Bu örnekten hareketle, modern ceza hukukunda fiile fonksiyonel hâkimiyet ile açıkladığımız müşterek faillik kurumunun İslam ceza hukukunda da uygulaması bulunduğunu söylemek mümkündür. Ancak iştirak edenlerin her birinin fail sayılması için aralarında önceden bir anlaşma veya sözleşmenin bulunması gerekmektedir. İslam hukukçuları bu hususta “uygunluk” ve “anlaşma” terimlerini kullanmışlardır. Uygunluk; failerin aralarında herhangi bir

¹¹⁷ **Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet**, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s.217; **Udeh**, s.394.

¹¹⁸ “Hem günah çeken bir can, başkasının günahını çekmeyecek; yükü ağır basan, onun yüklenilmesi için (başkasına) çağırır da, ondan bir şey yüklenilmeyecek, isterse (o çağırdığı), bir akrabası olsun (...)” **Kur'an**, Fatır Suresi, Ayet 18; “Herkesin kazandığı, ancak kendi boynuna geçer. Günah yüklenecek hiçbir kişi, başkasının günahını çekmez” **Kur'an**, Enam Suresi, Ayet 164; “Kim doğru giderse, sırf kendi yararına gider; kim sapıklık ederse, ancak kendi zararına sapıklık eder ve hiçbir günah yükünü çeken, diğerinin günah yükünü çekmez” **Kur'an**, İsrâ Suresi, Ayet 15; “Bir günah yükü çeken de, diğer birinin günah yükünü çekecek değildir” **Kur'an**, Zümer Suresi, Ayet 7; “Doğrusu bir günah yükü çeken, başkasının günah yükünü çekecek değil” **Kur'an**, Necm Suresi, Ayet 38; “İyi iş yapan, kendine yapmıştır, kötü yapan da, yine kendine..Yoksa Rabbin kullara zulmedici değildir” **Kur'an**, Fussilet Suresi, Ayet 46.

¹¹⁹ **Akşit, Cevat**, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul 2000, s.93; **Udeh**, s.571.

¹²⁰ **Udeh**, s.383.

anlaşma veya sözleşme olmadan her birinin farklı saiklerle iradelerinin aynı suça yönelmesi olarak tanımlanmaktadır. Anlaşma ise faillerin suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmek üzere önceden anlaşarak hareket etmelerini tanımlamaktadır¹²¹. Uygunluk halinde suça katılanlardan her birinin sorumluluğu sadece kendi fiilinin neticesinde ibarettir ve diğerlerinin işlediği fiilin neticesinde sorumlu değildir. Anlaşma halinde ise katılanlar arasına o fiilin işlenmesi için önceden bir anlaşma ve sözleşme bulunur. Her biri fiili gerçekleştirmeden önce belirli bir saik için ortak fiili icra etmek üzere birleşmiş ve sözleşmiş olup bu sözleştikleri fiili meydana getirmek için yardımlaşarak hareket ettiklerinden, her biri ayrı ayrı fiilin tamamından sorumludur¹²². Günümüz ceza hukukuyla mukayese ettiğimizde uygunluk halinin yan yana faillik, anlaşma durumunun ise müşterek faillik kurumunun karşılığı olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Suç teşkil eden bir fiile teşvik eden, başkalarına bu hususta yardım eden kimse suça teşebbüben (dolaylı) iştirak etmiş kabul edilir. Kişinin teşebbüben iştirakinin üç şartı vardır. Bunlar; suç teşkil eden bir fiilin varlığı, kişinin teşvik, yardım gibi bir hareketle suç teşkil eden bir fiilin gerçekleşmesine katkıda bulunması ve kişinin suç teşkil eden bir fiilin gerçekleşmesi için kasıtlı hareket etmesidir¹²³.

İslam ceza hukukunda iştirakin cezalandırılabilmesi için şerikin hareketi ile suç teşkil eden fiilin arasında nedensel bir bağlantı olması şartı aranmaktadır¹²⁴. İştirak konusunda anlaşma yapılır ancak üzerinde anlaşmaya varılmış olan fiil gerçekleştirilmez ise kişileri bu suça iştiraktan sorumlu tutamayız. Ne var ki bir suça iştirak etmemiş olmak, suç olan bir fiil üzerinde anlaşmış olma suçundan dolayı cezalandırmaya engel teşkil etmez. Bu nedenle örneğin; bir kimseyi hırsızlık için teşvik eden kişi söz konusu teşvik hareketi olmasaydı da failin aynı suçu işleyecek olması halinde hırsızlık suçuna iştiraktan cezalandırılmaz ancak suç işlemeye teşvik başlı başına yasak bir harekettir ve bu yasağı ihlal etmiş olmanın yaptırımını uygulanır.

¹²¹ **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 2002, s.327.

¹²² Ebu Hanife uygunluk ve anlaşma hallerini birbirinden ayırmamış, her iki durumda da kişinin sadece kendi fiilinden sorumlu olacağına hükmetmiştir. **Udeh**, s.384.

¹²³ **Ebu Zehra, Muhammed**, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C.II, (Çev. İbrahim Tüfekçi), İstanbul 1994, s.444.

¹²⁴ **Udeh**, s.394.

İslam ceza hukukunda suçta karışanları sorumlu tutabilmek için; kişinin asıl fiile ilişkinin kastının olması da aranmıştır. Kişi suç teşkil eden fiilin işlenmesi için gerekli vasıtaları kasıtlı olarak kullanmalıdır. Yani suça katılmış sayılabilmesi için kişinin teşvikiyle, yardımıyla ve sözleşmesiyle belirli bir suçun oluşması şerikin kastının kapsamında olmalıdır. Eğer kişi herhangi bir suçu kastetmişse veya sadece belirli bir suçu kastetmiş iken doğrudan fail bu belirtilen suçun dışında bir suç işlemişse, o takdirde iştirak söz konusu değildir. Örneğin; bir insan bir diğerini dövmek için teşvik etse, o da adamı dövmek yerine malına zarar verse aynı şekilde teşvik eden kişi şerik kabul edilmez. Ancak unutulmamalıdır ki teşvik bizatihi günahdır ve dolayısıyla suçtur. Bu nedenle kişi mala zarar verme fiilinden şerik olarak sorumlu tutulmaması da dövmeye teşvik suçundan sorumlu tutulur. İsterse teşvik ettiği suç işlenmiş olmasın, teşvik hareketiyle yasaklanan fiil gerçekleşmiş ve haksızlık oluşmuştur.

Bağlılık kuralının nicelik unsuru açısından bir değerlendirme yaptığımızda; iştirak edilen suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde de katılanların cezalandırılacağı sonucuna ulaşıyoruz. Suçun tamamlanmış olması veya teşebbüs aşamasında kalmış olması ukubat açısından o suç için öngörülen cezanın had cezası veya ta'zir cezası olması hususunda önem taşımaktadır. Zira had cezası öngörülen bir suç tamamlanmaz ise kişi bu cezaya çarptırılmak için gerekli olan şartların oluşmamış olması nedeniyle had cezasıyla cezalandırılmaz ancak bu durum hareketinin yasaklanmış bir fiil olduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla yasaklanan bir fiili icra eden ancak had cezasına çarptırılmayan kişiler ta'zir cezasıyla cezalandırılır. Kısaca; yaptırım olarak had, kısas ve diyet cezaları öngörülen belirli suçlardan birini tamamlayan kişi, öngörülen ceza ile cezalandırılırken, fiili teşebbüs aşamasında alan kişi ta'zir cezası ile cezalandırılmaktadır. Karşılığında ta'zir cezası öngörülen suçlar açısından ise hareketin tamamlanması ile teşebbüs aşamasında kalması arasında ceza bakımından bir fark yoktur, zira her iki durumda da kişi ta'zir cezası ile cezalandırılacaktır¹²⁵. Suça iştirakin her durumda ta'zir cezası ile cezalandırılacağını yukarıda belirtmiştik. Bu durumda suç ister tümüyle tamamlansın ister teşebbüs aşamasında kalsın suça katılanlar her halde ta'zir cezası ile cezalandırılacaklardır.

¹²⁵ Udeh, s.373.

İştirak halinde gönüllü vazgeçme ise suça katılanın harekete geçmiş olup olmamasına göre düzenlenmiştir. Suç teşkil eden fiili icra etmek veya bu icraya katkı sağlamak konusunda anlaşmaya varan kişi herhangi bir hareket gerçekleştirmeden anlaşmadan cayarsa ve anlaşmaya varmış olmasının neticenin oluşuma hiç katkısı yoksa kişi cezalandırılmaz. Zira yukarıda açıklandığı üzere ukubatta suça katılan kişi sorumlu tutabilmek için suç teşkil eden fiil ile kişinin fiili arasında nedensel bir bağ olması gerekmektedir. Suç teşkil eden fiile hiçbir nedensel katkı sağlamayan katılanın anlaşmadan cayması halinde zaten nedensellik ilişkisinin eksikliğinden dolayı bu kişiyi cezalandırılmaz. İştirak anlaşmasından suç teşkil eden fiile katkı sağladıktan sonra cayana ise ancak fiile olan katkısının neticenin meydana gelmesine hiç etkisinin olmadığını, hareketinin tüm sonuçlarını ortadan kaldırdığını kanıtlaması halinde ceza verilmez¹²⁶.

İslam hukukunda suça katılanın cezasının belirlenmesi hususunda çeşitli görüş ayrılıkları olmasına karşın¹²⁷ genel kural, suça katılan herkesin cezasının kendi özel şartları değerlendirilerek verilmesidir. Suça iştirak edenlerden her birine o suç için öngörülen ceza, her katılanın kendi özel şartları göz önünde bulundurularak verilir. Suçu doğrudan doğruya işleyen kişi çocuksa yaşının küçüklüğünden dolayı cezası hafifletirilir, ama dolaylı olarak suça iştirak eden kişi failin yaş küçüklüğünden yararlanamaz, yani cezası hafifletilmez. Cezanın ağırlaştırılması için de aynı kural geçerlidir. Doğrudan fail suç işlemeyi adet haline getirmiş birisi ise onun cezası ağırlaştırılır ama bu özelliğe sahip olmayan katılan bundan etkilenmez, cezası ağırlaştırılmaz. Her bir katılana verilecek ceza fiilinin niteliği, katılanın vasıfları ve amacı ile bağlantılıdır. Suça katılanlardan birinin fiilinin niteliği, şahsında bulunan özellikler veya manevi durumu aynı özellikleri taşımayan diğer katılanları etkilemez¹²⁸. Öte yandan, hadd, kısas ve diyet cezaları çok katı kurallara bağlıdır ve şüphe halinde bu cezalar uygulanmaz. Suça katılanlardan biri hakkındaki şüphe diğer katılanlara tesir etmez. Doğrudan doğruya suç işleyen kişi, suça iştirak eden kişinin kastettiği fiilin dışında bir fiil işlerse; suça katılan doğrudan failin fiilinin cezasıyla cezalandırılmaz.

¹²⁶ Udeh, s.395.

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Udeh, Abdülkadir, "Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseleri İslam Ceza Hukuku", (Çev.Ali Şafak), İstanbul 2012.

¹²⁸ Udeh, s.387.

Ancak işlediği fiil suça iştirak edenin kastının muhtemel neticeleri arasında bulunursa durum değişir. Bu durumda doğrudan failin, şerikin kastını aşması halinde şerikin aşan kısımdan da sorumlu olacağı belirtilmiştir. Buna göre; bir kimseyi suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye teşvik eden o fiilin tüm sonuçlarından sorumludur. Örneğin; A, B'yi, C'yi dövme için teşvik ediyor ve B, C'yi döerken, C ölüyor. Bu durumda A ortaya çıkan ölüm neticesinden sorumludur. Zira teşvik ettiği dövme fiilinin muhtemel neticelerinden biri de ölümdür.

2. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

Türklerin İslamiyet'i kabulüyle birlikte Türk devletlerinde uygulanan hukuk İslam hukuku olmuştur. Bunun yanında Anadolu'da kurulan Türk devletlerinde İslam hukukunun yanında devletin ve toplumun menfaatlerini korumak için örfi hukuk da uygulanmıştır. Böylece ikili bir hukuk sistem oluşturulmuştur¹²⁹. Osmanlı devletinde de esas itibariyle İslam hukuku uygulanmıştır ve ceza hukuku alanında da asıl olan şer'i hukuktur. Ancak şer'i hukuk kuralı ile düzenlenmemiş alanlarda toplumun düzenini sağlamak amacıyla örfi hukuk düzenlemelerine gidilmiştir¹³⁰. Hükümdarın iradesine dayanılarak düzenlenen örfi hukuk İslam hukuku açısından bir tezatlık, bir ihlal teşkil etmemektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, İslam hukukunda Kuran ve sünnetle cezalandırılmaları düzenlenmemiş ancak yasak olduğu bilinen fiillerin cezalandırılması dönemin devlet başkanına bırakılmıştır. Örfi hukuk düzenlemelerine en çok rastlanan alan ceza hukukudur¹³¹. Taz'ir suçları kanunnamelerle belirlenmekteydi, bu nedenle ceza hukuku anlamında örf'i hukukta kadılar değil devlet başkanları kanun koyucu durumundaydı. Kuran ve sünnetle belirlenen suçlar fıkıh kitaplarında yorumlanırken, bu alanın dışında kalan suçlar ise kanunnamelerle belirlenmiştir.

Kadının takdir yetkisi diğer alanlara göre daha dardır ve bu yönü ile günümüzdeki hukuk yargılaması ve ceza yargılaması farkına benzetmek mümkündür.

¹²⁹ **Gökçen, Ahmet**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.12.

¹³⁰ **Avcı, Mustafa**, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008, s.20.

¹³¹ **Aydın, M. Akif**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2012, s.204.

Kadının had ve kıyas suçlarında fıkıh kitaplarına taz'ir suçlarında ise kanunnamelere bakarak karar vermesi gerektiği kanunnamelerin önsözlerinde de belirtilmiştir¹³².

Osmanlı ceza hukukunda Tanzimat dönemine kadar herhangi bir kanunlaşma hareketine gidilmemiştir. Ancak XVII. yy'ın sonlarından itibaren Osmanlı devletinin genel durumu, insan hakları ihlalleri ve keyfi yargılamalar bir ceza kanununun oluşturulmasını gerekli kılmıştır. Tanzimat Fermanı ile, dünyada can, ırz ve namustan daha kıymetli bir değer olmadığı; ırz, namus, can ve mal güvenliğinin korunması için padişahın dahi uymasının gerektiği kuralların koyulmasının ve yargılamaların aleni olmasının gerekliliği üzerinde durulmuş ve tüm bunların sağlanması için bir ceza kanunun yapılması gerektiği duyurulmuştur¹³³. Fermanın okunmasından 6 ay sonra Osmanlı devletinin ilk ceza kanunu oluşturulmuştur. 1840 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nda, o dönemin kanayan yaraları olarak görülen suç tipleri¹³⁴ ayrıntılı olarak düzenlenmişse de kanunda genel hükümlere yer verilmemiş, yalnızca suç tipleri düzenlenmiştir. Bu nedenle iştirake ve dolayısıyla bağlığa dair genel bir kural yer almamaktadır. Bu kanun uygulanmaya başlandıktan sonra görülen eksiklikler nedeniyle 1851 tarihinde Kanunu Cedit yayınlanmıştır. 1851 tarihli metin 1840 Ceza Kanunu'nun bir miktar geliştirilmiş, bazı cezalar eklenmiş, özellikle infaza ilişkin bir takım eksikliklerin giderilmiş halidir. Ancak yine de yalnızca suç tipleri ve cezalar düzenlenmiş, günümüzde genel hükümler olarak adlandırdığımız kısım düzenlenmemiştir¹³⁵. Genel hükümlere yer vermekle birlikte Kanunu Cedit'de kasten öldürme suçu açısından azmettiren ve yardım eden cezaları ayrı düzenlenmiştir, fail azmettiren ve yardım edene farklı cezalar öngörülmüştür¹³⁶.

Tüm bu eksikliklere rağmen 1851 tarihli kanun Islahat Fermanı'nın okunmasına kadar, yani 7 yıl uygulanmıştır. Islahat Fermanı'nın ilanından sonra ferman gereği yeni bir ceza kanunu oluşturulmuştur. Osmanlı Devleti'nin o dönemki

¹³² **Barkan, Ömer Lütfi**, 15 ve 16. asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukûkî ve Mâlî Esasları I: Kânunları, İstanbul 1943, s.25.

¹³³ Tanzimat fermanının (Gülhâne Hatt-I Hümayûnu) tam metni için bkz: **Tanilli, Sever**, "Anayasalar ve Siyasal Belgeler", İstanbul 1976.

¹³⁴ Rüşvet, görevi kötüye kullanma ve benzeri suçlar.

¹³⁵ **Gökçen**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.19.

¹³⁶ **Gökçen**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.108.

politikasına da uygun olarak 1858 tarihli bu ceza kanunu genel hatlarıyla Fransız ceza kanunundan esinlenilerek hazırlanmıştır¹³⁷.

1840 ve 1851 tarihli kanunlar ceza hukukunun yalnız özel hükümlerine ilişkin olup, tek tek suç tiplerini ve cezalarını düzenlemekle yetinmiş, genel bir iştirak hükmüne yer vermemiştir. Ancak her bir suç tipinde azmettiren, yardım eden ve müşterek fail için suç tipinin özelliğine göre düzenlemeler yapılmıştır. Dönemin kadı sicilleri incelendiğinde de hakkaniyete göre zaman zaman şerikin failden daha fazla cezaya çarptırıldığı görülmektedir. Yaptığımız okumalar sonucunda Osmanlı ceza hukukunda şerikin cezasının faile bağlı olmadığı kadının somut olaya göre karar verdiği sonucuna ulaştık. Ayrıca İslam hukuku kısmında da incelediğimiz gibi bir kişiyi suça azmettirmek veya suça yardım etmek günah, dolayısıyla yasaklanmış bir fiildir Buna dayanarak, Osmanlı ceza hukukunda şeriklerin sorumluluğunun failden bağımsız olduğu dolayısıyla bağlılık kuralının işlevinin olmadığı görüşündeyiz.

3. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹³⁸

Cumhuriyetin ilanından sonra laiklik ilkesinin benimsenmesiyle, Osmanlı devletinde İslam hukukuna dayanan sistemin değiştirilmesi gerekmiş, bu nedenle iktibas yoluyla kanunlar düzenlenmiş ve şeri hukuk sistemine son verilmiştir.

1858 Ceza Kanunnamesi'ndeki eksiklikleri gidermek amacıyla Osmanlı Devleti'nin son döneminde ve cumhuriyetin ilk yıllarında kurulan çeşitli komisyonlarca ceza kanunu tasarıları hazırlanmıştır¹³⁹. Nihayet dönemin adalet bakanı Mahmut Esat Bozkurt başkanlığında çalışmalarını sürdüren "Eskişehir Komisyonu"nun tasarısı 1 Mart 1926 tarihinde kanunlaşmış ve 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe girmiştir. Komisyon tasarısı altı aydan kısa bir sürede hazırlamıştır ve bu denli kısa bir sürede hazırlanmasının nedeni, komisyonunun 1909 tarihli "Ceza Kanunu Layihası" nı temel almasıdır¹⁴⁰. 1909 yılında adliye nazırı Necmettin Molla Bey'in talimatıyla Yusuf

¹³⁷ **Gökçen**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.31.

¹³⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suça iştirakte bağlılık kuralı çalışmamızın temel konusu oluşturduğundan 5237 sayılı kanun bu kısımda ayrıca açıklanmamış, yalnızca 765 sayılı Kanun'la farklılıklarına değinilmiştir.

¹³⁹ Bu dönemde oluşturulan komisyonlar ve bu komisyonların hazırladıkları ceza metinleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Kunter, Nurullah**, "25 Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi", İstanbul Barosu Dergisi, Ekim, 1948, S.10, s.539-584.

¹⁴⁰ **Kunter**, "25 Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi", s.545.

Ziya¹⁴¹ Bey tarafından 1889 tarihli İtalyan ceza kanunu tercüme edilerek ilgililere dağıtılmış ve bu metin üzerinden yapılan fikir teatisi üzerine “ceza kanunu layihası” oluşturulmuştur. O dönem çeşitli siyasi nedenlerle kanunlaşmayan layiha, 1926 tarihinde kanunlaşan ve 2005 tarihine kadar yürürlükte kalan Türk Ceza Kanunu’na dayanak oluşturmuştur¹⁴².

İştirak hükümleri 1926 tarihli ilk metinde 6. bapta “cürüm ve kabahatte iştirak” başlığı altında 64 ila 67. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 1937 yılında 3112 sayılı Kanun ile 64 ve 65. maddelerde öngörülen cezalar açısından değişiklik yapılmış, 1941 tarihinde ise 4045 sayılı Kanun ile 65. madde metni yeniden yazılmıştır. Yeniden yazılan madde metnin birinci fıkrasının üçüncü bendinde 1983 tarih ve 2787 sayılı kanunla öngörülen ceza açısından bir değişiklik yapılmış ve 2005 tarihine kadar bu şekliyle uygulamıştır¹⁴³.

İştirak kurumu kanunun genel hükümler bölümünde düzenlendiği ve şartları belirlendiği için bu haller dışında hâkim kişinin fiile iştirak ettiğine dolayısıyla cezalandırılması gerektiğine karar veremez. Bu nedenle iştirak hükümlerinin şartlarının genel hükümler kısmında belirlenmesi ve bu alanda hâkime takdir hakkı tanınmaması, söz konusu hükümlerin hukuki güvenilirliğini sağlayan, cezalandırılabilirlik alanını daraltan hükümler olarak da yorumlanmasına neden olmuştur¹⁴⁴. İştirake ilişkin hükümler tabirinin içine faillik tanımını da dâhil ettiğimize göre dar fail anlayışının hâkim olduğu kanunlar açısından bu görüşe katılmak gerektiği kanısındayız.

765 sayılı Kanun, iştirakte sorumluluğun belirlenmesi hususunda, suçta katılanları iki ana başlık altında toplamış, bunların birini 64. diğerini 65. madde ile düzenlemiştir. Ancak kanunda bu iki iştirak şekli için teknik bir isimlendirme yapılmamıştır. Ancak öğretisi, 64. madde ile düzenlenen ve suçun tam cezası ile

¹⁴¹ Yusuf Ziya Özer (1870- 1947).

¹⁴² 1926 tarihli kanunun komisyon raporları için bkz: **Erem, Faruk**, Gerekeçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu, Ankara 1948.

¹⁴³ 765 sayılı Kanun’da düzenlenen iştirak maddelerinin metindeki ilk hali ve değişiklikler için bkz: **İçel, Kayıhan - Yenisey, Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994, s.410-414.

¹⁴⁴ **Erem, Faruk**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1976, s.425.

cezalandırılan iştirak türünü asli iştirak, 65. madde ile düzenlenen ve suçun cezasında indirim öngörülen iştirak şeklini ise ferî iştirak olarak isimlendirmiştir¹⁴⁵.

Kanunun 64. maddesinde¹⁴⁶ düzenlenen iştirak şeklinin oluşabilmesi için kişilerin fiillerinin suç teşkil eden fiile asli olarak katılma teşkil etmesi aranmıştır. Bu sebeple söz konusu iştirak şekli öğretilerde *asli iştirak* olarak isimlendirilmiştir. 765 sayılı Kanun'un gerekçesinde asli fail "*suç teşkil eden fiili işleyen kimse*" olarak tanımlanmıştır. Fiili işlemek tabirinin sınırları ise öğreti tarafından oluşturulmuştur. Buna göre fiili işlemiş sayılmak için bizzat işlemek şart değildir. Neticenin meydana gelmesi için bir hayvanı, bir kişiyi veya bir eşyayı kullanan kişi de suçu işlemiş kabul edilir¹⁴⁷. Öğreti dolaylı faili de tanımlamış ve asli iştirak şekline dâhil etmiştir.

Asli iştirak asli-maddî iştirak ve asli-manevî iştirak olmak üzere iki kategoriye ayrılmıştır. Asli-maddî iştirak 64. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkarda iki hareket öngörülmüştür; *fiili irtikâp etme* ve *doğrudan doğruya beraber işleme*. Fiili irtikâp etmek, basit anlatımla, suçun maddî unsurunu teşkil eden hareketi yapmaktır. Fiilin bölünerek yapıldığı suçlar açısından hareketin bir kısmının bir kişi diğer kısmının başka kişi tarafından yapılması halinde her ikisinin de asli-maddî fail olacağı öğretilerde belirtilmiştir¹⁴⁸. Bu açıklamalarla doğrudan fail-müşterek fail ayırımına gidilmemiş ve her ikisi de asli-maddî iştirak başlığı altında sınıflandırılmıştır.

Öğreti hâkim görüş maddede geçen doğrudan doğruya beraber işleme ifadesinden suçun icrasına esaslı olarak dâhil olmanın anlaşılması gerektiği yönündedir.¹⁴⁹ Bu durumda aslında asli-ferî iştirak ayırımı yapılırken ortaya konulan ölçütün bir istisnası ortaya çıkmaktadır. Zira öğretilerde doğrudan doğruya beraber işlemeye örnek olarak gösterilen fiiller yazarların asli-ferî ayırımına göre ferî fiillerdir.

¹⁴⁵ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.588; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.472.

¹⁴⁶ **765 sayılı Kanun Altıncı Bölüm : Cürüm ve Kabahatte İştirak Madde 64 :**

Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikâp edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiille mahsus ceza ile cezalandırılır.

Başkalarını cürüm ve kabahat işlemeğe azmettirenlere dahi aynı ceza hükmolunur. Ancak fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezası, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis yerine yirmi sene ağır hapidir. Sair cezaların altıda biri indirilir.

¹⁴⁷ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.429; **Taner, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1953, s.531.

¹⁴⁸ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.430; **Taner**, s.535.

¹⁴⁹ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.430; **Taner**, s.535.

Bu çelişki sebebiyle Taner, doğrudan doğruya beraber işleme hareketinin dikkatle ele alınması gerektiğini ve dar yorumlanarak fiile katkısı çok önemli olan kişinin, fiile katkısı daha az değer taşıyan kişiden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Doğrudan doğruya beraber işlemenin geniş yorumlanmasının haksız uygulamalara sebebiyet vereceğini belirten Taner, geniş yorum ile gözcünün asli fail sayılmasını adaletsiz uygulamaya örnek vermiştir¹⁵⁰. Erem¹⁵¹ ise kişinin hareketinin ferî bir hareket olduğunu ancak kişilerin asli fail olarak değerlendirildiklerini kabul etmekte ve kanun metninin Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi "suçu birlikte işleyenler" şeklinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağını ifade etmektedir. 5237 sayılı kanun ile Erem'in uyarısı dikkate alınmış ve "suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri" fail kabul edilmiştir. Hatta failin tespitinde fiile hakimiyet teorisini esas alan 5237 sayılı Kanun'un gerekçesinde yeni kanunun faillik sistemi doğrudan Taner'in eleştirdiği gözcünün durumu üzerinden açıklanmıştır¹⁵².

64. maddenin ikinci fıkrasında azmettirme düzenlenmiştir. Azmettiren öğretide asli-manevi fail olarak isimlendirilmiştir. Asli-manevi fail, asli-maddi failin zihninde olmayan suç işleme düşüncesini oluşturduğu için suç azmettirenin eseri kabul edilmekte ve hareketi manevi bir hareket olduğu için asli-manevi fail tabiri kullanılmaktadır. Azmettirenin hareketinin manevi alanda kalması gerekmektedir ve suçun oluşumuna maddi katkı sağladığı anda artık asli-maddi iştirak söz konusu olacaktır. Taner azmettirme ile teşvik etmeyi ayırmamış, azmettirilende söz konusu suçu işleme fikrinin daha önceden mevcut olup olmadığına bir önemi bulunmadığına değinmiştir¹⁵³. Bu yorumun asli-manevi iştirakin alanını fazla genişlettiği bu nedenle isabetli olmadığı görüşündeyiz. Öte yandan, asli-manevi iştirakin düzenlendiği ikinci fıkranın sonunda azmettiren açısından cezayı azaltan bir sebep öngörülmüştür. Buna göre fiili icra edenin

¹⁵⁰ **Taner**, s.535.

¹⁵¹ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.431.

¹⁵² Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Hâlbuki örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişini üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

¹⁵³ **Taner**, s.536.

onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezası indirilmektedir. Bu indirimin sebebi, failde suçu işlemek için şahsi bir sebebin varlığı halinde suç teşkil eden fiilin tamamıyla azmettirenin eseri sayılamayacağı, failde daha önceden mevcut olan şahsi sebeplerin de suçun oluşmasında katkısı olduğu şeklinde açıklanmaktadır. 5237 sayılı Kanun'da yer almayan bu indirimin doğru bir uygulama olmadığı görüşünderiz. Zira azmettirenin aklında suç işleme düşüncesi olmayan bir kişiyi suça azmettirebilmesi için muhakkak ki bu kişinin de şahsi bir menfaatinin olması gerekmektedir ve azmettiren bu menfaatleri kullanarak kişinin zihnine suç işleme düşüncesini yerleştirmektedir. Suç teşkil eden fiilden hiçbir şekilde menfaat elde etmeyecek olan kişinin azmettirme sonucu o fiili icra etmesi davranış bilimleri açısından açıklanabilir bir durum değildir. Sonucunda menfaat elde etmeyecek olan kişi ancak iradesine tamamen hâkim olunmasıyla suç teşkil eden fiili gerçekleştirir ki bu durumda azmettirme değil dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Maddenin son cümlesinin makul bir şekilde izah etmenin imkânı olmadığını ifade eden Erem; fiili icra edenin işlemekteki şahsi menfaatine ilişkin özel bir düzenleme yapılması muhakkak gerekli ise bu durumda şahsi menfaatin varlığının azmettiren açısından indirim sebebi değil aksine cezayı ağırlaştırıcı bir sebep teşkil etmesi gerektiğini savunmuştur¹⁵⁴. Zira azmettirenin bu şahsi menfaatten faydalandığı ve suçun işleme ihtimalini arttırdığı ayrıca kendi fiili açısından da bu durumun kolaylaştırıcı bir etki sağladığını savunmaktadır. Ayrıca söz konusu düzenlemede failin şahsi menfaatinin azmettirenin kastı kapsamında olup olmamasına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Oysa Erem'in eleştirisi tamamıyla azmettirenin bu menfaatten haberdar olması ihtimaline ilişkindir. Her ne kadar şahsi bir menfaat halinde azmettirenin fiilinin kolaylaştığı ve failinin fiilini kolaylaştıran bazı durumlarda daha ağır bir cezanın öngörüldüğü örneklerin olduğu konusunda Erem'e hak vermekteyse de bu şekilde bir düzenlemenin de isabetli olmayacağı görüşünderiz. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere şahsi bir menfaati olmayan azmettirilenin fiili icra etmeyeceği kanısındayız. 5237 sayılı ceza kanununda bu şekilde bir indirim nedeni öngörülmemiş aksine bazı durumlar için azmettirenin cezası faille göre ağırlaştırılmış¹⁵⁵ veya failin cezasında indirim yapılmıştır¹⁵⁶. Her iki

¹⁵⁴ Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.438.

¹⁵⁵ TCK Azmettirme Madde 38/2

hüküm de failin haksızlığına şerik olarak katılan azmettirenin, failden daha fazla ceza alması sonucunu doğurmaktadır. Öğretide azmettirenin ortaya çıkmasını sağlayan fail için indirim yapılmasının toplumda ihbarcılığı meşrulaştıracağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁷. Hükme ilişkin diğer bir eleştiri ise suça katılımdan birinin diğerini ihbar etmesi sonucunda öngörülen bu ödülün yalnızca azmettireni ihbar için düzenlenmiş olması yardım eden hatta faile ilişkin benzer bir hüküm bulunmaması nedeniyle adaletsiz olduğu yönündedir¹⁵⁸. TCK 38/3 ‘ün düzenlenme amacı özellikle tetikçilerin kendisine suçu işleyen kişiyi ihbar etmesini sağlamaktır¹⁵⁹.

765 sayılı Kanun’da yer alan menfaate bağlı indirimin hükmüne benzer bir hüküm 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun suçlar ve cezalar üst başlıklı üçüncü bölümünde cezadan indirim başlığı altında düzenlenmiştir¹⁶⁰. VUK vergi kaçakçılığına ilişkin suçlarda suça katılanın menfaatinin bulunması halini cezada indirim nedeni olarak öngörmüştür.

65. madde¹⁶¹ ile düzenlenen ferî iştirak ise suçun icrasına ikinci derece sayılacak davranışlarla katılma halinde söz konusu olacaktır. Kişinin katkısı suç teşkil eden fiilin bütününe oranla bir ferilik teşkil ediyorsa bu durumda ferî iştirak halleri söz

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

¹⁵⁶ **TCK Azmettirme Madde 38/3**

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

¹⁵⁷ **Ünver, Yener**, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, 2006, s.69; **Erdem, Mustafa Ruhan**, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı” Hukuki Perspektifler Dergisi, S.5, 2005, s.215.

¹⁵⁸ **Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.361; **Ünver**, s.67.

¹⁵⁹ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.610; **Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.1, Ankara 2010, s.1115.

¹⁶⁰ **VUK Cezadan indirim Madde 360** – (Değişik : 23/1/2008-5728/277 md.)

359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanununun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir.

¹⁶¹ **765 sayılı Kanun Altıncı Bap : Cürüm ve Kabahatte İştirak Madde 65:**

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

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

(Değişik bent: 21/01/1983 - 2787/7 md.) Suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenette icrasını kolaylaştırarak suça iştirak eden şahıs, işlenmiş fiille mahsus olan ceza ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ise yirmi yıldan, müebbet ağır cezası ise onaltı yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilir.

Bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzımmat etmeksizin fiilin irtikapı mümkün olmayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifada edemez.

konusu olacaktır. Feri faillerin hareketleri tek başına ele alındığında suç teşkil etmeyip, ancak yardımcı hareketlerdir ve suç teşkil etmeleri asli failin fiiline bağlıdır. Asıl fiilin hukuka uygun olması halinde ferî fail de cezalandırılmaz. Kanun asli-maddi faili tanımlarken suçü irtikâp eden ifadesine yer verirken, 64. maddede ferî-maddi failden suçü iştirak eden olarak söz etmektedir. Buna göre kanun koyucu asli-maddi faili suçü gerçekleştiren, ferî-maddi faili ise suçü katılan olarak tanımlamaktadır. Esasında çalışmamızın konusu olan bağıllık kuralının mahiyetini gösteren nokta burasıdır. Zira *akzessorietät* kelimesi yukarıda incelediğimiz üzere katılma anlamına geldiği gibi kelimenin ferî anlamında kullanılması da mümkündür. *Akzessorietät* kuralını ferî faillerin asli faillerin fiillerine katılmaları kuralı olarak değerlendirebiliriz.

Öğreti ferî iştiraki de aynı asli iştirakte olduğu gibi maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayırmıştır. Ferî-maddi iştirak; suç teşkil eden fiile katkısı ikincil nitelikte olmakla beraber bu katkının maddi bir şekilde ortaya konmasını ifade eder. Ferî-maddi iştirak hareketleri; suçun işlenmesine yarayacak iş veya vasıta tedariki, muzaheret ve muavenettir. Öğreti bu konuda kanun koyucunun herhangi bir boşluk bırakmamak adına hareketleri bu denli derecelendirdiği, oysa suçun işlenmesini kolaylaştırmak için muzaheret ve muavenetin vasıta tedarikini; vasıta ifadesinin ise iş ifadesini kapsadığı görüşündedir¹⁶². Ferî-maddi iştirakin ayırt edici özelliği, kişinin hareketinin ferî yani ikincil nitelikte olmasıdır. Aksi takdirde asli faillik söz konusu olacaktır.

Ferî-manevi iştirak ise suç teşkil eden fiile olan katkısı ikincil nitelikte olmakla beraber bu katkının manevi bir şekilde sağlanmasıyla oluşur. Ferî-manevi iştirak hareketlerini; suç işlemeye teşvik, suçü irtikâp kararını takviye, suç işlendikten sonra muzaheret ve muavenette bulunacağını vadetme, suçun ne şekilde işleneceğine ilişkin talimat verme olarak sıralayabiliriz. Ferî-manevi iştirakin; ferî-maddi iştirak ve asli-manevi iştirak ile iç içe girdiği bazı durumlar hâsıl olabilmektedir. Bu hallerde hareketi manevilik ve ferilik özelliklerine dikkat ederek ayırt etmek gereklidir. Ferî-manevi iştirakin, ferî-maddi iştirakle yakınlığı durumlarda hareketin ayırt edici özelliği manevi olmasıdır. Söz konusu hareket manevi bir hareket ise kişi ferî-manevi fail, maddi bir hareket ise ferî-maddi fail olarak nitelendirilecektir. Aynı şekilde ferî-manevi

¹⁶² Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.443, Taner, s.545.

iştirakin, asli-manevi iştirak ile yakınlaştığı hallerde ayırt edici özellik, hareketin ferî yani ikincil olmasıdır. Kişinin hareketi suçun oluşmasına yardımcı olması ikincil nitelikte ise kişi ferî-manevi fail, doğrudan etki ediyorsa asli-manevi fail olacaktır.

5237 sayılı Kanun ile 765 sayılı Kanun'un en önemli farklarından biri kabahatlere iştirak durumudur. Şöyle ki, 765 sayılı Kanun döneminde suç; kabahat ve cürüm olmak üzere ikiye ayrılarak inceleniyordu ve bap başlığından da anlaşıldığı gibi hem cürümlere hem kabahatlere iştirak mümkündü. Ancak günümüzde kabahatlere iştirak mümkün değildir. Kabahatler açısından geniş anlamda faillik anlayışı geçerlidir.

Bağlılık kuralı açısından bu dönemde hem suçlar hem kabahatler açısından gerek niteliksel gerek niceliksel bağlılık kuralının uygulandığını söyleyebiliriz. İştirakin şartları içerisinde asıl fiilin gerçekleşmiş olması şartına yer verilmiş, dolayısıyla niceliksel bağlılık kuralı uygulanmıştır. Niteliksel açıdan ise yukarıda da ifade edildiği gibi ferî failerin cezalandırılması asli failin fiilinin hukuka aykırı olmasına bağlanmış, bu fiilin hukuka uygun olması halinde yardımcı nitelikteki hareketi gerçekleştiren ferî fail de cezalandırılmamıştır. Kanunda 5237 sayılı Kanun'un 40. maddesinde olduğu gibi bağlılık kuralı başlıklı bir maddeye yer verilmemiş de olsa iştirakin şartları olan kuralın unsurları uygulanmıştır.

Şeriklerin failin fiiline bir başka ifade ile asıl fiile bağlılıkları hususunda en önemli sorun nitelikli hallerin şeriklere ne şekilde sirayet edeceğidir. 765 sayılı Kanun'un 66. ve 67. maddelerinde¹⁶³ bu hususta ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu maddelerde cezayı azaltan veya kaldıran sebeplerinin sirayetine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir, yalnızca cezayı arttıran sebeplerin sirayeti düzenlenmiştir. Herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle Erem ceza azaltan veya kaldıran sebeplerin sirayet etmeyeceğinin kural olduğunu, suça katılan her bir birey hakkında ayrı değerlendirme yapılacağını ifade etmiştir. Erem, cezayı arttırıcı sebepler açısından

¹⁶³**765 sayılı Kanunun Altıncı Bap: Cürüm ve Kabahatte İştirak Madde 66 :**

Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükümlenir.

Madde 67: Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir.

sirayetin belli şartlara bağlanarak kanun tarafından düzenlenmesini, sirayetin istisnai olmasına ancak kanunda belirlenen şartların sağlanması halinde gerçekleşeceği takdirde sirayetin söz konusu olmayacağı şeklinde yorumlamıştır.¹⁶⁴ 66. maddede şahsi ağırlatıcı sebeplerin sirayetine ilişkin; eğer failin işlediği suçta bir ağırlatıcı sebep bulunuyorsa ancak suçun işlenmesi anında şeriklerin bunu bilmeleri halinde bundan sorumlu olacakları ve cezalarının indirilebileceği düzenlenmiştir. Fiili ağırlatıcı sebeplerin sirayetini düzenleyen 67. maddeye göre de, işlenen suçun maddi unsurunu değiştiren sebepler de bunu bilen şeriklere sirayet edecektir. Böylelikle her iki durumda da şeriklerin ağırlatıcı sebepten sorumlu olmaları bunu bilmelerine, bir başka deyişle buna yönelik de kasıtlarının bulunmasına bağlanmıştır.

¹⁶⁴ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.453.

İKİNCİ BÖLÜM: İŞTİRAK

Ş1. İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN YAPISI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Suçları fail sayısından hareketle tek failli suçlar ve çok failli suçlar olmak üzere iki ana başlık altında toplayabiliriz. Kanunda düzenlenen özel suç tipinin tek bir faille işlenmesinin mümkün olduğu suçlara tek failli suç, tipik fiilin zorunlu olarak birden fazla kişinin katılımını gerektirdiği suçlara çok failli suç adı verilmektedir¹⁶⁵. Ancak bir suçun tek failli suç olması, birden fazla kişinin bir araya gelerek bu suçu işlemesine engel değildir. Soyut olarak tek kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olan tek failli suçlar, gerçek hayatta çoğu kez birden çok kişinin katılımı ile meydana gelmektedir. Tek failli bir suçun birden çok kişinin katılımıyla işlenmesi veya çok failli bir suça bir kişinin fail sayılmayı gerektirmeyecek derecede katılması halinde bu katılanların sorumlulukların belirlenmesi için iştirak kurumuna ihtiyaç duyulmaktadır¹⁶⁶. İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılan kişilerin katkılarının ne şekilde derecelendirileceği ve cezai sorumluluklarının hangi esasa göre belirleneceği tartışmalara neden olmuş, suça katılanların sorumluluğun belirlenmesinde farklı teoriler esas alınmıştır.

I. İştirakin Temeli Olarak Bir Araya Gelmeyi Esas Alan Görüş

İtalyan ceza hukukçuları Manzini¹⁶⁷ ve Antolisei¹⁶⁸ iştirakin temelini bir araya gelme olarak açıklamışlardır. Bu teoriye göre insanlar, bir işi daha kolay, daha hızlı yapmak için sosyal hayatta bir araya geldikleri gibi suç işlemeyi kolaylaştırmak, hızlandırmak veya riski azaltmak için de bir araya gelmektedirler. Böylece tek bir kişinin hareketi ile gerçekleşmesi mümkün olan suç, birden fazla kişinin katılımı ile daha kolay bir biçimde gerçekleşmektedir. Suça katılan her kişi yeteneğine göre bir katkı sağlamak ve diğer ortakların hareketlerini de bilmekte, istemekte ve

¹⁶⁵Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.313; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420, Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.434.

¹⁶⁶Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.444; Hakeri, Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara 2013, s.492.

¹⁶⁷Dezza, Ettore - Seminara, Sergio - Vormbaum, Thomas, Moderne Italienische Strafrechtsdenker, Berlin/Heidelberg 2012, s.157.

¹⁶⁸Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1994, s.502'den nakleden Maiwald, Manfred, Einführung in das Italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, Berlin 2009, s.139.

kabullenmektedir¹⁶⁹. Suç işbirliği halinde işlenmekte olduğundan her bir iştirakçinin katkısı bireyselliğini ve bağımsızlığını kaybederek tek bir bütünün parçası haline gelmektedir. İştiraki bir araya gelme olarak tanımlayan yazarlara göre; bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda çok failli bir suç meydana gelmektedir. İştirak hükümleri ise kanunda tek failli olarak düzenlenmiş tipik fiillerini çok failli suça çeviren genel hükümlerdir¹⁷⁰. Buna göre iştirak; özel suç tipinin genel hükümlerin etkisiyle çok failli, yeni ve bağımsız bir suç olarak ortaya çıkmasıdır. Ortaya çıkan bu bağımsız çok failli suç tipi hususunda iki farklı görüş mevcuttur: Bir görüşe göre gayri meşru olarak bir araya gelerek suça katılanlar artık bireyselliklerini kaybetmiş ve tek bir bütünün parçası olmuştur. Dolayısıyla ortada tek bir çok failli suç vardır. Aksi yönde düşünenler ise her bir ortağın suça olan katkısının ve manevi unsurun farklılıklarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, bu yüzden de tek bir çok failli suçun değil suç ortağı sayısı kadar çok failli suçun meydana geleceğini savunmaktadırlar¹⁷¹.

Her ortağın yeteneği ve gücü oranında suça katıldığı ve bir bütün oluşturduğu, bu şekilde suçun daha kolay, hızlı ve güvenli işlendiğini savunan bu görüşün iki temel sonucu vardır¹⁷². Suç işlemek için bir araya gelen ortakları ticari bir işletme gibi değerlendiren bu görüşün ilk sonucu, ortakların bağımsızlığını ve bireyselliğini kaybederek tek bir bütünün parçası haline gelmeleridir. Zira ortakların her biri tek bir suçu işlemek amacıyla kendi payına düşen hareketi gerçekleştirmiş, yapılan işbölümünde kendi üzerine düşen görevi yerine getirmiştir. İş bölümü içerisinde her bir iştirakçiye düşen görevin suçun oluşması bakımından aynı değerde olması gerekmemektedir¹⁷³. Önem teşkil eden husus, iştirakçinin bu iş bölümü içerisinde bilgi ve becerisine göre katkısını sağlayarak kendi görevini yerine getirmesidir. Böylece gayri meşru ortaklığın her bir katılanı, suç teşkil eden tipik fiilin hareketlerinin belli bir kısmını yapmakta, yapılmasını kolaylaştırmakta veya hızlandırmakta iken bir yandan da diğer ortakların hareketlerini kabullenmektedir¹⁷⁴. Bu görüşün temsilcileri çok hareketli

¹⁶⁹ Dezza – Seminara – Vormbaum, s.271.

¹⁷⁰ Dezza – Seminara – Vormbaum, s.207.

¹⁷¹ Pagliaro, Antonio, Principi di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2003, s.542'den nakleden Maiwald, Manfred, s.141.

¹⁷² Evik, s.91.

¹⁷³ Pagliaro, Antonio, s.542'den nakleden Maiwald, Manfred, s.141.

¹⁷⁴ Dezza – Seminara – Vormbaum, s.157

suçların işlenmesinde hareketlerin her birinin suça katılanlardan biri tarafından gerçekleştirilmesi halini diğer iştirak teorilerinin açıklamasının mümkün olmadığını, suça katılanların hiçbiri tipik hareketlerin tamamını gerçekleştirmediğinden hiçbir katılanın fail olarak cezalandırılmayacağını savunmuşlardır. Suçun oluşması için birden çok tipik hareketin öngörüldüğü ve bu hareketlerin farklı ortaklar tarafından gerçekleştirildiği durumlara açıklık getiren tek teorisin “bir araya gelme” teorisi olduğunu ifade etmişlerdir..

Bir araya gelme teorisinin ikinci sonucu ise ortakların sadece kendi hareketinin sonucundan sorumlu tutulmamasıdır. Her bir ortak yalnızca kendi hareketinden değil diğer tüm ortakların sonucunu kabullendiği hareketlerinde de sorumludur. Sadece kendi hareketlerinin sonuçlarını değil ayrıca diğer ortakların gerçekleştirdiği kabullendiği kendi davranışı dışında kalan diğer hareketlerden de sorumlu tutulmasıdır. Başkası lehine hareket edenin aynı zamanda kendisi için de hareket ettiğinden kabulle¹⁷⁵, ortakların yaptığı her hareketten sadece hareketi yapan ortak değil suça katılan herkes sorumlu tutulur. Suç yalnızca tek başına tipik hareketi yapanın değil suça katılan her ortağın eseridir. Bu görüşe göre iştirakçiler arasında kolektif bir iş bölümü söz konusudur. Ortakların tipik harekete katkıları eşit olmasa da ortaya çıkan neticeden tüm ortaklar sorumludur ve her biri faildir. Tüm bunlar değerlendirildiğinde bir araya gelme teorisinde tipik hareketi gerçekleştiren failin cezalandırılmaz oluşunun suça katılan diğer ortaklara hiçbir etkide bulunmayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Zira bu görüşe göre birden fazla kişi belli bir amaca ulaşmak için güçlerini birleştirerek iş bölümünün bir parçası olmuşlardır. Artık hareketin bağımsızlığından ve bireyselliğinden bahsetmek mümkün değildir. Ortada tek birçok failli suç vardır. Bu nedenle bir araya gelme teorisini savunan yazarlar, özgü suçlarda iştirakçilerden sadece birinin kanunda belirlenmiş özelliklere sahip olmasını yeterli görmüşürler¹⁷⁶. Böylece özgü suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda tipik hareketin özel faillik niteliği taşımayan ortak tarafından gerçekleştirilmesinin ortaya çıkardığı sorunların bu teori ile çözümünün mümkün olduğunu ileri sürmüşlerdir.

¹⁷⁵ Dezza – Seminara – Vormbaum, s.270.

¹⁷⁶ Hafizoğulları, Özen, s.349; Toroslu, Nevzat, “Ceza Hukuku Genel Kısım” Ankara, 2010, s.278.

Bu teoriye getirilmiş en temel eleştirisi; tek failli olarak düzenlenmiş özel bir suç tipinin genel hükümlerle çok failli yeni bağımsız bir suç tipine çevirmenin mümkün olmamasıdır. Genel hükümlere dayanılarak kanunda yer almayan bağımsız bir suç ihdas edilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacak ve keyfilik riski ortaya çıkacaktır¹⁷⁷.

Bir diğer eleştirisi ise ortaklar arasında manevi unsur bakımından farklılık olması ihtimaline ilişkindir. Suça katılanların ortak bir irade ile değil farklı suç işleme kastları ile hareket ettikleri durumlarda uygulanacak normun tespiti sorun teşkil etmektedir¹⁷⁸.

Bizim kanaatimiz, bir araya gelme teorisinin ortaya çıktığı dönemde yol gösterici olduğu ancak çağdaş ceza hukuku sistemi ile kesinlikle bağdaşmadığı yönündedir. Zira teori yukarıda belirtildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmemiş tek failli özel suç tipinden bağımsız çok failli bir suçun oluştuğunun kabulü ve ortakların bu yeni oluştuğu kabul edilen suça göre cezalandırılması kanunilik ilkesinin hiçe sayılması anlamını taşıyacaktır. Ayrıca suça katılanlardan her birinin diğer ortakların hareketlerini bildiği ve kabullendiği gerekçesi ile tüm ortakların hareketlerinden sorumlu tutulması kusur ilkesine aykırıdır. Ortakların hareketlerinin önemi ve suça katkı derecesi araştırılmaksızın her birinin fail sayılması, faile sadece kendi davranışının değil diğer ortakların davranışlarının sonuçlarının da yüklemesi anlamı taşıyacaktır. Bir başka ifade ile bu teoriye göre suça katılanlar objektif olarak sorumlu tutulmaktadır. “Hukuka aykırı bir harekete katılan bütün sonuçlarından sorumlu olur” anlamı taşıyan “*versari in re illicita*”¹⁷⁹, modern ceza hukukunda itibar edilmeyen bir Orta Çağ prensibidir ve kusur ilkesine aykırıdır.

Çok hareketli suçları oluşturan tipik hareketlerin her birinin farklı ortaklar tarafından yapılması halinde faillerin cezalandırılmasının tek imkânının bu teori olduğu görüşüne de katılmamaktayız. Teorinin temsilcilerinin klasik örneği olan yağma suçu üzerinden ilerleyecek olursak; silahlı doğrultan ve parayı alan kişilerin farklı olması halinde fiile hâkimiyet (tatherrschaft) teorisine göre her iki failde müşterek fail olarak

¹⁷⁷ Evik, s.93.

¹⁷⁸ Evik, s.93.

¹⁷⁹ Kollmann, Horst, “Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici”, ZStW, Bd. 35, 1914, s.57.

sorumlu olacaklardır. Alman Ceza Kanunu 25/2'de ¹⁸⁰ olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nda ¹⁸¹ da suçu birlikte işleyenlerin her birinin fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla çok hareketli suçların hareketlerinin farklı ortaklar tarafından gerçekleştirilmesi halinde faillerin cezasız kalacağı görüşüne katılmamaktayız.

II. İştirakin Temeli Olarak Nedensel Katkısı Esas Alan Görüş

19. yüzyılın sonlarına doğru güçlenen pozitivizmin hukukçu temsilcileri iştirakin temelini nedensellik bağına dayandırmışlardır. Bu teorinin temsilcileri von Buri ve Birkmeyer'dir¹⁸². Her iki yazar da iştirake ilişkin monografilerinde¹⁸³ iştirakin temelini tamamen nedensellik üzerine kurulu olduğunu belirtmiş ve tüm iştirak teorilerini bu kabul üzerinden kurmuşlardır. Nedensel katkı teorisini savunanlara göre tipik hareketin oluşumuna nedensel olarak katkı sağlayan herkes meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır. Teori ceza sorumluluğunu çok genişletmesi sebebiyle eleştirilmiştir. İştirak ilişkisi için nedensel katkının yeterli sayılması, suça katılanların cezalandırılması için kanunda ayrıca iştirak hükümlerine yer verilmesine gerek olmadığı sonucunu doğurmuştur. Nedensel katkı teorisini savunan yazarlar iştirak hükümlerini ceza sorumluluğunu daraltan hükümler olarak değerlendirmektedir. Zira nedensel katkı teorisine göre tipik fiile nedensel olarak katkı sağlayan herkes oluşan suçtan sorumludur. Oysa kanunda belirli davranışların iştirak biçimi olarak düzenlenmiş olması suça nedensel katkı sağlayanların sadece bir kısmının sorumlu tutularak, suça sebebiyet verenlerin tamamının cezalandırılmasını önlemekte böylece ceza sorumluluğunu daraltmaktadır.

Nedensel katkı teorisinde katkıların derecelerinin belirlenmesi ve her katkının cezai karşılığının açık bir şekilde ortaya konulması önem taşımaktadır. Ortakların

¹⁸⁰ **StGB § 25 Täterschaft**

Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.

Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)

¹⁸¹ **TCK Madde 37 Faillik**

Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

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.

¹⁸² **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin 1999, s.5.

¹⁸³ **von Buri, Maximilian**, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Giessen 1860; **Birkmeyer, Karl**, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890.

sorumluluk derecelerinin belirlenmesi hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, nedenselliğin bir bütün olduğu ve bölünemeyeceği ve dolayısıyla ortakların katkıları arasında ayırım yapılamayacağıdır¹⁸⁴. Şartların eşitliği teorine dayanan bu görüşe göre; suçun oluşumuna nedensel katkı sağlayan ihmalî veya icrai harekette bulunan herkes, suçun faili kabul edilmektedir¹⁸⁵. Neticeyi meydana getiren tüm şartların eşit olduğunu, dolayısıyla nedensel katkı sağlayacak her hareketi yapana suçu isnat etmenin mümkün olduğunu öne süren bu teoriye göre neticeye sebebiyet veren her kusurlu hareket cezalandırılır. Belli bir neticeye sebep olan şartlar arasında ayırım yapılamayacağını ve bu nedenle suça katılanlar arasında objektif bir ayırım yapmanın mümkün olmadığını savunan bu teorinin temsilcileri, suça katılanlar arasında ancak sübjektif bir ayırım yapmanın mümkün olduğunu ifade etmişlerdir. Buna bağlı olarak suça katılanların menfaatleri doğrultusunda sübjektif bir kıstas ile iştirakçiler arasında ayırım yapmayı uygun görmüşlerdir¹⁸⁶.

Nedensel katkıların derecelerinin ve her katkının cezai karşılığının belirlenmesine ilişkin ikinci görüş ise; neticeye sebep olan şartların etkinliklerine göre derecelendirilmesi gereğidir. Netice oluşmasına neden olan katılardan en etkili olan katkıyı gerçekleştiren, fail olarak nitelendirecektir¹⁸⁷. Şartların neticeye olan etkilerinin derecelendirilmesi aşamasında, gerçekleştirilen hareket dikkate alınacaktır. Buna göre tipik hareketi gerçekleştiren suça nedensel katkı sağlayanlar arasında en etkili katkıyı sağlayan olarak kabul edilecek ve fail olarak nitelendirilecektir. Diğer ortaklar ise şerik olarak cezalandırılacaklardır. Böylece şeriklerin cezalandırılması neticeye en etkili şekilde sebebiyet veren ortağa yani faile bağlanmıştır¹⁸⁸.

Nedensel katkı teorisi suça katılanların tespitinde keyfî uygulamalara yer vermeyecek sağlam bir temel oluşturması bakımından iştirak teorilerinin gelişmesinde çok etkili olmuştur. Ancak nedensel katkı ele alınarak kişilerin sorumlu tutulması halinde ceza sorumluluğunun çok fazla genişleyeceği görüşündeyiz. Ayrıca teori sadece nedensel katkı sağlayanları sorumlu tutması, nedensel olarak katkısı olmayan, bir başka

¹⁸⁴ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.5.

¹⁸⁵ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.408.

¹⁸⁶ **von Buri**, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, s.4.

¹⁸⁷ **Birkmeyer**, s.100.

¹⁸⁸ **Birkmeyer**, s.149.

deyişle neticenin oluşmasında nedensel etkisi olmayanların cezasız kalacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁸⁹.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu nedensel katkı teorisinden etkilenecek hazırlanmış ve kanunun gerekçesinde bu görüşlere yer verilmiştir¹⁹⁰. Ceza hukuku tarihi açısından önemli bir teori olmakla beraber çağdaş ceza hukuku sistematigi içerisinde iştiraki nedensel katkısı teorisi ile açıklamak mümkün değildir¹⁹¹.

III. İştirakin Temelini Failin Fiiline Katılmak Biçiminde Ele Alan Görüş

Nedensel katkıyı esas alan görüşü eleştiren ve benimsemeyen yazarlar iştirakin temelini failin fiiline katılma biçiminde açıklama yoluna gitmişlerdir. Mayer, doğal hareket-hukuki hareket ayırımına dikkat çekerek, nedensel olarak eşit olan fiillerin teleolojik olarak farklı olabileceklerini, dolayısıyla nedensel katkı teorisinin iştiraki açıklayamadığını ifade etmiştir¹⁹². Failin fiiline katılma teorisine göre fail kanunda tanımlanmış tipik hareketi gerçekleştiren kişidir. Neticenin meydana gelmesine nedensel katkıda bulunanlar, katkılarının dereceleri ve etkileri ne olursa olsun fail olarak nitelendirilemezler. Tipik fiili gerçekleştirmemiş ancak neticenin oluşumuna önemli nedensel katkı sağlamış hareketler, bu teoriye göre cezalandırılmazlar.

Liszt¹⁹³'in 'suçlunun Magna Carta'sı' diye tarif ettiği kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukuk devleti prensibini ceza hukukunda somutlaştırmaktadır. Modern ceza hukukunun temel prensibi olan kanunilik ilkesi gereğince suçların ve bu suçlar karşılığında öngörülen cezaların kanununda açık bir şekilde belirtilmiş olması gerekmektedir. Kanunda belirtilmeyen bir hareketin nedensellik ilişkisi takip edilerek cezalandırılması kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kanunilik ilkesi gereği ancak suçun kanuni tanımına uygun katkıyı sağlayan kişi cezalandırılabilir. Suça katılan diğer kişilerin suç tipini düzenleyen norma dayanılarak cezalandırılması söz konusu değildir. Ancak failin dışında suçun gerçekleşmesine katkı sağlayan, ama bu katkısı suçun kanuni tanımına uygun olmayan diğer kişi veya kişilerin hareketlerinden sorumlu

¹⁸⁹ Evik, s.99; Aydın, Devrim, Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s.44.

¹⁹⁰ Evik, s.100.

¹⁹¹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s.7.

¹⁹² Mayer, Max Ernst, "Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts", Heidelberg 1923, s.386.

¹⁹³ Roxin, Claus, "Strafrecht Allgemeiner Teil Band I", Münih 2006, s.140.

tutulmaları gerekmektedir. Zira bu kişiler de kasıtlı olarak işlenen hukuka aykırı bir fiile faillik derecesine varmayacak ölçüde katkıda bulunarak bir haksızlık meydana getirmektedir. İşte tipik hareketi gerçekleştirilmeyen suç ortaklarının sorumlu tutulmaları iştirak hükümleri ile sağlanmaktadır. Kanunlarda düzenlenen genel iştirak hükümleri ile cezalandırılabilirlik alanı genişletilmekte ve tipik fiile faillik derecesine varmayacak ölçüde katkıda bulunan suç ortaklarının da sorumlu tutulması sağlanmaktadır. Bu sebeple iştirak hükümleri tali-yardımcı hükümlerdir ve temeli failin fiiline yani asli fiile bağlıdır. Bu nedenle faillik asli, faillik dışında kalan suç ortaklığı ise talidir¹⁹⁴. Tipik hareketi gerçekleştirilmeyen ancak neticenin oluşumuna nedensel katkı sağlayan bu ortakların sorumlulukları bu teoriye göre failin fiiline bağlanmaktadır¹⁹⁵. Failin sorumluluğu doğrudan gerçekleştirdiği hareketten doğmakta iken diğer suç ortaklarının sorumlulukları ancak failin fiilin tipik olmasına bağlıdır¹⁹⁶. Failin fiili tipik olmadıkça diğer ortakların nedensel katkılarının herhangi bir önemi yoktur. Teorinin temsilcileri suça katkı sağlayan ancak katkısı fail olmaya yeterli olmayan suç ortaklarının da hareketlerinin haksızlık teşkil ettiğini kabul etmekte, ancak bu haksızlığın kanuni tarifteki suçu gerçekleştirmeye yeterli bir haksızlık olmadığını, dolayısıyla kişinin meydana getirdiği haksızlık nedeniyle söz konusu kanuni norma göre cezalandırılmalarının mümkün olmadığını ifade etmektedirler¹⁹⁷. Meydana getirdiği haksızlık kanuni tarife uygun olmayan suç ortağının cezalandırılması ancak failin fiiline bağlıdır¹⁹⁸. Şerikin failin fiiline katılması teorisine göre fail olmayan suç ortaklarının cezalandırılmalarının nedeni failin haksızlığına katkı sağlamalarıdır ve bu nedenle sorumlulukları failin fiiline bağlıdır¹⁹⁹.

Şerikin failin fiiline katılması teorisi, bir araya gelme teorisini savunan yazarlar tarafından, suça katılanların iradelerinin ve hareketlerinin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir²⁰⁰.

¹⁹⁴ **Roxin, Claus**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, Münih 2003, s.129.

¹⁹⁵ **Evik**, s.83.

¹⁹⁶ **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.141.

¹⁹⁷ **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.141.

¹⁹⁸ **Bloy**, s.191.

¹⁹⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.128.

²⁰⁰ **Toroslu**, s.278.

Bir diğer eleştiri ise çok hareketli suçlarda tipik hareketlerin her birinin farklı bir suç ortağı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda sorumluluğun belirlenmesine ilişkin bir çözüm sunmamasıdır. Bu durumda tipik hareketi gerçekleştiren bir fail olmadığı iştirakin ancak failin fiiline bağlanarak açıklanabilmesi halinde suç ortaklarının cezasız kalacağı şeklinde eleştirilmiştir.

IV. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeye Göre İştirak Hükümlerinin Yapısı ve Hukuki Niteliği

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37 ila 41. maddelerinde iştirake ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Faillik başlıklı 37. maddenin ilk fıkrasında “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*” ifadesine yer verilmiştir. Madde metninden TCK'nın faili dar tanımladığı sonucuna ulaşmak mümkündür²⁰¹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise dolaylı fail tanımına yer verilmiştir. Buna göre ceza kanununda sadece kanunda yer alan tipik hareketi gerçekleştiren kişi veya kişiler ve suçun işlenmesinde bir başkasını aracı olarak kullanan kişi fail olarak tanımlanmıştır. Bu tanım dışında fiile katkı sağlayan suç ortaklarının cezalandırabilmeleri için kanunda iştirak hükümlerine yer verilmiştir. Böylece bu hükümlerle fail dışında kalan suç ortaklarını cezalandırmak da mümkün hale gelmektedir. Bu nedenle TCK'da yer alan iştirak hükümleri ceza sorumluluğunu genişleten hükümlerdir. Failin dar olarak tanımlandığı ve sorumluluk alanının genel hükümlerle genişletildiği sistemlerde ceza sorumluluğunun sınırını iştirak hükümleri belirlemektedir. Bir başka ifade ile ceza sorumluluğunu genişleten iştirak hükümleri sorumluluğun hangi ölçüde genişleyeceğini de belirlemektedir. Kanunların genel kısmında düzenlenen iştirak hükümleri ile suçun oluşumuna katkı sağlayan hangi fiillerin cezalandırılabilirlik kapsamında değerlendirileceği düzenlenmektedir. Kanunda yer almayan katkıların neticeye etkisi ne olursa olsun cezalandırılması mümkün değildir. TCK'nın 38. maddesinde azmettirme, 39. maddesinde ise yardım etme şeriklik olarak düzenlenmiştir. Buna göre; başkasını suç işlemeye azmettirme, suç işlemeye teşvik etme, başkasının suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etme, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme, fiilin

²⁰¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.589; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420.

işlenmesinde kullanılan araçları sağlama, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırma hareketleri, suça iştirak kapsamında cezalandırılacak davranışlar olarak düzenlenmiştir. Kanunilik ilkesi gereği bu fiiller dışında bir fiil ile neticenin oluşumuna katkı sağlayan kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

5237 sayılı sayılı Kanun'da iştirakin temelini bir araya gelme teorisine daha yakın olduğunu; failin tespitinde bir araya gelme teorisini, şeriklerin tespitinde ise nedensel katkı teorisini benimsediğini belirten Aydın²⁰²,ın aksine kanunun failin fiiline katılma prensibine daha yakın olduğu görüşünderiz. Zira kanun, fail tanımını dar yaparak suça katılan diğer kişilerin genel hükümlerle belirlenmesini öngörmüş ve fail dışındaki ortakları failin fiiline bağlamıştır. Gerçekten, kanunun iştirake ilişkin hükümlerinden 40. madde de bağıllık kuralı başlığı altında düzenlenmiş ve kısaca şerikin sorumluluğunun failin fiiline bağlanması şeklinde tanımlamanın uygun olacağı bağıllık kuralının sınırlı bağıllık halinin unsurlarına yer verilmiştir. Bu nedenle kanunun iştirakin temelini failin fiiline katılma teorisine dayandırdığı kanaatindeyiz²⁰³.

Ş2. SUÇA İŞTİRAKTE SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SİSTEMLER

İştirakin hukuki niteliğinin ve yapısının belirlenmesinin ardından suçun işlenişine katılanların ceza sorumluluklarının hangi esaslara göre belirleneceği tespit edilmelidir. Sorumluluğun belirlenmesine ilişkin sistemler, kanunun izlediği ceza hukuku politikası temeline dayanır. Ödetici ceza hukuk politikasını esas alan kanunlar, iştirakçilerin sorumluluğunu belirleme hususunda sübjektif ölçütlere göre bir değerlendirme yaparken; önleyici ceza hukuk politikasını esas alan kanunlar, değerlendirmenin objektif ölçütlere göre yapıldığı sistemleri tercih etmişlerdir²⁰⁴.

Meselenin öğretilerdeki kaynağını araştırdığımızda Leopold Zimmerl'in 1929 yılında yayınlanan makalesinde²⁰⁵ ortaya attığı geniş fail ve dar fail kavramlarının²⁰⁶,

²⁰² Aydın, Ceza Hukukunda Suça İştirak, s.50.

²⁰³ Hakeri, Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", Y.1, S.1, 2006, s.84,85.

²⁰⁴ Toroslu, s.280.

²⁰⁵ Zimmerl, Leopold, "Grundsätzliches zur Teilnahmelehre", ZStW 49, s.39 -54

²⁰⁶ Extensive Täterbegriff ve Restriktiver Täterbegriff

30'lu yıllarda iştirake ilişkin tartışmaların temelini oluşturduğunu görüyoruz²⁰⁷. Suça katılanlar arasında bir ayırım olmadığını, dolayısıyla suça katılanların sorumluluğunun belirlenmesinde de bir ayırım yapılamayacağını savunan yazarlar, geniş fail (*Extensive Täterbegriff*) anlayışını benimsemişlerdir²⁰⁸. Sorumluluğun geniş fail anlayışı ile belirlenmesinde mühim olan suç tipi ile koruma altına alınan değerdir. Bir başka deyişle, korunan hukuki değere yönelik her saldırı suç tipinin ihlalini sonuçlar ve buna bağlı olarak da ihlali gerçekleştirenin sorumluluğunu gerektirir²⁰⁹. Bu görüşün taraftarları, kanunlarda yer alan iştirake ilişkin hükümleri cezanın sınırlandırılması sebebi olarak tanımlarlar ve bu hükümleri, korunan hukuki değeri daha az ihlal eden failin cezasının sınırlandırılması gereğiyle açıklarlar²¹⁰. Dar fail anlayışında ise fail, sadece neticeye doğrudan sebebiyet veren veya sadece kanunda tanımlı hareketi doğrudan gerçekleştiren fail olarak sorumlu tutulmaktadır²¹¹. Bu görüşün temsilcileri, geniş fail anlayışına göre sorumluluğun belirlenmesi halinde cezalandırma alanının ölçüsüz biçimde genişleyeceği gerekçesiyle sorumluluğun -kanunilik ilkesinin de bir gereği olarak- kanuni tanımda yer alan hareketi doğrudan yapanla sınırlandırılması gerektiğini savunmuşlardır²¹². Geniş fail ve dar fail anlayışları 1929 yılından itibaren ceza hukuku öğretisinde tartışılmış ve günümüzde ceza sorumluluğunun belirlenmesi hususunda bu anlayış farkı temel alınarak teklik ve ikilik sistemi olmak üzere başlıca iki sistem kabul edilmiştir.

Geniş fail anlayışının bir uzantısı olarak kabul edebileceğimiz teklik sistemine göre suç bir bütün olarak kabul edilmekte ve suça katılan herkes katkısının ağırlığına bakılmaksızın fail olarak nitelendirilmektedir. Buna karşın ikilik sisteminde suça katılanlar arasında katkılarının ağırlığına göre bir ayırım yapılmakta ve sorumlulukları katkılarının ağırlığına göre belirlenmektedir. Bu belirleme yapılırken fail kavramı dar olarak ele alınır ve ancak kanuni tanımdaki hareketi doğrudan gerçekleştiren kişi fail olarak sorumlu tutulur.

²⁰⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.7.

²⁰⁸ **Mezger, Edmund**, Strafrecht Lehrbuch, Münih 1949, s.414.

²⁰⁹ **Zimmerl**, "Grundsätzliches zur Teilnahmelehre", s.44.

²¹⁰ **Aydın**, Ceza Hukukunda Suça İştirak, s.64

²¹¹ **Zimmerl**, "Grundsätzliches zur Teilnahmelehre", s.39

²¹² **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.6

Türk ceza hukuku öğretisinde ise iştirakte sorumluluğun belirlenmesine ilişkin sistemler; -Alman yazarlardan farklı olarak- fail ve şerik şeklindeki kavramsal nitelendirmeler temelinde değil, suça katılanlar için öngörülen cezalar temelinde incelenmiştir. Buna göre suça her katılan için aynı ceza miktarının öngörülmesi halinde eşitlik sisteminden, suça katılanlar için farklı cezalar öngörülmesi halinde ise ikilik sisteminden bahsedilmektedir²¹³.

Çoğu zaman aralarındaki farka hiç değinilmeyen bu iki görüş, aslında temelden farklıdır ve aradaki farkın görmezden gelinmesi hatalı tanımlara yol açmaktadır. Şöyle ki suça katılanların tamamının fail olarak nitelendirildiği ve eşit cezaya çarptırıldığı durumda gerek Alman öğretisi gerek Türk öğretisi bakımından teklik/eşitlik sistemi söz konusudur. Suça katılanların fail ve şerik olarak iki farklı kategoriye ayrılmaları ve fail için bir ceza şerik için başka bir ceza öngörülmesi halini ise her iki öğreti de ikilik sistemi olarak adlandırmaktadır. İşte bu noktada sorun teşkil eden durumlardan biri; suça katılanların tamamının fail olarak nitelendirildiği ancak farklı cezaların öngörüldüğü, Kienapfel²¹⁴'in *funktionale Einheitstätersystem* olarak adlandırdığı ve Türkçeye işlevsel teklik teorisi olarak çevirebileceğimiz sorumluluk sisteminde ortaya çıkmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan işlevsel teklik teorisi, suça katkı sağlayan herkesi fail olarak nitelendirmekte ve fail olarak cezalandırmakta, ancak cezalandırma aşamasında failler açısından bir derecelendirme yoluna giderek faillere farklı cezalar öngörmektedir. Bu sistem Alman öğretisinde teklik sistemi şemsiyesi altında incelenmiştir, zira suça katılanların tamamı fail olarak nitelendirilmekte, fail-şerik ayrımı yapılmamaktadır. Oysa sorumluluk sistemlerini cezaya göre temellendiren Türk öğretisine göre Kienapfel'in işlevsel teklik sistemi, suça katılanlar arasında farklı cezalar öngörmesi nedeniyle ikilik sistemi başlığı altında incelenmelidir. Hatta katılanların tamamının fail olarak isimlendirildiği ve fakat farklı şekilde cezalandırıldığı bu sistemi; Türk ceza hukuku öğretisinde iştirakte sorumluluğun belirlenmesi hususunda üçüncü bir başlık olarak incelenen "cezanın faile göre tespiti sistemi" altında da ele alabiliriz. Belirtelim ki sorumluluğun belirlenmesine ilişkin sistemleri ceza

²¹³ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.591; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.422; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.450; Kunter, Nurullah, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", İHFM, XIII, S.1,1947, s.77; Toroslu, s.279 Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.471; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.494.

²¹⁴ Kienapfel, s.22.

temelinde değil de kavramsal nitelendirme temelinde inceleyen Alman öğretisinde “cezanın faile göre tespiti sistemi”ne yer verilmemiştir. Ancak Türk ceza hukukçularının tamamı iştirakte sorumluluğun belirlenmesi hususunda cezanın faile göre tespiti sistemine yer vermiştir²¹⁵.

Cezanın faile göre tespitinde hareketi gerçekleştiren kişinin tehlikeliliği ve kötülüğü göz önünde bulundurularak sübjektif bir değerlendirme yapılmakta ve böylece suça katılan kişinin sorumluluğu belirlenmektedir. Bu sisteme göre her somut olayda failin kişiliği, hareketinin niteliği, failin hangi saikle hareket ettiği, mağdurun kişisel durumu, fail ve mağdur arasındaki ilişki gibi ölçütlerin dikkate alındığı sübjektif bir değerlendirme yapılarak ceza faile göre belirlenecektir. Suça katılanların sorumluluklarının derecelendirmesinin objektif ölçütlerle yapılmasındansa suça katılan herkesin böyle sübjektif bir değerlendirmeye tabi tutularak sorumluluklarının belirlenmesi fikrinin temeli Hegel’in felsefesine dayanmaktadır²¹⁶. Buna göre, suçu meydana getiren fiil insan eseridir ve cezalandırma, fiili gerçekleştirenin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak yapılmalıdır²¹⁷. Sorumluluğa ilişkin sistemlerin kavramsal nitelendirmeler esas alınarak sınıflandığımızda cezanın faile göre belirlenmesi sistemini teklik sistemi altında inceleyebileceğimiz fikrindeyiz. Zira cezanın faile göre belirlendiği sistemde fail şerik ayrımının bir önemi yoktur; mühim olan fiili gerçekleştiren kişinin tehlikeliliği ve kötülük derecesidir. Buna göre suç teşkil eden hareketi doğrudan gerçekleştiren kişinin tehlikeliliğinin fiilin gerçekleşmesine yardım edenden az olması durumunda; hareketi doğrudan gerçekleştiren, fiile yardım edenden daha az ceza alacaktır. Bir başka ifade ile cezanın faile göre tespitinde fail, yardım eden, azmettiren gibi kavramsal farklılıkların bir önemi yoktur; önem arz eden husus neticeye sebep olanların kötülük dereceleridir. Bu nedenle cezanın faile göre belirlenmesini teklik sisteminin alt kolu olarak değerlendirmek gerektiği görüşünderiz. Zira cezanın faile göre belirlenmesi sisteminde suça katılanlar arasında objektif bir ayırım yapılmamaktadır. Yalnızca cezalandırma aşamasında kişileri kötülük derecelerine göre sübjektif bir ayırma tabi tutulmaktadır.

²¹⁵Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.591; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.422; Zafer, Hamide, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2011, İstanbul, s.384; Demirbaş, s.450; Kunter, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza” s.77; Toroslu, s.279.

²¹⁶Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.50.

²¹⁷Kunter, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s.90.

Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi de geniş fail anlayışının subjektif kıstaslarla daraltılması gerektiği görüşünü benimsemiştir²¹⁸. Özellikle pozitivistler tarafından savunulan cezanın faile göre tespiti sistemi eşitlik ve ikilik sistemlerine oranla daha az taraftar bulmuştur²¹⁹.

Çalışmamızda sorumluluk sistemleri Alman öğretisi esas alınarak kavramsal nitelendirmelere göre belirlenecek ve bu nedenle teklik sistemi ve ikilik sistemi üzerinde durularak bu sistemlerin bağlılık kuralı ile ilişkisi irdelenecektir.

I. Teklik (Eşitlik) Sistemi (*Einheitstütersystem*)

İlk izlerine Roma hukukunda rastlanan teklik sisteminde suçun gerçekleşmesine katılan her ortak eşit sorumluluk taşır ve her bir katılan aynı ceza ile cezalandırılır²²⁰. Öğretide tekçi sistem yahut monist sistem²²¹ olarak da adlandırılan teklik sistemine göre; suça birden çok katılanın olması ya da birden çok doğal hareketin varlığı, ortada tek bir suç olduğu gerçeğini değiştirmez. Bir başka deyişle, bir suçu birden fazla kişinin farklı davranışlarla ancak aynı iradeyle gerçekleştirmeleri halinde tek bir suç söz konusudur ve kişiler bu suçtan sorumludur.

Teklik sistemine göre suç, onu meydana getiren tüm hareketlerle beraber bir bütündür ve parçalanamaz²²². Buna göre, tek bir suçun varlığı ve bu suçu işleyen birden çok failin olması halinde failerin sorumlulukları arasında ayırım yapılamaz ve bu sorumluluklar derecelendirilemez. Bu nedenle teklik sisteminde suça katılan herkes suçun faili kabul edilir ve suçun tam cezası ile cezalandırılır²²³. Birden çok kişinin aynı suçu işleme iradesi ile bir araya gelmeleri halinde farklı kişilerin katkısı ile gerçekleşmiş tek bir suç söz konusudur. Teklik teorisinin temsilcilerine²²⁴ göre iştirak, birden çok kişinin farklı davranışlarla tek bir suçu işlemesidir. Kişilerin ve hareketlerin

²¹⁸ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.53.

²¹⁹ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.592; **Kunter**, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s.90; **Keskin**, s.242.

²²⁰ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.763. Bu sisteme “müsavat sistemi” de denilmiştir. Bkz. **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.402.

²²¹ **Evik**, s.31

²²² **Heimberger, Joseph**, “Behandlung der Teilnahme am Verbrechen”, MittIKV 11, 1904, s.538.

²²³ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.639; **Demirbaş**, s.419.

²²⁴ **Rotsch, Thomas**, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen, 2009, s.34-65.

çokluğuna rağmen hukuki anlamda tek bir ihlal vardır ve bu suça katılan herkes bu ihlalden nedensel katkıları derecelendirilmeksizin eşit şekilde sorumludur. Bu nedenle suça katılan herkes aynı ceza ile cezalandırılmalıdır.

Öğretide teklik sistemini savunan yazarlar savlarını farklı gerekçelerle savunmuşlardır. Bir grup teklik sistemini suç birliğini esas alarak açıklarken, diğer bir grup ise şart teorisini esas alarak teklik sistemini temellendirmiştir²²⁵. Bu ikili ayrıma konu olan görüşleri, biçimsel teklik teorisi (*formale Einheitstätersystem*) ve işlevsel teklik teorisi (*funktionale Einheitstätersystem*) olarak adlandırmak mümkündür²²⁶.

Şart teorisini temel alarak suça katılanlar arasında herhangi bir ayırım yapmayan ve katkısı olan herkesin eşit bir biçimde cezalandırılmasını öngören biçimsel teklik teorisi; neticeyi oluşturan tüm şartların, aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın eşit olduğunu, katkılardan birinin diğerine üstün tutulamayacağını bu nedenle suça katılanların farklı cezalandırılmasının adaletsiz olacağını ifade eder²²⁷. Tipikliğin gerçekleşmesine katkı sağlayan herkesi eşit bir biçimde cezalandırmayı öngören biçimsel teklik teorisinin temsilcileri, suça katılanlar arasında bir kader birliğinin olduğunu ve her bir katılanın suçun tam cezası ile cezalandırılması gerektiğini öne sürmüşlerdir. Suçun özel bir işleniş biçimi olan iştirakin özelliği, birden fazla kişinin davranışlarıyla bir suçun işlenmesidir, ancak kişilerin ve davranışların çokluğuna rağmen ortada tek bir ihlal ve dolayısıyla tek bir suç vardır. Suça katılanlardan her birinin iradesi, diğerlerinin iradesinin ayrılmaz bir parçası durumundadır²²⁸. Suçta birlik, cezada da birliği gerektirir²²⁹. Bu teori taraftarları, suçun bir bütün teşkil ettiğinin kabulü halinde, tek bir suçu işlemiş iştirakçiler için farklı cezalar öngörülmesinin mümkün olmadığını savunmuşlardır. Zira suça katılanlar arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir ve her katılan kendi iradesi ile suça katkıda bulunmuştur. Başkasının suçuna katılan kişi diğerlerinin davranışlarını da kabullenmiş ve dolayısıyla üstlenmiş olduğundan cezasını da üstlenmelidir²³⁰. Biçimsel teklik teorisi

²²⁵ **Kunter**, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s.85.

²²⁶ **Rotsch**, s.21.

²²⁷ **von Liszt, Franz**, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1919, s.204.

²²⁸ **Önder**, s.415.

²²⁹ **Keskin, Serap**, “Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1998, s.228.

²³⁰ **Kunter**, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s.86.

1791 Fransız Ceza Kanunu'nda vücut bulmuştur²³¹. Aynı şekilde 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 110. maddesinde de suç teşkil eden bir hareketi birden çok kişinin gerçekleştirmesi halinde katılanlarının her birinin suç için öngörölmüş olan yaptırım ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir²³². Buna göre; B'nin A'yı kasten öldürmesi durumunda, düşmanı A'yı öldürmek için B ile konuşan ve B'nin aklına öldürme fikrini yerleştiren C ve B'ye silah veren D, azmettirme veya yardım etmeden değil, aynen B gibi kasten öldürmeden sorumlu olacaklardır.

Teklik sistemi öğretilerde birçok yönüyle eleştirilmektedir²³³. Bizce de suça katılan herkese eşit ceza verilmesi iştirakin yapısına uygun değildir. Katılanların hareketlerinin birleşerek bir tek suçu oluşturduğu doğru olmakla birlikte tek bir suçun tek ve eşit bir cezayı gerektirdiği görüşüne katılmamaktayız. Esasen biçimsel teklik teorisinin de failerin fiilleri arasında bağıllık aradığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Zira şart teorisine göre her bir katılanın hareketinin suçun gerçekleşmesi açısından olmazsa olmaz niteliğe sahip olması halinde katılanlardan birinin hareketi gerçekleştirmemesi suç teşkil eden hareketin oluşumunu engelleyecek ve hareket meydana gelmeyecektir. Buradan hareketle biçimsel teklik teorisinde her katılanın cezalandırılmasının diğer tüm katılanların hareketlerine bağılı olduğu sonucuna ulaşabiliriz²³⁴. Özgü suçlar açısından baktığımız takdirde de teklik teorisinin bağıllık olmaksızın bir çözüm bulamadığını görüyoruz. Her ne kadar Codice Penale'nin 110. maddesinde teklik ilkesine yer verilmiş ise de örneğin zimmet suçu için suça katılanlardan en az birinin kamu görevlisi olması şartı aranarak, suça katılanlar arasında bir bağ kurulmuştur²³⁵. Uygulamada karşı karşıya gelinen birçok olayda da kanun koyucunun teklik sistemi hususundaki açık iradesine karşın somut olay bağıllık kuralı esaslı ikilik sistemine göre çözüme kavuşturulmuştur²³⁶.

²³¹ **Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir**, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım", İstanbul 1997, s.453; **Keskin**, s.227.

²³² **Jescheck, Hans Henrich - Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s.662.

²³³ **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.592

²³⁴ **Ludersen, Klaus**, "Zum Strafgründung der Teilnahme", Baden-Baden 1967, s.67; **Detzer**, s.80.

²³⁵ **Jakobs, Günther**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 1991, s.607; **Maiwand, Manfred**, " Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung", FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, Münih 1979, s.361.

²³⁶ **Detzer**, s.112, 120, 130.

Günümüzde iştirakte sorumluluğun belirlenmesinde ağırlıklı olarak ikilik sistemi savunulmasına karşın, teklik sisteminin temsilciler de azımsanmamalıdır²³⁷. Avusturya’da eğitim görmüş olan Kienapfel teklik sistemi temsilcilerinin başında gelmektedir²³⁸. Kienapfel, teklik sisteminin mutlaka biçimsel teklik olarak algılanmaması gerektiğine değinmiş ve fonksiyonel teklik sistemi üzerinde durmuştur²³⁹. Fonksiyonel teklik sistemi de suça katkı sağlayan herkesi fail olarak nitelendirmekte ve fail olarak cezalandırmaktadır. Ancak biçimsel teklikten failler arasında derecelendirme yoluna giderek ayrılmaktadır. Buna göre suça katılan herkes suç teşkil eden hareketin oluşumuna katkı sağlamış dolayısıyla sorumlu hale gelmiştir ancak katılanların katkıları arasında ayırım yapılarak failer açısından bir derecelendirmeye gidilmelidir²⁴⁰. Öğretide Avusturya Ceza Kanunu’nun 12. maddesi²⁴¹ fonksiyonel teklik sistemine klasik örnek olarak gösterilmektedir. Kienapfel teklik sistemi ile kesin bir kurala bağlı olmayan ve birden çok farklı değerlendirmenin sonucunda ulaşılan fail-şerik ayrımı ile meydana gelecek adaletsizlik ve zorlukların önleneyeceği, teklik sisteminin sade ve adil olduğu görüşündedir²⁴². Ancak Kienapfel’in sisteminde de bağlılığın hiçbir şekilde var olmadığını söylemek mümkün değildir. Avusturya Ceza Kanunu’nun 12. maddesinin incelendiğinde kanunun lafzından dahi suça katılanlar arasında niteliksel bir bağlılık (qualitative Akzessorietät) arandığı görülmektedir.

II. İkilik Sistemi (*Dualistische Beteiligungssystem*)

Suçta katılan herkesin eşit sorumlu tutulmasının ve buna bağlı olarak da eşit şekilde cezalandırılmasının ceza politikasına aykırı olduğu ve adil olmadığı görüşünü savunan yazarlar²⁴³; suçta katılanların sorumluluğunun belirlenmesinde iki dereceli sistemi ileri sürmüşlerdir. Suçta katılan her bir kişinin katkısının eşit olmadığını

²³⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.6.

²³⁸ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.5.

²³⁹ **Kienapfel**, s.17.

²⁴⁰ **Triffterer, Otto**, “Österreichisches Strafrecht: Allgemeiner Teil”, Viyana 1994, s.388

²⁴¹ **öStGB § 12 Behandlung aller Beteiligten als Täter**

Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.

²⁴² **Kienapfel**, s.24.

²⁴³ **Mayer**, s.388; **Beling, Ernst**, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, s.408.

kabulüyle, suçun oluşmasında katkıda bulunları arasında bir ayırım yapılmıştır. Bu ayırım sonucunda da şerik (*Teilnehmer*) kavramı ortaya çıkmıştır.

Tarihte ikilik sistemine ilk olarak, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun da kaynağı olan, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda (Code Pénal de 1810) rastlanmaktadır. Kanunun 59. ve 60. maddelerinde ilk olarak fail-şerik ayırma yer verilmiş, ancak fail ve şerik için eşit cezalar öngörülmüştür²⁴⁴. Öngörülen cezaların eşit olmasına karşın, katkısı ne olursa olsun suça katılan herkesi fail olarak nitelendirmeyerek ikili bir ayırım yapan 1810 Fransız Ceza Kanunu ikilik sisteminin temelini atmıştır²⁴⁵. Daha sonra 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun 34. maddesinde şerik (*Teilnehmer*) ifadesi yer bulmuş ve kimlerin şerik olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir²⁴⁶. Bunu takiben 1872 tarihinde yürürlüğe giren Alman Ceza Kanunu'nda da iştirakte sorumluluk ikilik sistemine göre belirlenmiştir²⁴⁷.

Günümüz ceza kanunlarında da ağırlıklı olarak ikilik sisteminin hâkim olduğu görülmektedir. Çeşitli ceza kanunları arasındaki farklılıklar daha çok fail ve şerik ayırımının kriterleri hususunda ortaya çıkmaktadır. İkilik sisteminin kabulüyle yani suça katılanların iki ayrı derece altında sınıflandırılarak cezalandırılmasıyla²⁴⁸ birlikte bu derecelendirmenin nasıl yapılacağı sorunu ile karşı karşıya kalınmıştır. Suça etki eden her şartın eşit olmadığı, her hareketin aynı nedensel değeri taşımadığı ve suça katılan herkesin eşit yarar sağlamadığı gerekçeleriyle suça katılanlara farklı cezalar öngörülmesinin gerekliliği kabul edilmiş, ancak katılanlar arasındaki ayırımın hangi kıstas temel alınarak yapılacağı tartışmalara sebep olmuştur.

²⁴⁴ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.5.

²⁴⁵ Teklik sistemi, ikilik sistemi ayırımını fail ve şerik olarak ayrı kavramsal nitelendirmeler temelinde değil, suça katılanlar için öngörülen cezaya temelinde inceleyen Artuk- Gökçen – Yenidünya 1810 tarihli Fransız ceza kanununun eşitlik sistemini benimsediğini ifade etmiştir. Yazar ayırımın öngörülen cezaya göre yapılmasının tabii sonucu olarak sistemleri eşitlik sistemi ve ikilik sistemi olarak isimlendirmiştir. Suça katılan herkese eşit cezanın öngörüldüğü sistemi eşitlik sistemi, suça katılanlar arasında uygulanacak ceza bakımından ayırım yapılan sistemi ise ikilik sistemi olarak adlandırmıştır. **Artuk- Gökçen – Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.638.

²⁴⁶ Prussisches Strafgesetzbuch von 1851, <http://koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf>

²⁴⁷ Alman ceza hukuku genel hükümlere ilişkin reform çalışmalarında teklik sistemi üzerinde durulmuştur ve kayda değer tartışmalar yapılmış, ancak sonuç olarak ikilik sistemiyle devam edilmesine karar verilmiştir. **Gropp, Walter** "Strafrecht Allgemeiner Teil", Heidelberg 2005, s.352.

²⁴⁸ Roxin ikilik sistemini; fail, yardım eden ve azmettiren ayırımı nedeniyle üçlü sınıflandırma olarak adlandırmıştır. **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.5.

İkilik sisteminde fail şerike göre merkezi bir yere sahiptir²⁴⁹. Haksızlık teşkil eden hareketle fail arasında şerike göre daha sağlam bir bağ vardır. Haksızlığın merkezinde failin olması nedeniyle; sorumluluğun ikilik sistemine göre belirlendiği hallerde öncelikli soru failin kim olduğu, fail olmak için gerekli niteliklerin neler olduğu sorusudur²⁵⁰. Failin belirlenmesinden sonra failin gerçekleşmesinde faile katılan şerikler tespit edilecektir. Fail ve şerik ise birbirinden tamamen ayrı iki kavramdır Alman öğretisinde bu ayrıma vurgu yapmak için; “*Fail olan şerik değildir. Yalnızca fail olmayanlar şerik olabilir.*”²⁵¹ kalıpları kullanılmaktadır. Tüm bu bilgiler ışığında ikilik sisteminin temelinde suça katılanları fail ve şerik şeklinde iki ayrı kavram olarak değerlendirmenin yattığı görüşüdeyiz. Suça katılanları fail ve şerik olarak ayırıp bu ayrımın sınırlarını açıkça belirledikten sonra her iki taraf için de aynı ceza öngörülebilir²⁵² ancak suça katılan herkes fail olarak nitelendirilmediği ve fail ve şerik şeklinde ikili bir ayrıma gidildiği için, eşit cezalandırmaya rağmen, söz konusu sistem ikilik sistemi olacaktır.

Alman öğretisinde iştirake sorumluluk sistemlerinin öngörülen cezaya göre değil, suça katılanlar arasındaki ayrıma göre belirlendiğinin bir diğer göstergesi ise Roxin’in iştirak şekillerinin üçlü ayrımından bahsetmesidir²⁵³. Roxin suça katılanlar arasında yapılan fail, azmettiren ve yardım eden ayrımından hareketle iştirake sorumluluğun belirlenmesinde Alman ceza hukukunda ve birçok benzer hukuk sisteminde üçlü ayrımın hâkim olduğunu savunmuştur²⁵⁴.

III. Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenleme

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’ndan etkilenilerek hazırlanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda iştirake ilişkin hükümler 64. ve 67. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada fail ve şerik şeklinde kavramsal bir ayrıma gitmemiş, failin veya suça katılanların özelliklerini ve dolayısıyla tanımını da yapmamıştır. Bununla birlikte, mehz İtalyan Ceza Kanunu’nu da göz önüne alarak 765 sayılı Kanun’u yorumlayan

²⁴⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.9

²⁵⁰ **Gropp**, s.352.

²⁵¹ Wer Täter ist, ist nicht Teilnehmer. Teilnehmer kann nur sein, wer nicht Täter ist. **Gropp**, s.352.

²⁵² Türk ceza hukukunda şerik olan azmettiren için faille aynı cezanın öngörülmesi örneğinde olduğu gibi.

²⁵³ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.5.

²⁵⁴ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.5.

ceza hukukçularının katkıları, yıllar içinde gelişen uygulama ve Yargıtay kararları ile iştirak düzenlemesi hususunda bir belirlilik sağlanmıştır. Buna göre 765 sayılı Kanun'da asli iştirak ve fer'i iştirak olarak ikili bir ayrıma yer verildiği kabul edilmiştir. Kanunda bu şekilde bir isimlendirme yapılmamasına karşın öğreti, 64. maddede düzenlenen suç ortaklığı şeklini asli iştirak; 65. maddede yer alan şekli ise fer'i iştirak olarak tanımlamıştır.

Asli iştirak halinde suça katılanlar söz konusu fiil için kanunda öngörülen cezanın tamamından sorumlu tutulurken, fer'i iştirak halinde cezanın indirilmesi uygun görülmüştür. Bunun yanında hem asli iştirak hem fer'i iştirak, maddi ve manevi olarak ikiye ayrılmıştır²⁵⁵. 64. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen asli-maddi iştirak, fiili irtikâp edenleri ve fiili doğrudan doğruya beraber işleyenleri; aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen asli-manevi iştirak ise kişiyi suç teşkil eden hareketi gerçekleştirmeye azmettirenleri kapsamaktadır.

Fer'i iştirak de aynen asli iştirak gibi maddi ve manevi olarak iki başlık altında incelenmiştir. Fiilin işlenmesine yaracak iş ve vasıtaları tedarik edenler ve fiilin işlenmesini kolaylaştıranlar fer'i-maddi iştirak adı altında ele alınırken, fiili gerçekleştirmeye teşvik ve fiil sonrasında yardım vaadi fer'i-manevi iştirak olarak nitelendirilmiştir. Tüm bu sınıflandırmalar doğrultusunda öğretilerde asli failden ve fer'i failden bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu kanun döneminde aslında suça katılanların tamamı fail olarak isimlendirilmekteydi. Bu durumda yukarıdaki sistemlere ilişkin sınıflandırma kapsamında bir değerlendirme yaptığımızda 765 sayılı Ceza Kanunu'nun teklik sistemini benimsediğini söyleyebiliriz. Zira teklik sisteminde suça katılanlar herhangi bir ayırım yapılmaksızın fail olarak nitelendirilmekte, bununla beraber failer arasında derecelendirme yapılabilmektedir. Bu nedenle 765 sayılı Kanun'la uygulanan, suça katılan herkesin fail olarak nitelendirildiği ancak farklı faillik türleri arasında farklı cezaların öngörüldüğü sistemin fonksiyonel teklik sistemine benzediği görüşündeyiz. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu gibi Türk ceza hukuku öğretisinde sorumluluğun belirlenmesine ilişkin sistemler öngörülen ceza esas alınarak

²⁵⁵ Fer'i iştiraki maddi, manevi ve zorunlu olarak üç başlık altında inceleyenler olmakla beraber öğretilerde ağırlıklı görüş zorunlu iştiraki ayrıca incelemektedir. **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.472

sınıflandırıldığı için, 765 sayılı Kanun'da asli fail ve fer'i fail olmak üzere ikili bir ayırım yapıldığı dolayısıyla ikilik sisteminin uygulandığı ifade edilmiştir²⁵⁶.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile iştirake ilişkin hükümler de modern ceza öğretisindeki güncel tartışmalar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Kanunda 37 ila 41. maddeler arasında düzenlenen iştirak hükümleri ile eski kanunda yer alan asli-fer'i iştirak ayırımı tamamen terkedilmiş ve fail, azmettiren ve yardım eden kavramlarına yer verilmiştir. Böylece 5237 sayılı Kanun ile suça katılanlar Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi fail, azmettiren ve yardım eden olarak üç başlık altında ele alınmıştır. Gerek Alman öğretisinde, gerek Türk öğretisinde azmettiren ve yardım eden, şerik ana başlığı altında incelenmiş ve sorumluluğun belirlenmesi açısından ikilik sisteminin kabul edildiği ifade edilmiştir²⁵⁷. İştirak konusunda öğretiye yön verme çalışmaları olan Roxin ise konuyu iştirakin üçlü ayırımı şeklinde ele almıştır²⁵⁸. Gerçekten de kanunda şerik ifadesine yer verilmemiş, ayrı ayrı azmettiren ve yardım edenden söz edilmiştir.

§3. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMA NEDENLERİ

İştirakin cezalandırılma nedenine ilişkin temel tartışma; suça katılan kişilerin kendi meydana getirdikleri haksızlıktan dolayı mı yoksa kanuni tanımda yer alan hareketin meydana getirdiği haksızlıktan dolayı mı cezalandırılacağıdır²⁵⁹. Bu temel tartışma çerçevesinde cezalandırma nedenine ilişkin birçok teori öne sürülmüş; öğretilerde bu hususta bir kavram birliği oluşturulamamıştır. Biz bu çalışmamızda ana başlıkların oluşturulması açısından Roxin'in²⁶⁰ kavramlarını esas alarak, cezalandırılma nedenlerine ilişkin görüşleri beş başlık altında inceledik. Bağlı hukuki değere saldırı (*Die Teilnahme als akzessorischen Rechtsgutsangriff*) teorisine göre, suça katılan kanuni tanımda yer alan davranışı gerçekleştirmediği halde söz konusu fiile katkı sağlayarak korunan hukuki değere saldırıda bulunduğu için cezalandırılmaktadır. Bu

²⁵⁶ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.588; Zafer, s.385.

²⁵⁷ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.592; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.423; Toroslu, s.280; Demirbaş, s.452. Aksi görüş: Murat Volkan Dülger 5237 sayılı kanun ile ikilik sisteminden vazgeçildiğini ifade etmiştir. Dülger, Murat Volkan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.2, Ocak 2005, s.94.

²⁵⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.5.

²⁵⁹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.130

²⁶⁰ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.130- 139.

nedenselle bağı hukuki değere saldırı teorisi; suçta katılanın sorumluluğunun ne sadece kendi oluşturduğu haksızlıktan ne de tamamen failin haksızlığından kaynaklanmadığını her ikisinin birlikte buna kaynaklık ettiğini ileri süren karma bir teoridir²⁶¹. Buna karşın saf nedensellik teorisine (*Die reine Verursachungstheorie*) göre suçta katılanın cezalandırılma sebebi, bir başkasının fiili veya kişinin bir başkasının fiiline katılması değil, haksızlığın suçta katılan tarafından doğrudan gerçekleştirilmesidir²⁶². Öğretide çok fazla taraftarı olmayan kusura ve haksızlığa katılma suçu teorisi (*Die Schuld Unrechtsteilnahmetheorie*) ise suçta katılanın cezalandırılma nedenini; asıl fiili gerçekleştirenin haksızlığa yöneltilmesi dolayısıyla haksızlığa en başından sebep olmak olarak açıklamaktadır.²⁶³ Schumann tarafından savunulan başkasının haksızlığını destekleme teorisi (*Die Solidarisierung mit dem fremden Unrecht als Strafgrund der Teilnahme*) de suçta katılanın asıl fiili gerçekleştirenden bağımsız olarak haksızlıktan sorumlu olduğu prensibinden hareket etmektedir. Schumann, suçta katılanın cezalandırılma nedenini kasıtlı bir davranışla bir başkasının kasıtlı haksızlığını desteklemesi olarak tanımlamıştır²⁶⁴. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen bağıllık kuralına dayalı nedensellik teorisine (*Die akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie*) göre ise suçta katılan, kanuni hareketi gerçekleştirenin haksızlığına katılmakla birlikte, bağıllı hukuki değere saldırı teorisinden farklı olarak bu teoriye göre cezalandırmada suçta katılanın haksızlığının bir önemi yoktur. Cezalandırma nedeni, tamamen esas fiili gerçekleştirenin haksızlığıdır. Suçta katılan bu haksızlığa nedensel olarak katkı sağladığı için cezalandırılır²⁶⁵. Kanunda bağıllık kuralının açıkça düzenlenmesiyle saf nedensellik teorisi ve kusura/haksızlığa katılma teorisinin sadece hukuk tarihi açısından bir önemi kalmış olup, artık uygulanmaları mümkün değildir²⁶⁶.

²⁶¹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.131

²⁶² **Lüderssen, Klaus**, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden 1967, s.162.

²⁶³ **Trechsel**, s.107.

²⁶⁴ **Schumann, Heribert**, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Lübingen 1986, s.50.

²⁶⁵ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.137.

²⁶⁶ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.133.

I. Bağlı Hukuki Değere Saldırı

Bağlı hukuki değere saldırı teorisine göre; suça katılan, kasıtlı olarak işlenen hukuka aykırı fiile katkıda bulunarak korunan hukuki değere saldırıda bulunmaktadır ve bu saldırı nedeniyle cezalandırılmalıdır. Bu nedenle cezalandırma, hem failin haksızlığına hem suça katılanın kendi haksızlığına bağlıdır. Bağlılık kuralı nedeniyle suça katılan ancak failin hareketinin kasten ve hukuka aykırı olması halinde cezalandırılabilir, dolayısıyla cezalandırılması failin fiiline bağlıdır. Ancak bir yönüyle de suça katılanın cezalandırılması için söz konusu suçla korunan hukuki değere yönelik saldırı ile suça katılanın hareketi arasında bir bağlantı olması, bir başka deyişle hukuki değere saldırının suça katılana isnad edilebilir olması gereklidir²⁶⁷. Bu yönü ile de cezalandırma, suça katılanın failden bağımsız olarak kendi meydana getirdiği haksızlığa bağlıdır. Karma bir teori olarak karşımıza çıkan bağlı hukuki değere saldırı teorisi, faille suça katılanlar arasında kurulan bağı kabul etmekle birlikte, cezalandırmanın suça katılanın tamamen dışarıda bırakılarak yalnız faille bağı olarak yapılmasının sakıncalı olduğunu, cezalandırma için mutlaka suça katılan açısından da bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır²⁶⁸. Teorinin temsilcileri failin hareketinin haksızlık teşkil ettiği her durumda suça katılanların hareketlerinin de haksızlık teşkil edeceğinin kabulünün doğru olmadığını ifade ederek, aksinin ispatı için bazı örnekler sunmuşlardır. İlk örnekte, sigortadan para almak veya askerlikten muaf olmak için bir başkasını kendisini yaralaması için ikna eden kişinin yaralanması hadisesidir. Failin kasten ve hukuka aykırı hareket etmesi dolayısıyla kasten yaralama suçu söz konusudur. Bu durumda suça katılanın hiç değerlendirmeye alınmadan sadece kanuni tanımında yer alan hareketi gerçekleştirene bağlı olarak cezanın belirlenmesi durumunda kişiyi kendisini yaralamaya azmettirmekten sorumlu tutmak gerekecektir. Bir başka örnek ise, ajan provokatörlük durumudur. Bir ajan provokatörün azmettirmesi sonucunda failin suçu işlemesi halinde ortada bağılılık kuralı açısından bir sıkıntı yoktur. Kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiil söz konusudur. Ancak provokatör burada korunan hukuki değere saldırmamakta aksine söz konusu değeri korumak için hareket etmektedir²⁶⁹. Suça katılanın cezalandırılmasının failin hareketine bağlanması halinde her iki örnekte

²⁶⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.131.

²⁶⁸ **Bloy**, s.253.

²⁶⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.129.

de suça katılanları azmettiren olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Bu nedenle teorinin savunucuları cezalandırmanın sadece failin hareketine bağlanmaması, suça katılanın korunan hukuki değere ilişkin saldırıya nedensel bir katkı sağlamış olması şartının aranması gerekliliğini savunmuşlardır²⁷⁰.

Bizce de esas fiil ile suça katılanın cezalandırılması arasındaki bağ yadsınamaz, zira kanuni tanımda yer alan fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi suça katılanın cezalandırılması açısından zorunlu şarttır. Bağlı hukuki değere saldırı teorisi savunucuları, failin fiili ile ilgili şartlar tamamlandıktan sonra suça katılanın cezalandırılması için ayrıca bir nedensel katkı değerlendirmesi yapılması gerekliliğini ileri sürmektedirler²⁷¹.

II. Saf Nedensellik Teorisi

Saf nedensellik teorisi temellerini Höpner²⁷² ve Lange²⁷³ tarafından savunulan suça ortak olmanın başlı başına ayrı bir suç olarak değerlendirildiği bağımsız şeriklik suçu olarak adlandırabileceğimiz teoriden almaktadır. Teoriye göre suça katılanın haksızlığı, kanuni tanımda yer alan fiili gerçekleştirenin haksızlığından tamamen bağımsızdır. Suça katılan hareketiyle failin fiilinden ayrı, başlı başına bir haksızlık gerçekleştirmiştir ve bu haksızlık nedeniyle cezalandırılmalıdır. Suçun oluşmasına nedensel olarak katkı sağlayan her katılan, kendi katkı derecesine göre sorumludur ve buna göre cezalandırılmalıdır. Saf nedensellik teorisinde suça katılanlardan birinin diğerinin hareketine bağlı olarak sorumlu tutulması söz konusu değildir. Esas olan ortaya çıkan haksızlığa sebebiyet vermiş olmaktır ve hareketinde bu nedensel bağlantının sağlandığı her katılan kendi katkısına göre sorumludur.

Suçta katılanı failden bağımsız olarak kendi meydana getirdiği haksızlıktan sorumlu tutan yazarların en radikallerinden biri Lüderssen'dir. Lüderssen, iştirakin cezalandırılma nedenine ilişkin eserinde, suça katılanın cezalandırılma temelini esas fiili gerçekleştiren ile hiçbir bağının olmadığına dikkat çekmiştir. Lüderssen'e göre suça

²⁷⁰ Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2011, s.381.

²⁷¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.131.

²⁷² Höpfer, Wilhelm, "Über die Rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe", ZStW 26, 1906, s.579-631.

²⁷³ Lange, Richard, Notwendige Teilnahme, Berlin 1940.

katılanın cezalandırılabilirliği failin haksızlığından türetilmemelidir, çünkü suça katılan davranışıyla failden bağımsız olarak bir haksızlık gerçekleştirmiş ve bu nedenle cezalandırılmaktadır. Lüderssen'in teorisini temellendirdiği intihara azmettirme ve ihmali hareketle intihara yardım etme örnekleri, Alman öğretisinde²⁷⁴ asıl hareketi gerçekleştiren cezalandırılmazken suça katılanın cezalandırılması nedeniyle eleştirilmiş ve ceza politikasına aykırı olduğu ve cezalandırılabilirlik alanını ölçsüz şekilde genişlettiği ifade edilmiştir²⁷⁵. Lüderssen ise kişinin bir insanın ölümüne kasten sebep olmasının cezalandırma açısından yeterli olduğunu, ölüme sebep olanın kasten öldürmeye azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur²⁷⁶.

Öte yandan saf nedensellik teorisini savunan Schmidhäuser, mevcut hükümleri dikkate alarak suça katılanın sorumluluğunun asıl fiili gerçekleştirenden ayrı olması gerektiğini, aralarındaki bağın sorumluluğa ilişkin değil cezalandırılabilirliğe ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Schmidhäuser'e göre suça katılan, korunan hukuki değeri bizzat ihlal etmektedir ve failin ihlaline katılması söz konusu değildir²⁷⁷. Ancak cezalandırılmasının failin hareketine bağlı olmasını kabul etmekte ve bu bağı cezalandırılma koşullu olarak açıklamaktadır. Buna göre suça katılanın sorumluluğu, kendi bağımsız haksızlığından kaynaklanmakla birlikte cezalandırılabilmesi kanuni tanımda yer alan hareketi gerçekleştirene bağlıdır²⁷⁸. Schmidhäuser'in teorisi özgü suçları açıklayamaması nedeniyle Roxin tarafından eleştirilmiştir²⁷⁹.

III. Kusura / Haksızlığa Katılma Suçu Teorisi

Kusurluluğa/haksızlığa katılma suçu teorisi, iştirakin cezalandırılma nedenini suça katılanın sebep olduğu haksızlık olarak değil, faili suça itmesi, suça dâhil etmesi olarak kabul etmektedir. Bu nedenle teoriye göre katılma, başlı başına ayrı bir suçtur. Saf nedensellik teorisinde olduğu gibi suça katılanın sorumluluğu failin fiilinden

²⁷⁴ **Gropp**, s.381; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.131.

²⁷⁵ Alman Ceza kanuna göre intihara azmettirme ve yardım etme cezalandırılmamaktadır. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 84. Maddesinde intihara yönlendirme suç olarak düzenlenmiştir. Bu durumda Roxin'in Lüderssen'e yaptığı asıl hareketi gerçekleştiren cezalandırılmazken suça katılanın cezalandırılmasının ceza politikasına aykırı olduğu ve cezalandırılabilirlik alanını ölçsüz şekilde genişlettiği eleştirisi TCK'nın 84. maddesinin içinde geçerlidir.

²⁷⁶ **Lüderssen**, s.168.

²⁷⁷ **Schmidhäuser, Eberhard**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, Tübingen 1975, s.552.

²⁷⁸ **Schmidhäuser**, s.546.

²⁷⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.132.

bağımsız olarak değerlendirilmekte ise de saf nedensellik teorisinden farklı olarak burada katılan haksızlığa neden olduğu için değil haksızlığı yarattığı için cezalandırılmaktadır. Suça katılanın faili bir anlamda yarattığı kabul edilerek bu fiilden dolayı sorumlu tutulmaktadır.

Kökleri kilise hukukuna dayanan kusura katılma suçu teorisi, iştirakin cezalandırılma nedeninin suça katılanın korunan hukuki değer ihlaline katılmasından veya kendi meydana getirdiği haksızlıktan kaynaklanmadığını, suça katılanın faili suça itmiş olmasına dayandığını savunmaktadır²⁸⁰. Teolojik olarak suça katılanın asıl fiili gerçekleştireni etki altına alarak ruhu kötülüğe sevk ettiği düşüncesi hakimdir ve kilise hukuku ruhu baştan çıkaran kişiyi bu haksızlığı nedeniyle cezalandırmaktadır²⁸¹. Teori suça katılanı, kötülüğe yönlendiren, faili baştan çıkaran olarak değerlendirmektedir. İştiraki saf bir ruhun haksızlığa yönlendirilmesi olarak açıklayan kusura katılma suçu teorisine karşı yardım edenin cezalandırılması hususunda eksik kaldığı eleştirisi yapılmıştır. Gerçekten, suç işleme fikri hiç aklında olmayan birini suç işlemeye iten azmettiren açısından kendi içinde tutarlı olan kusura katılma suçu teorisi, yardım edenin sorumlu tutulmasının gerekçesini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira yardım edenin, faili suça itmek, kötülüğe yönlendirmek veya ruhunu baştan çıkartmak gibi vasıfları bulunmamaktadır. Yardım eden sadece yapılan harekete maddi veya manevi olarak katkı sağlamaktadır. Tarihi bir değeri olmakla birlikte günümüzde eski önemini yitiren kusura katılma suçu teorisi üzerinde bazı değişiklikler yaparak güncel hale getiren Trechsel haksızlığa katılma teorisini ileri sürmüştür²⁸². Kusura katılma suçu teorisi, iştirakin temelini suça katılanın faili haksızlığa bulaştırması olarak izah etmiştir. Kişinin cezalandırılma nedeni bir başkasını haksızlığa yöneltmiş olmasıdır. Ancak Trechsel'in teorisi suça katılanın cezalandırılmasını sadece azmettiren yönünden açıklığa kavuşturmuştur. Yardım edenin cezalandırılma nedeni açıklamakta ise yetersiz kalmaktadır. Zira haksızlığa katılma suçu teorisinin çıkış noktası olan kusura katılma suçu teorisinde, cezalandırılma nedeni saf ruhun kötülüğe yönlendirilmesi üzerine temellendirilmiştir. Buna bağlı olarak haksızlığa katılma suçu teorisine göre de suça

²⁸⁰ **Poppe, Andreas**, Die Akzessorietät der Teilnahme: Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen, Frankfurt 2011, s.332.

²⁸¹ **Trechsel, Stefan**, Der Strafgrund der Teilnahme, Bern 1967, s.7.

²⁸² **Trechsel**, s.67.

katılanın cezalandırılma nedeni, suç işleme düşüncesine sahip olmayan kişiyi suça sevk etmek ve dolayısıyla ortaya çıkan haksızlığa zemin oluşturmaktır²⁸³. Oysa suça katılımın yardım etme şeklinde gerçekleştiği durumlarda; kanuni tanımda yer alan esas fiili icra eden kişinin haksızlığa yönlendirilmesi söz konusu değildir. Yardım etme durumunda kişinin suç işleme fikri mevcuttur; suça katılan olmayan bir fikri ortaya çıkarmamakta, mevcut fikre destek vermektedir. Buna göre zaten suç işleme fikrine sahip olan kişiye yardım edeni haksızlığa katılma suçu teorisine göre cezalandırmak mümkün değildir.

Haksızlığa katılma suçu teorisine getirilen bir başka eleştiri ise azmettirenin suç işleme düşüncesi olmayan kişiyi suça yönlendirmesinden dolayı cezalandırılmasında, asıl hareketi gerçekleştirenin göz ardı edilmesidir. Oysa asıl hareketi gerçekleştirenin fizik gücü, karakteri, kriminal geçmişi ortaya çıkan haksızlık açısından büyük önem taşımaktadır²⁸⁴.

Haksızlığa katılma suçu teorisinin bir başka sorunu ise esas fiili gerçekleştireni haksızlığa sürüklenen bir mağdur olarak kabul etmesidir. Kusura katılma suçu teorisi esas fiili gerçekleştireni saf bir ruh olarak kabul etmektedir. Oysa azmettirilen kişi irade sahibidir ve suça katılanın gösterdiği yola rızası dahilinde girmektedir. Dolayısıyla esas fiili gerçekleştirenin haksızlıktan tamamıyla bağımsız olduğunun kabulü doğru değildir. Haksızlığı gerçekleştirme fikrine sahip olmamasına rağmen azmettirilerek fiili icra eden kişi de hareketinden sorumludur²⁸⁵.

IV. Başkasının Haksızlığını Destekleme Teorisi

Suçta katılanın esas fiili gerçekleştirene verdiği destek nedeniyle meydana getirdiği haksızlıktan failden bağımsız olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunan Schumann, suça katılanı yine bağımsız olarak sorumlu tutan saf nedensellik ve

²⁸³ Trechsel, s.107.

²⁸⁴ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.134.

²⁸⁵ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.134.

kusura/haksızlığa katılma suçu teorilerine getirilen bazı eleştirilere de çözüm üreterek, başkasının haksızlığını destekleme teorisini ortaya atmıştır²⁸⁶.

Suçta katılanın failin haksızlığından bağımsız olarak cezalandırılması temeline dayanan başkasının haksızlığını destekleme teorisi, cezalandırmanın nedenini suçta katılanın kasıtlı olarak başkasının haksızlığına ortak olması olarak göstermiştir²⁸⁷. Suçta katılanın kasıtlı olarak esas fiile destek vermesinin hukuk düzeni açısından gerek sosyal gerek psikolojik bir tehlike yarattığını ve bu nedenle kanuni tanımda yer alan hareketi gerçekleştirenden bağımsız olarak cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir²⁸⁸.

Schumann'a göre suçta katılanın cezalandırılma nedenini, kişinin neticeye sebebiyet vermesi veya korunan hukuki değere saldırmasıyla açıklamak mümkün değildir çünkü gerek sebebiyet verilen netice gerek saldırıda bulunan hukuki değer failin sorumluluk alanındadır. Failin sorumluluk alanı içerisinde gerçekleşen olaylardan ise ancak faili sorumlu tutmak imkân dâhilindedir ve bu alanda gerçekleşen bir durumdan suçta katılan sorumlu tutulamaz²⁸⁹. Suçta katılan ancak destekleme hareketinin hukuk düzeni açısından kabul edilmeyen bir örnek teşkil etmesi ve toplumun menfaatlerine saldırıda bulunması nedeniyle cezalandırılmalıdır. Kanunda tanımlanmış fiile destek olan ve buna bağlı olarak da hukuk düzeni açısından kabul görmeyecek bir hareket sergileyen; hukukun temel değerlerine aykırı davranan ve toplum barışını tehdit eden kişi, tüm bu hareketleri nedeniyle asıl fiili gerçekleştirenden bağımsız olarak cezalandırılmalıdır.

Başkasının haksızlığını destekleme teorisini Roxin; esas fiilin icra hareketlerine başlanmadığı sürece haksızlığın desteklenmesinin cezalandırılmayacağını, dolayısıyla suçta katılanın failden bağımsız olarak başkasının haksızlığını desteklediği gerekçesiyle sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını belirterek eleştirmiştir²⁹⁰.

²⁸⁶ Schumann, s.51.

²⁸⁷ Schumann, s.50.

²⁸⁸ Schumann, s.50.

²⁸⁹ Schumann, s.49.

²⁹⁰ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.135.

V. Bağlılık Kuralına Dayalı Nedensellik Teorisi

Türk²⁹¹ ve Alman²⁹² öğretisinde hâkim görüş olan bağlılık kuralına dayalı nedensellik teorisi; suça katılanın cezalandırılmasının nedeninin kendi yarattığı haksızlık olduğu yönündeki görüşlerin tamamını reddederek, cezalandırmanın asıl fiili gerçekleştirenin davranışına bağlı olduğunu ve başkası tarafından kasten gerçekleştirilen haksızlığın suça katılana bir anlamda nakledildiğini savunmaktadır. Suça katılanın cezalandırılması, kanunda suç olarak tanımlanan fiili gerçekleştirenin korunan hukuki değer ihlaline katkı sağlamasından kaynaklanmaktadır ve bu nedenle de sorumluluğu, asıl harekete bağlı olarak belirlenmelidir²⁹³. Bağlılık kuralına dayalı nedensellik teorisi, asıl fiil için aranan şartlar gerçekleşmeden katılanı cezalandırmanın tamamen önüne geçmektedir. Suça katılanın cezalandırılması asıl fiil için gerekli olan şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır, söz konusu şartlar oluşmadan suça katılanın sorumlu tutulması mümkün değildir.

Suçta katılanın cezalandırılmasının nedenini asıl fiil açısından nedensel bir katkı sağlamış olmasına bağlayan teori, bu sebeple nedensellik teorisi adını almıştır. Ancak cezalandırılma nedenini haksızlığa sebebiyet vermeye, haksızlıkla nedensel bir bağlantıya bağlayan saf nedensellik teorisi ile bağlılık kuralına dayalı nedensellik teorisi arasında çok temel bir fark vardır. Şöyle ki saf nedensellik teorisinde suça katılanın haksızlığı failden tamamen bağımsızdır. Nedensel katkı sağlayan her birey, sağladığı katkı sebebiyle ve katkı oranında sorumludur. Suça katılanlardan birinin diğerinin hareketine bağlı olarak sorumlu tutulması söz konusu değildir. Oysa bağlılık kuralına dayalı nedensellik teorisinde esas sorumlu olan kanunda tanımlanan fiili gerçekleştirendir. Suça katılanların cezalandırılması, asıl fiili gerçekleştiren failin gerekli şartları sağlamasına bağlıdır. Söz konusu şartların sağlanmadığı durumlarda suça katılanı sorumlu tutma imkânı yoktur.

²⁹¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.593; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446, Demirbaş, s.466.

²⁹² Gropp, s.380; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.136.

²⁹³ Jescheck - Weigend, s.685.

Teori, suça katılmanın bağımsız unsurlarını dikkate almaması nedeniyle eleştirilmektedir²⁹⁴. Bu eleştiriye çözüm olarak öğretide, suça katılanın sorumluluğu belirlenirken korunan hukuki değere ilişkin saldırısının mevcut olması ve suça katılanın çifte kastının aranması önerilmiştir. Buna göre suça katılanın öncelikle esas fiile, yani failin gerçekleştireceği harekete ilişkin kastı olmalıdır. Bu kast suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları kapsamalıdır. Suça katılanın buna ek olarak, failin fiiline katıldığına ilişkin kastının bulunması da şarttır²⁹⁵. Öğretide suça katılana özgü bu ikili kast gerekliliği suça katılanın çifte kastı (*doppelter Teilnehmervorsatz*) olarak tanımlanmıştır. Roxin suça katılanın çifte kastının, korunan hukuki değere bir saldırı olması şartının doğal sonucu olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle katılanın hukuki değere saldırıda bulunmuş olması halinde kastının da var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹⁶.

Bağlılık kuralına ilişkin olarak sıklıkla öne sürülen bir eleştiri ise ajan provokatörlerin cezalandırılmasına ilişkindir. Suça katılanların failin fiiline bağlı olarak sorumlu tutulmasının sonucun olarak ajan provokatörlerin de cezalandırılmaları adaletsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Roxin ise ajan provokatörlerin korunan hukuki değere saldırıda bulunmuş olma şartını yerine getirmediğini bu nedenle cezalandırılmayacaklarını ifade etmiştir. Buna göre; bir haksızlığı ortaya çıkarmak amacıyla örgütün içine sızan ve hukuk düzeni tarafından korunan değeri ihlal etmek değil aksine korumak amacıyla hareket eden ajan provokatörler, korunan hukuki değere saldırı şartı gerçekleşmediğinden cezalandırılmayacaktır²⁹⁷. Suça katılmanın bağımsız unsurlarının ihmal edilmesinin sakıncalarının farkında olan Roxin; bağlılık kuralına dayalı nedensellik teorisinin korunan hukuki değere saldırı şartını da kapsayacak şekilde yeniden gözden geçirilmesinin gerekliliğine işaret etmiştir. Suça katılanın cezalandırılma nedenini açıklamada korunan hukuki değerinin önemi nedeniyle teorisinin bağlılık kuralına dayalı nedensel katkının korunan hukuki değere saldırısı

²⁹⁴ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.136.

²⁹⁵ **Tofahrn, Sabine**, Strafrecht Allgemeiner Teil II, Köln 2010, s.127.

²⁹⁶ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.137.

²⁹⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.137.

(*Rechtsgutsangriff duch aksessorische Verursachung*) teorisine evrilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹⁸.

Gerçekten de suça katılanların sorumluluğunun asıl fiili gerçekleştirenin davranışına bağlandığı bağıllık kuralına dayalı nedensellik teorisi katılanın bağımsızlığını tamamen değerlendirme dışı bırakmakta ve katılanın meydana getirdiği haksızlığı yok saymaktadır. Teoriye göre başkası tarafından kasten gerçekleştirilen haksızlık suça katılana aktarılmakta ve katılan bu nedenle cezalandırılmaktadır. Katılanın kendi fiilinin haksızlığı ise sorumluluk dışı bırakılmıştır. Bu durum; Türk hukukunda cezalandırılmayan akim kalmış azmettirme²⁹⁹ halinde veya suça katılanın failin kastında yahut fiilin hukuka aykırılığında hataya düştüğü durumlarda katılanın cezasız kalmasına neden olmaktadır. Aynı şekilde nitelikli hallerin suça katılana sirayetinde bağıllık kuralı öğretinin içinden çıkılmaz bir tartışmaya düşmesine sebep olmaktadır. Aşağıda örneklerle ayrıntılı olarak ele alınan bu hallerde katılanın sorumlu tutulmamasının, katılanı tamamen failin fiiline bağlayan teorinin bir eksikliği olduğu görüşünderiz.

§4. FAİL - ŞERİK AYRIMI

Birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen suçlarda suça katılan kişilerin katkılarının ne şekilde derecelendirileceği ve cezai sorumluluklarının hangi esasa göre belirleneceği hususunda ikilik sisteminin benimsenmesi halinde, bu ikili ayrımın hangi kıstaslara dayanılarak yapılması gerektiği tartışması ortaya çıkmaktadır. İkilik sistemine göre suça katılanlar arasında fail ve şerik şeklinde bir ayrım yapılmakta ve sorumluluklar buna göre belirlenmektedir.

Faillik ve şeriklik arasındaki ayrımın net bir şekilde yapılmamış olması çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Özellikle birlikte faillik ile yardım etme arasındaki ve dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki sınırların çiziminde güçlükler yaşanmaktadır³⁰⁰. Ayrıca özgü suçlar, ihmali suçlar ve yükümlülük suçları ile iştirak kurumu birleştiğinde konu teorik olarak daha da zorlaşmaktadır.

²⁹⁸ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.138.

²⁹⁹ Akim kalmış azmettirme Alman ceza kanununun 30. maddesi uyarınca cezalandırılmaktadır.

³⁰⁰ **Kindhäuser**, s.388.

Suçta katılanları ayırma konusunda ortaya atılan teorileri ise ayırımı yaparken dayandıkları esasa göre, objektif ve sübjektif teoriler olarak iki ana başlık altında sınıflandırmak mümkündür. Ayırımın, suç teşkil eden hareketin dış dünyada gerçekleştirilme şekli dikkate alınarak ve suçta katılanların fiillerinin dış dünyaya yansımalarına göre yapıldığı teoriler, objektif teoriler başlığı altında incelenmiştir. Fail ve şerik arasında ayırım yaparken irade, saik, yarar gibi kıstasların değerlendirildiği teoriler ise sübjektif teoriler olarak ele alınmıştır. Son olarak, ayırımın yapılmasında hem objektif hem sübjektif bir değerlendirme yapan fiile hâkimiyet teorisi incelenecektir.

I. Fail ve Şerikin Belirlenmesinde Sübjektif Ölçütü Esas Alan Teoriler

Fail ve şerik arasında yapılan ayırmda dış dünyada meydana gelen etkilerden tamamen bağımsız, kişinin iç dünyasına ait değerlerin esas alındığı teoriler sübjektif teorilerdir. Sübjektif teorilerde ayırım; kişinin düşüncesi, karakteri, amacı, zihniyeti, sağladığı yarar gibi çeşitli değerler dikkate alınarak yapılmaktadır³⁰¹. Suçta katılanın katkısının objektif değerlerinin ve ağırlığının herhangi bir önemi yoktur. Fail – şerik ayırımında belirleyici unsur, kişinin şahsi durumudur.

Sübjektif teorilerde suçun işlenişine yapılan her katkı, objektif açıdan eşittir ve fail ve şerik arasındaki fark, sadece sübjektif değerlere dayanır. Neticenin gerçekleşmesine yapılan katkıların tamamı aynı değerdedir. Bu katkılar arasında bir ayırım yapılamaz. Sübjektif ölçütü esas alan teoriler suçun tek bir neticesinin olduğunu dolayısıyla bu neticeyi meydana getiren şartların da eşit olduğunu kabul ederler. Suçta yapılan katkıların hepsinin eşit kabul edilmesi halinde fail ve şerik ayırımını yapabilmek ancak sübjektif ölçütlerle mümkün olacaktır³⁰².

Sübjektif ölçüte göre ayırım yapan teoriler de kast teorisi ve menfaat teorisi olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Kast teorisinde fail ve şerik ayırımı suçta katılanın hareketini hangi niyetle gerçekleştirdiğine göre yapılmaktadır. Genel hatlarıyla, hareketi faillik iradesiyle gerçekleştiren kişi, fail; şeriklik iradesiyle gerçekleştiren kişi ise şerik kabul edilmektedir. Öte yandan, sübjektif teorilerin ikincisi

³⁰¹ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.51.

³⁰² **Önder**, s.418.

olan menfaat teorisinde ayırım suça katılanın kimin amacına hizmet ettiğine göre belirlenmektedir. Buna göre, kişi şahsi menfaati için suça katılıyorsa fail; bir başkasının menfaati için suça katılıyorsa şerik olarak nitelendirilmektedir.

1.Kast Teorileri

Belirleyici ölçüt olarak kişinin iradesini esas alan kast teorisinde önemli olan, kanunda suç olarak düzenlenmiş fiile yapılan nedensel katkının niteliği değil, suça katılanın katkısını gerçekleştirirken içinde bulunduğu sübjektif şartlardır. Gerçekten, kast teorisinde esas olan suça katılanın hareketini hangi niyetle gerçekleştirdiğidir. Kişi suça katkı sağlayan hareketini fail olma kastıyla gerçekleştiriyorsa, yani iradesi suçun faili olma yönündeyse fail kabul edilecektir. Ancak suça katkı sağlayan kişi hareketini bir başkasına katılmak maksadıyla gerçekleştiriyorsa, bir başka deyişle kastı şerik olmak yönünde ise bu durumda şerik olarak nitelendirilecektir³⁰³. Kast teorisinde fail egemen olan iradedir. Fail fiili doğrudan kendisi istediği için gerçekleştirmektedir.

Öğretide fiili kendisi için gerçekleştiren yani fail iradesiyle hareket eden kişi, *animus auctoris*³⁰⁴ olarak nitelendirilmiştir. İradesi fail olmak yönünde olmadan suça katılan, yani hareketi asıl fiile destek vermek amacıyla gerçekleştiren kişi ise *animus socii* olarak adlandırılmıştır³⁰⁵.

Fail ve şerik ayırımında kişinin iradesinin esas alındığı teorilere ilk kez 19.yy'ın başlarında rastlanmaktadır³⁰⁶. Wächter, 1825 tarihli ders kitabında bu sınıflandırmada ayırıcı unsurun hareketi gerçekleştirenin maksadı olduğunu belirtmiş ve suç teşkil eden fiili dolaysız olarak isteme iradesinin, yalnızca başkasının suçuna destek olma iradesinden ayrılması gerektiğini savunmuştur³⁰⁷. Von Buri ise fail ile şerikin ayırımının sadece failin iradesinin bağımsızlığı ve şerikin iradesinin bağımlılığına göre tespit

³⁰³ **Wächter, Carl Georg**, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts Erste Teil, Stuttgart 1825, s.149.

³⁰⁴ Gropp animus auctoris nitelendirmesinden hareketle kast teorisini “Der animus auctoris als Kriterium der subjektiven Täterschaftslehre” başlığı altında incelemiştir. **Gropp**, s.355.

³⁰⁵ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.11.

³⁰⁶ **Bauer, Anton**, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Göttingen 1927, s.92.

³⁰⁷ **Wächter**, s.149.

edilebileceğini ifade etmiştir³⁰⁸. Wächter'den beri birçok ceza hukukçusu tarafından desteklenen kast teorisi, özellikle Buri'nin etkisiyle Alman yargı içtihatlarında da uygulama alanı bulmuştur³⁰⁹. Şerikin bağımsız bir iradeye sahip olmadığının kabul edildiği kast teorisinde, şerikin iradesi tamamen failin iradesine bağlıdır. Şerik, failin iradesine tabi olarak hareket eder. Asıl fiilin tamamlanması ve buna bağlı olarak suçun oluşması failin iradesindedir³¹⁰.

Günümüzde daha çok tarihi bir önemi kalan kast teorisi Paul Bockelmann³¹¹ tarafından savunulmaktadır. Bockelmann fail şerik ayrımını iradeye bağlı olarak tespit etmektedir. Yazara göre şerik, failin kastına tabi olan, suç teşkil eden fiili gerçekleştirme yönünde kendi bağımsız iradesi olmayan ve başkasına ait bir haksızlığı gerçekleştiren kişidir. Şerikin iradesi, dolaylı faillikte olduğu gibi tamamen failin kontrolünde olmasa da bağımsız da değildir. Failin iradesine bağlı, failin iradesinin altındadır. Bockelmann fail ve şerik ayrımında kullandığı teoriyi, “*anheimstelle*” kelimesiyle ifade ettiği şerikin faile kendisinin yerine karar verme yetkisini devrettiği fikrine dayandırmıştır. Bockelmann'a göre; şerik hareketlerini iradi olarak yapmamaktadır; iradesi sadece faile destek olmak yönündedir ve bu desteği sağlamak için gerekli olan fiili yerine getirmektedir. Haksızlığın gerçekleşmesi tamamen failin kontrolündedir ve şerik faili suç teşkil eden fiilin gerçekleşmesi yönünde bir iradesi olmadan fiili gerçekleştirmesi söz konusu değildir. Buna durumda kişi kanuni tanımda yer alan hareketi doğrudan ve tek başına kendisi gerçekleştirse dahi iradesi bir başkasına yardım etmek yönünde ise kişiyi şerik olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Zira Bockelmann'a göre her ne kadar fiil doğrudan gerçekleştirilmiş olsa da kişinin iradesi faili desteklemek yönündedir ve failin haksızlığın oluşması yönünde bir iradesi olmaması halinde haksızlık oluşmayacaktır³¹².

Fail-şerik ayrımını faillik iradesine göre belirleyen bu teori, modern ceza hukukunda hâkim teori olan fiile hâkimiyet teorisine benzerliğiyle dikkat çekmektedir.

³⁰⁸ “Die Verschiedenheit des Urhebers von dem Gehilfen kann nur in der **Selbständigkeit** des urheberischen und der **Unselbständigkeit** des beihelfenden Willens gefunden werden.” von **Buri, Maximilian** Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, Stuttgart 1885, s..41.

³⁰⁹ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.53.

³¹⁰ **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.75.

³¹¹ **Bockelmann, Paul**, “Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme”, Göttingen, 1949, s.46.

³¹² **Bockelmann**, s.48.

Her iki teori de şerikin faile bağlı olduğunu ve belirleyici olan ölçütün failin iradesi olduğunu ileri sürmesine rağmen; kast teorisi ayrımı yalın ve sübjektif ölçütlerle yaparken, fiile hâkimiyet teorisinde objektif bir değerlendirmeye yer verilmektedir. Fiile hâkimiyet teorisinde esas olan fiil üzerinde hâkimiyet iradesidir. Oysa kast teorisinde esas olan, kişinin iç dünyasında sahip olduğu iradedir³¹³.

Kast teorisi fail-şerik ayrımında iradenin tespitinin zor olması ve ayrımın iradenin tespitine göre yapılması halinde uygulamacılara çok geniş bir takdir yetkisi tanınacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bunun yanında fail ve şerikin ayrımının kast teorisine göre yapılması halinde iki kişinin her birinin diğerini desteklemek iradesiyle gerçekleştirdiği haksızlıkta, her iki katılanın da şerik olarak kabul edilmesi gerekliliği ileri sürülmüştür³¹⁴. Bizce de kast teorisine ilişkin yapılabilecek en temel eleştiri, kişinin iradesinin neye yönelik olduğunun tespitinde kullanılacak herhangi bir ölçütün bulunmamasıdır. Teoriyle fail ve şerik iradelerinin ne yönde olduğu net bir şekilde ayrılmış, fakat ayrımı sağlayan fail iradesi ve şerik iradesi ifadelerinin içleri doldurulmamıştır. Bu durum uygulamada suça katılanların fail ve şerik olarak ayrılmasında önemli sorunlar teşkil etmiştir. Oysa sorumluluğun ikilik sistemine göre belirlendiği durumlarda fail ve şerik ayrımı büyük önem taşımakta olduğundan ayrım belirsizliğe sebebiyet vermeyecek şekilde kesin çizgilerle yapılmalıdır.

2. Menfaat Teorileri

Kronolojik olarak fail-şerik ayrımında ilk savunulan teori; ayrımı haksızlıktan sağlanan yararı esas alarak yapan menfaat teorisidir. Fail ve şerik arasında menfaate göre ayrım yapılmasına Feuerbach'tan itibaren rastlamak mümkündür. Sözgelimi, Köstlin faili, fiili kendi şahsi amacı için gerçekleştiren kişi olarak tanımlamıştır. Kişinin şerik olarak kabul edilmesi için ise haksızlık teşkil eden fiili başkası için istemesi, bir başkası menfaatine hareket etmesi gereklidir.³¹⁵ Takip eden dönemde Berner, fail-şerik ayrımında önemli olanın kişinin haksızlığa olan ilgisi (*interesse*) ve iradesinin yöneldiği menfaat olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, kişinin sorumluluğunun belirlenmesi

³¹³ **Gallas, Wilhelm**, Täterschaft und Teilnahme Materialien zur Strafrechtsreform Band I, Bonn 1954, s.131

³¹⁴ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.55.

³¹⁵ **Köstlin, Christian Reinhold**, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845, s.448.

aşamasında objektif bir değerlendirmeye dayanarak, suça katılanlar arasında ayırım yapılamayacağını, ayırımın ancak sübjektif değerlendirmeyle mümkün olduğunu belirtmiştir³¹⁶. Belirtelim ki, menfaat teorisi kast teorisiyle benzer görünmesine karşın esasında kast teorisinden daha sıklıdır. Çünkü, menfaat teorisine göre ayırımın yapılması için kişinin iradesinin hangi yönde olduğunun tespiti yeterli değildir. İradeye ek olarak kişinin yarar sağlama amacı da dikkate alınacaktır³¹⁷.

Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, 1879-1896 yılları arasında ceza senatosunda³¹⁸ görevli olan von Buri'nin de etkisiyle bugün Alman öğretisinde sıkça bahsedilen iki olayda fail-şerik ayırımını sübjektif ölçütleri esas alarak belirlemiştir. Bunlar, kız kardeşinin yeni doğmuş bebeğini küvette boğan kadın ve birden fazla kişiyi kasten öldüren sovyet gizli servisi ajanı hakkındaki kararlardır.

Alman öğretisinde “küvet olayı” (*Badewanne Fall*) olarak anılan 1940 tarihli kararda³¹⁹; kız kardeşi Maria Anna R.'nin sağlıklı olarak dünyaya gelmiş, evlilik dışı bebeğini küvette boğarak öldüren sanık, yerel mahkeme tarafından kasten öldürmeden sorumlu tutulmuştur. Ancak yüksek mahkeme, sanığın faillik iradesiyle hareket etmediği dolayısıyla fail olarak sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Teyzenin boğma fiilini doğrudan doğruya kendisinin gerçekleştirmesine rağmen yüksek mahkeme, sanığın iradesinin asıl fiile yardım etmek yönünde olduğuna ve bu nedenle ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir. Gerekçede sanığın kız kardeşinin fiiline yardım etmek iradesinde olduğu, yani şeriklik iradesine sahip olduğu belirtilmiştir. Oysa sanık yeni doğmuş bebeği bizzat küvete koyarak boğulmasına neden olmuştur. Bebeğin yaşadığını bildiği ve küvette boğma hareketi açısından kastı olduğu yönünde herhangi bir tartışma yoktur. Görüldüğü gibi kanunda tanımlanmış hareketi kasten gerçekleştirmesine rağmen, faillik iradesine sahip olmadığı için fail olarak sorumlu tutulmamıştır. Yüksek mahkeme gerekçesinde faillik iradesi (*Täterwillen*) ibaresine yer vermiş ve sorumluluğu bu iradenin yokluğuna dayanarak belirlemiştir. Aslında faillik ve şeriklik statülerinin iradenin neye yöneldiğine göre

³¹⁶ Berner, Albert Friedrich, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, Leipzig 1857, s.161.

³¹⁷ Önder, s.438.

³¹⁸ I. Strafsenat des Reichsgerichts

³¹⁹ RG · Urteil vom 19. Februar 1940 · Az. 3 D 69/40, <http://openjur.de/u/59846.html>

belirlenmesi bizi kast teorisine götürse de, kararda sanığın fiili kendisi için değil kız kardeşi yararına gerçekleştirmesi üzerinde durulmuş olması göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle meşhur “küvet” olayında, sanığın iradesinin faillik yönünde olmadığı ve fiili kendi yararına değil bir başkası yararına işlediği gerekçeleriyle yardım eden olarak sorumlu tutulmasının menfaat teorisinin somut bir uygulaması olduğu görüşündeyiz.

Fail şerik ayrımının sübjektif ölçütlere göre belirlendiği bir diğer karar ise Bogdan Nikolajewitsch Staschinski isimli KGB ajanının yargılanmasına ilişkin karardır³²⁰. Staschinski 1957 yılında Sovyetler Birliği tarafından Almanya’ya kaçan rejim karşıtlarını öldürmekle görevlendirilerek Berlin’e gönderilmiştir. Bu görev dâhilinde Staschinski 1957 ve 1959 yıllarında mağdurların yüzüne tabanca benzeri bir aletle hidrojen siyanür sıkarak iki kişinin ölümüne sebep olmuştur. Yerel mahkeme failin Staschinski değil asıl öldürme emrini veren KGB’nin başında olanlar olduğu Staschinski’nin sadece yardım eden olduğunu ifade ederek Staschinski’yi iki kişi kasten öldürmeye yardım etmekten 8 yıla mahkûm etmiştir. Yüksek mahkeme kararının gerekçesinde ayrıntılı olarak fail ve yardım edenin tanımını yapmış, iki kurum arasındaki farklara değinmiş ve Staschinski’nin yardım eden olarak sorumluluk tutulması gerektiğini ifade ederek yerel mahkemenin kararını onamıştır. Kararın gerekçesinde fail, fiili fail olma iradesiyle gerçekleştiren ve fiille ilgisi olan, fiilden menfaat sağlayan olarak tanımlanmıştır. Yardım eden için ise gerekçede; fiili başkasının yararına gerçekleştiren, fiilden menfaat elde etmeyen, yardım etme iradesiyle hareket eden tanımına yer verilmiştir. Tüm bu teorik bilgiler ışığında da mahkeme fiili tek başına, doğrudan ve kasten gerçekleştiren Staschinski’nin kasten öldürme suçunun faili olarak müebbet hapis cezasına değil kasten öldürmeye yardım etmekten 8 yıl hapsine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Fail-şerik ayrımının sübjektif ölçütlere göre yapıldığı bir diğer karar ise Bogdan Nikolajewitsch Staschinski isimli KGB ajanının yargılanmasına ilişkin karardır³²¹. Staschinski 1957 yılında Sovyetler Birliği tarafından Almanya’ya kaçan rejim karşıtlarını öldürmekle görevlendirilerek Berlin’e gönderilmiştir. Bu görev dâhilinde Staschinski 1957 ve 1959 yıllarında mağdurların yüzüne tabanca benzeri bir

³²⁰ BGH · Urteil vom 19. Oktober 1962 · Az. 9 StE 4/62 (Staschynski Fall) <http://openjur.de/u/55500.html>

³²¹ BGH · Urteil vom 19. Oktober 1962 · Az. 9 StE 4/62 (Staschynski Fall) <http://openjur.de/u/55500.html>

aletle hidrojen siyanür sıkarak iki kişinin ölümüne sebep olmuştur. Ancak yerel mahkeme failin Staschinski değil, asıl öldürme emrini veren KGB yöneticileri olduğunu ve Staschinski'nin sadece yardım eden durumunda bulunduğunu ifade ederek Staschinski'yi iki kişinin kasten öldürülmesine yardım etmekten 8 yıla mahkûm etmiştir. Yüksek mahkeme de kararının gerekçesinde ayrıntılı olarak fail ve yardım edenin tanımını yaparak iki kurum arasındaki farklara değinmiş ve Staschinski'nin yardım eden olarak sorumluluğu tutulması gereğine işaret ederek yerel mahkemenin kararını onamıştır. Gerekçede fail, fiili fail olma iradesiyle gerçekleştiren, fiille ilgisi olan ve fiilden menfaat sağlayan olarak tanımlanmıştır. Yardım eden için ise gerekçede fiili başkasının yararına gerçekleştiren, fiilden menfaat elde etmeyen, yardım etme iradesiyle hareket eden tanıma yer verilmiştir. Tüm bu teorik bilgiler ışığında da mahkeme fiili tek başına, doğrudan ve kasten gerçekleştiren Staschinski'nin kasten öldürme suçunun faili olarak müebbet hapis cezasına değil kasten öldürmeye yardım etmekten 8 yıl hapsine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

1940 ve 1962 tarihli bu iki kararın Alman Yüksek Mahkemesi'nin fail-şerik ayırımında sübjektif ölçütleri esas alışı bakımından en çarpıcı örnekler olduğu görüşündeyiz. Her ne kadar özellikle Staschinski kararında dönemin politikasının da etkili olduğu iddia edilebilirse de mahkemenin gerekçesinde açık bir şekilde tanımlar ve ayırım menfaat teorisine göre yapılmıştır.

Menfaat teorisine yönelik yapılacak ilk eleştiri; bu teoriyle kast teorisinde de olduğu gibi kanun uygulayıcılarına çok geniş bir takdir yetkisi tanınacağıdır. Zira menfaat sağlamaya ilişkin ayırım sübjektif yapısı gereği hâkimin her somut olay için şahsi değerlendirme yapmasını gerektirmektedir ve kişinin fiili kendisi için mi bir başkası için mi gerçekleştirdiği, fiilden kimin veya kimlerin menfaat sağlayacağını tespiti tamamen hâkimin takdirindedir. Ayrıca fiilden menfaat sağlayanın fail sayılması durumunda harekete hiçbir nedensel katkısı olmayan ancak hareketten yarar sağlayacak olan kişilerin fail kabul edilmesi söz konusu olacak bu ise sorumluluk alanının çok fazla genişlemesine sebep olacaktır. Tüm bunlara ek olarak bizce fiile katılanın menfaat sağlamadığı ve bir başkasının menfaati için hareket ettiğinin kabulü imkânsızdır. Zira menfaat sağlama çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Yukarıdaki somut olaylar

çerçevesinde açıklamak gerekirse kız kardeşinin bebeğini öldüren sanığın veya politikacıları öldüren ajanın fiilinden hiçbir menfaat sağlamadığının kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Kişinin kendisine hiçbir yarar sağlamayan, kendisiyle hiçbir ilgisi (*interesse*) olmayan bir fiil gerçekleştirmesi olağan değildir. Buna göre suç teşkili eden hareketi gerçekleştiren herkes bizce kendisi için bir menfaat sağlar ve bu nedenle bu teori ayırıcı bir özellik taşımaz.

II. Fail ve Şerikin Belirlenmesinde Objektif Ölçütü Esas Alan Teoriler

1. Biçimsel Objektif Teori

Özellikle 1915 ile 1933 arasında Alman öğretisinde hâkim görüş olan biçimsel objektif teoriye göre faillik-şeriklik ayrımı; suç tipindeki unsurların kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesi esas alınarak yapılmaktadır³²². Teori tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını kendi davranışları ile kısmen veya tamamen gerçekleştiren kişi, fail olarak adlandırılmaktadır. Şerik ise, bu durumlar dışında kalan ve almış olduğu rol herhangi bir hazırlık ve yardım hareketi olarak nitelendirilebilecek olan kimsedir.

Teori ceza kanunlarının özel kısmında düzenlenen suç tiplerini esas alarak suçun unsurlarını tespit etmekte ve buna uygun olarak failliğin ve şerikliğin sınırlarını belirlemekte, suçun işlenişine olan katkıyı objektif olarak değerlendirerek faillik şeriklik ayrımına gitmektedir³²³. Suçun işlenişe yapılan katkının değerlendirilmesinde objektif ölçütlerin kullanılması ve değerlendirmenin tamamıyla dış dünyada ortaya çıkan sonuçlar ele alınarak yapılması nedeniyle “objektif” olan teori, kanunda düzenlenen özel suç tiplerini esas alarak suçun unsurlarını tespit etmesi ve ayrımı buna göre yapması nedeniyle ise “biçimsel”dir.

Von Beling, Max Ernst Mayer, von Liszt ve Birkmeyer gibi önde gelen teorisyenler tarafından savunulan teori 1930’dan itibaren ders kitaplarında da yer almaya başlamıştır³²⁴. Fransa, Avusturya ve hatta Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde hala temsilcileri bulunan teori 1930’lu yılların sonlarına doğru Alman öğretisindeki

³²² **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.34.

³²³ **Hauf, Claus Jürgen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Neuwied 2001, s.76; **Gropp**, s.354

³²⁴ **Mezger**, s.444; **von Hippel, Robert**, Deutsches Strafrecht Band II, Berlin 1930, s.453.

etkinliğini kaybetmiştir³²⁵. Biçimsel objektif teorinin teorisyenlerinden Beling; ceza normlarında yer alan objektif hareketi gerçekleştireni fail, tipikliğin gerçekleşmesine katkıda bulunanları ise şerik olarak nitelendirmiştir³²⁶. Tipik hareketi gerçekleştiren, kastı objektif ve sübjektif unsurların tamamını kapsayan kişi fail olarak sorumlu tutulacaktır. Buna karşın suça atipik hareketlerle katılan, yani tipikliğin unsurları dışında kalan davranışları gerçekleştiren kişinin statüsü ise şerik olarak belirlenecektir. Beling, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde temel şartın hareketin tipikliğinin oluşması olduğunu belirterek, fail ve şerik ayrımının da hareketin tipikliğine göre yapılması gerektiğini savunmuştur. Buna göre failin hareketleri kanuni tipe uygun olmaları nedeniyle cezalandırılırken, şeriklerin suça katkı sağlayan atipik hareketleri ancak tipik harekete olan katkıları nedeniyle cezalandırılabilir³²⁷.

Biçimsel objektif teoriye getirilen temel eleştiri, teorinin dolaylı failliği sorumluluk dışında bıraktığı yönündedir³²⁸. Bu eleştiriye cevap olarak Beling; dolaylı failin hareketlerinin de tipikliği oluşturan objektif ve sübjektif unsurların tamamının tipik hareket kapsamında değerlendirileceği savunmasında bulunmuştur³²⁹. Hippel de dolaylı faile yönelik eleştiriye Beling’le benzer bir açıklama getirerek dolaylı failin de tipik hareketi gerçekleştirdiğini ve bu nedenle doğrudan failden farklı ancak yine fail başlığı altında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir³³⁰. Teorinin temsilcilerinden Zimmerl ise dolaylı failin sorumluluk dışında kalması sorunu karşısında dolaylı fail ve azmettiren arasındaki benzerliklere değinerek her ikisinin de şeriklik başlığı altında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir³³¹.

Ayrımın şekli olması ve objektif ölçütlere göre yapılması, faillik ve şeriklik arasında net bir çizginin çizilmesine olanak sağlamaktadır. Biçimsel objektif teori, ayrımı açık bir şekilde ortaya koyması nedeniyle sübjektif teorilerin önemli bir eksiğini

³²⁵ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.34.

³²⁶ **Beling**, Die Lehre vom Verbrechen, s.408.

³²⁷ **Beling, Ernst**, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung: zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, Berlin/Grünwald 1922, s.95.

³²⁸ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.38.

³²⁹ **Beling**, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung: zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, s.102.

³³⁰ **von Hippel**, s.470.

³³¹ **Zimmerl, Leopold**, Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930, s.96.

gidermektedir. Ancak faillik ve şeriklik arasında açık bir sınır çizerken, dolaylı failin cezalandırılmasını açıklayamaması yönüyle eleştirilmektedir³³².

2. Maddi Objektif Teori

Fail ve şerik ayrımında suça katılanın nedensel katkısını esas alan maddi objektif teori Feuerbach'tan itibaren karşımıza çıkmaktadır³³³. Maddi objektif teori, biçimsel objektif teorinin yarattığı cezalandırma boşluğunu doldurmak, dolaylı failin cezalandırılmasını açıklamak ve fiili bizzat gerçekleştirmemiş olan kişinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesini sağlamak amacıyla; suçun kanuni tanımındaki tipik hareketin gerçekleşmesi yerine, fiile olan katkının tehlikeliliğini esas alır³³⁴. Bir başka anlatımla, suçun işlenişine olan katkının neticenin oluşumundaki etkisine göre ayırım yapılır. Teorinin uygulanmasında suça olan katkı objektif bir şekilde değerlendirilip bu katkının suç tipi itibariyle önemine göre faillik-şeriklik ayrımı yapılmaktadır.

İştirakin temelinin tamamen nedensellik üzerine kurulu olduğunu savunan ve tüm iştirak teorilerini bu kabul üzerinden kuran Birkmeyer; fail ve şerik ayrımın da nedensel katkıya göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Müellife göre suça katılanların katkılarının derecelendirilmesi aşamasında tipik hareket dikkate alınacak ve tipik fiile en etkili katkıyı sağlayan kişi fail olarak nitelendirecektir³³⁵. Diğer katılanlar ise şerik olarak cezalandırılacaklardır. Böylece şeriklerin cezalandırılması neticeye en etkili şekilde sebebiyet verenin fiiline yani failin fiiline bağlanmıştır³³⁶. Buna göre suça nedensel katkı sağlayanlar arasında en etkili katkıyı sağlayan, fail olarak nitelendirilecektir.

Teori sadece nedensel katkı sağlayanları sorumlu tutması dolayısıyla ve neticenin oluşmasında nedensel etkisi olmayanları cezasız bırakarak sorumluluk alanını fazlasıyla daralttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³³⁷.

³³² **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.38.

³³³ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.38.

³³⁴ **Gropp**, s.355.

³³⁵ **Birkmeyer**, s.100.

³³⁶ **Birkmeyer**, s.149.

³³⁷ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.38.

III. Fiile Hakimiyet Teorisi

Faillik-şeriklik ayrımında esas alınan teoriler; objektif teoriler ve sübjektif teoriler olarak ikiye ayrılarak ele alınmıştır. Her iki teori grubunu da tatmin edici bulmayanlar objektif ve sübjektif teorilerin hareket noktalarından yola çıkan bir sentez arayışına başlamışlardır.

Fiil hâkimiyeti olarak tanımlanabilecek “*Tatherrschaft*” ifadesini öğretilerde ilk olarak Hegler, 1915 tarihinde yayımlanan makalesinde kullanmıştır³³⁸. Hegler failin fiil üzerinde hâkimiyet kurması gerekliliğinin üzerinde durmuş, fiile hâkimiyetin suçu meydana getiren unsurlardan birini olduğunu ifade etmiştir. Ancak fail ve şerik ayrımını fiile hâkimiyet ölçütüne göre belirlememiştir. Bu nedenle fiile hâkimiyetin suçun oluşmasındaki önemi açısından çok temel bir adım atmış olan Hegler’in ileri sürdükleri bugünkü anlamıyla fiile hâkimiyet teorisiyle büyük ölçüde örtüşmemektedir³³⁹. Bu nedenle eserinde “*Tatherrschaft*” kavramına yer vermiş ve kişinin fiile egemen olmasının önemi üzerinde durmuş olsa da Hegler’i fiile hakimiyet teorisinin temsilcileri arasında saymak mümkün değildir. Yalnızca dolaylı failin sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin çalışmalarında modern fiile hâkimiyet teorisine yakın açıklamalarda bulunmuştur³⁴⁰. Bugünkü anlamıyla fail ve şerik ayrımında esas alınan fiile hakimiyet teorisinin başlıca temsilcileri Welzel³⁴¹, Maurach³⁴², Gallas³⁴³ ve Roxin³⁴⁴’dir.

Fail-şerik ayrımını “*unbedingte Verwirklungswille*” olarak ifade ettiği fiili gerçekleştirme iradesini esas alarak belirlemesi nedeniyle Welzel’in görüşünün sübjektif teorilerden kast teorisi ile uyduğu sonucuna varmak mümkündür. Zira, kast teorisinde de fail egemen olan iradedir. Fiili kendisi için gerçekleştiren ve fail olma iradesiyle hareket eden, fail; iradesi fail olmak yönünde olmadan suça katılan, yani hareketi asıl fiile destek vermek amacıyla gerçekleştiren ise şerik olarak

³³⁸ Hegler, August, “Die Merkmale des Verbrechens”, ZStW Band 36, s.197.

³³⁹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s.61.

³⁴⁰ Hegler, August, “Zum Wesen der Mittelbaren Täterschaft”, Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtleben Band 5: Strafrecht und Strafprozessrecht, Berlin/Leipzig 1929, s.307.

³⁴¹ Hans Welzel (1904- 1977)

³⁴² Reinhart Maurach (1902-1976)

³⁴³ Wilhelm Gallas (1903-1989)

³⁴⁴ Claus Roxin (1931)

nitelendirilmektedir. Welzel de failin tespitinde sübjektif bir ölçüt olan fiil gerçekleştirme iradesine önem yüklemiştir. Ayrımda temel ölçütün irade olması nedeniyle kast teorisine yakın olan Welzel'in teorisini aslında kast teorisinin gelişmiş bir hali olarak kabul etmek gerekir³⁴⁵. Welzel faili, fiilin gerçekleşmesine hakim olan kişi olarak tanımlamıştır. Fail, fiilin ne şekilde gerçekleşeceğine ve hatta gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bilinçli olarak hakim olandır. Buna göre şerik ise fiil üzerinde egemen olmayan kişidir³⁴⁶. Kast teorisinden farklı olarak Welzel fiile egemen olan iradeyi belirlemede objektif bir değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Ayrımda esas alınan ölçütlerin objektif değerler olması gerektiğini belirtmiştir. Böylece failin belirlenmesinde hem objektif ve hem sübjektif ölçütlere yer verilmiştir. Müellife göre önemli olan failin fiile egemen olması ve fiili iradi olarak gerçekleştirmesidir. Fiili kendisi veya bir başkası için istemiş olmasının bir önemi yoktur. Ceza hukuku bakımından hareketi, belirli bir amaca yönelmiş iradi insan davranışı olarak tanımlayan Welzel'e göre; fail belli bir amaca yönelik olarak yapılan hareketler üzerinde egemenliği bulunun kişidir³⁴⁷.

Fiile hakimiyet teorisinin bir diğer temsilcisi Maurach da ceza hukuku bakımından hareketi, belirli bir amaca yönelmiş iradi insan davranışı olarak kabul etmiş ve fail şerik ayrımını buna uygun olarak yapmıştır³⁴⁸. Maurach'a göre fail; fiilin gerçekleşmesine hükmeden, fiilin nasıl gerçekleşeceğine egemen olan kişidir. Şerik ise katıldığı fiil üzerinde hakim değildir³⁴⁹. Bununla birlikte Welzel fiil üzerinde hakimiyetin belirlenmesinde hem sübjektif hem objektif ölçütleri esas alırken, Maurach daha çok objektif ölçütleri belirleyici olarak kabul etmektedir. Buna bağlı olarak somut olaylarda fail-dolaylı fail ayrımı bakımından farklı sonuçlara varmaktadır. Bu nedenle her ne kadar teorik olarak Welzel ile benzer olsa da Maurach'ın fail-şerik ayrımı konusunda bağımsız bir teorisinin var olduğunun kabulü gerekir³⁵⁰.

³⁴⁵ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.68.

³⁴⁶ **Welzel, Hans**, Das Deutsche Strafrecht, 1969, s.90.

³⁴⁷ **Welzel**, Das Deutsche Strafrecht, s.92.

³⁴⁸ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.69.

³⁴⁹ **Maurach, Reinhart**, Deutsche Strafrecht Band I, Stuttgart 1958, s.492.

³⁵⁰ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.71.

Welzel ve Maurach fiile hâkimiyet teorisinin temelini sübjektif teorilerden kast teorisi üzerine kurmuşlardır. Gallas ise düşüncelerini biçimsel objektif teori temelinde şekillendirmiştir³⁵¹. Welzel ve Maurach ayrımı ağırlıklı olarak sübjektif ölçütleri esas alarak belirlerken, Gallas objektif bir değerlendirme yapmaktadır. Teorisini dört ana sütun üzerine inşa etmiştir. Bunlar; fail-şerik ayrımında etkili olan biçimsel objektif teori, final (gai) hareket teorisi, nedensellik ilişkisi ve fiile normatif hakimiyet kavramıdır³⁵². Gallas, biçimsel objektif teorisinin faillik-şeriklik ayrımında suç tipindeki unsurların kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesini esas almasını ve tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını kendi davranışları ile kısmen veya tamamen gerçekleştiren kişiyi fail, tipikliğin unsurları dışında kalan davranışları gerçekleştiren kişiyi ise şerik olarak nitelendirmesini desteklemiştir³⁵³. Faili dar anlamda tanımlayan yazar, neticenin oluşumuna neden olan her hareketi gerçekleştiren fail olarak kabul edilmeyeceğini, yalnızca tipe uygun hareketi gerçekleştiren kişiyi fail olarak sorumlu tutmanın mümkün olduğunu ifade etmiştir. Tipe uygun hareketin tespiti noktasında ise hareketi Welzel'in final hareket teorisine göre tanımlamıştır. Tüm bunları kapsayıcı olarak ise failin fiil üzerinde egemen olması şartı üzerinde durmuş ve bu egemenliği normatif açıdan izah etmiştir³⁵⁴.

Hakimiyet teorisinin bugünkü şekli Roxin³⁵⁵'in çalışmaları ile oluşmuştur. Roxin'e göre fail; iştirak halinde işlenen bir suçta hâkim hareketi yapan, suç sürecini kendi özgün iradesi ile yöneten ve bu süreci durdurabilme erkine sahip olan kişidir. Bu kişinin aynı zamanda kanundaki hareketi gerçekleştirecek sübjektif iradeye de sahip olması gerekmektedir. Suçu gerçekleştirme erkini elinde bulundurmaksızın suça katılan kimseler ise şerik olarak tanımlanmaktadır. Şerik olarak suça katılım hareketi, kanundaki tipik hareket dışındaki hareketlerdir³⁵⁶.

Hâkimiyet teorisi de kendi içerisinde alt dallara ayrılmaktadır. Bunları, hareket üzerinde hâkimiyet (*Handlungsherrschaft*), irade üzerinde hâkimiyet

³⁵¹ **Gallas, Wilhelm**, Beiträge zur Verbrechenslehre, Heidelberg 1968, s.98.

³⁵² **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.71.

³⁵³ **Gallas**, Beiträge zur Verbrechenslehre, s.96.

³⁵⁴ **Gallas**, Beiträge zur Verbrechenslehre, s.100.

³⁵⁵ Roxin teorisi üzerindeki en önemli eseri "Täterschaft und Tatherrschaft" adlı doçentlik çalışmasıdır.

³⁵⁶ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.19.

(*Willensherrschaft*) ve fonksiyonel hâkimiyet (*funktionelle Tatherrschaft*) olarak sıralamak mümkündür. Hareket üzerinde hâkimiyet teorisine göre fail, kendi hareketiyle kanunda tanımlanmış tipik neticenin gerçekleşmesine yol açan kimsedir. Haksızlık teşkil eden hareketi, kasten, cebir veya tehdit altında olmadan bizzat gerçekleştiren kişi, söz konusu harekete egemendir ve fail olarak sorumlu tutulur³⁵⁷. Öte yandan, irade üzerinde hâkimiyet teorisinde; kendisi fail olmak kastıyla bir başkasını suçta araç olarak kullanan ve onun tipik hareketi gerçekleştirmesini sağlayan kişi, araç olan kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmuştur ve bu hâkimiyet nedeniyle fail olarak sorumlu tutulur. Haksızlık teşkil eden fiili bizzat gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde cebir ve tehdit yoluyla egemenlik kuran, fiili doğrudan gerçekleştiren kişiyi hataya düşüren, iradeye hakimiyet teorisine göre, fail olarak nitelendirilecektir. Roxin organize suç örgütlerinde örgüt gücünü elinde bulunduran kişiyi de iradeye hâkimiyet kapsamında fail olarak tanımlamıştır³⁵⁸. Fiil üzerinde bir kişinin değil, birden fazla kişinin beraber hakimiyet kurması durumunu ise Roxin, fonksiyonel hâkimiyet teorisiyle açıklamıştır. Fonksiyonel hâkimiyet teorisinde fail suçu başka birisi ya da birileriyle beraber işlemektedir. Burada kişiyi fail olarak niteleyebilmek için önemli olan, kişinin hareketinin işlevsel bir anlam taşımasıdır. Kişinin hareketi olmaksızın suç planının başarıya ulaşmasının söz konusu olmadığı durumlarda harekete fonksiyonel olarak hakim olduğu kabul edilir ve fail olarak sorumlu tutulur³⁵⁹.

Hareket üzerinde hâkimiyet teorisi, tek başına failliği; irade üzerinde hâkimiyet teorisi, dolaylı failliği; fonksiyonel hâkimiyet teorisi ise müşterek failliği açıklamak için kullanılmaktadır³⁶⁰. Bu üç teoriden herhangi birine göre fiil üzerinde hâkimiyet kurmamış olan kişi ise şerik olarak sorumlu tutulacaktır.

³⁵⁷ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.127vd.

³⁵⁸ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.242; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.46.

³⁵⁹ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.275.

³⁶⁰ **Gropp**, s.358

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: BAĞLILIK KURALI

Bağlılık kuralı, suça iştirakte sorumluluğun sahiplerini ve kapsamını belirlerken faillik ile şerikliği birbirinden ayıran ikilik sisteminde, suçun işlenmesine katkı sağlayan ancak katkısı suçun kanundaki tarifine uymayan suç ortaklarının fiilden sorumlu tutulmalarını sağlamaktadır³⁶¹. Bu işlev ise ancak faillik kavramına verilen anlamın dar tutulmasıyla ortaya çıkar.

Suçta katılanlar arasında bir fark bulunmadığını, dolayısıyla sorumluluklarının kapsamı bakımından da bir ayırım yapılamayacağını ifade eden geniş fail (*Extensive Täterbegriff*) anlayışına göre; korunan hukuki değere yönelik her saldırı, suç tipinin ihlali anlamına gelir ve buna bağlı olarak da ihlali gerçekleştirenin sorumluluğunu gerektirir³⁶². Geniş fail anlayışı bağlamında kişiyi sorumlu tutmak için hukuki değer ihlaline katkı yeterli olduğundan, iştirak hükümlerine ve dolayısıyla bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde, geniş fail anlayışının bir uzantısı olarak kabul edebileceğimiz teklik sistemine göre suç bir bütün olarak kabul edilmekte ve suça katılan herkes katkısının ağırlığına bakılmaksızın fail olarak nitelendirilmektedir. Teklik sistemi açısından suç onu meydana getiren tüm hareketlerle beraber bir bütündür ve parçalanamaz³⁶³. Suça birden çok katılan olması ya da birden çok doğal hareketin bulunması ortada tek bir suç olduğu gerçeğini değiştirmez. Buna göre birden fazla kişinin farklı davranışlarla ve fakat aynı iradeyle bir suçu gerçekleştirmeleri halinde tek bir suç söz konusudur ve kişiler bu suçtan sorumludur. Tek bir suçun varlığı halinde ise faillerin sorumlulukları arasında ayırım yapılamaz ve bu sorumluluklar derecelendirilemez. Sorumluluğun belirlenmesi aşamasında suça katılanlar arasında ayırım yapılmamasının tabii sonucu olarak da teklik sisteminde bağlılık kuralının uygulanmasını gerektirecek bir durum oluşmaz.

Öte yandan dar fail anlayışını savunanlar, fail tanımının geniş anlamda ele alınması halinde cezalandırma alanının ölçüsüz biçimde genişleyeceği gerekçesiyle ve kanunilik ilkesinin de bir gereği olarak, bu tanımın sınırlandırılması gerektiğini

³⁶¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.593; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446; Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.510.

³⁶² Mezger, s.414; Zimmerl, “Grundsätzliches zur Teilnahmelehre”, s.44.

³⁶³ Heimberger, s.538.

söylemişlerdir³⁶⁴. Bu doğrultuda suçun işlenmesine katkı sağlayan ancak katkıları fail olarak sorumlu tutulamayacak düzeyde olanların cezalandırılmaları için bir düzenleme ihtiyacı doğmuştur. Ancak bu kapsamdaki şeriklerin sorumlulukları, kendi meydana getirdikleri haksızlıktan dolayı mı yoksa kanuni tanımda yer alan hareketin meydana getirdiği haksızlıktan dolayı mı cezalandırılacaklarının tespitine göre belirlenecektir. Şeriklerin doğrudan bir haksızlık gerçekleştirdiklerinin kabulü halinde, yine bağıllık kuralına ihtiyaç duyulmadan, her bir şerik kendi meydana getirdiği haksızlık nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Ancak fail sıfatı taşımayan suça katılanın, kanuni hareketi gerçekleştirenin yarattığı haksızlığa katıldığı kabulü halinde³⁶⁵; suça katılan bu haksızlığa nedensel olarak katkı sağladığı için sorumlu tutulacaktır. İşte bu son durumda şerikin sorumluluğunu belirlemek için bağıllık kuralına ihtiyaç duyulmaktadır. Gerçekten, şerik gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla doğrudan temas halinde değildir ve şeriklerin gerçekleşen kanuni tarife uygun fiilden dolayı sorumlu tutulabilmeleri ancak bağıllık kuralı ile mümkün hale gelmektedir³⁶⁶. Bu nedenle bağıllık kuralına ilişkin hükümler, sorumluluğu genişleten hükümler olarak kabul edilmektedirler. Bağıllık kuralına göre şerikin sorumluluğu, icra edilen asıl fiil çerçevesinde belirlenir ve şerikin haksızlığı, failin meydana getirdiği haksızlıkla sınırlanır³⁶⁷.

Ş1. BAĞLILIK KURALI ŞEKİLLERİ

Bağıllık kuralı öğretilerde özelliklerine göre niteliksel/iç bağıllık (*qualitative/innere Akzessorietät*) ve niceliksel/dış bağıllık (*quantitativen/äußeren Akzessorietät*) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir³⁶⁸. Niteliksel bağıllık kuralında sorun, şerikin sorumlu tutulabilmesi için asıl fiilin hangi hukuki özelliklere sahip olması gerektiğidir. Bu minvalde fiilin kasıtlı yahut hukuka aykırı olup olmadığı ve bazı hukuk sistemlerinde buna ilave olarak failin kusurlu olup olmadığı ve hatta kimi yazarlara göre cezalandırılabilirliğin diğer şartlarının bulunup bulunmadığı değerlendirilir. Buna karşın niceliksel bağıllıkta önem arz eden husus, asıl fiilin

³⁶⁴ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.6.

³⁶⁵ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.138.

³⁶⁶ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.511; **Bloy**, s.191.

³⁶⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.138.

³⁶⁸ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.128.

gerçekleşip gerçekleşmediği yahut hangi miktarda gerçekleştiği, yani, fiilin maddi özellikleridir. Şöyle ki, bağlılığın niceliksel şartına göre, şerikin sorumlu tutulabilmesi için asıl fiilin tamamlanması veya en azından fiilin teşebbüs aşamasına gelmesi gerekmektedir³⁶⁹.

Bağlılık kuralı, Max Ernst Mayer tarafından, kanuni tanımda yer alan fiilin hangi niteliklerine göre şerikin sorumlu tutulacağını belirleyen niteliksel bağlılık şartı farklılıklarına göre dört türe ayrılmıştır³⁷⁰. Bu dört bağlılık kuralı şekli, sorumluluğu failin fiiline bağlı olarak belirlenen şerikin, asıl fiilin hangi şartlarının sağlanması halinde cezalandırılabilmesine ilişkin farklılıklar içerir. Buna göre, şerikin sorumlu tutulabilmesi için suçun kanuni tanımına uygun fiilin varlığını yeterli kabul eden bağlılık kuralı biçimine “asgari bağlılık kuralı” (*minimale Akzessorietät*) adı verilirken; kanuni tanımına uygun fiilin varlığını yetersiz bularak ayrıca fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesini şart koşan bağlılık kuralına “sınırlı bağlılık kuralı” (*limitierter Akzessorietät*) adı verilmektedir. Sınırlı bağlılık kuralını eksik kabul eden “aşırı bağlılık kuralı” (*extreme Akzessorietät*) ise şerikliğin cezalandırılabilirliğinin, fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu bir fiilin varlığına bağlı olduğunu ifade eder. Ve nihayet “katı bağlılık kuralı” (*Hyperakzessorietät*), fail tarafından gerçekleştirilen kasıtlı, haksız ve kusurlu fiilin dışında, cezayı ortadan kaldıran, artıran veya azaltan şartların yokluğunu da arar³⁷¹.

Çalışmanın devamında Mayer’in dörtlü ayrımı dışında uygulamada hiç görülmeyen katı bağlılık kuralı üzerinde durulmayacak; Alman, Avusturyalı ve İsviçreli ceza hukukçuları tarafından oluşturulan Alternatif Taslak’ta (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*) yer verilen asgari bağlılık kuralı ve 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu’nda (*Das Reichsstrafgesetzbuch*) karşımıza çıkan aşırı bağlılık kuralı ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Son olarak, güncel Alman Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza

³⁶⁹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.620; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449.

³⁷⁰ Mayer, s.390.

³⁷¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.619; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.447; Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, s.180; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.138.

Kanunu'nda yer alan sınırlı bağıllık kuralı uygulamadan örneklerle ayrıntılı olarak incelenecektir.

I. Asgari Bağıllık Kuralı (*minimale Akzessorietät*)

Atipik hareketlerle bir suçun işlenmesine katılan kişinin fail tarafından gerçekleştirilen tipik fiile bağılı olarak cezalandırılması için, kanuni tanıma uygun fiilin varlığını yeterli kabul eden bağıllık kuralı şekline asgari bağıllık kuralı adı verilmektedir. Şerikleri failin fiiline asgari bağıllık kuralına göre bağlayan örnek bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte Alman, Avusturyalı ve İsviçreli ceza hukukçularından oluşan çalışma grubu tarafından kaleme alınmış olan ceza kanununun genel hükümlerine ilişkin alternatif taslakta asgari bağıllık kuralına yakın bir bağıllığın benimsendiği gözlenmektedir.

Arbeitskreis deutscher österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, katılımcıları yıllar içerisinde değişen Alman, Avusturyalı ve İsviçreli ceza hukukçuları tarafından oluşturulmuş, ceza kanunlarının iyileştirilmesi için öneriler sunan yaklaşık 50 yıllık bir çalışma grubudur. Başlangıçta 12 Alman ve 2 İsviçreli ceza hukukçusundan³⁷² oluşan çalışma grubunun ilk taslağı, ceza hukuku reformu döneminde hükümet tarafından hazırlanan tasarıya alternatif olarak önerilen, genel hükümlere ilişkin 1966 tarihli taslaktır³⁷³. Taslağın ilk 11 maddesinde temel prensiplere, kanunun yer ve zaman yönünden uygulama alanlarına ve tanımlara yer verilmektedir. Fiil (*Die Straftat*) başlıklı ikinci kısmın faillik ve şeriklik (*Täterschaft und Teilnahme*) başlıklı 3. bölümünde ise faillik, azmettirme ve yardım etme tanımlanmıştır. 27. maddenin³⁷⁴ ilk cümlesinde fail tanımı yapılmış ve fiili tek başına veya bir başkası aracılığıyla gerçekleştirenin fail olacağı belirtilmiştir. Doğrudan ve dolaylı failliğin böylece açıklanmasından sonra, ikinci cümlede müşterek failliğin tanımına yer verilmiştir. Devamındaki 28.

³⁷² Jürgen Baumann (Tübingen), Werner Maihofer (Saarbrücken), Anne-Eva Brauneck (Gießen), Peter Noll (Mainz), Ernst-Walter Hanack (Heidelberg), Claus Roxin (Göttingen), Arthur Kaufmann (Saarbrücken), Rudolf Schmitt (Freiburg), Ulrich Klug (Köln), Hans Schultz (Bern), Ernst-Joachim Lampe (Mainz), Günter Stratenwerth (Basel), Theodor Lenckner (Münster), Walter Stree (Münster)

³⁷³ <http://www.alternativentwurf.de/pages/startseite/geschichte.php> (Erişim Tarihi: 14.03.2014)

³⁷⁴ **StGB § 27 Täterschaft:**

(1) *Als Täter wird bestraft, wer die Tat selbst oder durch einen anderen begeht.*

(2) *Begehen mehrere die Tat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).*

maddede³⁷⁵, kasten bir başkasının fiili gerçekleştirmesini sağlayan kişi azmettiren olarak tanımlanmış ve faille eşit şekilde cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Maddenin ikinci cümlesinde ise azmettirenin cezasında indirim yapılabileceği belirtilmiş ve takdir hakkı hâkime bırakılmıştır. Bunların yanında taslağın 29. maddesinde³⁷⁶ bir diğer şeriklik hali olan yardım etmeye yer verilmiş ve azmettirmede olduğu gibi burada da kasten başkasının fiiline yardım eden kişinin cezalandırılacağına hükmedilmiş ancak azmettirmeden farklı olarak yardım etmede cezada yapılacak indirim emredici hüküm olarak düzenlenmiş ve bu hususta hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Görüleceği üzere, her iki şeriklik tanımında da esas fiilin herhangi bir özelliğe sahip olması aranmamış, düzenleme şeriklik için kanuni tanımda yer alan fiile katılmayı yeterli saymıştır.

Şu halde tartışılması gereken hususlar; esas fiilin hukuka aykırılık unsuru yönünden eksik olması, failin fiilin gerçekleşmesinde kasten hareket etmemiş olması, failin esas fiil nedeniyle kınanamaması veya failin cezalandırılabilirlik şartını sağlamaması ihtimalleridir. Hukuka aykırılığın, kusurun ve cezalandırılabilirlik şartının eksik olması halinde fail cezalandırılmayacaktır. Kastın olmaması durumunda ise ancak fiile yönelik taksiri var ise ve fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmişse cezalandırılacaktır. Asgari bağlılık kuralını uygulamamız halinde failin cezalandırılmadığı bu durumlarda şayet asıl fiile kasten katılmışlar ise şeriklerin sorumlu tutulması gerekecektir. Zira şerik olarak sorumlu olmak için gerekli olan, asıl fiile yardım etme veya asıl fiili azmettirme hareketini kasten gerçekleştirmektir.

II. Aşırı Bağlılık Kuralı (*extreme Akzessorietät*)

1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda (*RStGB*) o dönemin ceza hukuku ve kriminoloji öğretisine uygun olarak, kusurlu olmayan bir hareketin ceza kanunu açısından önem arz etmeyeceğinden hareketle, kusurun olmadığı hallerde

³⁷⁵ *StGB § 28 Anstiftung:*

(1) *Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen Tat bestimmt.*

(2) *Die Strafe kann nach § 61 Abs.1 gemildert werden.*

³⁷⁶ *StGB § 29 Beihilfe:*

(1) *Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich ei cm anderen zu dessen Tat Hilfe leistet.*

(2) *Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 61 Abs.1 zu mildern.*

cezalandırılabilir bir fiilin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle de şerikliğin cezalandırılabilirliğinin, fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu bir fiilin varlığına bağlı olduğu aşırı bağlılık kuralı benimsenmiştir.

Anılan kanunun 47. ve 50. maddeleri arasında düzenlenen iştirake ilişkin hükümlerde ilk olarak dikkatimizi çeken, müşterek failliğin de iştirak bölümü altında ele alınmış olmasıdır³⁷⁷. İştirak başlıklı üçüncü bölümün ilk maddesi olan 47. maddede³⁷⁸, birden çok kişinin cezalandırılabilir fiili beraber gerçekleştirmesi halinde fail olarak cezalandırılacakları hükmüne yer verilmiştir. Devamındaki 48. maddede ise azmettiren tanımlanmış ve müşterek failde olduğu gibi burada da cezalandırılabilir fiile kasten azmettirmeden söz edilmiştir³⁷⁹. Kanunda geçen cezalandırılabilir fiilin (*strafbare Handlung*) hangi özelliklere sahip olması gerektiğinin, dolayısıyla düzenlemede hangi bağlılık kuralı şekline yer verildiğinin belirsiz olduğu iddia edilebilir. Keza, cezalandırılabilir fiilin, fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu fiilin dışında, cezayı ortadan kaldıran, artıran ve azaltan şartların varlığını da kapsadığı düşünülebilir. Bu durumda 1871 tarihli kanunun katı bağlılık kuralını (*Hyperakzessorietät*) benimsediğini kabul etmek gerekecektir. Ancak kanunun 51. maddesi ve devamında yer alan kusura ilişkin maddelerden cezalandırılabilir fiilin (*strafbare Handlung*) haksızlığı ve kusuru kapsadığı sonucu çıkarılmaktadır. Bu sonuca paralel olarak da öğretide hâkim görüş, 1871 tarihli kanunun aşırı bağlılık kuralını benimsediği yönündedir³⁸⁰.

Kanuna göre haksızlığı gerçekleştiren kişinin fiili gerçekleştirme anında kusurunun bulunmaması halinde cezalandırılabilir fiilden bahsedilemeyecek ve buna

³⁷⁷ Güncel alman ceza kanununda ilk yürürlüğe girdiği şekli olan 1871 tarihli kanundan farklı olarak müşterek faillik, fail ile aynı madde içerisinde tanımlanmakta ve bölüm başlığı faillik ve iştirak adını taşımaktadır.

³⁷⁸ **RSiGB §. 47:** *Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.*

³⁷⁹ **RSiGB §. 48:** *Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.*

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

³⁸⁰ **von Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1932, s.321; **Mayer,** s.391.

bağlı olarak da iştirak söz konusu olmayacaktır. Örneğin kanunun 52. maddesinde³⁸¹ düzenlenen, kişinin fiili kendisinin veya bir başkasının vücuduna veya hayatına yönelik, cebir, şiddet veya tehdidin etkisi altında gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılabilir fiilden söz edilemeyecek ve aşırı bağlılık kuralı gereği şerikler cezalandırılmayacaktır. Aynı durum kanunda düzenlenmiş kusura etki eden tüm sebepler açısından geçerlidir. Buna göre failin kusurunun olmaması halinde suça katılanların cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır. Bir başka deyişle, kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş fiile kasten katılan kişinin sorumluluğu, failin subjektif bir değerlendirmeye dayanan kusuruna göre belirlenecektir. Önemle ifade edelim ki modern ceza hukukunda haksızlık ve kusur kesin bir biçimde ayrılmıştır³⁸² ve haksızlığa ilişkin değerlendirme objektif ölçülerle yapılırken kınama yargısı olarak adlandırdığımız kusur değerlendirmesi subjektif ölçülere dayanmaktadır. Bu nedenle, şeriklerin sorumluluğunun faile ilişkin subjektif bir değerlendirme sonucu belirlenmesi öğretilerde tartışmalara neden olmuş³⁸³ ve somut olaylar açısından sıkıntılar doğurmuştur.

1943 yılında Almanya'da aşırı bağlılık kuralının uygulanması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar dikkate alınarak, değişik yapıma kararı alınmıştır. Avusturya ceza kanununda uygulanan eşitlik sistemi üzerinde uzun süre durulmasına rağmen ikilik sistemine devam etme yönünde karar alınmış ancak ikilik sisteminin uygulanmasında sınırlı bağlılık kuralı benimsenmiştir³⁸⁴.

Kusurun şahsi (kişisel) isnadiyet³⁸⁵ olduğunun kabul edildiği modern ceza hukukunda failin kusuruna göre suça katılanların sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz.

³⁸¹ **RSStGB §. 52: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist.**

Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Schwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte.

³⁸² **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.447; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.292

³⁸³ Aşırı bağlılık kuralına ilişkin tartışmaların ayrıntıları için: **Zillmer, Wolfgang**, Kritik der Einwände gegen die extreme Akzessorietät der Teilnahme, Frankfurt: 1952.

³⁸⁴ **Wessels, Johannes - Beulke, Werner**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2012, s.191.

³⁸⁵ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.292.

III. Sınırlı Bağlılık Kuralı (*limitierter Akzessorietät*)

Sınırlı bağlılık kuralına göre; suça katılmakla birlikte fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan ve dolayısıyla fail olarak cezalandırılmayan şerikler, haksızlık teşkil eden esas fiile bağlı olarak cezalandırılırlar. Esas fiilin haksızlık teşkil etmesi için ise kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması yeterlidir. Buna ek olarak fiili gerçekleştirenin kusurlu olmasına gerek yoktur³⁸⁶. Bu nedenle, suça katılan her kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır³⁸⁷. Kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran nedenler kimi etkiliyorsa bundan o yararlanacak, suça katılan diğer kişiler etkilenmeyecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli kabul edilerek sınırlı bağlılık kuralı benimsenmiştir³⁸⁸. 40. maddenin birinci fıkrasında yer alan *"Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır."* ifadesi de kanun koyucunun iştirak hükümlerinin uygulanması için esas fiili gerçekleştirenin kusuru olmasını aramadığını göstermektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bağlılık kuralına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı ancak Yargıtay, failin kusurlu olmadığı durumlarda iştirak kurallarını uygulamaktaydı. 1945 tarihli bir ceza genel kurulu kararında³⁸⁹ kusur yeteneği bulunmayan küçüğü elbise alma vaadiyle kandırarak annesinin cüzdanından para çalmaya teşvik eden kişi, hırsızlığa azmettirme suçundan sorumlu tutulmuştur. Karar, mahkemenin failin kusurlu olmadığı durumda da fiile iştirakin mümkün olduğunu kabul etmesi yönünden önem arz etmektedir. Ancak karara konu olayda kişinin azmettiren olarak mı yoksa dolaylı fail olarak mı sorumlu tutulması gerektiği öğretide tartışmalıdır.

³⁸⁶ **Otacı, Cengiz** "Türk Ceza Hukukunda İştirak", İstanbul Barosu Dergisi Ceza Hukuku Özel Sayı, İstanbul 2007, s.82.

³⁸⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.234.

³⁸⁸ *"Böylece 765 sayılı Yasada asli manevi fail sayılan azmettiren, 5237 sayılı Yasada fail olarak kabul edilmeyip, şerikler arasında sayılmıştır. Bir suçun işlenmesinde asıl sorumluluk faillere aittir, şerikler ise 40. maddede yer alan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulabilmektedirler."* YCGK T. 20.1.2009, E. 2008/1-232, K. 2009/2 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

³⁸⁹ YCGK 19.02.1945 81/72: **Önder**, s.449.

Sınırlı bağıllık kuralı gereğince failin kusurlu olmadığı durumlarda da fiile iştirakin mümkün olması ve bu halin dolaylı failiğin kusur yeteneğinin yokluğundan faydalanılarak gerçekleştirilmesi durumuna yakınlığı nedeniyle uygulamada azmettiren ve dolaylı fail ayırımında zorluk yaşanmaktadır.

Failin kusurunun yokluğu halinde kişinin kural olarak şerik olarak sorumlu tutulacağını savunan Bockelmann, ancak asıl hareketi gerçekleştirenin fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmadığını ispatı halinde³⁹⁰ teşvik edenin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini aksi halde azmettiren olarak sorumlu olacağını belirtmiştir. Bu görüşe paralel şekilde Alman Yüksek Mahkemesi, 13 yaşındaki yeğenini yangın çıkartmak için ikna ve teşvik eden kişiyi, 13 yaşındaki çocuğun kendi başına karar verme yeteneğinin bulunduğu gerekçesiyle, azmettiren olarak sorumlu tutmuştur³⁹¹. Aynı şekilde Jescheck de kendi başına karar verme yetisine sahip küçük örneğinde ikna ve teşvik eden kişinin dolaylı fail olarak değil azmettiren olarak cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir³⁹².

Fiili gerçekleştirenin kusurunun yokluğu halinde kişiyi fiili işlemeye sevk edenin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasının daha doğru olduğunu savunan Roxin ise, öncelikle kişinin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiğini anlayabilme yeteneğine bakılması gerektiğini öne sürmüştür³⁹³. Fiili gerçekleştirenin fiilin haksızlık teşkil ettiğini anlama yeteneğine sahip olmaması halinde Roxin'in çözümü, Bockelmann'la aynıdır. Yani kusursuz kişiyi fiili gerçekleştirmeye sevk eden dolaylı fail olacaktır. Roxin, fiili gerçekleştirenin, fiilin haksızlık teşkil ettiğini anlama yeteneğine sahip olması halinde ise ikinci bir denetim yaparak diğerlerinden ayrılmaktadır. Şöyle ki yazar, kişinin gerçekleştirdiği fiilin anlamını idrak etmekle beraber, fiili gerçekleştirmekten kendini alıkoyacak iradeye (*Hemmungsfähigkeit*) sahip olmaması durumunda fiili işlemeye sevk edenin yine dolaylı fail olarak sorumlu tutulması

³⁹⁰ **Bockelmann, Paul - Volk, Klaus**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Münich 1987, s.181; aynı yönde görüş: **Jakobs**, s.768.

³⁹¹ RGSt 61, 265, **Welzel**, Das Deutsche Strafrecht, s.103.

³⁹² **Jescheck, Hans Henrich**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin:1988, s.605.

³⁹³ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.234; aynı yönde görüş: **Herzberg, Dietrich**, Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, Münih 1977, s.30.

gerektiğini söylemektedir. Zira bu durumda fiili işlemeye sevk edenin iradeye hâkimiyeti söz konusudur ve bu hâkimiyet, onu fail-şerik ayrımında fail yapar³⁹⁴.

Öte yandan Koca, sınırlı bağıllık kuralı gereğince failin kusurlu olmadığı durumlarda da fiile iştirakin mümkün olması ve bu durumun dolaylı failliğin kusur yeteneğinin yokluğundan faydalanılarak gerçekleştirilmesi durumuna yakınlığı nedeniyle uygulamada azmettiren ve dolaylı fail ayrımında ortaya çıkan sorunların genel ilkelere göre çözümlenmesi gerektiğini belirtmekte ve sorunun çözümünde kişiyi suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye sevk edenin kastını esas almaktadır. Buna göre hareketi gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin olmadığını bilen kişi dolaylı fail, bilmeyen ise bağıllık kuralına göre azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır³⁹⁵.

Kusurluluk gibi objektif cezalandırılabilme şartları, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler de sınırlı bağıllık kuralına göre şeriklerin sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemsizdir³⁹⁶. Haksızlık unsurunun dışında kalan ve suçun nitelikli hallerini teşkil etmeyen durumlar sadece bunları şahsında bulunduran kişi açısından hukuki sonuç doğuracak, suça katılan diğer kişileri etkilemeyecektir.

Şeriklerin sorumluluğunun belirlenmesi için sınırlı bağıllık kuralının niceliksel ve niteliksel şartlarının sağlanmış olması gerekmektedir³⁹⁷. Niceliksel bağıllık kuralı failin fiilinin icra hareketlerine başlanmış olmasını yani fiilin en azından teşebbüs aşamasına gelmiş olmasını aramaktadır. Niteliksel bağıllık kuralı ise failin fiili kasten gerçekleştirmesini ve fiilin hukuka aykırı olmasını gerektirir.

³⁹⁴ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.239.

³⁹⁵ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.440.

³⁹⁶ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.448; **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.620; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, s.1036.

³⁹⁷ “5237 sayılı TCY'nin 40. maddesine göre şerikin cezai sorumluluğu açısından gerekli ve yeterli olan koşul, failin esas fiili kasten gerçekleştirmesi ve bu fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Şerikin yasal tanımdaki haksızlıkla ilişkisi doğrudan değil, fail aracılığıyla olmaktadır. Eylemi yasal tanımdaki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte bulunmayan şerik, faille arasında bulunan doğrudan kişisel bağlantısı nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.” 4.CD. T. 18.2.2009 E. 2009/13, K. 2009/2729 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

A. Niceliksel Bağlılık (*quantitative/äußere Akzessorietät*)

Sınırlı bağlılık kuralına göre şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için kanuni tanıtımda yer olan tipik hareketin tüm unsurları gerçekleşmiş olmalıdır. Bir başka ifadeyle, failin davranışı ceza hukuku anlamında tipik olmalıdır. Aksi takdirde ne asıl hareketi gerçekleştirenin failliği, ne de harekete katkı sağlayanların şerikliği söz konusu olmayacaktır.

Sorumluluk için haksızlığın tüm unsurlarını barındıran tipik fiilin varlığı şart olmasına karşın, fiilin tamamlanmış olması şart değildir. Öğretide sınırlı bağlılık kuralının niceliksel şartı olarak incelenen kurala göre, şerikler tamamlanmış fiillerin yanı sıra teşebbüs aşamasında kalmış fiillerden de sorumlu tutulur. Mayer'in dörtlü ayırımında yer alan tüm bağlılık kuralı şekilleri niceliksel açıdan aynı şartı, yani sorumluluk için en azından tipik fiilin icrasına başlanmış olmasını aramaktadır.

Ne var ki bağlılık kuralının tarihi gelişimine göz atıldığında niceliksel olarak her zaman icraya başlama şartının aranmadığı görülür. Söz gelimi Roma hukukunda şeriklerin sorumluluğu suçun tamamlanmasına bağlanmış; suçun tamamlanamaması halinde iştirakçilerin tümünün bu durumdan yararlanması ve cezalandırılmaması öngörülmüştür. Domitius Ulpianus'un metinlerinden iştirakin ancak tamamlanmış suçlar söz konusu olduğunda cezalandırılabilirdiği sonucuna ulaşılmaktadır³⁹⁸. Metne göre esas fiilin tamamlanması herhangi bir sebeple engellenirse suçun oluşmamasından tüm katılanlar yararlanır³⁹⁹. Roma hukukunda uygulanan bu niceliksel bağlılık; azmettirme ve yardım etme fiillerinde bulunanların cezalandırılmasını asıl fiili gerçekleştirecek olanın becerilerine ve şansa bağladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Modern ceza hukukunda uygulanan haliyle niceliksel bağlılık, yani şeriklerin sorumlu tutulmaları için asıl fiilin en azından icra hareketlerine başlanmış olması şartı ise XIX. yüzyılda karşımıza çıkmaktadır⁴⁰⁰. Bu dönemden itibaren bağlılık kuralının niceliksel şartı açısından öğretilerde tartışma yaşanmamış, sorumluluk için en azından fiilin icrasına

³⁹⁸ Bock, s.165 vd.

³⁹⁹ Langenbeck, s.75.

⁴⁰⁰ Schlutter, s.39 vd.

başlanmış olması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu nedenle bağıllık kuralı şekilleri arasındaki farklılık, niteliksel şartla ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır.

Bağıllık kuralı şekillerinden sınırlı bağıllık kuralını benimseyen Türk ceza hukukunda da suça iştirakten bahsedebilmek için suçun unsurlarının varlığı aranmakta ancak fiilin tamamlanmış olması şartı aranmamaktadır⁴⁰¹. Fiilin teşebbüs aşamasına gelmiş olması yeterlidir. Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, "suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir." ifadesine yer verilerek bu durum vurgulanmıştır.

Bağıllık kuralının nicelik şartına ilişkin yapılan eleştiri; şerikin suça asıl fiilin icra hareketlerine başlamadan önce katıldığı failin icra hareketine hiç başlamadığı hallerde şerikin sorumluluk dışı kalması durumudur. Özellikle azmettiren açısından sıklıkla karşımıza çıkan bu durumda, şerikin cezalandırılması tamamıyla failin kararına bırakılmaktadır.

Esasen icra hareketleri başlamadan önce de suç teşkil eden fiile katılmak mümkündür. Hatta özellikle azmettirme icra hareketlerine başlamadan söz konusu olmaktadır. Ancak bağıllık kuralının bir şartı olarak suça katılanların sorumluluğu ancak asıl fiilin icra hareketlerine başlamasıyla ortaya çıkacaktır. Buna göre azmettiren haksızlık iradesini ortaya koymakta, ancak asıl fiilin icra hareketleri başlamadığından cezalandırılması mümkün olmamaktadır. Başka bir ifadeyle azmettirenin tüm çabalarına rağmen azmettirilen kişi fiili gerçekleştirmezse, suç oluşmadığı için azmettirenin sorumluluğuna gidilemeyecek; azmettiren haksızlık iradesini ortaya koymasına rağmen cezalandırılmayacaktır. Bu boşluğun doldurulması için Türk Ceza Kanunu'nda çeşitli suç tiplerinde özel düzenlemelere gidilerek kimi suç tipleri bakımından sorun çözülmeye çalışılmış⁴⁰², ancak genel hükümlerde bu hususa ilişkin düzenleme

⁴⁰¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.620; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449.

⁴⁰² **TCK Madde 214 Suç işlemeye tahrik:**

(1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, onbeş yıldan yirmidört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.

TCK Madde 215 Suçu ve suçluyu övme:

yapılmamıştır. Belirtelim ki, İtalyan ve Alman Ceza kanunlarında azmettirilenin asıl fiilin icra hareketlerine başlamaması durumunda dahi suç işleme iradesini ortaya koyan azmettirenin sorumlu tutmak amacıyla kanunun genel kısmına hüküm eklenmiştir. Gerçekten, İtalyan Ceza Kanunu'nda azmettirdiği fiilin icra hareketlerine başlanmamış olsa bile, azmettirmenin sosyal tehlikeliliği göz önüne alınarak azmettiren hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür⁴⁰³.

Almanya, söz konusu boşluğu doldurmak amacıyla suça katılmaya teşebbüsü suç olarak düzenlemiştir. Suça katılmaya teşebbüsün düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin kökü öğretilde *Duchense* maddesi olarak anılan 1872 tarihli Reichsstrafgesetzbuch'un 49a maddesine dayanmaktadır. 49a, seküler Prusya ile Katolik Vatikan arasındaki kültür savaşının hukuki sonuçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁰⁴. 1873 yılında Belçikalı kazancı *Duchense-Poncelet*, Paris başpiskoposu *Monseigneur D'Affre*'ye *Otto von Bismark*'ı 40.000 Fransız Frangı karşılığı öldürmesini öneren 3 adet mektup göndermiş ancak *Monseigneur D'Affre* teklifi reddetmiştir⁴⁰⁵. Bir yıl sonra başka bir suikast sonrası *Duchense*'nin mektuplarının ortaya çıkması Belçika ve Almanya arasında diplomatik skandal yaratmıştır. Yalnızca öldürme teklifini dönemin kanunlarına göre cezalandırmak mümkün olmadığından sırasıyla önce Belçika'da ve daha sonra Almanya'da suça katılmaya teşebbüs suç olarak düzenlenmiştir⁴⁰⁶. Şöyle ki, Alman Ceza Kanunu'nun suça katılmaya teşebbüs (*Versuch der Beteiligung*) başlıklı 30. maddesinde, ortak noktaları icra hareketleri başlamadan önce gerçekleştirilmiş olmak olan 4 farklı harekete yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, bir başkasını suç işlemeye sevk etmek yani azmettirmek ve azmettirmeye

(1) İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

TCK Madde 216 Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşışılama:

(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşışılamanı yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşışılamanı yapan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁰³ Aydın, Ceza Hukukunda Suça İştirak s.172.

⁴⁰⁴ Scholle, Manfred, Die preußische Strafjustiz im Kulturkampf 1873-1880, Marburg 1974, s.24.

⁴⁰⁵ Witte, Ernst Christian, Erörterungen über den § 49a des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich, Breslau 1886, s 13.

⁴⁰⁶ Fieber, Ulrich, Die Verbrechensverabredung § 30 Abs.2,3. Alt.StGB, Frankfurt 2001, s.48.

azmettirmek hareketleri düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye veya bir kişiyi bu fiile azmettirmeye hazır olduğunu açıklama ve bir başkasının önerisini kabul etme veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşma hareketleri yaptırım altına alınmıştır⁴⁰⁷. Bu maddeyle azmettirilenin asıl fiilin icra hareketlerine başlamaması durumunda dahi suç işleme iradesini ortaya koyan azmettirenin sorumlu tutmak mümkün hale gelmektedir.

Ne var ki Türk hukukunda akim kalan azmettirme düzenlenmemiştir. Böylesi bir durumda azmettirilenin sorumlu tutulması ancak bağıllık kuralı vasıtasıyla mümkündür. Bu nedenle cezalandırma için azmettirilen fiilin tamamlanmış olması veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Öğretide asıl fiilin teşebbüs aşamasına dahi gelmediği hallerde, azmettirenin tehlikelilik arz eden hareketi ortaya çıkmasına rağmen cezalandırılmaması eleştirilmekte ve akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasını sağlayacak genel bir düzenleme yapılması önerilmektedir⁴⁰⁸. Koca, azmettirmenin esas fiilden bağımsız olarak başlı başına bir haksız teşkil ettiğini, haksızlığın esas fiile ve dolayısıyla icrasına bağlı olmadığını ifade ederek akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁹. Özgenç ise şeriklik hallerinin haksızlık içeriklerini esas fiilden aldığı vurgulamış ancak azmettirmenin başlı başına bir haksızlık ifade ettiğini belirtmiş ve akim kalmış azmettirmenin belli oranda cezalandırılabilmesi için hâkime takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme yapılmasını önermiştir⁴¹⁰. 5237 sayılı Kanun'un azmettirmeye ilişkin 38. maddesinin gerekçesinde yer alan "...azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir." cümlesiyle kanun koyucu da azmettirmenin başlı başına bir haksızlık olduğunu belirtmiştir.

⁴⁰⁷ **StGB § 30 Versuch der Beteiligung:**

(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs.1 zu mildern. §23 Abs.3 gilt entsprechend.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.

⁴⁰⁸ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.459; **Demirbaş**, s.471; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.504.

⁴⁰⁹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.459.

⁴¹⁰ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.504.

Fiilin icra hareketlerine başlanmadan suça katılanın sorumluluğuna gidilemediği gibi, fiil tamamlandıktan sonra suça katılanın cezalandırılması da mümkün değildir. Zira iştirak suçun gerçekleşmesinde pay sahibi olmayı zorunlu kılar ve suç tamamlandıktan sonra yapılan, yani suçun gerçekleşmesine etki etmeyen katkılar iştirak hükümlerine göre cezalandırılmazlar⁴¹¹. Nitekim, fiil tamamlandıktan sonra suça katılmanın mümkün olmadığına vurgu yapan Ünver kanunda geçen “*kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı*” ifadesini eleştirerek “*işlenmek istenen ya da işlenmekte olan bir fiilin varlığı*” şeklinde değiştirilmesini önermiştir⁴¹². Diğer yandan suçun tamamlanmasından sonra yapılan ve iştirak kapsamında cezalandırılması mümkün olmayan bazı yardım hareketleri Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen özel suç tipleri ile cezalandırılmıştır⁴¹³.

Suçta iştirakten sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gereği, failin veya şerikin suçtan gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda ne olacağı sorusunu akla getirmektedir. Öğretide suç siyaseti teorileri ve hukuki teorilerle⁴¹⁴ temellendirilen gönüllü vazgeçme, hem StGB’de hem TCK’da birden çok kişinin katıldığı yani iştirak halinde işlenen suçlar açısından ayrıca düzenlenmiştir.

StGB’nin gönüllü vazgeçmeye ilişkin 24. maddesinin ilk fıkrasında icrasına başlanmış fiilden gönüllü olarak vazgeçen veya tamamlanmasını önleyen teşebbüsten sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise birden çok kişinin iştiraki ile işlenen suçlarda fiilin tamamlanmasını gönüllü olarak önleyen kişinin teşebbüsten cezalandırılmayacağına hükmedilmiştir. Ayrıca fiil vazgeçenin çabasına rağmen bir sebeple tamamlanmışsa veya vazgeçenin fiile olan önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanmışsa, vazgeçenin gönüllü ve ciddi çaba göstermesinin cezalandırılmaması için yeterli olduğu ifadesi eklenmiştir⁴¹⁵.

⁴¹¹ **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.424

⁴¹² **Ünver**, s.70.

⁴¹³ Örneğin; Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK 165) ve Suçluyu kayırma (TCK 283)suçları.

⁴¹⁴ **Ulsenheimer, Klaus**, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin: 1976, s.33 vd; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.478; **Jescheck - Weigend**, s.538.

⁴¹⁵ **StGB § 24 Rücktritt:**

Benzer şekilde TCK'nın 36. maddesinde de failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde teşebbüsten ceza verilmeyeceği düzenlenmiş, 41. maddede ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen ortağın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı ifade edilerek 36. maddeye atıf yapılmıştır. 41. maddenin ikinci fıkrasında da fiilin, vazgeçenin gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağına yer verilmiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin hüküm, fail de dahil olmak üzere suça katkı sağlayanların tamamı için geçerlidir⁴¹⁶. Bu durumda ilk olarak fiili doğrudan gerçekleştiren failin gönüllü vazgeçmesi halinde şeriklerin sorumluluğunun nasıl belirleneceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Birden çok kişinin katkısıyla gerçekleşen bir fiilde fail icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçerse fiil teşebbüs aşamasında kalacak ve gönüllü vazgeçen fail icra hareketlerinin tamamlanan kısmının herhangi ayrı bir suç teşkil etmediği hallerde cezalandırılmayacaktır⁴¹⁷. Öte yandan suça katkı sağlayan şeriklerin cezalandırılması için bağlılık kuralının niteliksel ve niceliksel şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Niceliksel şarta göre şeriki sorumlu tutabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması aranmaktadır. Failin kasten ve hukuka aykırı bir fiilin icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü vazgeçmesi durumunda ise suça katkı sağlayanlar bağlılık kuralına göre suça iştiraktan sorumlu tutulacaktır⁴¹⁸. Bu durumda fiilin icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren fail ceza almazken, failin haksızlığına katkı sağlayan şerikler failin fiiline bağlı olarak cezalandırılacaklardır. Fail cezasız kalırken şeriklerin failin gerçekleştirdiği fiile bağlı olarak cezalandırılmaları Bayraktar tarafından hukuki ve adil olmadığı

(1) *Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.*

(2) *Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird.*

⁴¹⁶ **Jescheck - Weigend**, s.549.

⁴¹⁷ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.417; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.463.

⁴¹⁸ **Jescheck - Weigend**, s.550.

gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yazar, failin fiilin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi halinde artık cezalandırılacak bir fiil olmadığından, olmayan bir fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir⁴¹⁹.

Ancak gönüllü vazgeçme, hukuki niteliği itibariyle haksızlığın ve kusurun dışındadır. Dolayısıyla failin gönüllü vazgeçmesi halinde artık cezalandırılacak bir fiil bulunmadığı görüşüne katılmamaktayız. Gönüllü vazgeçme, suçun icra hareketlerinin başladığı anda var olmayan, daha sonradan ortaya çıkan, fiilin haksızlığına ve failin kınanabilirliğine etki etmeyen ve yalnızca vazgeçen kişinin ceza almasını önleyen bir kurumdur. Bir başka ifadeyle, gönüllü vazgeçme, haksızlık oluşuktan sonra vazgeçenin cezasını kaldıran şahsi bir sebeptir⁴²⁰. Gönüllü vazgeçme halinde cezaya layık bir haksızlık gerçekleşmiş hatta vazgeçen kusurlu bulunmuş ancak ceza siyasetine ilişkin gerekçelerle⁴²¹ kişinin cezasının kaldırılması uygun görülmüştür. Şahsi bir sebep olan gönüllü vazgeçmenin sadece vazgeçen açısından sonuç doğurması ve haksızlığa katkı sağlayan şeriklere etki etmemesi hukuki yapısının gereğidir. Şöyle ki gönüllü vazgeçme halinde haksızlığın gerçekleşmiş olduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla suça katılanların cezalandırılma nedenleri failin haksızlığına katkı sağlamaları ise failin vazgeçmesi halinde haksızlık ortadan kalkmayacağı için şeriklerin cezalandırılmasının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan, failin fiiline haksızlığa katkı sağlama iradesiyle katılan yardım eden ve azmettirenin de gönüllü vazgeçmesi ve gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması mümkündür. Şerikin gönüllü vazgeçmesinden söz edilebilmesi için öncelikle iştirakin cezalandırılabilir olması yani suçun hiç değilse teşebbüs aşamasına varmış olması gereklidir. Ancak icra hareketlerine başlanmış fiilden vazgeçmek isteyen şerikin, iştirakin yapısı gereği yalnızca kendi katkısını geri çekmesi yeterli değildir; suçun tamamlanmasını ve neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik çaba da göstermelidir.

⁴¹⁹ **Bayraktar, Köksal**, “Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi”, Türk Ceza Kanununun 2Yılı- Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s.144.

⁴²⁰ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.580; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.412; **Demirbaş**, s.429; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.461; **Jescheck**, s.498.

⁴²¹ **Ulsenheimer**, s.33 vd; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.478; **Jescheck - Weigend**, s.538.

TCK 41/2a’da iştirak halinde gönüllü vazgeçenin cezasının kaldırılmasında, sonucu önleme açısından nedenselliği aramayan bir hükme yer verilmiştir⁴²². Buna göre suç gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple tamamlanmazsa dahi gönüllü vazgeçene teşebbüsten ceza verilmeyecektir. Kanun koyucu suçun tamamlanmaması için gayret gösteren suç ortağını, fiilin onun gayretinden tamamen farklı bir nedenle tamamlanamaması durumunda da hukuk yoluna girme gayreti nedeniyle ödüllendirmiştir⁴²³. Örneğin; bir binaya bomba yerleştiren suç ortaklarından biri daha sonra fiile katkı sağlama iradesinden vazgeçer ve neticenin oluşmaması için polise haber verir ancak polis zaten daha önceden bombayı bulup etkisiz hale getirmiştir. Bu durumda vazgeçenin çabası ile neticenin oluşmaması arasında nedensel bir bağ olmamasına rağmen⁴²⁴ TCK 41/2a’ya göre vazgeçen gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Yeter ki suç ortağı fiilin tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini önlemek için gerekli çabayı göstermiş olsun. Düzenlemeyi Bayraktar, sonucu önleme açısından nedenselliği aramadan yalnızca çabanın yeterli görülmesi halinde hâkimin takdir yetkisinin genişleyeceği uygulamada keyfiliğe sebep olacağı gerekçeleriyle eleştirmiştir⁴²⁵.

TCK 41/2b’de ise gönüllü vazgeçene suç tamamlanmış olmasına rağmen cezayı kaldıran şahsi sebepten yararlanma fırsatı tanınmıştır. Benzer düzenlenmenin yer aldığı StGB 24/2’de de vazgeçenin suçun tamamlanmaması için gayret göstermesine rağmen suçun tamamlanması ve tamamlanan suçun vazgeçenin katkısından bağımsız olarak tamamlanmış olması halinde vazgeçene sorumluluktan kurtulma imkanı veren bir cezayı kaldıran şahsi sebep mevcuttur. Tozman, iştirakin niteliği gereği kanunda yer almamasına rağmen TCK açısından da tamamlanan suçun vazgeçenin katkısından bağımsız olarak tamamlanmış olması şartının aranması gerektiğini ifade etmiştir⁴²⁶. Aynı şekilde Hafizoğulları da vazgeçenin katkısının devam etmesine rağmen tamamlanmış suçtan cezalandırılmamasının vazgeçmeyi ödüllendirmek değil, suçluyu ödüllendirmek olacağını bu nedenle StGB’de yer alan suçun vazgeçenin katkısından

⁴²² Benzer şekilde StGB 24/2’de fiil vazgeçenin çabası dışında bir sebeple tamamlanmışsa vazgeçenin gönüllü ve ciddi çabasının cezanın kaldırılması için yeterli olduğu düzenlenmiştir.

⁴²³ **Tozman, Önder**, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme”, TBBD, S.82, Ankara 2009, s.223.

⁴²⁴ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.561.

⁴²⁵ **Bayraktar**, s.144.

⁴²⁶ **Tozman**, 226.

bağımsız gerçekleşmiş olması şartının TCK 41/2b açısından da aranması gerektiğini belirtmiştir.⁴²⁷ Bu kabüle göre TCK 41/2b'nin yalnızca yardım eden ve bazı hallerde de müşterek fail açısından uygulanabilir olacağını, azmettirenin ise TCK 41/2b'den yararlanmasının mümkün olmayacağını kabul etmek gerekir. Zira fail fiili azmettirenin etkisiyle gerçekleştirmiş ise, her ne kadar azmettiren vazgeçmiş olsa da, azmettirenin katkısı devam etmektedir. Şöyle ki azmettirenin haksızlık teşkil eden fiile katkısı, suç işleme fikri hiç aklında olmayan faili suç işlemeye yönlendirmektir. Suç işleme iradesi azmettiren tarafından kendisinde oluşturulmuş olan failin azmettirenin katkısından bağımsız olarak suçu tamamlaması ise ihtimal dışıdır. Oysa fiilin işlenmesinde kullanılacak aracı sağlayarak failin fiiline katkıda bulunan yardım edenin sağladığı araç kullanılmadan suçun tamamlanması halinde StGB 24/2'de yer alan suçun vazgeçenin katkısından bağımsız olarak tamamlanmış olması şartı gerçekleşecektir.⁴²⁸ Ancak bu durumda da katkının etkisinin teşebbüs aşamasında var olması gerekecektir. Aksi halde icra hareketleri başlamadan etkisiz hale getirilen katkıyı sağlayanın şerikliği de söz konusu olmayacağından zaten gönüllü vazgeçme hükmüne ihtiyaç duyulmayacaktır. Kısaca bu hüküm yalnızca fiile katkı sağlayan, bu katkısının etkisi teşebbüs aşamasında devam eden ancak fiilin tamamlanması bu katkıdan bağımsız gerçekleşen ve fiilin tamamlanmaması için çaba gösteren suç ortakları için uygulanabilecektir. Bu nedenle uygulama alanı çok dardır. Katkının objektif etkisinin dışında subjektif etkisinin devam etmesi de öğretide etkinin devam ettiği anlamında yorumlanmaktadır.⁴²⁹ Suç ortağının katkısını somut olarak geri çekmesinin dışında, eğer onun katkısına güvenerek fiili daha kolay gerçekleştirecek ortaklar varsa bunlara da katkısını geri çektiğini açıkça belirterek katkının subjektif etkisini de ortadan kaldırması gerekir. Örneğin; hırsızlık sonrası faile yardımda bulunacağını vaat eden ortak, gönüllü vazgeçmesine rağmen faile bu durumu bildirmez ve fail sonrasında alacağı yardıma subjektif olarak güvenerek fiili tamamlarsa vazgeçenin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanması mümkün olmayacaktır. Zira vazgeçenin yardım eden olarak katkısı subjektif olarak devam etmektedir.

Bizce kanunda “*katılanın katkısından bağımsız*” ibaresi olmamasına rağmen StGB'nin hükmü temel alınarak suç ortakları açısından aleyhe olacak şekilde TCK

⁴²⁷ **Hafizoğulları, Zeki**, Türk Ceza Hukuku Notları, Ankara 2008, s.120.

⁴²⁸ **Roxin, Claus**, “Der Rücktritt bei Beteiligung Mehrerer”, FS Theodor Lenkner zum 70. Geburtstag, 1998, s.280.

⁴²⁹ **Roxin**, “Der Rücktritt bei Beteiligung Mehrerer”, s.281.

41/2b'yi yorumlamak kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. TCK 41/2b'nin gönüllü vazgeçmenin sınırını genişlettiği, haksızlık ve kusurun var olduğu durumda ceza politikası gereği uygulanan cezayı kaldıran şahsi sebebin bu denli genişletilmesinin adil olmadığı görüşlerine katılmakla birlikte hükmün bu şekilde öğretilen bir yorumla daraltılmasının kanunilik ilkesinin ihlali olacağı görüşündeyiz.

B. Niteliksel Bağlılık (*qualitative/innere Akzessorietät*)

Şeriklerin sorumluluğunun asıl fiile bağlı olması, bu sorumluluğun derece ve ölçüsünün asıl fiil ile asıl fiilin özelliklerine bağlı olduğu anlamına gelmektedir⁴³⁰. Bağlılık kuralının niteliksel şartları asıl fiilin sahip olması gereken bu şartları kapsamaktadır. Sınırlı bağlılık kuralının nitelik şartı asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır.

a. Kast

Şeriklerin sorumlu tutulması için asıl fiilin kasten işlenmiş olması şartının ortaya çıkardığı tartışma birden çok kişinin katılımıyla gerçekleşen taksirli suçlarda sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Asıl fiilin kasten gerçekleşmiş olması şartı tartışılmakla birlikte⁴³¹, öğreti ağırlıklı olarak yapısı gereği taksirli suçların iştirak kurumuyla bağdaşmadığı görüşünde hemfikirdir⁴³². Taksirli suçlara katkı sağlayanlardan her biri fiili tek başına işlemiş kabul edilir⁴³³. TCK'nın taksire ilişkin 22. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*” hükmüyle de kanun koyucu taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığını belirtmiştir. Aynı maddenin gerekçesinde de “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak*

⁴³⁰ **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.447.

⁴³¹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.136.

⁴³² Şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmesi için asıl fiilin kasten işlenmiş olması şartını aramayan yazarlar: **Erem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.414; **Schmidhäuser**, s.546.

⁴³³ **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449; **Welzel**, Das Deutsche Strafrecht, s.113; **Maurach, Reinhart - Gössel, Karl Heinz - Zipf, Heinz**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband II.: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch, Heidelberg 1989, s.379; **Jescheck**, s.594; **Bloy**, s.243, **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.367; **Ebert, Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2001, s.206.

işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir.” ifadesinde yer verilmiş gerekçenin devamında birden çok kişinin katkısıyla gerçekleşen taksirli suç örneği verilmiş ve örnek “(...)işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir.” şeklinde sonlandırılmıştır. Gerek madde metninden gerek gerekçesinden kanun koyucunun da taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay da taksirle öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulan sanığa ilişkin kararı taksirli suça iştirakin mümkün olmadığı gerekçesiyle bozmuştur⁴³⁴. Bir başka kararında ise birden fazla kişinin taksirli hareketi sonucunda ortaya çıkan haksız neticeyle ilgili; “Failin birden fazla olduğu hallerde, aynı sorumluluk derecesi, aynı konumda ve yükümlülükte olanlar için sorumluluktaki tam ortaklık dolayısıyla düşünülebilir, taksirli hareketler, faillerin ayrı konum ve yükümlülüklerinden doğuyorsa, sebeplerin birleşmesinden sonucun meydana geldiğini kabul etmek ve her birini taksirli hareketleri oranında neticeden sorumlu tutmak gerekir.” ifadesiyle taksirli suçlara katılanların her birinin kendi kusuruna göre cezalandırılacağına hükmetmiştir⁴³⁵.

Kasten işlenmiş fiil incelenirken suçun hangi unsurlarının kastın kapsamında olacağı belirlenmelidir. İlgili suçun kanuni tarifinde yer alan, tipik haksızlığı belirleyen tüm maddi unsurlar kastın kapsamındadır⁴³⁶. Söz konusu unsurlar kanuni tanımda belirtilen soyut kavramlar değil, bu kavramların somut olaylarda doğrudan doğruya gözlem yoluyla görülebilir halleridir. Suçun kanuni tanımında gerçekleşmesi aranan netice ve bu netice ile fiil arasındaki nedensellik bağı da kastın kapsamındadır. Nedensellik bağında oluşan önemsiz sapmalar ise kastın kapsamı dışındadır. Suçların

⁴³⁴ “İştirakin ancak kasıtlı suçlarda kabil olacağı gözetilmeden kasıtsız suçta (tedbirsizlikle ölüme sebebiyet vermek) sanığın yardımcı olarak mahkûm edilmesi yolsuzdur.” 4. YCD. 4. 6. 1952, E. 6521 – K. 6074, **Perinçek, Sadık – Özden, Cahit**, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1953, s.104.

⁴³⁵ YCGK, E. 1995/5270 – K 1995/ 7832: Yargıtay Kararları Dergisi, C.22, S. 7, 1996, s.1141 – 1145.

⁴³⁶ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.294; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.152; **Gökpinar, Mahmut**, “ Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast”, TBBD, 2008/79, s.201; **Jescheck - Weigend**, s.295.

temel şekline ilişkin unsurlar gibi nitelikli haline ilişkin unsurlar da kastın kapsamındadır. Buna karşın haksızlığın kapsamında olmayan unsurlar suçun kanuni tarifinde açıkça yer alsalar dahi kastın konusunu oluşturmazlar. Örneğin haksızlık muhtevası üzerinde herhangi bir etkisi bulunmayan objektif cezalandırılabilme şartları veya şahsi cezasızlık sebepleri suçun kanuni tarifinde açıkça belirtilmiş olsa dahi kastın kapsamında değerlendirilmez⁴³⁷.

İştirakin varlığı için asıl fiilin kasten gerçekleştirilmiş olması şartı taksirli suçlara iştirakin mümkün olmaması nedeniyle eleştirilmektedir⁴³⁸. Taksirli suçlara iştirakin mümkün olmaması hususunda ilk sorun, failin taksirle gerçekleştirdiği fiile kasten katılan kişinin sorumluluğunun belirlenmesine ilişkindir. Bu durumda neticeyi öngören ve öngördüğü neticenin gerçekleşmesi için faile yardım eden kişi asıl fiil kasten gerçekleştirilmediği için şerik olarak sorumlu tutulamayacaktır. Gözleri uzağı göremeyen arkadaşı A'nın ileride bir ağaç kütüğü olduğunu iddia ederek hasmı H'ye ateş etmesini sağlayan B örneğinde; A dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranarak H'nin ölümüne sebep olmuştur. B ise A'yı suç işlemeye sevk eden kişidir. Benzer şekilde aşçı C'ye yemek yaparken tuz yerine zehir veren D örneğinde de; aşçı C dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranarak yemeği yiyenlerin yaralanmalarına sebep olmuştur. D ise suçun işlenmesindeki araçları sağlamıştır. Ancak her iki örnekte de asıl fiili gerçekleştirenler kasten hareket etmemiştir. Asıl fiilin kasten gerçekleşme şartı yerine getirilmediğinden; B'yi azmettiren, D'yi ise yardım eden olarak sorumlu tutmamız mümkün değildir. Taksirli suçlar birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiğinde; katılanların her birinin kendi kusuruna göre cezalandırılması kuralını uygulamamız ise B ve D'yi neticeyi öngördükleri ve istedikleri yani kasten hareket ettikleri halde suçtan taksirle sorumlu tutmamız anlamına gelecektir ki bu da mümkün değildir. Bizce söz konusu örneklerde suça katılanları sorumlu tutmamız iradeye hâkimiyet teorisine dayanak B ve D'yi dolaylı fail olarak cezalandırmamızla mümkün hale gelmektedir. Arka planda kalan kişilerin hareketi doğrudan gerçekleştirenleri hataya düşürdüğü ve bu hatadan yararlandığı, bir anlamda fiili gerçekleştireni araç olarak kullanarak fiil üzerinde hâkimiyet kurdukları kabul edilmeli

⁴³⁷ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.298; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.153.

⁴³⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.136.

ve kişiler dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır⁴³⁹. Arka planda yer alan kişinin faili suçun maddi unsurları dışında bir hususta hataya düşürmesi halinde ise iradeye hâkimiyet dolayısıyla fiile hâkim olup olamadığı tartışmalıdır⁴⁴⁰. Örneğin; genç sevgilisiyle evlenebilmek için karısının ölmesini isteyen A'nın, kayınbiraderi B'ye kız kardeşinin kötü yola düştüğünü söylemesi ve namusunu temizlemesi gerektiği yönünde telkinde bulunması ve B'nin kız kardeşini öldürmesi durumunda yine arka plandaki kişinin fiili doğrudan gerçekleştireni hataya düşürmesi ve bu hatadan yararlanması söz konusudur. Ancak bu durumda failin hataya düştüğü husus suçun maddi unsurlarına ilişkin olmayıp kastı kaldıran bir hata söz konusu değildir. Hareketi doğrudan gerçekleştirenin düştüğü hata kastı kaldırmadığından burada iştirakin şartları açısından bir sorun yoktur. Asıl fiil kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleşmiştir, fiile iştirak mümkündür. Ancak kastı kaldıran hata halinde kişiyi hataya düşüren ve bu hatadan yararlanan kişinin iradeye hâkimiyet dolayısıyla fiile hâkim olduğunu kabul ettiğimiz göz önüne alındığında kastı kaldırmayan bir hata halinde hataya düşüreni şerik olarak mı yoksa dolaylı fail olarak mı sorumlu tutacağımız sorunuyla karşılaşmaktayız. Ceza sorumluluğunun belirlenmesinde asıl olan failin sorumluluğudur, şeriklerin sorumluluğu ise talidir. Bu durumda öncelikle suça katılanın ikilik sistemine göre fail mi şerik mi olduğunun tespiti gerekir. Fail şerik ayrımında fiile hâkimiyet teorisini esas aldığımızdan kişi suç teşkil eden fiile hâkimse fail olarak sorumlu tutarız. Aksi takdirde şerik olarak sorumlu tutabilmemiz için iştirakin şartlarının var olup olmadığını tespit etmemiz gerekir. Somut olayda esas fiil kasten ve hukuka aykırı olma şartını sağlamıştır. Ancak tartışma ilk inceleme aşamasında yani eşi öldürmek isteyen A'nın fiile hâkimiyeti aşamasındadır. A'nın hareketi doğrudan gerçekleştiren B'yi hataya düşürdüğü ve bu hatadan yararlandığı, B'yi bir anlamda araç olarak kullanarak fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunun kabulü halinde A dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. A'nın irade üzerinde dolayısıyla da fiil üzerinde bir hâkimiyetinin olmadığını, yalnızca suç işleme fikri olmayan faile suç işlemeye karar verdiğinin kabulü halinde ise azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Bizce suça katılanın fiile hâkimiyeti açısından faili düşürdüğü hatanın maddi unsurlara ilişkin olup olmamasının

⁴³⁹ **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.170.

⁴⁴⁰ **Kindhäuser**, s.329; **Ebert**, s.195; **Blank, Theodor**, Strafrecht Allgemeiner Teil II, München 2001, s.17; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.29,64.

bir önemi yoktur. Her iki halde de arka plandaki kişi suçun işlenmesinde tüm sürece hâkimdir. Bu nedenle hatanın maddi unsurlara ilişkin olmadığı durumlarda da hataya düşürenin iradeye hâkimiyet vasıtasıyla fiile hâkimiyetinin buna bağlı olarak da dolaylı failliğinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Hatanın suçun maddi unsurlarına ilişkin olmadığı hallerde maddi unsura ilişkin olduğu hallerden farklı olarak hareketi doğrudan gerçekleştiren kişi kastından sorumlu tutulacaktır.

Fiili doğrudan gerçekleştirenin taksirle hareket etmesine rağmen suça katılanın neticeyi öngörmesi ve öngördüğü neticenin gerçekleşmesi için faile katkı sağladığı bir başka örnek; arkadaşı A'ya şaka yapmak için duvarda asılı boş antika tüfeği isteyen B'ye tüfeğin çalışır durumda ve dolu olduğunu bilmesine rağmen tüfeği uzatan C'nin durumudur. Bir önceki örneklerle benzer şekilde bu halde de; fiili doğrudan gerçekleştiren ve A'nın ölümüne neden olan B taksirle öldürmeden sorumludur. Asıl fiil kasten gerçekleştirilmediği için C için iştirak hükümlerini uygulamamız mümkün değildir. Bu benzerliklere karşın yukarıdaki örneklerden farkı ise suça katılanın fiili gerçekleştireni hataya düşürmemesi yalnızca mevcut durumdan yararlanmasıdır. Bu durumda akıllara gelen soru, suça katkı sağlayan kişinin hareketi doğrudan gerçekleştirenleri hataya düşürmediği sadece var olan bir hatadan yararlandığı hallerde dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığıdır. Önceki örneklerden farklı olarak var olan hatadan yararlanma halinde kişinin öngördüğü neticenin gerçekleşmesi için hareketi doğrudan icra edeni yanılması ve araç haline getirmesi söz konusu değildir. Bu durumda suça katılana yalnızca sessiz kalmakta ve faili hatası hususunda uyardırmamaktadır. Bu nedenle dolaylı fail olarak sorumlu tutulması ihtimalinde bu kişilerin fiile ne kadar hâkim oldukları tartışması gündeme gelmektedir⁴⁴¹. Bu soruya Roxin; arkada olan kişinin asıl fiilin tüm sürecine hâkim olduğu, hareketi doğrudan gerçekleştirenden daha fazla bilgiye sahip olduğu dolayısıyla iradi olarak da fiile hâkim olduğu cevabını vermektedir⁴⁴². Bizce de faili uyardırmayan ve

⁴⁴¹ **Mezger**, s.430.

⁴⁴² **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.172.

var olan hatadan yararlanan kişi iradeye hâkimiyet suretiyle fiile hâkimiyet sağlamıştır, bu sebeple dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır⁴⁴³.

b. Hukuka Aykırılık

Suçta katılan ancak fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan dolayısıyla fail olarak cezalandırılması mümkün olmayan kişilerin iştirak hükümlerine göre sorumluluklarının belirlenmesi için sınırlı bağıllık kuralına göre asıl fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukuka aykırılık; hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen, hukuk düzeninin izin vermediği fiilleri gerçekleştirmek hukuk düzeniyle çatışmak anlamı taşımaktadır. Farklı teoriler olmakla birlikte⁴⁴⁴ tipe uygunluğu hukuka aykırılığın karinesi kabul eden teoriye göre; tipe uygun hareketin gerçekleşmesiyle haksızlık ortaya çıkmış olur. Fiilin tipe uygun olarak gerçekleşmiş olması hukuka aykırı olduğuna karine teşkil eder. Ancak fiilde hukuka uygunluk sebeplerinin var olması halinde fiil hukuka uygun hale gelir⁴⁴⁵. Tipe uygun olarak gerçekleştirilen fiil hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuk düzeni tarafından kabul edilir ve haksızlık olarak nitelendirilmez⁴⁴⁶. Buna göre bağıllık kuralının niteliksel şartlarından biri olan fiilin hukuka aykırı olması şartının sağlanması için fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin varlığı araştırılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus tipe uygunluğun belirlenmesinde yalnızca ceza kanunu bakımından bir inceleme yapılırken hukuka aykırılık unsurunun tespitinde tüm hukuk düzenini kapsayan bir değerlendirme yapılması gerekliliğidir. Zira hukuk düzeninin bütünlüğü gereği bir fiilin hukuka aykırı olması tüm hukuk sistemine aykırı olması anlamına gelir⁴⁴⁷. Özel hukuktan ve kamu hukukundan elde edilen hukuka uygunluk nedenleri ceza hukuku açısından sonuç doğurduğu gibi doğrudan ceza kanununda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenleri de mevcuttur. Biz çalışmamızda somut olaylarda iştirak açısından öğretide tartışma

⁴⁴³ **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.453; **Üzülmüş, İlhan**, “Dolaylı Faillik”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2, s.87.

⁴⁴⁴ Hukuka aykırılığın mahiyetine ilişkin teorilerin ayrıntıları için bkz: **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.596 vd. ; **Gropp**, s.179vd.

⁴⁴⁵ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.370; **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.253; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.289.

⁴⁴⁶ **Roxin, Claus**, ” Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in. Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, JuS, Heft 6, 1988, s.426.

⁴⁴⁷ **Jescheck – Weigend**, s.327.

yaratan durumlar üzerinde duracak her bir hukuka uygunluk nedenini tek tek ele almayacağız.

İştirak hükümlerinin uygulanması için fiilin hukuka aykırı olması şartı dolayısıyla fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunmaması şartının sağlanması için öncelikle bir hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığının yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir. Hukuka uygunluk nedeni ile ilgili olarak objektif ve sübjektif şartların örtüştüğü hallerde, yani hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak var olduğu ve bu varlığın fail tarafından bilindiği durumlarda sorun yoktur. Tartışma bu iki durum arasında bir uyuşmazlık olduğunda hukuka uygunluk nedeninin varlığının neye göre belirleneceği hususundadır. Hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığının yeterli kabul edildiği durumlarda failin bu durumdan haberdar olmasının bir önemi yoktur, hukuka uygunluk nedeninin var olması yeterlidir. Failin iradesinin hukuka uygunluk nedenini kapsamaması aranmaz. Haksızlığın tespitinde neticeyi esas alan klasik suç teorisinin savunucuları, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu, fiil gerçekleştikten sonra yapılacak bir inceleme ile fiilin hukuka aykırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁴⁸. İştirak sorumluluğu açısından objektif değerlendirmeyi bir örnekle açıklayacak olursak; A'dan aldığı zehirle B'yi öldürmek için arkadaşı kimyager C'nin yardımıyla zehirli su hazırlayan D, B'nin suyu tartıştığı eşini öldürmeden hemen önce içmesi ve zehirlenerek ölmesi durumunda fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Hukuka uygun fiile katkı sağlayan şeriklere ise iştirak için gerekli olan esas fiilin hukuka aykırılığı şartı gerçekleşmediğinden ceza verilmeyecektir. Fiilin hukuka uygun kabul edilmesi için objektif değerlendirmenin yeterli olmadığını kabul eden kişisel haksızlık teorisine (*personale Unrechtslehre*) göre kast haksızlığın bir parçası olan hukuka aykırılık unsurunu da kapsmalıdır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenleri fiil gerçekleştiren tarafından bilinmelidir⁴⁴⁹. Bizce de fiilin hukuka uygun kabul edilmesi için objektif değerlendirme yeterli değildir. Kişinin sorumluluğu meydana gelen neticenin haksızlığına göre değil gerçekleştirdiği fiilin haksızlığına göre belirlenmelidir. Bu

⁴⁴⁸ **Mahmutoğlu, Fatih Selami**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S. 5, Nisan 2005,s.58.

⁴⁴⁹ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.373; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.257; **Zafer**, s.257; ; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.289; **Gropp**, s.208; **Wessels – Beulke**, s.275.

yüzden şerikin katkı sağladığı fiilden sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık şartı tespit edilirken yalnızca objektif değil sübjektif bir değerlendirme de yapılmalıdır.

Asıl fiili hukuka uygun hale getirecek bir sebebin var olması ve bu sebebin hem fail hem suça katkı sağlayan tarafından bilinmesi ve buna göre hareket edilmesi halinde bir sorun yoktur. Zira bu durumda hareketi doğrudan gerçekleştiren, kanuni tarife uygun bir fiil işlemiş olmasına karşın fiilin işlenmesine izin veren bir hukuk normu bulunması nedeniyle cezalandırılmaz. Söz konusu fiile katkı sağlayan ancak fiile hâkimiyeti faillik düzeyinde olmayan katılan ise asıl fiil hukuka aykırılık şartını sağlamadığı için iştirak hükümlerine göre cezalandırılmaz. A'nın yüzüne dövme yapan B ile B'nin yanında çalışan ve B'ye gerekli aletleri veren C örneğinde; B kasten A'nın vücuduna acı vermiş ve sağlığının bozulmasına neden olmuş yani kasten yaralama suçunun kanuni tarifinde yer alan hareketi gerçekleştirmiş ve hatta dövmeyi yüzüne yaparak yüzünde sabit iz oluşmasına sebebiyet vermiş, dolayısıyla kasten yaralama suçunun nitelikli halini gerçekleştirmiştir. B'ye gerekli malzemeleri vererek suça katkı sağlayan C ise fiil üzerinde hâkimiyet kurmadan, yardım eden olarak katkı sağlamıştır. Dövme yapılması fiiline A'nın rıza göstermesiyle B'nin hareketi hukuka uygun hale gelmiş, C ise hukuka uygun bir fiile katkı sağlamıştır. Bu nedenle C cezalandırılmayacaktır. Somut olaylar açısından da hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde suça katılanların sorumlu tutulmaması hakkaniyete uygundur.

Tartışmalara konu olan husus hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşülmesi halidir. Hukuka uygunluk nedenlerinde hata hallerini; hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata ve hukuka uygunluk nedeninin sınırında hata olarak üç ana başlık altında inceleyebiliriz⁴⁵⁰.

Hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata halinde kişi gerçekleştirdiği hareketin tüm unsurlarını bilmekte ancak bu hareketin hukuka aykırı olduğunu bilmemektedir⁴⁵¹. Gerçekleştirdiği hareketin hukuka aykırı olmadığını, meşru olduğunu

⁴⁵⁰ **Koca, Mahmut - Üzülmüş, İlhan**, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması" Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2 Haziran 2007, s.43.

⁴⁵¹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, s.927.

düşünen kişi, haksızlığa neden olduğunun bilince değildir. Haksızlık yanılığı veya yasak hatası⁴⁵² (*Verbotsirrtum*) olarak ifade edilen bu hata türü öğretide doğrudan ve dolaylı yasak hatası olarak iki şekilde ele alınmaktadır. Kişinin yasaklayıcı normun varlığı hususunda hataya düşmesi durumunda doğrudan yasak hatasından; kişinin hukuka uygunluk nedenleri hususunda hataya düşmesi durumunda ise dolaylı yasak hatasından bahsedilmektedir⁴⁵³. Her iki hal de kişinin sübjektif durumu ile norma ait objektif durum arasında bir uyumsuzluğa dayanmaktadır⁴⁵⁴. Çalışmamız açısından önem arz eden kısım, şeriklerin sorumlu tutulması için gerekli olan asıl fiilin hukuka aykırı olması şartı açısından failin sübjektif durumu ile norma ait objektif durum arasındaki uyumsuzlukta nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Yasak hatası TCK'nın hataya ilişkin 30. maddesinin dördüncü fıkrasında “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli öğretide yasak hatasının kasta ilişkin bir hata mı yoksa kusura ilişkin bir hata mı olduğu tartışmalarını doğurmuştur. Yasak hatasına ilişkin fıkra düzenlenirken esinlenen StGB 17⁴⁵⁵,de ise fail fiili işlediği sırada bu fiilin hukuka aykırı olduğunu algılayamaz ve bu yanılığı kaçınılmaz olursa kusursuz sayılacağı ifade edilmiştir. Yasak hatasının kusura ilişkin olduğu görüşüne katılmakla birlikte öğretide yer alan tartışmalara açıklık getirmek adına TCK 30/4'ün “cezalandırılmaz” yerine “kusursuz sayılır” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hâkim görüş⁴⁵⁶ yasak hatasının kusuru etkilediği fikrinde olmasına karşın, aksini savunan ve yasak hatasının kasta ilişkin olduğunu ifade eden yazarlar da mevcuttur⁴⁵⁷. Yanılığının hangi kapsamda değerlendirildiği şeriklerin sorumluluğunun belirlenmesi açısından da büyük önem arz etmektedir. Zira sınırlı bağlılık kuralına göre fiili doğrudan gerçekleştiren failin kasten

⁴⁵² **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.532; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.325; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.436; **Demirbaş**, s.388.

⁴⁵³ **Jescheck - Weigend**, s.457; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, s.938; **Koca, Mahmut**, “Ceza Hukukunda Hata”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara 2009, s.101.

⁴⁵⁴ **Koca - Üzülmöz**, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, s.43.

⁴⁵⁵ **StGB § 17 Verbotsirrtum**: *Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs.1 gemildert werden.*

⁴⁵⁶ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.532; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.325; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.436; **Demirbaş**, s.388.; **Jescheck - Weigend**, s.259; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 938.

⁴⁵⁷ **Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2010,s.426; **Gökpinar**, s.211

hareket etmesi şarttır, ancak mutlaka kusurlu olması gerekmemektedir. Hukuka aykırılığın varlığına ilişkin bilgiyi kast kapsamında kabul etmemiz halinde; gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırılığı hususunda hataya düşen kişinin kasten davranmadığını kabul etmemiz gerekecek ve şeriklerin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Aksi halde yani hukuka aykırılığa ilişkin yanılığı kınanabilirlik kapsamında ele aldığımız vakit; fail kasten hareket etmiş ve hukuka aykırı aykırı bir fiili gerçekleştirmiş olacak ancak söz konusu fiilin hukuk düzenine aykırı olduğunun bilincinde olmadığı için kınanamayacaktır. Kusurlu sayılması için kişi hukuk düzenine uygun davranma imkânına ve yeteneğine sahip olmalı ancak buna rağmen tercihini hukuk düzeniyle çatışmadan yana kullanmalıdır⁴⁵⁸. Oysa yasak hatasında kişi gerçekleştirdiği fiilin suç teşkil ettiğinin bilincinde değildir. Dolayısıyla hukuka uygun olan davranışı tercih etme şansı yoktur. Çalışmamız açısından önemli olan nokta kasten ve hukuka aykırı davranışı gerçekleştiren ancak yasak hatası nedeniyle kusursuz olan failin fiiline katılan şerikin sorumluluğudur. Sınırlı bağlılık kuralının şartlarını ele aldığımızda, fail kasten hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmiş yani asıl fiil şeriki sorumlu tutabilmemiz için gerekli olan şartları haizdir. Fail fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda yanılığa düştüğü için cezalandırılmamaktadır, ancak bu durumun şerikler üzerinde bir etkisi yoktur. Zira sınırlı bağlılık kuralına göre; kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran nedenler kimi etkiliyorsa o bundan yararlanacak, suça katılan diğer kişileri etkilemeyecektir. Suça katılan her kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır⁴⁵⁹. Suça yardım eden olarak katılan şerikin sorumluluğunun tespiti, sınırlı bağlılık kuralı kapsamında kendi kusuruna göre belirlenecektir. Şayet failin içinde bulunduğu yanılığı yardım eden için de kaçınılmaz ise yarım eden de hatasından yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır. Ancak fail için kaçınılmaz olan davranışın hukuka uygun olduğu yanılığı, yardım eden açısından geçerli değilse yani yardım eden failin fiilinin hukuk düzeni tarafından yasaklandığının bilincinde ise cezalandırılacaktır.

Failin yasak hatasına düşmesi halinde yardım edenin sorumluluğu kolaylıkla belirlenirken aynı durumda azmettirenin sorumluluğunun belirlenmesi tartışmalara sebebiyet vermiştir. Birçok farklı durumda karşımıza çıkan azmettiren-dolaylı fail

⁴⁵⁸ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449; Koca - Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.325; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, s.886; Ebert, s.96.

⁴⁵⁹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.333.

benzerliği, failin yasak hatasına düşmesi durumunda da ortaya çıkmaktadır. Failin yasak hatasından yararlandığı dolayısıyla kusurlu olmadığı durumlarda arka planda kalan kişinin; azmettiren olarak kendi kusuruna göre mi sorumlu tutulacağı yahut failin kusur yeteneğinin yokluğundan faydalanılarak iradesi üzerinde hâkimiyet kurması dolayısıyla fiile hâkim olduğu gerekçesiyle dolaylı fail olarak mı sorumlu tutulacağı belirlenmelidir⁴⁶⁰. Bu durumda bizce faili haksız fiili gerçekleştirmeye sevk edenin iradesi esas almalı, hareketi gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin olmadığını bilen kişi dolaylı fail, bilmeyen ise bağlılık kuralına göre azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır⁴⁶¹.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata hallerinin ikincisi ise hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları hususunda düşülen yanılğı ile yasak hatası karıştırılmamalıdır. Yasak hatasında fail gerçekleştirdiği fiilin tüm unsurlarını bilmektedir; maddi unsura ilişkin bir yanılığı söz konusu değildir ve bu nedenle manevi unsur açısından bir tartışma yoktur. Fail fiili kasten gerçekleştirmiştir ancak kasten gerçekleştirdiği bu fiilin hukuk düzenine aykırı olduğunun, fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde değildir. Dolayısıyla yasak hatası kastı değil kusuru etkiler. Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata halinde ise fail hukuk düzeni ile çatıştığının farkındadır fakat fiilde hukuka uygunluk nedenlerinden birinin şartlarının mevcut olduğunu düşünerek fiilin hukuka uygun hale geldiğini zannetmektedir. Yasak hatasında fail hukuka uygunluk nedeninin varlığı hususunda yanılığa düşerken bu durumda yanılığı sadece şartlara ilişkindir. Her iki hata halinin arasındaki benzerlik dolayısıyla öğretide unsorda düşülen hata halinde de yasak hatasına ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini savunan katı kusur teorisi taraftarları mevcuttur. Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata yapısını açıklamak üzere öğretide 3 temel teori üzerinde durulmuştur⁴⁶². Bunlar; katı kusur teorisi (*strenge Schuldtheorie*), sınırlı kusur teorisi (*eingeschränkte Schuldtheorie*) ve tipikliğin

⁴⁶⁰ Bu konudaki farklı görüşler yukarıda ayrıntı olarak incelendiğinden bu kısımda tekrar üzerinde durulmamış, yalnızca kendi görüşümüze yer verilmiştir.

⁴⁶¹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.440.

⁴⁶² Teorilerin sadece bağlılık kuralı açısından önemli olan kısımları kısaca açıklanacaktır. Teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: **Wessels - Beulke**, s.176vd.; **Koca, Mahmut**, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, CHD, Y.1, S.1, s.124vd.

olumsuz unsurları (*Lehre von den Negativen Tatbestandsmerkmalen*) teorileridir⁴⁶³. Bu üç teorinin çalışmamız açısından önemi, bu teorilere bağlı olarak hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata halinin yapısının açıklanması sonucu hatanın kasta veya kusura ilişkin kabul edilmesidir. Unsurlarda meydana gelen hatanın kusuru etkilediğini öne süren katı kusur teorisinin benimsenmesi durumunda; iştirak halinde işlenen bir suçta fail hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında kaçınılmaz bir yanılığa düşer ise hatasından yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır⁴⁶⁴. Bu fiilin gerçekleşmesinde katkı sağlamış olan şerikler ise failin cezalandırılmamasının nedeni kusura ilişkin olduğundan cezalandırılacaklardır. Zira sınırlı bağlılık kuralı gereği suça katılan herkes kendi kusuruna göre sorumludur.

Sınırlı kusur teorisinin taraftarları ise hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata halinin suçun maddi unsurlarında hata haliyle benzerliği üzerinde durmuş ve birebir aynı olmamakla birlikte kıyas yoluyla hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hata hallerinde meselenin unsur hatası ile aynı şekilde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Kastın kapsamı dâhilinde olan suçun maddi unsurlarının tamamına ilişkin düşülen hata da yine kastın kapsamındadır. Bu nedenle sınırlı kusur teorisinin taraftarlarına göre hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hata, kastı kaldırır. Buna göre iştirak halinde işlenen bir suçta hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hataya düşmesi halinde failin kastı kalkar. Sınırlı bağlılık kuralına göre esas fiilin kasten ve hukuka aykırı olması şartı gereği kasten gerçekleşmemiş fiile katılan şeriki sorumluluğu söz konusu değildir⁴⁶⁵.

Son olarak tipikliğin olumsuz unsuru teorisine göre, hukuka aykırılık unsuru da tipikliğin kapsamındadır. Fiilin tipik kabul edilmesi için maddi ve manevi unsurun bulunması şart olduğu gibi hukuka aykırılık unsurunun da bulunması şarttır. Hukuka aykırılık unsurunun var olması ise hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasıyla gerçekleşeceğinden, hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsuru olduğu

⁴⁶³ **Tofahrn, Sabine**, *Strafrecht Allgemeiner Teil I Vorsätzliches und fahrlässiges Begehungsdelikt*, Heidelberg 2010, s.134; **Koca - Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.282.

⁴⁶⁴ **Jakobs**, s.442; **Roxin, Claus**, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin 1972, s.116; **Jescheck - Weigend**, s.250; **Tofahrn**, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, s.135.

⁴⁶⁵ **Wessels - Beulke**, s.178.

ifade edilmiştir⁴⁶⁶. Tipikliğin tamamı kastın kapsamında olduğundan hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin olumsuz unsuru kabul etmemiz halinde hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata da kastın kapsamında olacaktır. İştirak halinde işlenen bir suçta failin hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmesi halinde, hataya düşülen husus tipiklik kapsamında olduğundan failin kastı kalkacak, fiil kasten gerçekleşmediğinden şerikin sorumluluğuna gidilemeyecektir⁴⁶⁷.

Görüldüğü üzere teorilerden hangisinin benimsenmiş olduğu şerikin sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri TCK'nın ikinci bölümünde kusuru etkileyen nedenler ile beraber "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" şeklinde tek başlık altında düzenlenmiştir. Kanunun hata hükmünü düzenleyen 30. maddesinin üçüncü fıkrasında ise ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm hem hukuka uygunluk nedenlerinin hem de kusuru etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hataya ilişkindir. Gerek madde metninde gerek maddenin gerekçesinde⁴⁶⁸ yer alan "*kaçınılabilirlik*" kriteri suçun manevi unsuruna ilişkin değil kusurluğunun tespitine ilişkin bir kriterdir. Bu durumda TCK'nın katı kusur teorisini esas aldığı ve hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hatayı kusur kapsamında değerlendirdiğini kabul etmemiz gerekir⁴⁶⁹. Ancak TCK'nın sistematiğinde kişisel haksızlık teorisi (*personale Unrechtslehre*) benimsendiğine dolayısıyla kast haksızlığın bir unsuru olarak kabul edildiğine göre hukuka uygunluk sebebi de kastın kapsamında değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları hakkındaki bilgi de kastın kapsamı dâhilinde olduğundan bu husustaki yanılğı da kastı kaldırmalıdır. Bu nedenlere öğretide TCK 30/3'ün sadece kusuru etkileyen hallerdeki hataya ilişkin

⁴⁶⁶ **Roxin**, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, s.206; **Jakobs**, s.157.

⁴⁶⁷ **Tofahrn**, Strafrecht Allgemeiner Teil I, s.137.

⁴⁶⁸ "*Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası veya bendinde düzenlenen "hukuka uygunluk nedenlerinde hata" ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine, "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."*

⁴⁶⁹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.288; **Koca - Üzülmöz**, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, s.46.

olduğu hukuka uygunluk sebeplerinde hata halinde ise maddi unsurlarda hataya ilişkin TCK 30/1'in uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷⁰. Bizce de hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hata kastın kapsamındadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsuru teorisi⁴⁷¹ gereği somut olayda failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını da bilmesi gereklidir. Bu nedenlerle failin hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hataya düşmesi halinde şerikin sorumluluğuna gidilmemelidir. Kanunun esas aldığı ceza hukuku öğretisine ters bir şekilde hukuka uygunluk nedenlerini kusura etkileyen hallerle aynı başlık altında düzenlemesinin hatalı olduğu görüşünderiz.

Hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hata türlerinden üçüncü ve sonuncusu ise hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının hata ile aşılması halidir⁴⁷². Haksızlık teşkil eden fiili bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak gerçekleştiren kişinin hukuk düzeninin sınırları içerisinde kaldığı hukuk düzeniyle çatışmadığı kabul edilir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin belirli sınırları vardır; kişi bu sınırlar içerisinde hareket ettiği sürece fiili hukuka uygundur. Ancak hukuk düzeninin çizdiği bu sınırın dışına çıkılması halinde kişinin sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. Hukuka uygunluk nedeninin sınırı iki şekilde aşılabılır: Kasten veya kast olmaksızın. Sınırın kasten aşıldığı durumlarda; fail tüm sürecin bilincinde olarak kasten fiilini hukuka uygun hale getiren sınırı aşmıştır. Bu durumda failin kasten gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumlu olacağı aşikârdır⁴⁷³. Üzerinde durulması gerekli olan durum failin sınırı kast olmaksızın yani yanılğı sonucu aştığı hallerdir. Öğretide sınırın hata ile aşıldığı hallerin yasak hatasının dolaylı bir şekli mi olduğu yahut hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın bir görünüm şeklini mi olduğu veya her ikisinden de ayrı farklı bir hata türü mü olduğu tartışılmaktadır⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.287.

⁴⁷¹ Hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsuru teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.256 vd.

⁴⁷² Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın hata ile aşılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; **Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan**, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması" Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2 Haziran 2007.

⁴⁷³ **Koca - Üzülmöz**, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", s.47; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.315.

⁴⁷⁴ Tartışmanın ayrıntıları için bkz; **Jescheck - Weigend**, s.490.

Alman ceza kanununda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin bir hüküm bulunmazken TCK 27/1 “*sınırın aşılması*” başlığı altında; ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde sorumluluğu düzenlemiştir. Burada öncelikli tartışma konusu yine daha önce üzerinde durduğumuz *ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler* kalıbının kapsamına ilişkindir. Her ne kadar madde gerekçesinde maddenin hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olduğu yönünde ibareler bulunsa da; kanunun lafzı 27/1’in hem hukuka uygunluk nedenlerinde hem de kusurluluğu etkileyen hallerde sınırın aşılmasını kapsadığı şeklinde anlaşılmaya müsaittir⁴⁷⁵. Ancak TCK’nın benimsediği suç teorisi gereği 27/1’de düzenlenen hata halinin sadece hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olduğu hususunda öğreti⁴⁷⁶ ve uygulama⁴⁷⁷ hemfikirdir. Biz de madde ile düzenlenmek istenilen durumun hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hata halleri olduğu görüşüne katılmakta ancak kanun metninin kusuru etkileyen halleri de kapsayacak şekilde formüle edilmesinin sınırlamanın ise öğreti ve uygulamaya bırakılmasının ceza hukukunun güvence fonksiyonunu sağlayan kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı görüşündeyiz. Sınırın hata ile aşılmasının çalışmamız açısından önemi hatanın kastı kaldırıp kaldırmadığı buna bağlı olarak da failin hataya düşmesi halinde şerikin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır⁴⁷⁸. Sınırın hata ile aşılması halinde failin kastı kalkar dolayısıyla sınırın aşılması nedeniyle fiil hukuka aykırı bir hale gelmiş olsa dahi iştirak hükümlerinin uygulanması için gerekli olan failin kasten hareket etmiş olması şartı sağlanmaz. Buna bağlı olarak da failin hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aştığı hallerde şerikin sorumluluğuna gidilmez. Fail açısından sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiilin taksirli halinin kanunda düzenlenmiş olması gereklidir. Şayet failin hataya düşmesinde

⁴⁷⁵ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.289.

⁴⁷⁶ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.441; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.289; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.402.

⁴⁷⁷ “*Yeni sistemde, başlıca dört hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmektedir. Bunlar; meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızasıdır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, bu durumda fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık, ‘sınırın aşılması’ bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin 1. fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddenin 2. fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ‘beraat hükmü’ değil, Yasanın 27/1. maddesine göre indirimli ceza veya Yasanın 27/2. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır.*” YCGK T. 26.2.2008, E. 2007/1-281, K. 2008/37. (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁴⁷⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hususunda tartışmaların ayrıntıları için bkz. **Ersan, Aykut**, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013.

taksiri varsa ve işlenen suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa fail cezalandırılır. Ancak failin taksiri olması halinde de sınırlı bağluluk kuralının kast şartı gerçekleşmediğinden şerik cezalandırılmaz.

27. maddenin ikinci fıkrasında ise hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaşla aşılması düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarından hataya düşülmesi veya uygunluk nedenin kast olmaksızın aşılması halleri kasta ilişkinen meşru savunmanın sınırın heyecan, korku ve telaşla aşılması kusurluluğa ilişkindir⁴⁷⁹. Hüküm hukuka uygunluk nedenlerinden sadece meşru savunmanın sınırının aşılmasına ilişkindir. Birinci fıkrada hukuka uygunluk nedenlerinin tamamının kast olmaksızın sınırının aşılması söz konusuysen burada sınırın aşılmasının kasten veya taksirle olmasının bir önemi yoktur⁴⁸⁰. Sınırın aşılması heyecan, korku ve telaşa dayandığı için kusur yeteneğinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁴⁸¹. Şeriklerin sorumluluğu açısından değerlendirdiğimizde TCK 27/2’de gösterilen halde failin kusuru kalkacak ancak fiil haksızlık teşkil etmeye devam edecektir. İştirak hükümlerinin uygulanması için gerekli olan kasten ve hukuka aykırı fiil şartı sağlanmış olacak, fail içinde bulunduğu heyecan, korku ve telaş nedeniyle kınanamayacaktır. Sınırlı bağluluk kuralı şerikleri sorumlu tutmak için failin kusuru olması şartını aramadığından failin TCK 27/2’ye göre sınırı aşması halinde şerikler cezalandırılacaklardır.

Ş2. BAĞLILIK KURALININ İŞLEVİ

Kanunun oluşması için birden fazla kişinin katılımı şartı koyduğu az sayıda çok failli suç dışında ceza kanunlarının özel kısmında yer alan suç tipleri, işlenebilmeleri için bir tek failin yeterli olduğu suçlardır. Ancak kural olarak tek kişi tarafından gerçekleştirilecekleri öngörülen bu suçlar, hayatın olağan akışı içerisinde birden fazla kişinin katılımıyla da meydana gelebilmektedir. Birden çok kişinin katkısıyla gerçekleşen suçlarda, yapılan katkıların her birinin farklı değerlere sahip olduğunun kabul edilmesi halinde, suça katkı sağlayanlar arasında bir ayırım yapılması ve

⁴⁷⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, s.997; **Jescheck - Weigend**, s.490.

⁴⁸⁰ **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.291.

⁴⁸¹ **Özbek, Veli Özer**, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2006, s.373

sorumluluklarının bu ayrıma göre belirlenmesi gerekmektedir. Ceza hukukunun temel prensiplerinden kanunilik ilkesi gereği fiili suçun kanuni tarifine uymayan kişileri sorumlu tutmak mümkün değildir⁴⁸². Ancak fiili kanunda yer alan tarife uymamakla birlikte suça katkı sağlayan ve dolayısıyla hukuk düzeniyle çatışanların da cezalandırılmaları şarttır. Bağlılık kuralı ikilik sistemi esas alınarak faillik ile şeriklik arasında ayırım yapılan sistemlerde, suçun işlenmesine katkı sağlayan ancak katkısı suçun kanuni tarifine uymayan suç ortaklarının fiilden sorumlu tutulmalarını sağlamaktadır⁴⁸³. Fail hukuk düzeni tarafından yasaklanan haksızlıkla doğrudan temas halinde iken, şerikler yalnızca failin haksızlığına katılmakta failin haksızlığı oluşturmasına katkı sağlamaktadır⁴⁸⁴. Bu nedenle şeriklerin sorumluluğu ancak bağlılık kuralı vasıtasıyla failin fiiliyle ilişkilendirilerek sağlanmaktadır.

Öğretide bağlılık kuralının haksızlığa katkı sağlayan ancak fiil üzerindeki hâkimiyeti fail olarak nitelendirilmeye yeterli olmayanların sorumluluklarının belirlenmesi işlevine ek olarak ikinci bir işlevi daha olduğu kabul edilir. Bu ikinci işlev ise özel faillik vasfını gerektiren suçlara katılan ancak aranan özel vasıflara sahip olmayan kişilerin sorumluluğunun belirlenmesidir. Özgü suçların yapısı gereği suça katkı dereceleri ne olursa olsun özel faillik vasıflarını taşımayan kişiler bu tür suçların faili olamazlar. Böylece bağlılık kuralının; fail olarak sorumlu tutulmak için gerekli fiil hâkimiyetine ya da özgü suçlarda yer alan özel niteliklere sahip olmayanların katkı sağladıkları haksızlıktan sorumlu tutulmalarını sağlamak şeklinde iki işlevi olduğu kabul edilir. Bu durum bağlılık kuralının çifte fonksiyonu adı verilmektedir⁴⁸⁵.

Biz özgü suçlara ilişkin düzenlemenin bağlılık kuralının bir işlevi olmadığı görüşündeyiz. Bizce bağlılık kuralının işlevi haksızlığa katılan ancak fiil üzerinde kurduğu hâkimiyet fail olarak nitelendirilmeye yeterli olmayanların sorumluluğunu sağlamaktır. Özgü suçlara katılan fakat failin sahip olması gerekli olan

⁴⁸² Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.94; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.63; Demirbaş, s.108; Ebert, s.9; Jescheck - Weigend, s.137.

⁴⁸³ Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.510.

⁴⁸⁴ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.593; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446; Demirbaş, s.466; Gropp, s.380; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.136.

⁴⁸⁵ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.620; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446; Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.142.

vasıfları taşımayanların müşterek fail veya dolaylı fail olarak nitelendirilemeyeceği dolayısıyla bu kişilerin ancak yardım eden veya azmettiren yani şerik olarak sorumlu tutulabilecekleri hükmünün bağlılık kuralının bir işlevini göstermediği, bu durumun özgü suçların yapısının doğal sonucu olduğu kanaatindeyiz. Çalışmanın devamında bizce bağlılık kuralının temel işlevi olan şeriklerin sorumlu kılınmasının ayrıntılı incelemesinin yanı sıra öğretide bağlılık kuralının ikinci işlevi olarak kabul edilen özgü suçlarda suça katılanın özel faillik vasıflarını taşımadığı hallerde de kısaca değinilecek ve özgü suçların bağlılık kuralı ile ilişkisi incelenecektir.

I. Şeriklerin Sorumlu Kılınması

Ceza kanunlarının özel kısmında yer alan suç tipleri hareketi doğrudan gerçekleştirenin yani failin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bireyin hak ve özgürlüklerini koruma altına alarak ceza hukukunun güvence fonksiyonunu sağlayan suç ve ceza kanunilik ilkesi gereği kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez⁴⁸⁶. Bu nedenle suç teşkil eden bir fiile katkı sağlayan ancak fiile hâkimiyeti fail olarak sorumlu tutulacak dereceye varmamış olanların da katkı sağladıkları haksızlıktan sorumlu tutulmaları için bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Zira her bir suç tipinde ancak kanuni tanımda yer alan fiili gerçekleştirenin sorumluluğu düzenlenmiştir, ancak fiili kanunda yer alan tarife uymamakla birlikte suça katkı sağlayan ve dolayısıyla hukuk düzeniyle çatışmaların da cezalandırılması şarttır.

Türk⁴⁸⁷ ve Alman⁴⁸⁸ öğretisinde hâkim görüşe göre, esas olan kanunda tanımlanan fiili gerçekleştirenin cezalandırılmasıdır. Suça katılanların cezalandırılması asıl fiili gerçekleştiren failin gerekli şartları sağlamasına bağlıdır; söz konusu şartların sağlanmadığı durumlarda suça katılanı sorumlu tutma imkânı yoktur. Şerikler asıl fiili gerçekleştirenin davranışına bağlı olduğundan başkası tarafından kasten gerçekleştirilen haksızlık suça katılan şeriklere bir anlamda nakledilmektedir⁴⁸⁹. Suça katılanın cezalandırılması, kanunda suç olarak tanımlanan fiili gerçekleştirenin ihlaline etki

⁴⁸⁶ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.94; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.63; Demirbaş, s.108; Ebert, s.9; Jescheck - Weigend, s.137.

⁴⁸⁷ Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.427; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.487.

⁴⁸⁸ Jescheck - Weigend, s.686; Kindhäuser, s.382; Gropp, s.380.

⁴⁸⁹ Jescheck - Weigend, s.685.

etmesinden kaynaklanmaktadır ve bu nedenle de sorumluluğu asıl harekete bağılı olarak belirlenmelidir⁴⁹⁰. Failin sorumluluk sebebi olan hukuk düzeni tarafından yasaklanan haksızlıkla doğrudan temas halinde olmayan şeriklerin sorumluluğu, bağılılık kuralı ile sağlanmaktadır. Çünkü şerik cezalandırılan haksızlığa failin fiili ile bağlanmaktadır, kendisinin haksızlıkla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Bu nedenle şeriklerin sorumluluğu ancak bağılılık kuralı vasıtasıyla failin fiiliyle ilişkilendirilerek sağlanmaktadır.

Gerek Türk gerek Alman ceza kanunlarında birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen suçlarda; suça katılan kişilerin katkılarının ne şekilde derecelendirileceği ve cezai sorumluluklarının hangi esasa göre belirleneceği hususunda ikilik sisteminin benimsenmesine ve bu ikili ayrımın fiile hâkimiyet teorisine göre belirlenmesine hükmedilmiştir⁴⁹¹. İkilik sistemine göre suça katılanlar arasında fail ve şerik olarak bir ayrım yapılmakta ve sorumluluklar buna göre belirlenmektedir.

Alman ceza kanununda ilk olarak yürürlüğe girdiği 1871 tarihinden itibaren suça katılanlar arasında fail ve şerik ayrımına gidilmiştir. Kanunun 25. maddesinde doğrudan, dolaylı ve müşterek olmak üzere faillik çeşitlerine yer verilmiş. Şeriklik halleri ise 26. maddede azmettirme ve 27. maddede yardım etme olarak düzenlenmiştir⁴⁹².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da Alman ceza kanunuyla benzer şekilde 37. maddede faillik türleri, 38. maddede azmettirme, 39'da ise yardım etme düzenlenmiştir. Fiili doğrudan gerçekleştirenler veya bir başkasını araç olarak kullanan kişiler kanunda fail olarak adlandırılmıştır. Azmettiren ise öğretide suç işleme fikri olmayanı suç işlemeye karar verdiren kişi olarak tanımlanmıştır. Kişinin bir suça azmettiren olarak sorumlu tutulması için bazı şartları sağlaması gereklidir. Azmettirmede önemli olan fiili gerçekleştirenin suç işleme hususunda bir düşüncesi

⁴⁹⁰ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.593; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446, Jescheck - Weigend, s.685; Gropp, s.380; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.136.

⁴⁹¹ “Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.”

⁴⁹² Kindhäuser, s.381.

yokken kişinin onu suç işlemeye karar verdirmesidir⁴⁹³. Azmettiren suç işleme iradesini hiç suç işleme fikri olmayan faile bir anlamda nakletmektedir⁴⁹⁴. Aksi halde yani suç işleme fikri zaten mevcut olan birinin teşvik edilmesi halinde azmettirme değil yardım etme söz konusu olacaktır. Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak fiillerini gerçekleştiren kişiler ise TCK 39 gereği yardım eden olarak sorumlu tutulurlar⁴⁹⁵.

Azmettirme ve yardım etmenin bu maddi şartların yanı sıra sübjektif bir şartı da sağlaması gereklidir⁴⁹⁶. Zira şeriklerin katkı sağladıkları fiilden sorumlu tutulmaları için azmettirme ve yardım etme hareketinin yanında gerek failin gerçekleştirdiği fiilin maddi unsuruna ilişkin gerek kendi hareketine ilişkin kastının olması gerekmektedir. Bu iki yönlü kast öğretide şerikliğin çifte kastı (*doppelter Teilnehmervorsatz*) olarak adlandırılmıştır⁴⁹⁷.

Bağlılık kuralında esas olan kanunda tanımlanan fiili gerçekleştirendir. Suça katılan şeriklerin cezalandırılması asıl fiili gerçekleştiren failin gerekli şartları sağlamasına bağlıdır; söz konusu şartların sağlanmadığı durumlarda suça katılanı sorumlu tutma imkânı yoktur. Bu nedenle bağlılık kuralı suça katılanların meydana getirdikleri failin fiilinden bağımsız haksızlığı dikkate almadığı gerekçesiyle

⁴⁹³ “(...) 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda benimsenen yeni suç teorisine göre azmettiren "fail" değil "şerik" konumundadır. Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanmasıdır. Eğer kişi daha önce suçu işlemeye karar vermiş ise, bu takdirde azmettirme olmaz, artık manevi yardım olabilir. (...)” YCGK E. 2009/1-251 K. 2010/25 T. 16.2.2010 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁴⁹⁴ “(...) Azmettiren suçun ilk ve etkili kişisidir. Azmettirmek (asli- manevi iştirak) başkasını suç işlemeye azmettirenin suça katılım biçimidir. Suçun sebebi, suç işlemeye niyeti azmettirilene nakledilmektedir. Böylece işlenmiş suçlarda suçu işleyen faaliyet gerisinde suça sebep olan yani azmettiren kimse bulunur. Faildeki suç fikir ve kararı münhasıran azmettirenin eseridir.(...)” YCGK E. 1987/1-590 K. 1988/72 T. 7.3.1988 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁴⁹⁵ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.611; **Koca - Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.463.

⁴⁹⁶ **Koca - Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.455, 467; **Centel – Zafer – Çakmut**, s.483; **Toroslu**, s.292; **Ebert**, s.211; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.172; **Jescheck – Weigend**, s.695.

⁴⁹⁷ **Tofahrn, Sabine**, Strafrecht Allgemeiner Teil II, s.127.; **Ebert**, s.211; **Gropp**, s.388.

eleştirilmektedir⁴⁹⁸. Bağlılık kuralını savunan *Roxin* bağımsız haksızlık unsurunun suça katılanın çifte kastı vasıtasıyla göz önünde bulundurulduğunu ifade etmiştir⁴⁹⁹. Suça katılana özgü bir kast çeşidi olan çifte kast (*doppelter Teilnehmervorsatz*), şerikin failin fiiline ilişkin kastı ve fiile katılmaya ilişkin kastı olmak üzere iki koldan oluşmaktadır⁵⁰⁰. Şerikin asıl fiile ilişkin kastı, suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları yani fiilin haksızlık tipini oluşturan tüm unsurları kapsmalıdır. Suça katılanın buna ek olarak failin fiiline katıldığına ilişkin kastının da bulunması şarttır⁵⁰¹.

1. İştirak İradesi

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği kural olarak herkes kendi fiilinden sorumludur. İştirak hükümleri ile tipik hareketi gerçekleştirilmeyen yalnızca nedensel katkı sağlayan şerikler de failin fiiline bağlanmakta ve bu fiile bağlı olarak sorumlu tutulmamaktadır. Şahsilik ilkesinin bir istinası olan bu durum, şerikin fail ile birlikte suç işleme kararına, suç teşkil eden fiile katılma iradesine dayanmaktadır. İştirak iradesi, suça katılanların bağımsız hareketlerinin bir bütün içinde değerlendirilerek birbirine bağlanmasını ve dolayısıyla kişinin kendi hareketi dışında asıl suç teşkil eden fiilden sorumlu tutulmasını sağlayan birlikte suç işleme kararıdır⁵⁰². İştirak iradesi bulunmadan suça katkıda bulunan kişinin asıl fiile bağlı sorumluluğundan bahsedilemezken, aynı katkıyı suç teşkil eden fiile katılma iradesiyle gerçekleştiren kişinin asıl fiile bağlı olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁰³. Örneğin; evde çalışan hizmetçiyi akşam hırsızlık için eve geleceklerden habersiz kapıyı açık bırakması halinde hırsızlık suçundan sorumlu tutmak mümkün değilken, aynı hareketi hırsızlık suçuna katkı sağlamak iradesiyle yapması halinde ise hırsızlığa yardım eden olarak sorumlu tutmak gerekecektir

İştirak iradesi suça katkı sağlayanın sağladığı katkının bilincinde olması gerektiği anlamını taşımaktadır. Yani şerik failin fiiline kasten katılmalıdır. Alman ceza

⁴⁹⁸ **Tofahrn**, Strafrecht Allgemeiner Teil II, s.127.

⁴⁹⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.137.

⁵⁰⁰ **Tofahrn**, Strafrecht Allgemeiner Teil II, s.127; **Ebert**, s.211; **Gropp**, s.388.

⁵⁰¹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.455; **Erdem**, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, s.214; **Jescheck – Weigend**, s.695.

⁵⁰² “Müteaddid şeriklerin birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün içinde birleştiren, bağlayan koşul iştirak iradesidir.” YCGK E.2000/1-43 K.2000/47 T.7.3.2000 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁵⁰³ **Zafer**, s.314.

kanunu azmettirmeye ve yardım etmeye ilişkin maddelerinde *kasten* bir başkasını azmettiren ve *kasten* bir başkasına yardım eden ifadelerine yer vermiştir⁵⁰⁴. TCK'da suçların kural olarak kasten işlenmesi, taksirin ise bir istisna⁵⁰⁵ olması nedeniyle azmettiren ve yardım edene ilişkin maddelerde kasten ibaresine yer verilmese de suça katkı sağlayanın sağladığı katkının bilincinde olması dolayısıyla kasten hareket etmesi gerektiği açıktır. Öğreti⁵⁰⁶ ve uygulama⁵⁰⁷ da bu hususta hemfikirdir. Şerikin failin hareketini öngörmesi ve kabullenmesi yani olası kast ile hareket etmesi halinde de iştirak iradesinin varlığı söz konusudur. Dolayısıyla şerik olası kast ile katıldığı fiillerden de sorumludur⁵⁰⁸.

Alman Federal Mahkemesi, şerikin bir başkasının kasten gerçekleştirdiği hukuka uygun olmayan fiile dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak katkı sağlaması halinde kişinin taksirli sorumluluğunun ortadan kalkmadığını savunmuştur⁵⁰⁹. StGB'ye göre suça katılmak ancak kasten gerçekleşebileceğinden taksirle kasten ve hukuka aykırı fiile katkı sağlayanların fiilin taksirli halinden sorumlu tutulmaları gerektiği ifade edilmiştir.

Bizce taksirli hareketle kasten ve hukuka aykırı bir fiille katkı sağlayan kişinin ceza sorumluluğuna gidilmemelidir. Aksi halde taksirli davranan kişiye kendisinden sonra bir başkasının hukuk düzenine aykırı davranışta bulunacağını öngörme zorunluluğu yüklemek gerekecektir. Oysa ki birden çok kişinin katkısıyla gerçekleşen taksirli suçlar için uygulamada kabul edilen güven ilkesi (*Vertrauensgrundsatz*) kasten ve hukuka aykırı fiile taksirle katılan için de geçerli olmalıdır⁵¹⁰. Güven ilkesine göre

⁵⁰⁴ **StGB § 26 Anstiftung:** Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer *vorsätzlich* einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

StGB § 27 Beihilfe: Als Gehilfe wird bestraft, wer *vorsätzlich* einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (...)

⁵⁰⁵ **Koca - Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.180; **Ebert**, s.162

⁵⁰⁶ **Koca - Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.455; **Jescheck – Weigend**, s.695.

⁵⁰⁷ “(...) *Azmettirenin kasten hareket etmesi gerekir. Bu kastın, failde belli bir suçu işleme hususunda karar oluşturmayı, suçun bu kişi tarafından işlenmesi hususunu ve azmettirilen suçun kanuni tanımındaki unsurlarını kapsamaması gerekir. (...)*” YCGK E. 2009/1-251 K. 2010/25 T. 16.2.2010 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁵⁰⁸ **Koca - Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.456; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.172; **Gropp**, s.390

⁵⁰⁹ **Roxin**, Strafrecht Allgemeine Teil Band I, s.1072, **Jescheck - Weigend**, s.573.

⁵¹⁰ “(...) *Diğer yandan birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda, taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her*

birden çok kişinin katkısıyla gerçekleşen suçlarda her bir katılanın diğerlerinin hukuka uygun davranacağına güvenerek hareket ettiği kabul edilir. Buna bağlı olarak da her katılan yalnızca kendi kusurlu davranışından sorumlu olur⁵¹¹. Bizce de her ne kadar kişi taksirli hareketiyle kasten ve hukuka aykırı bir fiile nedensel katkı sağlamış olsa da ceza sorumluluğunun sınırlarının bu derece genişletilmemesi gerekmektedir⁵¹².

Bir diğer tartışma ise failin kasten gerçekleştirdiği suça bilinçli taksirle katılmasına ilişkindir. Failin kasten ve hukuka aykırı fiiline neticeyi öngörmesine rağmen katılan ancak neticenin gerçekleşmesini istemeyen, gerçekleşmeyeceğine güvenen şerikin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bilinçli taksirle suça katkı sağlayanın sorumluluğuna ilişkin tartışmaların temelinde bilinçli taksirin niteliği hakkındaki görüş ayrılıkları yatmaktadır⁵¹³. Kişinin neticeyi öngörmesi halinde taksir söz konusu olamayacağını dolayısıyla bilinçli taksirin kastın bir şekli olduğunu ifade eden yazarların görüşünden hareket edilirse⁵¹⁴; bilinçli taksirle suça katkı sağlayanın cezalandırılması şarttır. Zira kasten ve hukuka aykırı davranan failin fiilinin neden olacağı neticeyi öngörmüş ve buna karşın fiile nedensel katkı sağlamıştır. Biz de neticeyi öngörmesine rağmen katkı sağlayan kişinin haksızlığa katıldığı ve cezalandırmasının şart olduğu görüşündeyiz. Ancak kanun koyucunun bilinçli taksir halini taksirin bir şekli kabul ettiği açıktır⁵¹⁵. Taksirli hareketin istisnai bir hal olduğu ve taksirli hareketle bir suça katkı sağlayanın failin fiiline bağlı olarak şerik olarak sorumlu tutulmasının ceza sorumluluğunu genişleteceği kanaatindeyiz. Bu nedenle temel kurala uygunluk sağlanması açısından bilinçli taksirle suça katkı sağlayanın da aynı taksirle katkı sağlayan gibi failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmayacağı ancak kendi kusuruna göre sorumlu tutulacağı görüşündeyiz.

biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur. (...)" YCGK E. 2000/9-104 K. 2000/110 T. 16.5.2000 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁵¹¹ **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449; **Welzel**, Das Deutsche Strafrecht s.113; **Maurach - Gössel - Zipf**, s.379; **Jescheck**, s.594; **Bloy**, s.243, **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.367; **Ebert**, s.206.

⁵¹² **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.186

⁵¹³ **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s.186vd.

⁵¹⁴ **Koca - Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.189; **Özgenç, İzzet**, "Bilinçli Taksir" Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.722.

⁵¹⁵ **TCK Madde 22/3 Taksir** :

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

İştirak iradesinin varlığından söz edilebilmesi için suça katılanlar arasında önceden yapılmış bir anlaşma olması aranmaz. Somut olaylarda çoğunlukla suça katılanlar arasında önceden belirli bir suçun işlenmesine ilişkin bir anlaşma olmakta ve şerikler bu anlaşma çerçevesinde suça katılmakta ise de bu anlaşma iştirak iradesinin varlığı için şart değildir. Suça katılanın tek taraflı olarak suç teşkil eden fiile katkı sağlama iradesi iştirak iradesinin varlığı için yeterlidir, iradenin karşılıklı olmasına gerek yoktur⁵¹⁶. TCK'nın failliği düzenleyen 37. maddesinin gerekçesinde de “*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.*” ifadesi ile tek tarafın iradenin varlığının iştirak için yeterli olduğu belirtilmiştir. İştirak iradesi, suça katkı sağlayanların tamamının birlik halinde hareket etmesini kapsayan bir ortak karar, ortak irade değildir. Suça katkı sağlayanların her birinde var olan katkı sağlama iradesi kendisinin sorumlu tutulması için yeterlidir⁵¹⁷.

Suçta katılanlar arasında önceden bir anlaşma yapılmış olmasına gerek yoktur ancak iştirak iradesinin fiil başlamadan önce veya en geç fiilin icrası sırasında ortaya çıkması şarttır⁵¹⁸. Fiil tamamlandıktan sonraki davranışlar, ancak fiil başlamadan önceki veya en geç fiilin icrası sırasındaki kastın tespitine ilişkin ölçütler olarak değerlendirilebilir⁵¹⁹. Fail fiili tamamladıktan sonra iştirak iradesinin ortaya çıkması mümkün değildir. Esasen bu durum niceliksel bağlılık kuralının da doğal bir sonucudur. İştirak suçun gerçekleşmesinde nedensel katkı sağlamayı gerektirdiğinden, suç

⁵¹⁶ Centel – Zafer -Çakmut, s.480

⁵¹⁷ “(...) Ancak iştirak iradesi, iradelerin birleşmesi şeklinde anlaşılmalıdır. İştirak iradesinin mevcudiyeti için, her şerikin diğer faillerle birlikte belirli bir suçun işlenmesine katıldığını bilmesi gerekir. (...)” YCGK E.2000/1-43 K.2000/47 T.7.3.2000 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁵¹⁸ “(...) Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşırsa da suça katılma düzeyinin saptanması için, eylemin bir evresindeki durumun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra edilmiş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm kanıtların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, suç kastının mutlaka belli bir aşamada oluşması gerekmediği gibi, iştirak iradesinin de suç tamamlanuncaya kadar her aşamada oluşması mümkündür. (...)” YCGK E. 2008/1-232 K. 2009/2 T. 20.1.2009 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

⁵¹⁹ “(...) Kast failin iç dünyasını ilgilendirmektedir. Sanığın olay öncesi, olay sırasında ve olaydan sonraki davranışları kastının belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır. (...)” YCGK E. 2005/1-131 K. 2005-167 T. 27.12.2005 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

tamamlandıktan sonra yapılan, suçun gerçekleşmesine etki etmeyen katkılar iştirak hükümlerine göre cezalandırılmazlar⁵²⁰.

Suçun tamamlanmasından sonra yapılan suç eşyasını satın almak veya suç işleyene araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlama şeklinde katkı sağlayan ise işlenen suça iştirakten değil “suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi” veya “suçluyu kayırma” gibi bağımsız suçlardan sorumlu tutulurlar.

2. Failin Fiiline İlişkin Kast

Şerikliğin çifte kastı olarak adlandırılan ikili kastın ikincisi ise suça katılanın, failin gerçekleştirdiği fiile ilişkin kastını yani asıl fiilin unsurlarına ilişkin kastını kapsamaktadır. Şerikin kastı asıl fiilin tüm maddi unsurlarının yanı sıra manevi unsurunu da kapsamalıdır. Suça katılan, failin hareketinin bu hareketinin neticesinin ve hareket ile netice arasındaki bağın bilincinde olmalı ve bu bilinç ile failin fiiline katkı sağlamalıdır. Aksi takdirde şeriki failin fiiline bağlamak dolayısıyla da cezalandırmak mümkün değildir. Yargıtay; ağabeyi ile bir süredir görüştüğü kız arasında haberleşmeyi sağlayan küçük kardeşin ağabeyinin kızı zorla kaçırmaya kalkışması olayında şerik olmadığına hükmetmiştir⁵²¹. Olayda fail (ağabey) genç kızı hukuka aykırı olarak bir yere gitmek hürriyetinden yoksun bırakarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiştir. Kasten işlenen ve hukuka aykırı fiilin icra hareketlerine de başladığından sınırlı bağıllık kuralının niteliksel ve niceliksel şartları gerçekleşmiştir. Genç kıza ağabeyinin bulunduğu yere gitmesi için haber götüren kardeşin failin fiiline nedensel katkı sağladığı da aşikârdır. Fakat kardeşin kastı ağabeyin fiilinin maddi unsurlarının tamamını kapsamamaktadır. Kardeş failin hareketinin bu hareketinin neticesinin ve hareket ile netice arasındaki bağın bilincinde değildir. Bu nedenle her ne kadar genç kıza hürriyetinden yoksun kılma fiiline nedensel katkı sağlamış olsa da kardeşi şerik olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. Oysa ağabeyin evlenme teklifinde bulunup teklifinin kabul edilmemesi halinde kaçırma planı kardeşin bilgisi dâhilinde olsa idi kardeşin

⁵²⁰ Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.424.

⁵²¹ Y5CD E. 2004/2068 K. 2006/842 T. 15.2.2006 (Kazancı) (Erişim Tarihi: 17.05.2014).

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekecekti.

Şerikin kastının asıl fiilin manevi unsurunu kapsamaması, şerikin failin kasten hareket ettiğinin bilincinde olması anlamına gelmektedir⁵²². Zira sınırlı bağlılık kuralı gereği ancak kasten işlenen suçlara şerik olarak katılmak mümkündür. Şerikin bir fiilden sorumlu tutulması fail ile fiil arasındaki manevi bağın bilincinde olmasına bağlıdır. Bu bağ ise taksirli suçlara iştirak mümkün olmadığından kasttır. Bu nedenle şerik ancak failin kasten hareket ettiğini biliyorsa fiilden sorumlu tutulabilir. Fail kasten hukuka aykırı bir fiili gerçekleştiriyor ancak failin kastı şerikin bilgisi dışında ise şerikin cezalandırılması mümkün değildir. Failin kasten hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirdiğini veya gerçekleştireceğini öngörmesi gerekli olduğu halde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak öngörmeyen yani kasıtlı suça taksirli hareketle katkı sağlayan şerik de cezalandırılmayacaktır. Örneğin; hasmını öldürmek isteyen silah sağlayan kişi göstermekle yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstermeyerek faile yardım ettiğinde cezalandırılmayacaktır. Taksirli hareketle kasten ve hukuka aykırı bir fiile katkı sağlayan kişinin ceza sorumluluğunun aranmamasının sebebi; taksirli davranan kişiyi kendisinden sonra bir başkasının hukuk düzenine aykırı davranışta bulunacağını öngörme yükümlülüğü altına sokmanın ceza sorumluluğunu fazlasıyla genişletecek olmasıdır⁵²³. Güven ilkesi gereği silahı temin edenin failin hukuka uygun davranacağına güvenerek hareket ettiği kabul edilir ve bu nedenle göstermekle yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstermeyerek faile yardım eden cezalandırılmaz.

Şerikin kastının kapsamı ile ilgili bir başka önemli husus, şerikin yanılarak failin kasıtlı davrandığını düşünmesi durumunda şerikin sorumluluğunun belirlenmesidir. Failin asıl fiili kasten gerçekleştirmediği ancak suça katılanın failin kasten hareket ettiğine aldanarak katkı sağladığı durumlarda şerikin sorumluluğunun nasıl belirleneceği tespit edilmelidir. Suça katılanın yanılarak failin kasıtlı davrandığını düşünmesi durumunda, katılan neticeyi öngörmekte, istemekte ve gerçekleşmesi için katkı sağlamaktadır. Örneğin; A arkadaşı B'nin kocasını öldürmek için istediğini

⁵²² **Koca - Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.467; **Ebert**, s.212; **Jescheck - Weigend**, s.688; **Kindhäuser**, s.215.

⁵²³ **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.186

düşünerek zehir temin etmiş, evdeki haşereyi öldürmek için aldığı zehri mutfak masasına koyan B'nin dikkatsizliği sonucu kocası C ölmüştür. Suça katılan A açısından gerçekleşmesi için katkıda bulunduğu yardım ettiği netice gerçekleşmiştir. Ancak bu netice failin taksirli hareketi sonucunda gerçekleştirmiştir. Fiili doğrudan gerçekleştiren fail taksirli suçtan sorumlu olacaktır. Fiilin gerçekleşmesi için nedensel katkı sağlayan A ise ancak failin fiiline bağlı olarak sorumlu tutulabilir. Sınırlı bağlılık kuralının kasten ve hukuka aykırı fiil şartı gereği; kasten gerçekleşen bir fiil olmadığından A'nın şerik olarak sorumlu tutulması mümkün değildir⁵²⁴. Fiili doğrudan gerçekleştiren fail taksirli suçtan sorumlu tutulurken şerikin sorumlu tutulması için farazi kasta dayanılarak asıl fiilin kasten gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir⁵²⁵. Bu nedenle A öngördüğü ve gerçekleşmesini istediği neticeye nedensel katkı sağlamış olmasına karşın cezalandırılmayacaktır⁵²⁶.

Fiilin maddi ve manevi unsurlarının yanında hukuka aykırılık unsuru da şerikin kastının kapsamındadır. Failin hareketinin hukuka aykırılık teşkil ettiğinin bilincinde olmayan şerikin asıl fiile bağlı olarak sorumlu tutulması mümkün değildir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata hallerinden hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata yani yasak hatası halinin suça katılan açısından var olması durumunda sorumluluğun nasıl belirleneceği tespit edilmelidir. Yasak hatası kişinin subjektif durumu ile norma ait objektif durum arasında bir uyumsuzluğa dayanmaktadır⁵²⁷. Öğretide hâkim görüş⁵²⁸ yasak hatasının kusuru etkilediği kanaatindedir. Bu nedenle de failin yasak hatasında düşmesi halinde şerikin sorumluluğu kendi kusuruna göre belirlenecektir. Failin hukuka uygunluk nedenlerinde yanılığa düşme hallerini sınırlı bağlılık kuralının şartlarından hukuka aykırılık başlığı altında ele almıştık. Bu nedenle bu kısımda yalnızca şerikin asıl fiilin hukuka aykırılığı hususunda hataya düşmesi halini inceleyeceğiz.

⁵²⁴ Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, s.195.

⁵²⁵ Jescheck, s.594.

⁵²⁶ Jakobs, s.685.

⁵²⁷ Koca - Üzülmöz, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, s.43.

⁵²⁸ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.532; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.325; Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.436; Demirbaş, s.388.

Şerikin düşeceği yanılığardan ilki; failin fiilinin hukuka uygun olmasına karşın şerikin yanılarak katkı sağlaması yani şerikin hukuka aykırı bir fiile katkı sağlama iradesiyle hukuka uygun bir fiile katılması durumudur. Örneğin; eve gelen kuyumcunun çırağını hırsız zanneden hizmetlinin hırsıza yardım etmek iradesiyle kuyumcu çırağına tadilata gidecek mücevherleri vermesi durumunda; çırağın ev sahibinin rızasıyla mücevherleri alma fiili hukuka uygundur ve bu nedenle cezalandırılmayacaktır. Hizmetli ise hukuka aykırı bir fiile katkı sağlamak iradesiyle yardım etmiştir. Hizmetlinin ortaya çıkardığı tehlikelilik hususunda şüphe yoktur. Ancak suça katılanların bir haksızlığa katkı sağladıkları, haksızlığın meydana gelmesine nedensel olarak katıldıkları için cezalandırıldığı göz önüne alındığında hizmetli de cezalandırılmamalıdır. Zira katkı sağlayacağı bir haksızlık yoktur. İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan kasten ve hukuka aykırı fiil şartı gerçekleşmediğinden hukuka aykırı bir fiile katkı sağlama iradesiyle hukuka uygun bir fiile katılan şerik cezalandırılmaz.

Hukuka aykırılık hususunda şerikin düşeceği ikinci hata hali ise; failin hukuka aykırı fiiline hukuka uygun olduğu yanılığısıyla katılmasıdır. İlk hata halinde failin fiili başlangıçtan itibaren hukuka uygun olduğundan sınırlı bağlılık kuralının hukuka aykırı fiil şartı gerçekleşmez ve şerik cezalandırılmaz. Oysa şerikin hukuka aykırı fiile hukuka uygun olduğu yanılığısıyla katkı sağlaması durumunda, iştirak için gerekli olan bağlılık kuralının kasten ve hukuka aykırı fiil şartı gerçekleşmiştir. Ancak şerik katkı sağladığı fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde değildir. Bağlılık kuralının tüm şartlarının sağlandığı bu durum şerikin kusuruna ilişkin inceleme ile çözümlenmelidir. TCK'nın 40. maddesinde *“Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”* ifadesi ile iştirake ilişkin şartlar tamamlandıktan sonra şerikin kendi kusuruna göre sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Şerikin kusurlu sayılması için hukuk düzenine uygun davranma imkânına ve yeteneğine sahip olmasına rağmen tercihini hukuk düzeniyle çatışmadan yana kullanması gerekir⁵²⁹. Katkı sağladığı fiilin haksızlık

⁵²⁹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.326; **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, s.886; **Ebert**, s.96.

teşkil ettiğinin bilincinde olmayan şerikin tercihini hukuk düzenine uygun davranmaktan yana kullanma şansı yoktur. Zira hukuk düzeniyle çatışma halinde olduğunun bilincinde değildir. Bu nedenlerle bizce hukuka aykırı fiile hukuka uygun olduğu yanılığısıyla katılan şerik yanılığısından yararlanır.

3.Şerikin Sorumluluğunun Belirlenmesinde Özel Durumlar

A. Failin Fiilinin Şerikin Kastıyla Uyuşmadığı Durumlar

Şeriklerin sorumluluğunun kapsamını değerlendirirken failin işlediği suçun şerikin işlenmesine azmettirdiği yahut yardım ettiği suçtan daha ağır veya tamamen başka olması durumlarını ayrıca ele almak gerekir. Bu durumlarda fail şerikin iştirak iradesiyle katkı sağladığı fiilden farklı bir fiili gerçekleştirmekte, şerik ise bu fiile katkı sağlamış olmaktadır. Bu farklı fiil, şerikin katılma iradesine uygun fiilin nitelikli hali veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olabileceği gibi söz konusu suçtan tamamen bağımsız farklı bir suç da olabilir.

Failin fiilinin şerikin kastıyla uyuşmadığı bir başka durum ise failin şerikin kastını aşmadığı bilakis şerikin kastının daha azını işlediği hallerdir. Bu durumlarda çoğa ilişkin kastın azı kapsamı dolayısıyla failin gerçekleştirdiği fiil suçun şerikin katılmak istediği halinden daha az cezayı gerektiren hali ise şerikin iştirak kastının bu daha az cezayı gerektiren hali de kapsadığı kabul edilerek şerik sorumlu tutulur. Ancak uyuşmazlığın suçun niceliğine ilişkin olması gerekmektedir. Kast niteliksel yönden aşıldığında yani başka bir suç işlendiğinde suç teşkil eden fiiller arasında az cezayı gerektiren suç-çok cezayı gerektiren suç ayrımı yapılarak çoğa ilişkin kastın azı kapsadığı teorisinin uygulanması mümkün değildir.

Fail şerikin iradesinden tamamen ayrılarak başka bir suç işlediğinde nitelik yönünden şerikin kastını aşma söz konusu olacaktır. Failin şerikin iradesinden tamamen ayrılarak başka bir suç işlediği durumlara örnek olarak; şerik failin hırsızlık suçunu işleyeceği inancıyla ona silah temin ettiği halde failin bu silahla yağma suçunu işlemesi, azmettirenin iradesinin tehdit suçuna yönelik olmasına rağmen failin mağduru yaralaması, şerik bir kimseyi bir eşyayı parçalamaya azmettirdiği halde failin eşyayı çalması durumları gösterilebilir. Bu durumlarda şerik, failin gerçekleştirdiği suçtan

sorumlu olmayacaktır⁵³⁰. Her üç örnek açısından da failin fiilinin kasten ve hukuka aykırı olduğuna şüphe yoktur. Fiillerin hepsi tamamlanmış olduğundan bağlılık kuralının nicelik şartı da sağlanmıştır. Ancak şerikin kastı failinin fiiline ilişkin değil başka bir suç teşkil eden fiile ilişkindir. Şerikin katılma iradesiyle katkı sağladığı fiil ise gerçekleşmemiştir. Niceliksel bağlılık kuralına göre şeriklerin cezalandırılması için asıl fiilin tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir. Örneklerde şeriklerin katkı sağladıkları suçlar; hırsızlık, tehdit ve mala zarar verme olup her üçü de akim kalmıştır. Bu durumda şerikler teşebbüs aşamasına dahi varmamış hırsızlık, tehdit ve mala zarar verme suçlarından sorumlu olmayacaktır. Failerin gerçekleştirdiği; yağma, kasten yaralama ve hırsızlık suçları açısından ise şeriklerin kastı yoktur. Şeriklerin gerçekleşen neticeler açısından taksirinin olduğunun kabulü halinde ise şerikin failin fiiline ancak kasten katılabileceği unutulmamalıdır. Taksirli hareketle kastı ve hukuka aykırı bir fiile katkı sağlayan şerikin güven ilkesi gereği ceza sorumluluğuna gidilmeyecektir. Buna göre fail nitelik yönünden şerikin kastını aştığında ve şerikin iştirak iradesinden ayrılarak farklı bir suç işlediğinde şerik sorumlu tutulmayacaktır.

Şerik temel suça azmettirdiği yahut yardım ettiği halde failin daha ağır bir neticeyi gerçekleştirdiği veya temel suçun nitelikli halini gerçekleştirdiği halde nicelik yönünden aşmadan bahsedilir.

⁵³⁰ “Sanıklarda, adam öldürme konusunda, soyguna başlamadan önce verilmiş bir irade birliği bulunmamaktadır. Önceden aralarında bu konuda anlaşmamışlar, sadece bankayı soymayı planlamışlar, soygunla ilgili fikir birliğine varmışlardır. Sanık Abdullah'ın diğer iki sanıkta silah bulunduğunu bilmesi, onların bu silahla isleyebilecekleri tüm suçları, onlarla birlikte bulunmakla önceden kabul ettiği, silahlı sanıklara manevi destek olduğu şeklinde kabul edilemez. Zira, önceden iştirak iradesi olmadığı gibi suçun icrası sırasında ‘müzaheret ve muavenet’de bulunmamaktadır(...) Gelenlerin korkutulması maksadıyla verilen silahın amaç asılarak adam öldürme suçunda kullanılması halinde, silahı verenin öldürme fiiline iştirakinden söz edilemez. (...) Yani suça katılanlar önceden, belli bir suçu isleme konusunda aralarında anlaşmalı, irade birliğine varmalıdırlar. Kararlaştırılan bir suç islenirken, faillerden birisinin diğerlerinden habersiz bir başka suçu daha işlemesi halinde ise önceden anlaşma olmadığı için, ikinci failin icrasına yardım etmeyen diğer failer, bu suçtan sorumlu tutulamazlar.” YCGK, E. 1994/1-320 – K. 1994/347, bkz. YKD, 1995, C. 21, S. 8, s.1286 -1290; Benzer karar: “Sanıkların iştirak iradeleri gasp suçuna ilişkindir. Sanık A, diğer sanık C ile vardıkları iştirak iradesi dışına çıkarak yeni ve değişik bir kasıtlı öldürme olayını gerçekleştirmiştir. O halde sanık C'nin öldürme eylemine katıldığı kabul edilemez.” YCGK 14. 10.1991, E.1-193 – K. 269. Karar için bkz. **Malkoç, İsmail**, Son Değişiklikler ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Madde 1-181, Ankara 2002, s.675.

B. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça İştirak

Genel olarak, suçun varlığı için kanuni tipte öngörülenden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi halinde cezası artırılan suçlara, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar denir⁵³¹. TCK 23'e göre; “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*” Görüldüğü üzere TCK'nın 23. maddesi gereğince failin ağır neticeden sorumlu tutulması ancak en azından taksirinin varlığı halinde mümkündür. Bununla birlikte şerik kasten gerçekleşen temel suçun işlenmesine azmettirdiği veya yardım ettiği halde ortaya çıkan neticenin daha ağır olması halinde şerikin bu neticeden sorumlu olup olmayacağı tartışılmaya muhtaçtır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun düzenlediği StGB 18⁵³², “fail veya şerik” (*Täter oder den Teilnehmer*) ifadesine yer vererek ağır netice bakımından taksirinin bulunması halinde şerikin de sorumlu olmasını sağlamaktadır. TCK 23'de ise “kişi” ibaresine yer verilmiştir. Öğretide kanunun “kişi” ibaresini kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu ve “kişinin” ibaresinin hem faili hem şerikleri kapsadığı kabul edilmektedir⁵³³. Buna göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından şerikler de ortaya çıkan ağır neticelerden taksirlerinin varlığı halinde sorumlu olacaklardır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan şerikleri sorumlu tutacak ise öncelikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun manevi unsurunu belirlememiz şarttır. Zira yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere taksirli suçlara iştirak mümkün değildir⁵³⁴. Bu sonuca gerek taksire ilişkin TCK 22/5'de yer alan birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusurundan sorumlu olması hükmünden gerek iştirak için kasten işlenmiş bir fiilin varlığını arayan bağıllık kuralına ilişkin TCK 40'dan ulaşmak

⁵³¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.361; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.231; Demirbaş, s.371; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.274.

⁵³² *StGB § 18 Schwerere Strafe bei besonderen Tatfolgen: Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.*

⁵³³ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.368; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.469.

⁵³⁴ Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, s.113; Maurach - Gössel - Zipf s.379; Jescheck, s.594; Bloy, s.243, Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s.367; Ebert, s.206.

mümkündür. Bunun yanında şerikliğin sübjektif şartı gereği bir suça taksirli hareketle katılmakta aynı şekilde ihtimal dışıdır⁵³⁵. StGB'nin tanımlara ilişkin 11. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kasten işlenmiş suçlar olarak kabul edileceği ifade edilmiştir⁵³⁶. Bu nedenle Alman öğretisinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların manevi unsuruna ilişkin bir tartışma yoktur. Fakat TCK'da benzer bir düzenleme olmaması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların manevi unsurunun belirlenmesi hususunda öğretilerde farklı görüşlerin öne sürülmesi sonucunu doğurmuştur⁵³⁷. Bizce, konuyu özellikle bağlılık kuralı ve şerikin sorumluluğunun belirlenmesi açısından ele aldığımızda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda esas olanın kasten gerçekleştirilen temel suç tipi olduğunun kabulü gerekir. Ağır netice ise cezayı ağırlaştıran bir unsur niteliğindedir⁵³⁸. Bu ağırlaştırıcı unsurun uygulanabilmesi için ise kanun hem failin hem şerikin ağır sebep bakımından en azından taksirini aramaktadır. Ağır netice bakımından aranan bu taksir, suçun taksirli bir suç olduğu anlamı taşımamaktadır. Dolayısıyla temel suçun kasıtlı olmasıyla sınırlı bağlılık kuralının kasten ve hukuka aykırı fiil şartı sağlanmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kasten gerçekleşen suçlar olduğunun, ağır neticenin ise suçun bir unsurunu oluşturduğunun kabulü halinde ağır neticeden şeriklerin sorumlu tutulmasında bağlılık kuralına bir ayrılık yoktur. Ancak suçun manevi unsurunun açıkça belirlenmesi açısından StGB'de yer alan hükme benzer bir düzenlemenin kanunda yer alması neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak sorunun çözümünde etkili olacaktır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin temel suçu kasten gerçekleştirmesinin yanında ağır netice açısından da kastının olması mümkündür. Failin hem temel suça hem ağır neticeye yönelik kastının bulunduğu bu haller öğretilerde kast-kast kombinasyonu olarak ifade edilmektedir⁵³⁹. Kast- kast kombinasyonunun söz konusu olduğu hallerde şerikin kastı yalnız temel neticeye yönelik ise fail şerikin kastını

⁵³⁵ **Koca - Üzülmaz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.455; **Erdem**, “Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı”, s.214; **Jescheck – Weigend**, s.695.

⁵³⁶ **StGB § 11/2 Personen- und Sachbegriffe** : (2) *Vorsätzlich im Sinne dieses Gesetzes ist eine Tat auch dann, wenn sie einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, der hinsichtlich der Handlung Vorsatz voraussetzt, hinsichtlich einer dadurch verursachten besonderen Folge jedoch Fahrlässigkeit ausreichen läßt.*

⁵³⁷ Bu hususdaki tartışmalar için bkz: **Kaymaz, Seydi**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu” TBBD, S.8, 2005, s.80-82.

⁵³⁸ **Koca - Üzülmaz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.239.

⁵³⁹ **Koca - Üzülmaz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.235.

kasten aşmaktadır. Bu durumda failin şerikin kastını nitelik yönünden değil nicelik yönünden aştığının kabulü gerekir. Ancak şerikin iradesinden tamamen ayrılarak başka bir suç işlediğinde ortaya çıkan nitelik yönünden aşmadan farklı olarak bu durumda fail, şerikin katılma iradesinin olduğu fiili gerçekleştirmekte ve bunun yanında kast ettiği daha ağır bir neticeye sebep olmaktadır. Bu durumda TCK 23'ün bağlılık kuralına sağladığı yumuşama gereği şerikin taksiri incelenmelidir. Eğer şerikin ağır netice bakımından taksiri bulunursa TCK 23'e göre ağır neticeye iştiraktan de sorumlu tutulacaktır.

Kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu hallerde ise failin kasten gerçekleştirdiği fiil daha ağır bir netice ile sonuçlanmakta ve fail bu netice açısından taksirle hareket etmektedir. Dolayısıyla kast- kast kombinasyonunda şerikin kastını aşan fail, kast- taksir kombinasyonunda hem kendi kastını hem şerikin kastını aşmaktadır. Bu durumda yukarıda da bahsettiğimiz gibi gerek failin gerek şerikin ağır neticeden sorumlu olması TCK 23 gereği, neticenin öngörülebilir olmasına bağlıdır. Netice fail tarafından öngörülebilir olduğu halde şerik tarafından öngörülemiyor ise şerik bu neticeden sorumlu olmayacaktır. Netice fail tarafından öngörülemediği halde, şerik tarafından öngörülebilir ise ağır netice kasti olmadığı için bağlılık kuralı yine uygulanmayacak ve fakat TCK 23 hem failin hem şerikin sorumluluğunu düzenlediği için yine şerik bu neticeden sorumlu olacaktır. Netice hem fail hem şerik tarafından öngörülebilir ise yine her ikisi de bu suçtan sorumlu olacaklardır.

C. Nitelikli Hallerin Şeriklere Sirayeti

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan ağırlatıcı ve hafifletici sebep tabirleri⁵⁴⁰, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte terk edilmiş ve bir suç tipinin daha ağır yahut daha az cezayı gerektiren halleri için nitelikli hal tabiri kullanılmıştır. TCK, ceza sorumluluğunun kapsamını değiştiren sebepleri teorik anlamda birbirinden ayırarak, tipiklik içerisinde yer alan unsurların değişmesine bağlı olarak cezanın arttığı yahut azaldığı durumları nitelikli hal şeklinde adlandırmıştır. Her ne kadar TCK'da hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu etkileyen sebepler birbirinden ayrılmamış ve

⁵⁴⁰ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.134; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.214; **Hafizoğulları - Özen**, s.358 vd.

bu ayırım öğretiyeye bırakılmışsa da, artık hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu azaltan yahut ortadan kaldıran sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler ve daha ağır veya az cezayı gerektiren nitelikli haller arasındaki fark bilinmektedir. Böylelikle söz gelimi, haksız tahriki, faal nedameti ve hırsızlık suçunda çalınan şeyin değerinin pek hafif olmasını, aynı “hafifletici sebep” başlığı altında inceleyen sistem terk edilmiştir. Yeni ceza kanunuyla gerek iştirake ilişkin gerek nitelikli hallerle ilişkin getirilen yenilikler öğretide iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli hallerin sirayetine ilişkin tartışmalara neden olmuştur.

765 sayılı TCK döneminde hafifletici ve ağırlatıcı sebepler, cezayı artıran şahsi sebepler ve cezayı artıran fiili sebepler şeklinde ikili bir ayırma tabi tutulmuş⁵⁴¹ ve bunların şeriklere sirayeti ayrı ayrı düzenlenmişti. Eski kanunun 66. maddesinde⁵⁴² şahsi ağırlatıcı sebeplerin sirayetini ilişkin şu kural benimsenmiştir: Şerikler eğer failin işlediği suçta bir ağırlatıcı sebep bulunuyorsa ancak suçun işlenmesi anında bunu biliyorlarsa bundan sorumlu olacaklar ve fakat cezaları indirilebilecektir. Fiili ağırlatıcı sebeplerin sirayetini düzenleyen 67. maddeye⁵⁴³ göre de, işlenen suçun maddi unsurunu değiştiren sebepler bunu bilen şeriklere de sirayet edecektir. Böylelikle her iki durumda da şeriklerin ağırlatıcı sebepten sorumlu olmaları bunu bilmelerine, bir başka deyişle buna yönelik de kasıtlarının bulunmasına bağlanmıştır.

TCK’da ise nitelikli hallerin sirayetini ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 40. maddenin gerekçesinden⁵⁴⁴ kanun koyucunun düzenlenmeye bilinçli olarak yer vermediği, nitelikli hallerin sirayetini bağıllık kuralı ile sağladığı sonucuna

⁵⁴¹ Örneğin, bir insanın babasını öldürmesi halinde üstsoy-altsoy (usul-füru) ilişkisi adam öldürme suçu bakımından şahsa bağlı bir ağırlatıcı sebep iken, bir insanın silahla yaralanması, kasten yaralama (müessir fiil) suçu açısından fiile bağlı bir ağırlatıcı sebeptir. **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.286.

⁵⁴² **ETCK Madde 66** - Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmaya yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyedikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve ağırlatılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

⁵⁴³ **ETCK Madde 67** - Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir.

⁵⁴⁴ “Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, “kişisel ağırlatıcı nedenlerin” ve “fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması” hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağıllık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağıllık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, “ağırlatıcı neden”lerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 44 üncü maddeleri hükümleri metinden çıkarılmıştır.”

ulaşmaktayız. Gerçekten de şeriklerin sorumluluklarının failin fiiline bağlı olarak belirlendiği bağıllık kuralına dayalı iştirak sisteminde nitelikli hallerin sirayeti hususunun ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur⁵⁴⁵.

Nitelikli haller, suçun temel şekline ek olarak düzenlenmiş suçun daha ağır veya daha hafif kabul edilmesini gerektiren ve dolayısıyla cezanın arttırılmasını veya azaltılmasını öngören hallerdir. Suçun temel şeklinin tüm unsurlarının yanında bir de ilave nitelikli unsurun bulunması durumunda suçun nitelikli halinin varlığından bahsedilir. Nitelikli unsur suçun maddi unsurlarının bir parçasıdır, bu nedenle kastın kapsamındadır⁵⁴⁶.

Birden çok kişinin katılımıyla suçun nitelikli halinin işlenmesi durumunda şeriklerin sorumluluğunun nasıl belirleneceği sorunu tüm bu bilgiler ışığında çözümlenmelidir. Bir suçun nitelikli şeklinin iştirak halinde işlenmesi durumunda öncelikle suça katılanların fiile hâkimiyet teorisine göre fail olarak mı şerik olarak mı sorumlu tutulacağı tespit edilir. Suç teşkil eden fiile doğrudan hâkim olan failler, fiile işlevsel olarak hâkim olan müşterek failler ve iradi olarak hâkim olan dolaylı failler kendi meydana getirdikleri haksızlıktan doğrudan kendileri sorumlu olduklarından her biri için ayrı ayrı nitelikli halin tespiti gerekir. Bu nokrada Kaymaz, nitelikli hallerin sirayetinin bağıllık kuralı ile çözüldüğü görüşünü müşterek faillige adil bir çözüm getirmediği gerekçesiyle eleştirmiştir⁵⁴⁷. Faillerin her birinin sorumluluğu, hâkim oldukları fiilin oluşturduğu suça göre belirlenecektir. Yargıtay'ın müşterek faille ilişkin uygulaması da nitelikli halin her bir fail için ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği yöndedir⁵⁴⁸. Ancak kararlarda yer alan “5237 sayılı TCK.nun 40/1-2 maddesi uyarınca”, “5237 sayılı TCK.nun 40/2 maddesi de dikkate alındığında” ifadeleriyle

⁵⁴⁵ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.621; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.449.

⁵⁴⁶ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.286; Koca - Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.132

⁵⁴⁷ Kaymaz, Seydi “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu“ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 2, s.135.

⁵⁴⁸ 1.CD., T.10.2.2010, E.2009/2844, K.2010/758; 1.CD., T.23.7.2008, E.2007/9263, K.2008/6219; 1.CD., T.25.11.2009, E.2009/5242, K.2009/7257; 1.CD., T.20.02.2012, E.2011/7541,K.2012/1005; 1. CD., T.25.11.2009, E.2009/5242, K.2009/7257; 1. CD., T.10.11.2010, E.2008/10570, K.7354 : Kaymaz, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu“, s.147.

TCK 40'a atıf yapılması hatalı bir gerekçelendirilmedir⁵⁴⁹. TCK 40/1 suça iştirakin dolayısıyla sınırlı bağıllık kuralının şartlarına, TCK 40/2 ise özgü suçlarda aranan özel niteliklere sahip olmayanların fail olamayacağına ilişkindir. Her iki fıkranın da müşterek failerin cezalandırılmasıyla bir bağlantısı yoktur. Şu halde birden çok failin katılımıyla suçun nitelikli halinin işlenmesi halinde, şeriklerin sorumluluğunu faile bağılı olarak belirleyen bağıllık kuralına ihtiyaç yoktur. Her failin sorumluluğu kendi hâkim olduğu fiile ve meydana getirdiği haksızlığa göre belirlenecektir.

Suçun nitelikli halinin yardım eden veya azmettirenin katkısıyla işlenmesi halinde ise nitelikli hallerin sirayeti bağıllık kuralına göre çözümlenecektir⁵⁵⁰. Suçun nitelikli hali maddi unsurlar dolayısıyla kast kapsamında olduğundan sınırlı bağıllık kuralının kasten ve hukuka aykırı fiil şartının tespitinde suçun nitelikli halinin de failin kastının kapsamında olması aranacaktır. Nitelikli hal failin kastının kapsamında değilse fail de faile bağılı olan şerik de suçun temel halinden sorumlu olacaktır. Suçun nitelikli hali failin kastı kapsamında ise bu defa şerikliğin sübjektif unsuru açısından bir inceleme gerekecektir. Zira failin gerçekleştirdiği suçun tüm unsurları şerikin kastının da kapsamında olmalıdır. Nitelikli hal şerikin kastı kapsamında değilse şerik temel hale katılmaktan sorumlu tutulacaktır. Aksi halde yani nitelikli halin kastının kapsamında olması durumunda ise nitelikli hale katılmaktan sorumlu olacaktır. Kaymaz, kişiye müşterek fail olarak gerçekleştirdiği eylem bakımından hakkında diğer müşterek failin şahsından kaynaklanan nitelikli hal uygulanmazken, bir suçun nitelikli halini gerçekleştiren failin fiiline yardım eden, katılan kişi hakkında nitelikli halin uygulanmasının ceza adaleti bakımından haksız sonuçlara neden olduğunu ifade etmektedir. Müşterek fail ile yardım eden arasındaki bu farklı sonucun sebebi müşterek failin sorumluluğunun kendi meydana getirdiği haksızlığa bağılı olarak belirlenirken, yardım edenin sorumluluğunun failin haksızlığına bağılı olarak belirlenmesidir.

Öğretide yer alan bir başka tartışma ise nitelikli halin şeriklerden biri açısından bulunması halinde sorumluluğun belirlenmesine ilişkindir. Demirbaş faillerden veya şeriklerden birinde bulunan nitelikli halin bu hali bilen herkese sirayet edeceğini ifade

⁵⁴⁹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.452.

⁵⁵⁰ **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.621; **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.450; **Gropp**, s.328; **Ebert**, s.208.

etmiştir⁵⁵¹. Oysa şerikin sorumluluğunun failin haksızlığına katılmakla sınırlı olduğu ve tüm sorumluluğun failin fiiline bağlı olarak belirlendiği bağıllık kuralının benimsendiği sistemde şerikte bulunan nitelikli hale göre sorumluluk belirlemek mümkün değildir⁵⁵².

II. Özgü Suçlar

Ceza kanununda düzenlenen suçların büyük bir kısmı herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Bu suçların tanımında “kimse, “her kim”, “bir kimse” ve “kişi” gibi ifadeler yer verilmiştir. Herhangi bir kişi tarafından işlenebilen bu suçlar dışında bir de ancak kanuni tipte öngörülen belirli bir niteliğe sahip, özel bir yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilen suçlar bulunmaktadır. Özel faillik failin hukuki niteliğinden⁵⁵³ veya failin doğasından⁵⁵⁴ kaynaklanabilir. Failin herhangi bir kişi olmasının ötesinde bazı vasıflara sahip olmasını arayan bu tip suçlara, özgü suç adı verilmektedir. Özgü suçları yalnızca özel faillik vasfı taşıyanlar tarafından işlenebilen suçlar ve herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli hali özel faillik vasfı taşıyanlar tarafından işlenebilen suçlar olmak üzere ikiye ayrılır. İrtikâp, zimmet görevi kötüye kullanma gibi sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçlar gerçek özgü suçlar olarak nitelendirilir⁵⁵⁵. Buna karşın herkes tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenen nitelikli hali ise görünüşte özgü suç oluşturur. Faillik vasfı garantörlüğe bağlı olan gerçek olmayan özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar da gerçek özgü suçlardır⁵⁵⁶.

Özgü suçlarla ilgili temel sorun, ancak bazı özel vasıfları taşıyan kişiler bu suçların faili olabileceği için hâkimiyet teorisine göre fiil üzerinde hâkimiyet kurmuş

⁵⁵¹ Demirbaş, s.484.

⁵⁵² Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.450.

⁵⁵³ **TCK Madde 247 Zimmet:**

(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir.

⁵⁵⁴ **TCK Madde 100 Çocuk Düşürme:**

(1) Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi hâlinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

⁵⁵⁵ Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.107.

⁵⁵⁶ Wessels - Beulke, s.169.

ancak kanuni tanımda belirtilen özel vasıfları taşımayan kişilerin sorumluluklarının ne şekilde belirleneceği sorundur⁵⁵⁷. Öğretide özel faillik vasfını gerektiren suçlara katılan ancak aranan özel vasıflara sahip olmayan kişilerin işlenen haksızlıktan sorumlu tutulabilmelerinin bağlılık kuralı ile sağlandığı ve bağlılık kuralının haksızlığa katkı sağlayan ancak fiil üzerindeki hâkimiyeti fail olarak nitelendirilmeye yeterli olmayanların sorumluluklarının belirlenmesinin yanında ikinci işlevinin özgü suçlara ilişkin olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁸.

TCK'nın 40/2 maddesinde, “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir*” ifadesine yer verilmektedir. Buna göre, suç katkı dereceleri ne olursa olsun özel faillik vasıflarını taşımayan kişilerin bu tür suçların faili olamayacakları kabul edilmiştir. Kanuna göre, özel faillik niteliklerini taşımayan kişiler bu suçlara ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler.

Kanunun özgü suça ilişkin bir tanım yapmamış dolayısıyla gerçek özgü suç-görünüşte özgü suç ayırımına da yer vermemiştir. Ancak öğretide suça katılanın sorumluluğunun belirlenmesi bakımından gerçek özgü suçlar ile görünüşte özgü suçlar arasında farklılıklar olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁹.

Gerçek özgü suçlarda suça katılan kişi kanunun fail olarak sorumlu tutmak için aradığı özelliklere sahip değilse kişinin doğrudan fail, dolaylı fail veya müşterek fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Suça katılanlar arasında fail olma niteliklerine sahip olanlardan ise ancak fiil üzerinde hâkimiyet kuranlar fail olarak nitelendirilecektir⁵⁶⁰. Fail olmak için kanunun belirlediği niteliklere sahip olmayan kişi gerekli şartları sağlaması halinde ancak azmettiren veya yardım eden yani şerik olarak sorumlu tutulabilir. Şerik olarak sorumlu tutulabilmesi için aranan gerekli şartlar ise herkes tarafından işlenebilen suçlarla aynıdır. Özgü suçların kanuni tarifinde herkes

⁵⁵⁷ Öğretide bazı yazarlar özgü suça ait tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesi konusunda bir zorunluluğun bulunmadığını, bu zorunluluğun yalnızca bizzat işlenebilen suçlar açısından geçerli olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. **Toroşlu**, s.306.

⁵⁵⁸ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.446; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.482; **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.142.

⁵⁵⁹ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.107.

⁵⁶⁰ “*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.*”

tarafından işlenebilen suçlara ek olarak failin sahip olması gereken bazı özellikler belirtilmiştir. Azmettirenin veya yardım edenin özgü suçtan sorumlu tutulabilmesi için, failin kanunda belirtilen özel vasfı taşıdığını biliyor olması gereklidir. Zira failde var olması aranan bu özellikler suçun maddi unsurlarına dahil olup kastın kapsamında olmaları lazımdır. Şerikin sorumlu tutulması için asıl fiilin tüm unsurları şerikin kastı kapsamında olmalıdır. Özgü suça katılan şerikin kastının failin suçun kanuni tanımında belirtilen niteliğini de kapsamaması gerekir. Eğer kastı failin özel niteliğini kapsamıyorsa kişinin özgü suça azmettirme veya yardım etmeden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. İşlenen fiil başka bir suç oluşturmuyorsa kişi cezasız kalacaktır.

Görünüşte özgü suçlarda ise suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilmekte, ancak nitelikli hali sadece kanuni tanımda belirtilen özel faillik niteliği taşıyan kişi tarafından gerçekleştirilebilmektedir⁵⁶¹. Gerçek özgü suçlarda fiil üzerinde hâkimiyet kurmuş ancak özel faillik niteliğini taşımayan kişi fail olarak sorumlu tutulamaz iken görünüşte özgü suçlarda failin kanunda belirtilen vasıflara sahip olması, söz konusu suçu nitelikli hale getireceğinden gerekli vasıflara sahip olmadan fiil üzerinden hâkimiyet kuran kişiyi ancak suçun temel halinden sorumlu tutmak mümkündür. Kanunda belirtilen vasıflara sahip olmayan kişi, aynı zamanda söz konusu vasıflara sahip olan failin fiiline katılırsa; suçun temel halinin faili, nitelikli halinin ise şartları sağlaması durumunda şeriki olacaktır. Bu durumda faillik ve şeriklik arasında asli norm – tali norm ilişkisi meydana gelecek ve asli normun önceliği kuralı gereği kişi sadece asli norm olan suçun temel şekline faillikten sorumlu tutulacaktır⁵⁶².

Gerçek olmayan ihmali suçlar da özgü suçlar kapsamında değerlendirilmektedir. Failin kanunda emredilen hareketi yapmaması ile gerçekleşen suçlara ihmali suçlar adı verilir⁵⁶³. İhmali suçlar ise gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁶⁴. Gerçek olmayan ihmali suçlarda kişinin, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek konusunda özel bir yükümlülük altında olması nedeniyle neticenin oluşumuna icrai bir hareketle kendisi neden olmasa

⁵⁶¹ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.183,

⁵⁶² **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.468; **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik s.291.

⁵⁶³ İhmali suçlar ile ilgili ayrıntı bilgi için; bkz. **Hakeri, Hakan** “İhmali Suçlar”, CHD, Yıl:2, 2007/4.

⁵⁶⁴ **Koca - Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.371.

da, neticenin meydana gelmesini engellemeyerek ihmali hareketle suçu işlediği kabul edilir⁵⁶⁵. Bu tip suçlarda yalnızca neticeyi önlemekle yükümlü olan kişi, yani garantör suçun faili olabilmektedir. Garantör dışında suça ancak şerik olarak katılmak mümkündür. Garantör konumunda olmadan fiile katkı sağlayanların sorumlulukları bağlılık kuralına göre belirlenecek ve gerekli şartları sağlamaları halinde şerik olarak sorumlu tutulacaklardır.

Yalnızca kanuni tipte öngörülen belirli bir niteliğe sahip, özel bir yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilen özgü suçların yapısı gereği bu suçlara belirlenen niteliklere sahip olmayan kişiler fail olarak katılamaz. Ancak failin fiiline azmettiren veya yardım eden sıfatıyla katkı sağlayanların sorumlu tutulmalarının önünde bir engel yoktur. Zira bu suçların kanuni tipinde öngörülen belirli nitelikler yalnızca faile ilişkindir. Bu suçlara katılan şerikler tıpkı herkes tarafından işlenebilen suçlara katılan şerikler gibi bağlılık kuralına göre failin fiiline bağlı olarak cezalandırılacaklardır. Dolayısıyla bağlılık kuralının özgü suçlara ilişkin farkı bir işlevi olmadığı görüşündeyiz.

§3. İÇTİMA

Ceza hukukunda temel kural “*Kaç tane tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır.*” prensibidir. Bu kuralın istisnası ise suçların içtimadır⁵⁶⁶. TCK’da suçların içtimaı başlığı altında bileşik suç (TCK 42), zincirleme suç (TCK 43) ve fikri içtima (TCK 44) maddeleri düzenlenmiştir.

Bileşik suçta kanun koyucu ayrı ayrı bağımsız suçları oluşturan bazı filleri birleştirerek tek fiil oluşturmuştur. Bir bileşik suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda şerikin katkı sağladığı fiil bileşik suç ise şerik failin fiiline bağlı olarak failin gerçekleştirdiği bileşik suçtan sorumlu olacaktır. Aynı şekilde zincirleme suç açısından, suça katılan şerik failin fiile bağlı olarak failin gerçekleştirdiği zincirleme suçtan sorumlu olacaktır. Fakat hem bileşik suça hem zincirleme suça iştirak halinde şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için iştirak için gerekli olan şartların yani niteliksel ve

⁵⁶⁵ Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.373.

⁵⁶⁶ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.632; Koca - Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.471.

niceliksel bağıllık şartlarının oluşması gereklidir. Bunun yanında şerikin failin fiiline iştirak iradesinin bulunması ve failin fiilin tüm unsurlarına ilişkin kastının bulunması şarttır. Aksi halde şerik failin fiiline bağılı olarak sorumlu tutulamayacaktır.

Failin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği durumda fikri içtima hükümleri uygulanarak fail işlediği suçlardan en ağır cezayı gerektirene göre cezalandırılır. Failin bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesine katkı sağlayan şerik açısından ise öncelikle failin kastını tespit etmemiz gereklidir. Zira iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için failin fiilinin kasten gerçekleşmesi şarttır. Buna göre failin taksirli bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği durumda iştirak hükümleri uygulanmayacaktır. Failin kasten gerçekleştirdiği bir hareketle birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi halinde ise ancak oluşan suçların her birinin failin kastı kapsamında olması halinde şeriki sorumlu tutmamız mümkündür. Bu durumda da şerikin kastının failin sebebiyet verdiği tüm suçları kapsamı gerekmektedir. Yani gerçekleşen suçların tamamına ilişkin şerikin iştirak iradesinin olması şarttır. Aksi halde şerik yalnızca kastı kapsamında olan suçlardan sorumlu olacaktır.

İçtima başlığı altında incelenmesi gereken bir başka husus ise azmettirenin tek fiille veya aynı suç işleme kararıyla birden fazla kişiyi suça azmettirmesi ya da yardım edenin tek fiille veya aynı suç işleme kararıyla birden fazla kişiye yardım etmesi halinde sorumluluklarının nasıl belirleneceğidir. Örneğin; azmettiren A'nın her iki amcasının da oğullarını çağırarak babalarının ne kadar işe yaramaz olduğu ölmeleri halinde tüm ailenin rahata ereceğini telkin etmesi ve suç işleme fikri olmayan kuzenlerinin bu telkin üzerine babalarını öldürmesi durumunda, A her iki amcasının da öldürülmesinde şeriktir. Benzer şekilde gece eve girip komşunu öldürecek olan B'ye yardım etmek için evin kapısını açık bırakan hizmetçi H'nin aynı zamanda hırsız çetesiyle de anlaşarak kapıyı onlar için de açık bırakması durumunda H kapıyı açık bırakma hareketiyle hem komşunun kasten öldürme fiiline hem çetenin hırsızlık fiiline yardım etmiştir. Bizce örneklerde şeriklerin her bir suç için ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekmektedir. Bağıllık kuralı gereği şerikin cezalandırılma nedeni

failin fiiline katkı sağlamaktır ve sorumluluğu failin fiiline bağlıdır. rneklede Şerikler katkı sağladıkları her fiil açısından sorumlu tutulmalıdır.

İtimaya ilişkin bir diğer önemli husus ise kişinin tek fille bir suçun faili bir başka suçun ise Şeriki olması durumudur. Bu durumda görünüşte içtima türlerinden asli normun tali norma önceliği kuralı uygulanmalıdır. Şeriklik faillik karŐında tali norm niteliğindedir, bu nedenle kişinin tek fiile hem fail hem Şerik olması durumunda asli norm uygulanacak ve kişi fail olarak gerçekleştirdiği fiilden sorumlu olacaktır.

SONUÇ

TCK'da benimsenen bağıllık kuralına yönelik yapılan eleştirilerin temeli, suça katılanın meydana getirdiği haksızlığın sorumluluk dışı bırakılmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla tartışmanın esası, şerikin failin fiilinden ayrı, bağımsız bir haksızlığının olup olmadığı noktasındadır⁵⁶⁷.

Bağıllık kuralına yönelik ilk eleştiri, suça katılanın sorumlu tutulması için failin kasten hareket etmesinin aranmasına yani sınırlı bağıllık kuralının niteliksel şartına ilişkindir. İştirak hükümlerinin uygulanması için failin fiilinin kasten gerçekleşmiş olması şartı ve buna bağlı olarak da taksirli suçlara iştirakin mümkün olmaması bağıllık kuralına dayanmaktadır. Kast başlığı altında somut örnekler vererek incelediğimiz üzere şerikin kasıtlı olarak failin taksirli fiiline katılması veya failin kastı kaldıran hata hallerinden birinden yararlanması halinde şerikin cezalandırılması mümkün değildir. Bu durum şerikin haksızlığının sorumluluk dışı bırakıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁶⁸. Bizce kişinin kasten taksirli fiile katkı sağlaması durumunda sorumluluk bağıllık kuralıyla çözülemez. Zira sınırlı bağıllık kuralına göre taksirli fiile iştirak mümkün değildir. Somut olayları incelediğimizde suça katılanın hakkaniyeti yaralayacak şekilde sorumluluk dışı bırakıldığı fikrine katılmamaktayız. Olay fiile hâkimiyet teorisine göre çözüme kavuşturulmalıdır. Kişi katkı sağladığı fiili gerçekleştireni kasten hataya düşürüyor ise bu durumda fiili doğrudan gerçekleştireni araç olarak kullanarak iradesine ve dolayısıyla fiile hâkim olduğu sonucuna ulaşırız ve kişiyi dolaylı fail olarak sorumlu tutarız. Şayet kişi fiili gerçekleştireni hataya düşürmüyor ancak düştüğü hatadan kasten faydalaniyorsa bu durumda yine tüm süreç hâkim olması ve hareketi doğrudan gerçekleştirenden daha fazla bilgiye sahip olması nedeniyle iradi olarak fiile hâkim olduğunu kabul etmeli ve dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

Bir diğer eleştiri ise şeriklerin sorumlu tutulması için failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına gelmesini arayan niceliksel bağıllık kuralına ilişkindir. Niceliksel bağıllık kuralına göre fiilin icra hareketlerine başlamadan önce ve icra hareketleri

⁵⁶⁷ **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s.134.

⁵⁶⁸ **Akbulut, Berrin**, "Bağıllık Kuralı", s.213.

tamamlandıktan sonra suça iştirak mümkün değildir. Ancak somut olaylarda şeriklerin fiilin icra hareketleri başlamadan önce katkı sağladığı birçok örnek karşımıza çıkmaktadır. Özellikle şeriklik hallerinden azmettirmenin yapısı gereği kişi, fail icra hareketlerine başlamadan katkı sağlamaktadır. Azmettirenin haksızlık iradesini ortaya koymasına ve asıl fiilin gerçekleşmesi için gereken katkıyı sağlamış olmasına rağmen cezalandırılmaması eleştirilmiştir. Mesele yine suça katılanın meydana getirdiği haksızlığın sorumluluk dışında bırakılmasıdır. Oysa suça katkı sağlayanlar kendi meydana getirdikleri haksızlık nedeniyle değil bir başkasının haksızlığına katıldıkları için cezalandırılmaktadırlar. Katkı sağlanan haksızlığın gerçekleşmemesi halinde bizce şerikin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Aksi halde azmettireni yalnızca tehlikeliliğini ortaya koyduğu için cezalandırmak gerekecektir. Dolayısıyla niceliksel bağlılık kuralı sıkı bir şekilde uygulanmalıdır.

Bağlılık kuralına yapılan bir eleştiri de şerikliğin sübjektif unsuruna yani şerikin fiile kasten katkı sağlaması şartına ilişkindir. Buna göre, taksirli bir suça iştirak mümkün olmadığı gibi bir suça taksirli hareketle iştirak de mümkün değildir. Hukuka uygun olmayan bir fiile dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak katkı sağlayan kişinin cezalandırılmaması eleştirilmiştir. Özellikle bilinçli taksir halinde failin kasten ve hukuka aykırı fiiline neticeyi öngörmesine rağmen katılan ancak neticenin gerçekleşmesini istemeyen ve gerçekleşmeyeceğine güvenen şerikin sorumluluk dışı bırakılmasının hakkaniyete aykırı olduğu ifade edilmiştir. Oysa taksirli hareketlerin cezalandırılması istisnaidir. Taksirli hareketle bir başkasının haksızlığına katkı sağlayan kişi de cezalandırılmamalıdır. Aksi halde kişiye bir başkasının hukuk düzenine aykırı davranışta bulunacağını öngörme zorunluluğu yüklemek gerekecektir. Bilinçli taksirle suça katılma halinde neticeyi öngörmesine rağmen suça katılan ancak neticenin gerçekleşmesini istemeyen, gerçekleşmeyeceğine güvenen şerikin sorumluluğu açısından ise tartışma aslında bağlılık kuralına değil, bilinçli taksirin yapısına ilişkindir. Kişinin neticeyi öngörmesine rağmen katkı sağlamaya devam etmesi halinde cezalandırılmamasının önüne bilinçli taksirin yapısında değişiklik yapılarak geçilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. İstisnai bir hal olan taksirli hareketle bir suça katkı sağlayanın failin fiiline bağlı olarak sorumlu tutulmasının ceza sorumluluğunu genişleteceği görüşündeyiz. Bu nedenle temel kurala uygunluk

sağlanması açısından bilinçli taksirle suça katkı sağlayanın da aynı basit taksirle katkı sağlayan gibi failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmayacağı ancak kendi kusuruna göre sorumlu tutulacağı görüşündeyiz.

Bağlılık kuralına ilişkin öğretilerde en çok tartışılan husus ise nitelikli hallerin şeriklere sirayetidir. Bir suçun nitelikli halinin işlenmesi durumunda şerikin sorumluluğunun nasıl tespit edileceği bağlılık kuralıyla belirlenmiştir. Nitelikli haller suçun maddi unsurları içerisinde olduğundan nitelikli hal hem failin hem şerikin kastının kapsamında olmalıdır. Buna göre nitelikli halin suçun diğer maddi unsurlarından bir farkı yoktur. Nitelikli halin hem failin hem şerikin kastının kapsamında olması halinde her ikisini de suçun nitelikli halinden, yalnızca failin kastının kapsamında olması, şerikin ise failin suçun basit halini gerçekleştireceğini farz ederek katkı sağlaması halinde ise fail nitelikli halden şerik suçun basit halinden sorumlu tutulacaktır. Altsoy-üstsoy ilişkisi gibi şahsa ait nitelikli hallerin şerikte bulunması halinde sorumluluğu failin fiiline bağlı olan şerik, failin fiiline göre yani basit halden sorumlu olacaktır. Zira sorumluluğun belirlenmesinde şerikin herhangi bir etkisi yoktur; sorumluluk tamamen faile göre belirlenmektedir.

Görüldüğü gibi her dört tartışma konusu da esasen suça katılanın sorumluluğunun asıl fiili gerçekleştirenden ayrı olmamasından kaynaklanmaktadır. Eleştirilerin temeli şerikin sorumluluğunun faile bağlanması ve böylece şerikin sorumluluğunun sınırlanmasıdır⁵⁶⁹. Oysa bağlılık kuralı failin fiilini temel almakta ve bu fiile katkı sağlayanları fiile bağlı olarak cezalandırmaktadır. Yani şeriklerin cezalandırılmasının nedeninin failin fiiline katkı sağlamaları olduğu kabul edildiğinde iştirak hükümleri şerikin sorumluluğunu sınırlamamakta aksine genişletmektedir.

Öğretilerde bağlılık kuralının özgü suçlarda sorumluluğun belirlenmesinde sorun doğurduğu ileri sürülmüştür. Özgü suçlarda fiile hâkim olan ancak kanuni tanımda yer alan vasıfları taşımayan kişinin sorumluluğunun belirlenmesi bağlılık kuralına değil özgü suçun yapısına ilişkin bir sorundur. Özel faillik vasıflarını taşımayan kişiyi iştirak hükümlerine göre yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutamamız dolayısıyla suça katıldığı halde özgü suçun yapısı gereği kişinin cezasız kaldığı haller

⁵⁶⁹ Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, s.182.

öğretide eleştirilmiştir. Oysa bağıllık kuralının özgü suçlar açısından özel bir işlevi yoktur. Bağıllık kuralının işlevi haksızlığa katılan ancak fiile hâkimiyeti fail olarak nitelendirilmeye yeterli olmayanların sorumluluğunu sağlamaktır. Özgü suçlara katılan fakat failin sahip olması gerekli olan vasıfları taşımayanların müşterek fail veya dolaylı fail olarak nitelendirilemeyecekleri ve dolayısıyla bu kişilerin ancak yardım eden veya azmettiren yani şerik olarak sorumlu tutulabilecekleri hükmünün bağıllık kuralının bir işlevi olmadığı, özgü suçların yapısal gerekliliği olduğu kanaatindeyiz.

Bağıllık kuralının esası, şerikin sorumluluğunu failin fiiline bağılı olarak belirlemesidir. Kuralla şerik ve failin fiili arasında sıkı bir bağı kurulur. Bağıllık kuralı asıl fiil için aranan şartlar gerçekleşmeden katılanı cezalandırmanın tamamen önüne geçmektedir. TCK'nın bağıllık kuralı başlıklı 40. maddesinde kuralın yapısına ve işlevine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Bağıllığın temel uzantısı olan şeriklerin sorumluluklarının failin fiiline göre belirleneceği kuralı ancak azmettirmeye ve yardım etmeye ilişkin 38. ve 39. maddelerden çıkarılabilmektedir. 40. maddenin ilk fıkrasında sınırlı bağıllık kuralının niteliksel şartları, üçüncü fıkrasında ise niceliksel şartları düzenlenmiştir. Bağıllık kuralını oluşturan bu şartların arasında ikinci fıkrada ise özgü suçlara ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Kanaatimizce bağıllık kuralı başlıklı madde yeniden yazılmalı ve madde içeriğinde muhakkak kuralın esasının şerikin sorumluluğu ile failin fiili arasındaki sıkı bağı olduğu belirtilmelidir. Böylece öğretilerde yer alan şerikin failin fiilinden ayrı, bağımsız bir haksızlığının olup olmadığı tartışmaları da son bulacaktır. Dolayısıyla akim kalmış azmettirme halinde, suça katılanın failin kastında yahut fiilin hukuka aykırılığında hataya düştüğü durumlarda veya nitelikli hallerin suça katılana sirayetinde katılanın sorumluluğu failin fiiline sıkı sıkıya bağılı bir şekilde belirlenecektir. Ayrıca maddenin şu anki halinde bağıllık kuralının iki unsurunu düzenleyen 1. ve 3.fıkraları arasında özgü suçlara ilişkin düzenleme yer almaktadır. Fıkranın birbirini tamamlayan iki unsurun arasında düzenlenmesinin teknik açıdan sorunlu olmasının yanı sıra özgü suçların bağıllık kuralıyla da bağılantılı olmadığı görüşündeyiz. Bu nedenle 2. fıkra bağıllık kuralı başlıklı maddenin dışında düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin**, “Bağıllık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, S.1, 2010.
- Akbulut, İlhan**, “İslam Hukukunda Suç ve Cezalar”, AÜHFD, C.52, S.1-4, 2003.
- Akşit, Cevat**, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul 2000.
- Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 2002.
- Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet Yenidünya, A.Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Avcı, Mustafa**, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008.
- Aydın, Devrim**, Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.
- Aydın, M.Akif**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2012.
- Barkan, Ömer Lütfi**, 15 ve 16. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukûkî ve Mâlî Esasları I: Kânunları, İstanbul 1943.
- Bauer, Anton**, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Göttingen 1927.
- Bayraktar, Köksal** “Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi”, Türk Ceza Kanununun 2Yılı- Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008.
- Beling, Ernst**, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
- Beling, Ernst**, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung: zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, Berlin/Grünwald 1922.
- Berner, Albert Friedrich**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, Leipzig 1857.

- Birkmeyer, Karl**, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890.
- Blank, Theodor**, Strafrecht Allgemeiner Teil II, München 2001.
- Bloy, Rene**, Die Beteiligungs forms Zurechnungstypusim Strafrecht, Berlin 1985.
- Bock, Dennis**, Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre: Täterschaft und Teilnahme im Römischen Strafrecht, Berlin 2006.
- Bockelmann, Paul - Volk, Klaus**, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 1987.
- Bockelmann, Paul**, “Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme”, Göttingen 1949.
- Brunner, Heinrich**, Deutsche Rechtsgeschichte Band II, Leipzig 1892.
- Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2010.
- Cin, Halil - Akgündüz, Ahmet**, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.
- Conrad, Gehard**, Die "akzessorische" Teilnahme und sog. Mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, Breslau-Neukirch 1937.
- Conrad, Hermann**, Deutsche Rechtsgeschichte Band I, Karlsruhe 1954.
- Çağıl, Orhan Münir**, “Garp Hukuk Tarihinde Cermen Devri”, İÜHFİM, C.23, S.1-2, 1958.
- Dahm, Georg**, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin/Leipzig 1931.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Detzer, Klaus**, Die Problematik Der Einheitstäterlösung, Nürnberg 1972.

- Dezza, Ettore - Seminara, Sergio - Vormbaum, Thomas**, Moderne Italienische Strafrechtsdenker, Berlin/Heidelberg 2012.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir**, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım”, İstanbul 1997.
- Dülger, Murat Volkan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Ocak2005.
- Ebert, Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2001.
- Ebu Zehra, Muhammed**, İslam Hukukunda Suç ve Ceza C.II, (Çev. İbrahim Tüfekçi), İstanbul 1994.
- Emirğolu, Haluk**, “Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesi (mandantum) ve Hukuki İşlerde Temsil”, AÜHFD, C.52, S.1, 2003.
- Engelmann, Woldemar**, “Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem Italienischen Recht des Mittelalters”, FS-Binding Band II.
- Engisch, Irmgard**, Das strafrechtliche Lebenswerk Albert Friedrich Berners, Heidelberg 1952.
- Erdem, Mustafa Ruhan**, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı” Hukuki Perspektifler Dergisi, S.5, 2005.
- Erem, Faruk**, “Suça İştirak”, AÜHFD, C.3, S.1, 1946.
- Erem, Faruk**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1976.
- Erem, Faruk**, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu, Ankara 1948.
- Ersan, Aykut**, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013.
- Evik, Vesile Sonay**, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011.

- Feuerbach, Paul Johann Alselm**, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen 1812.
- Feuerbach, Paul Johann Alselm**, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Band I, Erfurt 1799.
- Fieber, Ulrich**, Die Verbrechenverabredung § 30 Abs. 2,3. Alt.StGB, Frankfurt 2001.
- Gallas, Wilhelm**, Beiträge zur Verbrechenlehre, Heidelberg 1968
- Gallas, Wilhelm**, Täterschaft und Teilnahme Materialien zur Strafrechtsreform Band I, Bonn 1954.
- Gökçen, Ahmet**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- Gökpinar, Mahmut**, “ Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast”, TBBD, 2008/79.
- Gropp, Walter**, “Strafrecht Allgemeiner Teil”, Heidelberg 2005.
- Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Hafizoğulları, Zeki**, Türk Ceza Hukuku Notları, Ankara 2008.
- Hakeri, Hakan** “İhmalî Suçlar”, CHD, Yıl:2, 2007/4.
- Hakeri, Hakan**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara 2013.
- Hakeri, Hakan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, Y.1, S.1, 2006.
- Hamdorf, Kai**, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, Freiburg 2002.
- Hauf, Claus Jürgen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Neuwied 2001.
- Hegler, August**, “Die Merkmale des Verbrechens”, ZStW Band36.

- Hegler, August**, “Zum Wesen der Mittelbaren Täterschaft”, Reichsgerichts praxisim Deutschen Rechtstleben Band5: Strafrecht und Strafprozessrecht, Berlin/Leipzig 1929.
- Heimberger, Joseph**, “Behandlung der Teilnahme am Verbrechen”, MittIKV 11, 1904.
- Herzberg, Dietrich**, Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, Münih 1977.
- Hilgendorf, Eric**, “Paul Johann Alselm Feuerbachals zweiter Präsident am Appellations gericht im Bamberg”, FS-200 Jahre Appellationsgericht/Oberlandesgericht Bamberg/München 2009.
- Höpfner, Wilhelm**, “Über die Rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe”, ZStW26, 1906.
- Hruschka, Joachim**, Regressverbot, Anstiftungs begriff und Konsequenzen, ZStW 110, 1998.
- İçel, Kayıhan - Yenisey, Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1999.
- İçel, Kayıhan**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- Jakobs, Günther**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1991.
- Jescheck, Hans Henrich – Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996.
- Jescheck, Hans Henrich**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin:1988.
- Kaymaz, Seydi**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu“ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, S.2, , Y. 2012.
- Kaymaz, Seydi**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu” TBBD, S.8, 2005.

- Keskin, Serap**, “Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1998.
- Kienapfel, Diethelm**, Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt 1971.
- Kindhäuser, Urs**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2011.
- Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan**, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2 Haziran 2007.
- Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Koca, Mahmut**, “Ceza Hukukunda Hata”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara 2009.
- Koca, Mahmut**, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, CHD, Y.1, S.1.
- Kollmann, Horst**, “Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici”, ZStW Bd.35, 1914.
- Koschaker, Paul - Ayiter, Kudret**, Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.
- Köstlin, Christian Reinhold**, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845.
- Kunter, Nurullah**, “25 Cumhuriyet Yılıının Ceza Tarihçesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Ekim, S.10, 1948.
- Kunter, Nurullah**, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, İHFM, XIII, S.1, 1947.
- Lange, Richard**, Die Notwendige Teilnahme, Berlin 1940.
- Langenbeck, Wilhelm**, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, Jena 1868.
- Lüderssen, Klaus**, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden 1967.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005.
- Maiwald, Manfred**, Einführung in das Italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, Berlin 2009.
- Maiwald, Manfred**, “Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung”, FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, Münih 1979.
- Malkoç, İsmail**, Son Değişiklikler ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Madde 1-181, Ankara 2002.
- Maurach, Reinhart - Gössel, Karl Heinz - Zipf, Heinz**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband II - Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch, Heidelberg 1989.
- Maurach, Reinhart**, Deutsche Strafrecht Band I, Stuttgart 1958.
- Mayer, Max Ernst**, “Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts”, Heildelberg 1923.
- Mezger, Edmund**, Strafrecht Lehrbuch, Münih 1949.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton**, “Ueber Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers”, NAC, Band 3 1819.
- Mommsen, Theodor**, Römische Strafrecht, Leipzig 1899.
- Oğuz, Arzu**, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- Otacı, Cengiz** “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, İstanbul Barosu Dergisi Ceza Hukuku Özel Sayı, İstanbul 2007.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer - Kanbur, M.Nihat - Doğan, Koray - Bacaksız, Pınar - Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

- Özbek, Veli Özer**, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet**, “Bilinçli Taksir” Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.
- Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Perinçek, Sadık – Özden, Cahit**, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1953.
- Poppe, Andreas**, Die Akzessorietät der Teilnahme: Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen, Frankfurt 2011.
- Rotsch, Thomas**, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformen system in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen 2009.
- Roxin, Claus**, “Der Rücktritt bei Beteiligung Mehrerer”, FS Theodor Lenkner zum 70. Geburtstag, 1998.
- Roxin, Claus**, ” Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in. Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, JuS, Heft 6, 1988.
- Roxin, Claus**, “Strafrecht Allgemeiner Teil Band I”, Münih 2006.
- Roxin, Claus**, Strafrecht Allgemeine Teil Band II, Münih 2003.
- Roxin, Claus**, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1972.
- Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin 1999.
- Sancar, Türkan Yalçın**, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.
- Schaffstein, Friedrich**, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen Untertitel in Ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts: Beitrage zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov, Aalen 1973.

- Schlutter, Gustav**, Zur Dogmen geschichte der Akzessorietät der Teilnahme, Breslau 1941.
- Schmidhäuser, Eberhard**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, Tübingen 1975.
- Schmidt, Eberhard**, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafspflege, Göttingen 1965.
- Scholle, Manfred**, Die preußische Strafjustiz im Kulturkampf 1873-1880, Marburg 1974.
- Schumann, Heribert**, “Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen”, Lübingen 1986.
- Setler, Wolfgang - Hinrich Rübing**, Studien-und Quellenbuch zur Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege Band I, Aalen 1989.
- Taner, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1953.
- Tanilli, Sever**, “Anayasalar ve Siyasal Belgeler”, İstanbul 1976.
- Tofahrn, Sabine**, Strafrecht Allgemeiner Teil I Vorsätzliches und fahrlässiges Begehungsdelikt, Heidelberg 2010.
- Tofahrn, Sabine**, Strafrecht Allgemeiner Teil II: Unterlassungsdelikt, Versuch, Täterschaft und Teilnahme, Konkurrenzen, Köln 2010.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010.
- Tozman, Önder**, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme”, TBBD, S.82, Ankara 2009.
- Trechsel, Stefan**, Der Strafgrund der Teilnahme, Bern 1967.
- Triffterer, Otto**, “Österreichisches Strafrecht: Allgemeiner Teil”, Viyana 1994.

- Udeh, Abdülkadir**, “Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseleri İslam Ceza Hukuku”, (Çev. Ali Şafak), İstanbul 2012.
- Ulsenheimer, Klaus**, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin: 1976.
- Üçok, Coşkun**, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, AÜHFD, C.7, S.1-2, 1950.
- Ünver, Yener**, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, 2006.
- Üzülmez, İlhan**, “Dolaylı Faillik”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2.
- Von Buri, Maximilian**, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, Stuttgart 1885.
- Von Buri, Maximilian**, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Giessen 1860.
- Von Hippel, Robert**, Deutsches Strafrecht Band II, Berlin 1930.
- von Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1932.
- Von Liszt, Franz**, “Lehrbuch des deutschen Strafrechts”, Berlin 1919.
- Wächter, Carl Georg**, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts Erste Teil, Stuttgart 1825.
- Welzel, Hans**, Das Deutsche Strafrecht, 1969.
- Welzel, Hans**, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958.
- Wessels, Johannes - Beulke, Werner**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2012.
- Westphal, Ernst Christian**, Das Criminalrecht, Leipzig 1785.

Wilda, Wilhelm Eduard, Geschichte des Deutschen Strafrechts Band I: Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842.

Witte, Ernst Christian, Erörterungen über den § 49a des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich, Breslau 1886.

Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa, Yorumlu –Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.1, Ankara 2010.

Yüksel, Mehmet, “Kamu Hukuku–Özel Hukuk Ayrımı ve Günümüzdeki Anlamı”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.41-42, 2008.

Zafer, Hamide, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul 2011.

Zillmer, Wolfgang, Kritik der Einwände gegen die extreme Akzessorietät der Teilnahme, Frankfurt 1952.

Zimmerl, Leopold, “Grundsätzliches zur Teilnahmelehre”, ZStW 49, s.39-54.

Zimmerl, Leopold, Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930.

Allgemeine Deutsche Biographie (ADB), Band 36, Leipzig 1893.

Allgemeine Deutsche Biographie (ADB), Band 49, Leipzig 1904.

Neue Deutsche Biographie (NDB), Band 12, Berlin 1980.

Neue Deutsche Biographie (NDB), Band 17, Berlin 1994.

<http://koeblergerhard.de>

<http://openjur.de>

<http://www.alternativentwurf.de>

<http://www.etymonline.com>

<http://www.kazanci.com>