

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

IRAK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Danışman
Yrd. Doç. Dr. Murat AKSAN**

**Hazırlayan
GHASSAN SALEH MHAIDI**

KONYA-2017



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin

Adı Soyadı GHASSAN SALEH MHAIDI MHAIDI

Numarası 154234002002

Ana Bilim
KAMU HUKUKU
Bilim Dalı

Programı Tezli Yüksek Lisans Doktora

Tezin Adı IRAK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Adı Soyadı	GHASSAN SALEH MHAIDI MHAIDI		
Numarası	154234002002		
Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU		
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora	<input type="checkbox"/>
Tez Danışmanı	Yrd.Doç.Dr.MURAT AKSAN		
Tezin Adı	IRAK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK		

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan IRAK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK başlıklı bu çalışma 07/12/2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı
Yrd. Doç.Dr. Murat
AKSAN
Doç.Dr. Nuran
KOYUNCU
Yrd. Doç. Dr. M. Onursal
CİN

Danışman ve Üyeler

Danışman

Üye

İmza

M. Akşan

N. Koyuncu

TEŞEKKÜR

Bana nimet veren ve bu çalıőmayı tamamlamamı sağlayan Yüce Allah'a hamd ve Őükürler olsun.

Bu çalıőmanın yapılmasında hiçbir yardımını benden esirgemeyen ve değerli görüşleriyle bana yön veren danışman hocam Yrd.Doç.Dr. Murat AKSAN'a, Yüksek Lisansa ilk başladığımda benim danışmanım olan Prof. Dr. Mustafa AVCI'ya, ders döneminde istifade ettiğim hocalarıma, tezimin savunmasına katılmayı kabul ederek beni Őereflendiren değerli komisyon üyelerine, bu çalıőmayı yapmamda bana katkı sağlayan herkese ve Hukuk Fakültesi'ndeki değerli hocalarıma teşekkür ediyorum.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



	Adı Soyadı	GHASSAN SALEH MHAIDI MHAIDI		
	Numarası	154234002002		
Öğrencinin	Ana Bilim KAMU HUKUKU / Bilim Dalı			
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora	<input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Yrd.Doç.Dr.MURAT AKSAN		
	Tezin Adı	IRAK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK		

ÖZET

Bu araştırmada Irak kanununda suçta iştirak konusu ele alınmıştır. Suç, özgür bir irade tarafından işlenen bir eylem olup kanun o eylemin büyüklüğü ve onunla ilgili koşullara göre onun failine bir ceza vermekte ya da ona karşı bir önlem almaktadır. Irak kanun koyucu her ne kadar suçta iştirakin tanımını yapmamış olsa da o, iştirak araçlarını belirlemiştir. İştirak; bir kişinin başkasıyla beraber suçu oluşturan eylemleri yaparak ya da doğrudan suçu işleyerek belli bir suçta ortak olmasıdır.

Irak Ceza Kanunu genel olarak suçta iştiraki birinci kitabın üçüncü bölümünün beşinci faslında "suçta iştirak" başlığı altında ele almıştır. Zira 47-54. maddeleri arasındaki sekiz maddeyi bu konuya tahsis etmiştir. 47. maddede faili ve 48. maddede şeriki ele almıştır. 50. maddede failin cezasını açıklamış ve aynı cezayı şerikin cezası kılmıştır. Tüm bunlar Irak Ceza Kanunu'nun suç birliği sistemini ve sınırsız ödünç teorisini kabul ettiğini göstermektedir. Zira bu kanun, şerikin iştirak ettiği suçtan dolayı ona, asıl fail için kararlaştırılan cezanın aynısını ona vermektedir. Bununla beraber bu kanun fail ve şerik arasında ayırım yapma zorunluluğunu kabul etmiştir. Bu ayırım üzerine 50. maddede özel hükümler düzenlemiştir. Ayrıca fail ve şerike ceza verme hakkını hakime bırakmıştır. Faile ait cezanın ağırlaştırılmış kişisel şartlarını, şerikin suçu bilmesi durumu dışında şerike uygulamamıştır.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



	Adı Soyadı	GHASSAN SALEH MHAIDI MHAIDI		
	Numarası	154234002002		
Öğrencinin	Ana Bilim KAMU HUKUKU / Bilim Dalı			
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora	<input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Yrd.Doç.Dr. MURAT AKSAN		
	Tezin İngilizce Adı	CRİMİNAL PARTICİPATION İN IRAK		

SUMMARY

This study focuses on the subject of crime participation under the Iraqi law , and it is known that crime in term of criminal prosecution , its that act that originated from freewell and the law set a punishment for perpetrator or arrange an arragment the suits the act he cimited and take all circomstances under considration , although the Iraqi law didn't put a specific definition for crime participation , but it set means of partipate with it , and participation in crime was define as take a partnership or participation with other person in committing a certain crime by doing Component activities or directly contribute to execute the crime .

And the Iraqi criminal law took crime participation in the fifth chapter from the third section from the first book under crime participation title, which gave eight provisions took place between (47-54), the provision number (47) specify the doer , and number (48) the partner , and (50) the doer punishment and made it as the same punishment for the partner , and that shows the Iraqi criminal law take the crime unity, it punishes the partner with the punishment established by law for the crime that he participated in , but it took the importance of discriminates between the doer and the partner , and based on this it established special judgments and rules , and also left to the judge the right to take penalty resolution to the doer and the partner , The aggravating personal circumstances of the actor's punishment do not apply to the partner if he is aware of them.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	I
ÖZET.....	II
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	IX
1. Araştırmanın Konusu.....	IX
2. Amaç.....	X
3. Önem.....	X
4. Varsayımlar.....	XI
5. Sınırlıklar.....	XI
6. Tanımlar.....	XI
7. Yöntem.....	XII
8. Geçici Anahatlar.....	XII

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇA İŞTİRAKİN MAHİYETİ

I. Suça İştirakin Tarihsel ve Yasal Gelişimi.....	1
A. Eski Yasalarda Suça İştirak.....	1
1. Eski Irak Yasalarında Suça İştirak.....	1
2. Roma Hukukunda Suça İştirak.....	2
3. İslam Hukuku'nda Suça İştirak.....	4
B. Yeni Yasalarda Suça İştirak.....	7
1. Fransa Hukukunda Suça İştirak.....	8
2. Mısır Hukukunda Suça İştirak.....	9
3. Türkiye Hukukunda Suça İştirak.....	12
II. Suça İştirakin Mahiyeti ve Onun Esasları.....	13
A. Suça İştirakin Mahiyeti.....	14
1. Suça İştirak.....	14
2. Suça İştirakin Tanımı.....	15
B. Suça İştirakin Esasları.....	16
1. Suçta Suçluların Çok Olması.....	17
2. Suçun Bir Olması.....	18
a. Suçun Maddi Birliği.....	19
b. Suçun Manevi Birliği.....	20

III.	Suçta İştirakle İlgili Hukuki Görüşler ve Irak Kanun Koyucunun Tutumu	23
A.	Suç Birliği İlkesi	23
1.	Sınırsız Ödünç Görüşü	23
2.	Oransal Ödünç Görüşü	25
B.	Suçların Çok Olması Sistemi	27
C.	Irak Kanun Koyucunun Tutumu	28

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇTA İŞTİRAKİN ŞEKİLLERİ

I.	Asıl ve İkincil İştirak Arasında Ayırım Yapmak	30
A.	Ayırım Yapma Ölçüsü	31
1.	Sübjektif Teori	31
2.	Objektif Teori	32
B.	Asıl İştirak ve İkincil İştirak Arasında Ayırım Yapmanın Önemi	34
1.	Ceza Açısından	34
2.	Suçluların Çok Olmasının Ağırlaştırıcı Şart Sayılması Açısından	35
3.	Bazı Suçların Esaslarının Bulunması Açısından	35
4.	Şartların Etkisi Açısından	35
5.	Serbest Kılan Sebeplerin Uygulanması Açısından	36
II.	Suçta Asıl İştirak	36
A.	Suçta Asıl Failin Tanımı	36
B.	Asıl İştirakin Şartları	38
1.	Tek Başına Ya da Başkasıyla Beraber Suçu İşleyen Kimse	40
a.	Tek Başına Suçu İşleyen Kimse	40
b.	Başkasıyla Beraber Suçu İşleyen Kimse	41
2.	Suçtu Oluşturan Eylemlerden Birini Kasten Yaparak Suç İşlemeye İştirak Eden Kimse	42
3.	Suçun Manevi Faili	43
4.	Suç İşlendiği Esnada Suç Sahnesinde Bulunan Şerik	46
III.	Suçta İkincil İştirak	47
A.	Yasal Esas-Yasal Olmayan Bir Faaliyetin Meydana Gelmesi	49
B.	Maddi Esas-İkincil İştirakçinin Yasal Olmayan Bir Faaliyete Girişmesi	51
1.	İkincil İştirakçinin Faaliyeti	52
a.	Azmettirme	53
b.	Anlaşma	55
b.a.	Suçtu İşlemek Üzerine Anlaşmanın Olması	55

b.b. Anlaşmaya Binaen Suçun Gerçekleşmesi	56
c. Yardımlaşma	56
c.a. Suçun İşlenmesinden Önceki Yardımlaşma	57
c.b. Suçun İşlenmesiyle Beraber Olan Yardımlaşma	57
c.c. Suçun İşlenmesinden Sonraki Yardımlaşma	58
2. Faaliyetin Suç Olan Sonucu	59
a. İştirake İştirak Etmek	59
b. İştirake Başlangıç	60
c. Şerikin Vazgeçmesi	61
3. Faaliyetle Suç Arasında Sebep Sonuç İlişkisi	61
C. Manevi Esas-İkincil İştirakçinin Suça İştirak Etme Kastının Olması	62
1. Kasten İşlenen Suçlardaki Manevi Esas	62
a. Bilgi	63
b. İrade	63
2. Kasten İşlenmeyen Suçlardaki Manevi Esas	64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇA İŞTİRAKİN CEZAI SORUMLULUĞU

I. Suça İştirakin Cezası	66
A. Suçtaki Failin Cezası	66
B. Suçtaki Şerikin Cezası	67
1. Kanunların Şerikin Cezasını Belirlemedeki Farklı Yöntemleri	68
a. Suçun Kanunen Kararlaştırılan Cezası	68
b. Suçun Kanunen Kararlaştırılan Cezasından Daha Hafif Bir Ceza Olması	69
2. İrak Kanun Koyucunun Şerikin Cezasını Belirlemedeki Yöntemi	70
a. Failin Suç Kastının Olmaması	72
b. Faile Ait Diğer Durumlar	73
II. Şart ve Mazeretlerin Suça İştirak Edenler Üzerindeki Etkileri	73
A. Şartların Suça İştirak Edenler Üzerindeki Etkisi	74
1. Maddi Şartlar	74
2. Kişisel Şartlar	74
B. Mazeretlerin Suça İştirak Edenlerin Cezası Üzerindeki Etkisi	76
1. Maddi Mazeretler	76
2. Kişisel Mazeretler	77
C. Adli Şartlar ve Onların Kanuni Şartlardan Ayırt Edilmesi	78

III. Muhtemel Neticelerin Etkileri, Kastın Farklı Olması ve Suça İştirak Edenlerin Bilgisinin Şekli.....	79
A. Muhtemel Sonuçların Suça İştirak Edenlerin Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi.....	80
B. Kastın Farklı Olmasının Suça İştirak Edenlerin Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi.....	85
C. Suçun Gerçekleşmesiyle İlgili Bilginin Farklı Olmasının İştirakçilerin Cezası Üzerindeki Etkisi.....	89
SONUÇ.....	91
Neticeler:.....	91
Öneriler:.....	92
BİBLİYOGRAFYA	94
Kanunlar, Kararlar ve Dergiler	98

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
b.	: Baskı
c.	: Cilt
ICK	: Irak Ceza Kanunu
ITM	: Irak Temyiz Mahkemesi
KCK	: Kuveyt Ceza Kanunu
LCK	: Libya Ceza Kanunu
m.	: Madde
MCK	: Mısır Ceza Kanunu
s.	: Sayfa
sy.	: Sayı
ts.	: Tarihsiz

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu

Allah Azze ve Celle insanı yaratmış ve ona iyilik ve kötülük yapma dürtüsünü yerleştirmiştir. O, peygamberlerini hayra ve iyiliğe yönlendiren ve Allah Azze ve Celle'nin yasakladığı haramlardan sakındıran hidayet rehberleri olarak göndermiştir. Ancak nefisler kötülüğü emretmektedirler. Onlarda kötülük ve bozgunculuk yapma etkenleri baskındır. Bu da toplum bireyleri arasında bağlantı ve beraber yaşama dengesini bozmaya yol açmaktadır. Suç toplumlar içinde farklı şekillerde ortaya çıkmıştır. O kanunun yasakladığı eylemlerdir. Kanun işlenen suçta uygun cezayı suç işleyene vermeyi kararlaştırmıştır. Bazı durumlarda kanun belli özel durumlarda bir eylemi yapmaktan sakınan kişiye de ceza vermektedir. Tabi bu eylemi yapmaktan sakınan kişinin bunu yapabilme imkanı olduğu zaman sakınma eyleminden dolayı cezalandırılır. Dolayısıyla suç; kanunun yasakladığı ve işleyeni cezalandırdığı bir eylem ya da bir sakınmadır.

Bu anlatılanlara göre bazen suçta bir kişi işleyebilir. O da suçların basit durumudur. Bazen de birden fazla kişi suçta işlemektedir. Zira bunların her biri suçta belli bir rolü yerine getirmektedir. Bu durumda biz ilk şekilden farklı bir şekilde karşı karşıya oluruz. Bu ikinci şekle suçta iştirak şekli denilmektedir. Bu, suçta işlemede giriftir bir şekildir. Onun etrafına çok tartışmalar olmuştur. Bu iştirak tek bir şekilde olmamaktadır. İştirakçilerin suçta iştirak etme rollerine bağlı olarak bunun iki şekilde olduğunu görmekteyiz. İştirak asıl olabilir. Bunun failine asıl fail denilmektedir. İştirak ikincil de olabilir. Bunun failine şerik denilmektedir. Tüm bu durumlarda bir suçta işlemede birden fazla kişi yardımlaşmaktadır. Bazen bazısının rolü suçta hazırlık eylemleriyle sınırlı olmaktadır. Diğerler ise suçun maddi eylemlerini yerine getirmektedirler. Bazen bir kısmı suçta azmettirmektedir. Diğer kısmı ise azmettirme konusu olan suçta işlemektedir. Bazen bir kişi başka birini suçta işlemek için kullanmaktadır. O zaman kullanılan bu kişi kanunen bu suçta sorumlu değildir. Birden fazla kişinin bir suçta iştirak ettiği bu durumlarda suçta iştirak denilmektedir.

Bu anlatılanlardan suçta iştirakin, suçta temel iş ve asıl eylemin işlenmesi olan asıl iştirak şekliyle sınırlı olmadığı ve ikincil iştirak şeklini de kapsadığı ortaya

çıkılmaktadır. İkincil iştirak aslında suç olmayan serbest eylemlerdir. Lakin asıl fail tarafından işlenen suç eylemiyle bağlantılı olduğu için suça dönüşmüştür. Zira şerik kanunda belirlenen araçlarla suçun gerçekleşmesine iştirak ederek suçun failini yardım etmektedir. Bundan dolayı ikincil iştirak, suçu yerine getirme ya da onun işlenmesinde temel bir rol yapmayı içermeden sebep sonuç bağıyla suç eylemi ve onun sonucuyla bağlantılı olan her faaliyettir.

Irak kanunu ikincil iştirak için tanım sayılabilecek bir tanım yapmamıştır. Sadece iştirakçiyi şerik olarak suça katan araçları belirlemiştir. Bazısı kanun belirttiği bu araçları tanım saymıştır. Bu görüş yeni ceza kanunlarının çoğunun ortaya koyduğu görüştür. Zira kanun sadece suça girme araçlarını belirlemiştir. Nasıl ki ICK'nin 48. maddesi şunu ifade etmiştir: “*Şu kişiler suçta şerik sayılır:*

- 1- *Azmettirmeye binaen gerçekleşen suçu işlemeye azmettiren kimse.*
- 2- *Anlaşmaya binaen gerçekleşen suçu işleme üzerinde başkasıyla anlaşma yapan kimse.*
- 3- *Suçtan haberi olduğu halde suçu işlemede kullanılan herhangi bir silah, araç ya da başka bir şeyi faile veren ya da suçun işlenmesi için hazırlayıcı, kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı olan eylemlerinde herhangi bir yolla kasten faile yardım eden kimse.”*

2. Amaç

Bu araştırma; hukukçuların ve kanun adamlarının suça iştirak konusuyla ilgili görüşleri, suça iştirak kavramı, iştirak suçunda asıl iştirakçinin ceza sorumluluğunun sınırları, Irak kanunu ile karşılaştırmalı kanunda ikincil iştirakçinin cezası, yardım ederek şerik olanın muhtemel sonuçtan sorumlu olması ve ceza alan failin, suç sonucu gerçekleşmeden şerikin suçtan sorumlu olma miktarını incelemeyi amaçlamaktadır.

3. Önem

İncelediğimiz konunun yeni bir konu olması bu araştırmayı önemli kılmaktadır. O da Irak Kanunu'nda Suça İştirak konusudur. Bu zamanda meydana gelen suçların çoğu iştirak yoluyla meydana gelmektedir. Zira basit şekliyle suç bir

kişinin suçun maddi unsurlarını yapmasıdır. Lakin hayat girift olduğu ve dallandığı için durum artık kolay değildir. Bu da suçu işleme çeşitlerinin artması ve onun yollarının gelişmesine yol açmıştır. Ayrıca özel bir şekilde Irak memleketi ve genel bir şekilde bölge, terör hücrelerinin çoğu suça iştirak çerçevesine giren şiddetli saldırısına maruz kalmaktadır. Dolayısıyla Irak Kanunu'nda suça iştirak konusunun incelenmesi öncem arz etmektedir. Bu konuyu seçmemin sebeplerinden biri ICK'nin bu konuyu ele alan diğer kanunlara ne kadar uygunu olduğunu incelemektir. Bu ise araştırmaya etken olan özel bir niteliği konuya kazandırmaktadır.

4. Varsayımlar

Suçta iştirak kavramı, onun şekilleri ve esasları nelerdir? Asıl fail ile ikincil faili birbirinden ayırmanın önemi nedir? Irak yasasında bu suç için kararlaştırılan ceza nedir? Bu sorular detaylı ve analitik bir şekilde araştırılacaktır. Bu araştırmada bu suçla ilgili olan bazı Arap yasaları ve Türkiye yasası kısa bir şekilde incelenecektir.

5. Sınırlıklar

Irak Kanunu'nda Suçta İştirak adlı bu çalışmada 111 Sayılı ve 1969 Yılı Irak Ceza Kanunu, onun değişiklikleri ve 23 Sayılı ve 1971 Yılı Değiştirilmiş Irak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda suça iştirak incelenecektir. Ayrıca konunun önemine uygun mükemmel bir araştırma olması için suça iştirak suçunun sınırlarıyla ilgili bazı Arap yasaları ve Türkiye yasasına kısa bir şekilde değineceğiz.

6. Tanımlar

Suç: Toplumun güvenlik ve bütünlüğünü ihlal eden ve yasak olan insani davranışlardır. Ya da kanun koyucunun yasakladığı ve uygun bir ceza verdiği her eylem, davranış ya da terk etmedir.

Suçta İştirak: Bir suçu işleyen suçluların birden fazla olmasıdır. Gerçekleşen suçun bir kişinin faaliyeti ya da bir kişinin iradesinin sonucu olmaması gerekir. Suçu ortaya çıkarmaya birden fazla kişinin iştirak etmesi gerekir. Onların her birinin icra ettiği rolü bulunmaktadır.

Asıl fail: Suçun maddi esasını yerine getirme aşamasında etkin ya da temel bir rol oynayan faildir.

İkincil fail: Suçu işlemde ikincil ya da yan bir rol oynayan kişidir.

7. Yöntem

Bu araştırmayı suça iştirak konusuna tahsis ettim. Bu suçun mahiyetini, niteliğini, özelliklerini, esaslarını, şekillerini ve onun için kararlaştırılan cezayı açıklamak için bu araştırmada analitik bir niteliğin ağırlıklı olduğu bir şekilde o suçun derinlemesine inceleyeceğim.

8. Geçici Anahatlar

Yukarıda zikredilen sorunu çözmek için araştırma; bir giriş, üç bölüm ve bir sonuç şeklinde oluşturulacaktır. Önsözde istenilen yöntemin unsurları, araştırmanın konusu, onun önemi, onu seçme sebepleri, araştırmada takip edilen yöntem ele alınacaktır.

Birinci bölümde iştirakin mahiyeti incelenecektir. Bu bölüm üç başlığa bölünecektir. Birinci başlıkta suça iştirakin tarihsel ve yasal gelişimi, ikinci başlıkta suça iştirakin mahiyeti ve esasları, üçüncü başlıkta ise hukuk doktrininde suça iştirakle ilgili görüşler ve Irak kanun koyucunun tutumu ele alınacaktır.

İkinci bölümde suça iştirakin şekilleri işlenecektir. Bu bölüm üç başlığa bölünecektir. Birinci başlıkta suçta asıl iştirakle ikinci iştirakin birbirinden ayırt edilmesi, ikinci başlıkta suçta asıl iştirak ve üçüncü başlıkta ise suçta ikincil iştirak incelenecektir.

Üçüncü bölümde suça iştirakin ceza sorumluluğu incelenecektir. Bu bölüm üç başlıkta ele alınacaktır. Birinci başlıkta suça iştirak edenlerin cezası, ikinci başlıkta suça iştirak edenler üzerinde şartlar ve mazeretlerin etkisi, üçüncü başlıkta ise muhtemel sonuçların etki miktarları, kastı değiştirme ve suça iştirak edenlerin bilgi niteliği araştırılacaktır.

En son olarak da araştırmada ulaşılan neticeleri içeren sonuçla çalışma sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇA İŞTİRAKİN MAHİYETİ

I. Suça İştirakin Tarihsel ve Yasal Gelişimi

Yasal bir düşünceyi tümüyle kuşatmak, onun kaynak ve köklerine ulaşmak ve tarihsel köklere sahip olup olmadığını öğrenmek için tarihin derinliklerinde onu araştırmak ve daha sonra peş peşe tarih dönemlerini inceleyerek onun gelişim aşamalarını incelemek gerekmektedir. Bu esasa göre suça iştirak konusunu araştırmak, peş peşe dönemler boyunca tarihteki gelişimini ele almamızı gerektirmektedir. Bu bölümde bu konuyu iki başlıkta ele alacağız. Birinci başlıkta eski yasalarda suça iştirak konusunu ele alacağız. Burada Eski Irak yasaları, Roma Hukuku, İslam Hukuku ve Osmanlı Ceza Hukuku'nun suça iştirake karşı tutumlarını ele alacağız. İkinci başlıkta ise yeni yasalarda suça iştirak konusunu inceleyeceğiz. Burada Bağdat Ceza Hukuku, Fransa Ceza Hukuku, Mısır Hukuku ve Türkiye Hukuku'nun suça iştirake karşı tutumlarını araştıracağız.

A. Eski Yasalarda Suça İştirak

1. Eski Irak Yasalarında Suça İştirak

Eski Irak (Mezopotamya) medeniyetinde yazının ortaya çıkması eski toplumların; toplum hayatını düzenleyen, suç eylemlerini ve o suçlara verilen cezaları ihtiva eden kuralları içeren hukuk kurallarını yazmalarına yol açtı. Hukukun gelişimi tüm halklar arasında doğal bir şekilde ortaya çıkmaya başladı. Çünkü onlar arasında iletişim çok azdı. Bundan dolayı hukukların birbirinden alıntı yapmaları çok nadiren olmuştur. Bu alıntı gerçekleşmiş olsa da savaşlarla gerçekleşmiştir.¹

Hukuk, adalet ve özgürlük kavramları eski Irak (Mezopotamya) yasalarında bulunan kavramlardandı. Bu kavramlar Mezopotamya medeniyetinde düşüncenin temel niteliklerindendi. Zira bu nitelikler Sümerlerin sosyal ve ekonomik hayatlarında büyük bir bölüm oluşturmaktaydı. Bunun en açık göstergesi arkeologların farklı hukuk belgeleriyle ilgili olarak çamurdan oluşan binlerce yazıtları bulmalarıdır. O yazıtlardan bir kısmı suça iştirakle ilgilidir.² Yargı kararlarıyla ilgili olarak Babil'e yakın olan Nefer şehrinde çamurdan yapılmış bir yazıt bulundu. O yazıt, öldürme

¹ HADİSÎ Fahrî, Şerhu Kânûni'l-Ukûbâti'l-Kısmi'l-Âm, Bağdat, 1992, s. 5.

² SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, el-Müsâ'adetü Vesîletün Min Vesâili'l-İştirâ fi'l-Kânûni'l-İrâkî, Bağdat, 2012. a.g.e., s. 10.

suçuyla ilgili yargı kararını içermekteydi. Zira o dönemde bir adam öldürüldü. Katiller öldürdükleri adamın karısına onun kocasını öldürdüklerini söylediler. Bu kadın da onları ihbar etmedi. Öldürülen adam M.Ö. 1850’de mabetlerin birinde görevliydi. Güçler, olayı öğrendiklerinde ve olay şehirdeki Vatandaşlar Kurulu’na aktarıldığında kadın ve katillerle ilgili karar verildi. Kadının suçluları öğrenmesi ve suçu o dönemin yargı güçlerinden gizlemesi sebebiyle suçta bir taraf sayıldı. Zira suçlularla beraber şerik sayıldı. Ancak savunma avukatı kadının beraat etmesini talep etti. Çünkü kadın suça iştirak etmemişti. Hem de onun susması, yargının suçu işleyen asıl faillerle beraber onu şerik sayması için bir gerekçe olamazdı. Mahkeme üyeleri savunma gerekçelerini kabul edip kadını beraat ettiler, suçluları da cezalandırdılar. Zira kararda şu geçti: “*Cezanın fail katillerin dışındakileri kapsamaması gerekir.*”³ Bu hadise Mezopotamya’da yargının ne kadar geliştiğini ortaya koymaktadır. Suç işlemede suçluya yardım etme düşüncesi Sümerlilerin zihinlerinde ve kararlarında bulunmaktaydı. Bu düşüncenin eski Iraklıların düşüncesinin bir ürünü olduğu ve yeni yasaların bir düşüncesi olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Irak’ın diğer yasalarında ise suça iştirak düşüncesiyle ilgili yargı kararlarına rastlanılmamıştır. Ancak Hanmurabi yasasından bazı maddelerin bir kölenin kaçması ya da saklanmasına yardım edenin cezasını ele aldığı görülmüştür. Bu suçun cezası çok şiddetliydi. Hammurabi yasasının 15. maddesi şunu ifade etmiştir: “*Saraya dönen bir köle ya da cariye veya efendisine dönen bir köle ya da cariyeye şehrin kapısından kaçma konusunda yardım edenin idam edilmesi gerekir*”. Bu maddeye dayanarak suça yardım düşüncesinin Hammurabi yasalarında olduğunu söylemek mümkündür. Lakin Sümerlilerde olduğu gibi açık bir şekilde değildir.

2. Roma Hukukunda Suça İştirak

Suçta iştirak toplumun güvenliğini tehdit eden bir suç olduğu için bu konuyu incelemek önem arz etmektedir. Yeni yasalar her ne kadar suça iştirak meselesini suç ve ceza açısından genel bir bakış açısı çerçevesinde çözmüş olsalar da bu suçun tüm yönlerini inceleyen tam bir araştırmaya ulaşmak için roma hukukuna da değinmemiz gerekir. Zira pratik açıdan onun önemi büyüktür. Çünkü Roma Hukuku, eski çağlarda

³ FADL Münzir, Târîhu’l-Kânûn, b. 2, 2005, s. 69.

suçu incelemek için bir örnek olmasının yanı sıra batı yasaları için de tarihsel bir kaynak sayılmaktadır.⁴

Roma hukukunu inceleyen kişi onun binlerce yıl önce oluşup geliştiğini ve tüm Avrupa devletlerindeki hukuk sistemi için temel bir uygulama olduğunu görecektir.

Roma hukuku, Avrupa kıtasındaki hukuk sisteminde uygulanan özel ve kamu hukuklarını birbirinden ayırma esasına dayanmaktadır. Lakin bu ayırım, o günden günümüze kadar farklı ölçülere göre yapıldı. Buna göre özel hukuk Roma devleti vatandaşları arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Öte yanan kamu hukuku bu devlet içinde işlerin düzenlenmesi ve yürümesiyle ilgili meselelerle ilgilidir.

Roma imparatorluğunun birinci döneminde bağımsız bir ceza hukuku sistemi bulunmamaktaydı. Devlet hukuku büyük oranda adet ve geleneklere dayanmaktaydı. Lakin Roma devletinin kamu yararıyla ilgili meselelerinde hak sahibi doğrudan devletti. Örneğin kamu yararına saldırı büyük bir ihanet sayılmaktaydı. Çıkar ve yarar felsefesine göre 12 Levha Kanunu'nda da bu bulunmaktadır.⁵

Eski Roma hukukunu inceleyen kimse, tarihsel araştırmaya göre ya da o dönemin hukuki araştırmalarına göre suça iştirakin genel teorisiyle ilgili hukuk kurallarını göremez. Lakin bu konuyla ilgili bazı metinleri görmek mümkündür. Örneğin hırsızlık ve öldürme suçlarına iştirakle ilgili hükümler bulunmaktadır.⁶

Roma hukuku suça iştirak düşüncesinin tanımını yapmış ve onun iki türü olduğunu belirtmiştir. Biri suça maddi iştirak diğeri ise manevi iştiraktır. Aynı şekilde hukuk, bazı suçlarda şerikin cezasını belirlemiştir. Bu da Roma Ceza Hukuku'nda genel bir şekilde suça iştirak edene ceza verilebileceği ya da ona ceza vermenin hukukta belirlenen suç eylemleriyle sınırlı olacağıyla ilgili tartışmanın çıkmasına yol açmıştır.⁷

M.Ö. 52 yılında çıkan Bambiya kanunuyla ilgili Justinian kitabında babasını öldüren ya da onun hükmünde olanın cezasıyla ilgili hükümler geçmektedir: Zira bu

⁴ BEDEVÎ es-Seyyid Ahmed, el-İştirâkü'l-Cinâî fi'l-Kânûnü'r-Românî, Analitik Bir Araştırma, Şerîat ve Kanun Dergisi, Birleşik Arap Emirlikleri Üniversitesi, sy: 52, 2012, s. 351.

⁵ KAPUSUZOĞLU Beril Taşkın, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, b. 1, İstanbul, 2017, s. 4.

⁶ SONGUR Haluk, İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak Teorisi Mukayeseli Bir İnceleme, Doktora Tezi, Isparta, 2001, s. 67-68.

⁷ SÂLİM Muhammed Ali, el-İştirâk bi'l-Müsâ'ade ve Eserühâ bi'l-Ikâb, Yüksek Lisans Tezi, 1979, s. 11.

kanun, babasını ya da oğlunu öldüren ya da babayı öldürme hükmünde sayılan herhangi birini öldüren kişinin idam edilmesine hükmetmiştir. Suçlunun bu suçu açık veya gizli işlemesi arasında fark yoktur. Aynı şekilde kötü niyetin bulunmasıyla beraber suçun işlenmesi için kasıtlı olarak azmettirenlerin cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu yasa yabancı olsalar dahi suça iştirak edenlerin cezalandırılmasına hükmetmiştir.⁸

Roma hukuku; yardımcının cezalandırılabilmesi için onun yardım ettiği failin suç işleyeceğini ve bu yardımın kanunda cezalandırıldığını bilmesini şart koşmuştur.

12 Levha Kanunu ise çalınan eşyaları gizlemeyi bağımsız bir suç saymıştır. Bu suçu ek bir yardımla suça iştirak etme grubundan saymamıştır.⁹

3. İslam Hukuku'nda Suça İştirak

Yüce Allah insanı yaratmış ve ona iyilik ve kötülük yapma eğilimini vermiştir. Peygamberleri iyi işlere hidayet eden ve Yüce Allah'ın yasakladığı işleri yapmaktan sakındıranlar olarak göndermiştir. Ancak nefis kötülüğü emretmektedir. Nefiste kötülük yapma eğilimi baskındır. İnsanlar yeryüzünde bozgunculuğu yaydılar. Böylece toplum içinde farklı suçlar ortaya çıktı. İlk suç Kabil'in kendi kardeşi olan Habil'i öldürmesidir. *“Nihayet nefsi onu, kardeşini öldürmeye itti ve onu öldürdü. Bu yüzden de kaybedenlerden oldu.”*¹⁰ Daha sonra suç gelişti. Bireysel ve toplumsal olarak farklı şekillerde işlenmeye başladı. Toplumsal olarak işlenene günümüzde suça iştirak denilmektedir. Zira bazı durumlarda suçun arkasında gruplar ya da örgütler olabilmektedir. Onlar bozgunculuk yapmak ve insanlık toplumunda ahlaki çözülmeyi yaymak amacıyla suçu işlemeyi desteklemektedirler. İslam Hukuku hükümlerini inceleyen kimse onun mükemmel bir sistem, yasalarında üstün, hayatın tüm yönlerini kapsayıcı ve pozitif hukuklardan farklı olduğunu görecektir.¹¹

İslam Hukuku suça iştiraki şöyle tanımlamıştır: *“Suçluların birden fazla ve suç projesinin bir olduğu durumdur.”*¹²

⁸ BEDEVÎ es-Seyyid Ahmed, a.g.e., s. 420.

⁹ MESKÛNÎ Sabih, el-Kânûnû'r-Românî, Birinci Bölüm, Bağdat, 1968, s. 426.

¹⁰ Mâide, 5/30.

¹¹ HÜSEYİN Kâmil Muhammed, Ahkâmü'l-İştirâk fi'l-Cerîme fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Pozitif Hukukla Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Filistin, 2010, s. 1.

¹² ARFEC Fehd Bin Mübârek, et-Tahrîd ale'l-Cerîmeti fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'n-Nizâmi's-Su'ûdî, Etnolojik ve Uygulaması Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Riyad, 2006, s. 71.

Bazısı suça iştiraki şöyle tanımlamıştır: Birden fazla suçlunun daha önce anlaşarak suçu işlemeye birbirlerine yardım etmeleri ya da anlaşma yapmadan suçu beraber işlemeleri ya da bazı şeriklerin suçu işlemeye bazısına yardım etmeleridir. Bu tanımdan İslam Hukuku'nda suça iştirakin birkaç şartı olduğu ortaya çıkmaktadır:

1. Suçu yerine getirenlerin birden fazla olması.
2. Suçluların ceza verilen bir eylemi yani bir suçu işlemeleri.
3. Suçu işleme üzerinde anlaşma olması.
4. Suçun beraber işlenmesi.
5. Suçu işlemeye bir şerikin diğerine yardım etmesi.

İslam hukukundaki kural, ceza verilen suçu işleyen faile yardım etmeyi esas almaktadır. Kast edilen suç gerçekleşsin veya gerçekleşmesin fark etmez. Bundan dolayı İslam Hukuku'nun çirkin işleri yasakladığını söyleyebiliriz. Suçlar ise çirkin işlerin en şiddetlisi sayılmaktadır. Bunun yanı sıra temel kurala göre harama götüren şey haramdır. İslam hukukunda suça iştirak iki şekilde olur. Birincisi doğrudan şerikin olması yani kişinin suçun maddi işlerini yerine getirmesidir. İkincisi suçun maddi esasını yerine getirmeyip suçu işleyen faili azmettiren ya da onunla anlaşılan ya da ona yardım edenin suça sebep olarak şerik olmasıdır.

İslam Hukuku'nun suça iştirakle ilgili hükümlerini inceleyen kimse İslam hukukçularının doğrudan iştirakin hükümlerine önem verdiklerini ve tesebbüben suça iştirak etmeyi ihmal ettiklerini görecektir. Bunu sebebi hukukçuların, cezası belli olan suçların hükümlerini açıklamak için çaba sarf etmeleridir. O cezalar da hadler ve kısastır. Zira cezası belli olan suçlar sabittir. Değişikliği kabul etmez. Diğer bir sebep de İslam Hukuku'ndaki kuralın şöyle olmasıdır: Belirtilen cezalar, suça sebep olana değil, doğrudan suçu işleyene verilir. Bu kural Hanefi fihhinde bağlayıcıdır. Lakin diğer hukukçular, bu kuraldan sadece kişiye saldırı suçlarını istisna etmişlerdir. Onların gerekçesi de bu suçların doğrudan ve tesebbüben gerçekleştiğidir.

İslam Hukuku'nu inceleyen kimse; İslam araştırmacısının, suçta doğrudan fail olana verdiği önem kadar suça sebep olan fail (şerik) konusuna önem vermediğini görür. Zira suçta sebep olan şerik, suçta asıl fail olanın gördüğü önemi elde etmemiştir. Bu da suça sebep olan şerikin cezasının hiçbir şekilde tazir cezasını geçmemesi gerçeğinden dolayıdır. Tazir cezası ise idarecinin takdirine bırakılmıştır. İdarecinin bu konuda sınırsız takdir yetkisi bulunmaktadır. Had ve kısas cezaları sınırlı sayıda olan büyük suçlara verilmektedir. Belirlenen bu cezalar İslam

Hukuku'ndaki genel kural gereği suça sebep olan şerike değil doğrudan suçu işleyen şerike verilmektedir. Zira suça sebep olan şerikin işi şüphelidir. Şüphe bulunduğu zaman da hadler düşmektedir. İslam hukuku olumlu faaliyete (suçun işlenmesi) ceza verdiği gibi olumsuz faaliyete (yapılması gerekenin yapılmaması) de ceza vermiştir. Çünkü İslam Hukuku'nun kuralları Kur'an'ı Kerim ve Sünnet üzerine kurulmuştur. Onlar insani ve ahlaki bir niteliğe sahiptirler. Bir suçu ya da suç girişimini görüp de suça engel olabildiği halde izleyerek bekleyen ve suçluyu suç işlemekten alı koymayan herkes ikincil olarak suça ortak olur. Bu suçun şartları ve suçu izleyenin suça engel olabilme imkanın miktarına göre o kişi tazir cezasına çarptılır. İslam Hukuku, insanın kendisini savunduğu gibi başkasını da savunmasını zorunlu kılmıştır. Aynı şekilde insan kendi malını ve namusunu savunduğu gibi başkasının da malı ve namusunu savunması gerekir. Bir kimse bunu yapmaya imkan bulduğu halde sakınırsa ve suçu izleyerek olumsuz bir tutum takınırsa olumsuz ve ikincil bir ortaklıkla suça iştirak etmiş sayılır.¹³

İslam, insanın kendi kardeşine yardım etmesini emretmektedir: Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: *“Kardeşin zalim de olsa mazlum da olsa ona yardımcı ol”*. Yani zalimse onu zulümden alıkoyman gerekmektedir. Eğer mazlumsa ona zulüm edilmesine engel olman gerekir. Suçluya engel olmak Kur'an'ı Kerim'de geçen iyi işlerden sayılmaktadır. Nitekim Yüce Allah şöyle buyurmuştur: *“İyilik ve (Allah'ın yasaklarından) sakınma üzerinde yardımlaşın, günah ve düşmanlık üzerine yardımlaşmayın.”*¹⁴

Suç işleme cezasını belirleyen farklı meselelerde görüş ayrılıkları olmasına rağmen hoşgörülü olan İslam Hukuku, genel bir kural olarak suça iştirak edenlerin cezalandırılması için suç şartlarına özel bir değer vermiştir. Hz. Ömer (r.a.) zamanında şöyle bir olay gerçekleşti. San'a'da bir kadının kocası ortadan kayboldu. Bu adam başka kadından olan oğlunu o kadının evinde bıraktı. Bu kadın kocasından sonra bir dost edindi. Kadın dost edindiği kişiye çocuğun kendilerini gördüğünü ve rezil edeceğini dolayısıyla onu öldürmesini söyledi. Kadınlı beraber yedi kişi toplanıp çocuğu öldürdüler. Daha sonra onun organlarını parçalayıp kuyuya attılar. Daha sonra faillerin içinden biri suçu itiraf etti. Bu suç Ya'la bin Ümeyye San'a'da valiye gerçekleşti. Ya'la bu olayla ilgili olarak Hz. Ömer'den fetva istedi. Hz. Ömer ona

¹³ ZÜLEMÎ Mustafa, el-Mesûliyyetü'l-Cinâiyye fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye, c. 1, Kahire, 1982, s. 184.

¹⁴ Mâide, 5/2.

şöyle yazdı: “*Vallahi San’a halkının tüm o çocuğu öldürmeye iştirak etselerdi hepsini öldürürdüm.*”.

İslam Hukuku özel durumları çözmüş ve suçta şerik olana göre özel durumlara belli bir bakış açısı vermiştir. Şerik suçun maddi işlerini gerçekleştirirse onun yaşının küçük olmasına nazaran cezasını hafifletmektedir.

İslam Hukuku; hadler, kısas ve diyet gibi belli ve kesin cezalar koymuştur. Şüpheli suçlar için bir ceza belirlememiştir. Hiçbir ayırım yapılmadan cezalar herkese tatbik edilir. Suç işleyenlerin hiçbirinin özel bir değeri yoktur. İslam Hukuku, suçta asıl failin işlediği eylemler arasında muhtemel bir netice varsa asıl olmayan faile de ceza vermiştir. Asıl olmayan fail, üzerinde anlaşma yapılan eylemler dışında bir eylem yaparsa asıl faille beraber onun da cezalandırılmasını kararlaştırmıştır. Bu durumda onun eylemi doğrudan yapılan bir suç sayılır. Şerik ondan sorumlu değildir.

İslam Hukuku’nu araştıran kimsenin Kur’an ve Sünnet’i temel kaynak kabul eden Osmanlı Ceza Hukuku’na da değinmesi gerekir. Osmanlı Ceza Hukuku, suçta iştirak konusunu 4. bölümün 45. maddesinde işlemiştir. Bu maddeye göre iştirak iki kısımdır. Birincisi asıl iştiraktır. Bu da suçun doğrudan işlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin birleşen birkaç kişi bir suçu işlemektedirler. Böylece ağır veya hafif suç meydana gelmektedir. İkincisi ikincil iştiraktır. Bu da dolaylı olarak suçun işlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Aynı şekilde bu madde iştiraki gerektiren ikincil müdahale araçlarını azmettirme, anlaşma ve yardım şeklinde belirlemiştir. Bu yardım silah verme, suç araçlarını gizleme ve suçluya yemek verme şeklinde olabilir. Suça iştirakin bu iki türü ağır ve hafif suçlarla sınırlıdır, aykırılıklarda bulunmaz. Osmanlı Ceza Hukuku’nun suçta iştirak edenlerin özel durumlarının etkilerini ele almadığı görülmektedir. Bundan dolayı yargı, kendisine gelen meselelerdeki durumların hükmünü kendi içtihadına göre açıklamayı üstlenmiştir.¹⁵

B. Yeni Yasalarda Suça İştirak

Yeni dönemde hukukçuların ve kanun açıklayıcılarının suç ve suçlu bilimi konuları arasında önemseydiği konulardan biri farklı şekilleriyle beraber suçta iştirak konusudur. Suça iştirakten maksat bir suçta suçluların çok olmasıdır. Yeni yasalarda suçta iştirak konusundan bahsetmek için bazı yeni kanunlara değinmemiz gerekmektedir. Onlar da şunlardır:

¹⁵ SÂ’İDÎ Halid Cevâd, a.g.e., s. 17-18.

1. Fransa Hukukunda Suça İştirak

Fransa hukuk kurallarının çoğu, suça iştirakin tanımını yapan ve suça iştirakin şekillerini açıklayan Roma hukukundan alınmıştır. Fransa hukuk doktrini ve yargısı suça iştirak edenlerin çok olmasına bakmadan suç birliği ilkesini kabul etmiştir. Asıl fail ve şeriki eşit saymıştır. Suçlarla ilgili çıkan 1972 ve 1940 tarihli Fransa Ceza Kanunları da bunu kabul etmişlerdir. Zira 59. madde şerikin tanımını yapmıştır. Ayrıca asıl fail ve onun tanımına değinmeden iştirakin araçlarını açıklamıştır.

Ama şimdilik ise 121/4 maddesi asıl failin tanımını yapmıştır. Fransa kanun koyucusun suç için objektif bir anlam benimsediği ortaya çıkmaktadır. Failin tanımını suçun maddi eylemlerini bizzat işleyen kişi olarak tanımlamıştır. Fransa kanunu koyucu, birinin fail sayılabilmesi için onun suçun başından sonuna kadar suçu işlemesini dikkate almamıştır. Failin suçlu sayılabilmesi için onun suça başlamasını yeterli görmüştür.

Fransa yasası da dahil bazı yasalar, hırsızlık suçunda olduğu gibi suçu işlemeye suçluların çok olmasını fail ve şerikin cezalandırılması için ağırlaştırıcı sebep saymışlardır. Bunun sebebi suça iştirak edenlerin çok olmasının suçu daha erken ve hızlı yerine getirmesini sağlamasıdır. Ayrıca suçluların çok olması sebebiyle bunlar mağdura korku salmaktadırlar. Ama suç sahnesinde asıl fail varsa ve ikincil fail yoksa böyle bir şey gerçekleşmez.

Suçu işlemek için modern işlerde yardımla olan ikincil iştirak, içinde ağırlaştırıcı sebebin gerçekleştiği bir eylemdir. Fransa kanununun tutunduğu objektif ölçüyle çelişmesine rağmen Fransa yargısı, suçu tamamlamak için asıl faile yardım eden şeriki başkasıyla beraber fail saymıştır.¹⁶

Suçu tamamlamak için ek olan işler ise Fransa yargısı; hırsızlık suçunu işlemek için daha önce anlaşma yapılmışsa ve şerik hırsızlık için arabayı getirerek hırsızlık suçunda asıl faile yardım ederse birçok sebepten dolayı şeriki suçun asıl faili saymıştır.¹⁷

Fransa kanun koyucu suçta ödünç teorisini kabul etmiştir. Zira bu teori, şerikin asıl failden suç niteliğini ödünç alma esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla suç

¹⁶ VERDÎ Ebû Ervâ, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşrî'i'l-Cezâirî, 2010, s. 29.

¹⁷ NÂFÎ' Sâkir, el-İştirâk fi'l-Cerîme fi'l-Kânûni'c-Cezâirî ve'l-Mukâren, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 25.

sorumluluğu ancak asıl failin suçu işlemesiyle gerçekleşmektedir. Çünkü şerik asıl faile bağlı bir suçludur.¹⁸

Fransa Temyiz Mahkemesi failin suçta şerik sayılabilmesini kabul etmiştir. Bu da oransal ödünç teorisinin sonuçlarından kurtulmak içindir. O sonuçlar da öldürme suçunda fail olan kişiye aynı suçta şerik olmasından daha hafif bir suçun verilmesidir. Bundan dolayı Mahkeme, sınırsız ödünç düşüncesine istinaden failin cezasının ağırlaştırmak için faili şerik saymıştır.¹⁹

Sakınma yoluyla iştirak yani olumsuz iştirak meselesinde Fransa hukuk doktrini ihtilafa düşmüştür. Hukukçuların çoğu sakınma yoluyla iştirakin düşünülmemeyeceği görüşündedir. Onların bu konudaki gerekçesi; ceza kanununun çok az bazı istisnalar dışında sadece topluma ya da başkasına zarar veren maddi davranışlara ceza verdiğidir. Ancak yargı suça iştiraki oluşturabilen birtakım olumsuz davranışların varlığını kabul etmiştir. Buna göre yargı; alkollü içecekler satan kişiyi, gece gürültüsüne engel olmaması ve meskun mahalde halkın rahatını tedirgin etmesi sebebiyle şerik saymıştır. Aynı şekilde bildiği halde kasıtlı bir şekilde dolandırıcılık eylemlerini görmezden gelen gümrük memurunu suçlu kabul etmiştir.²⁰

Fransa hukuku sakınma yoluyla iştiraki kabul etmiştir. Ancak kişinin bir eylemi yapmamaktan sorgulanabilmesi için iki temel şartın bulunması şart koşmuştur. Onlar da şunlardır:

Kişinin suça karşı koyma gücünün olması. Bu gücün kaynağı kanun ya da sözleşme olabilir.

Kişinin, suçlunun suç işleyeceğini bildiği halde kendi iradesiyle onu terk etmesi.

2. Mısır Hukukunda Suça İştirak

Mısır hukuk doktrini ve yargısı Arap vatanında en yeni yasalardan sayılmaktadır. Bu çalışmada hedeflenen suça iştirakin hükümlerini açıklama amacına ulaşmak için ondan kısa bir şekilde bahsetmeyi uygun gördüm. 1883 tarihli Mısır Ceza Kanunu, Fransa kanununa uyarak asıl failin tanımını yapmamıştır. Bu kanun 1904'te değiştirildikten sonra failin üç şeklinin olduğunu ifade etmiştir. Onlar

¹⁸ MÜRŞİDÎ Emel, Bahsün Kânûniyyün ve Dirâsetün Havle Mâhiyyeti'l-Müsâhemeti'l-Cinâiyye ve Şürûtuḥâ, Kahire, 2016, s. 9.

¹⁹ VERDÎ Ebû Ervâ, a.g.e., s. 30.

²⁰ MÜRŞİDÎ Emel, a.g.e., s. 10.

da tek başına fail, başkasıyla beraber fail ve suçu oluşturan eylemlerden birini yapan kimsedir.²¹

Daha sonra 1937 tarihli Mısır Ceza Kanunu çıktı. Bu kanun 39-44. maddeleri arasındaki maddelerde suça iştiraktan bahsetmektedir. Hakkaniye Ta'likâtı'nın 39. maddesinde fail açıklanmıştır. Bu madde, önceki kanunlardan daha kapsamlı ve açık bir şekilde suçtaki faili anlatmaktadır. Zira o madde şunu ifade etmiştir: “*Şunlar suç faili sayılırlar:*

İlk olarak: Tek başına ya da başkasıyla beraber suçu işleyen kimse

İkinci olarak: Suç birçok eylemden oluşursa bilerek suçu oluşturan eylemlerden birini yapan kimse.”.

Bunlar Mısır kanun koyucunun belirlediği suça asıl iştirakin durumlarıdır. Yani failin suçu yerine getirmede ana rolü yerine getirdiği durumlarıdır. Aynı şekilde Temyiz Mahkemesi bunu kararlaştırmıştır. Nitekim şunu ifade etmiştir: “*Fail tek başına suçu işler ya da suçu işlemede başkası ona ortak olur. Kişi suça ortak olursa onun eylemi tam suç niteliğinde olabilir. Suç, niteliğine göre ya da yerine getirilen plana göre birçok eylemden oluşursa kişi suçu oluşturan eylemlerden birini bilerek yapmış da olabilir. O zaman suçu işlemeye katılma niyeti varsa başkasıyla beraber fail olur. Bu durumda suç sadece onun eylemiyle tamamlanmazsa, bir kişinin ya da suça iştirak eden birden fazla kişinin eylemiyle tamamlanırsa ve bu bilinir ya da bilinmezse o kişi gene başkasıyla beraber fail olur.”*

Bazen fail kendi eliyle suçu işler. Burada onun rolü ana rol olur. Bazen de başkasının eliyle suçu işler. Burada onun rolü ikincil bir rol olur. Ona manevi fail de denir.²²

İkincil iştirakle ilgili olarak Mısır Kanunu 40. maddede iştirakin üç şeklinden bahsetmiştir. Onlar da azmettirme, anlaşma ve yardım etmedir. Bu kanun 41. maddede şerik için kararlaştırılan cezayı da belirlemiştir. Mısır Kanunu suçu tamamlamak için ek yardımda bulunanı şerik saymamıştır. Burada suçun tamamlanması ya da suça başlanması arasında fark yoktur. Burada suçu kendi başına

²¹ MUSTAFA Mahmûd Mahmûd, Usûlü Kânûnü Ukûbât fi'd-Düveli'l-Arabiyye, b. 1, 1970, s. 69.

²² EMİN Muhammed, Kânûnü'l-Ukûbâtî'l-Kısmî'l-Âm Nazariyyetü'l-Cerîme, Beyrut, 2010, s. 273.

bağımsız bir suç saymış ve onu işleyeni failin cezasıyla cezalandırmıştır. Örneğin ağır ya da hafif suçtan elde edilenleri gizlemek bağımsız bir suç sayılmaktadır.²³

Muhtemel sonuçlardan dolayı şerikin cezalandırılmasıyla ilgili olaraksa Mısır Ceza Kanunu 43. maddede; suç, işlenmesi kast edilen bir suç olmasa dahi azmettirme, anlaşma ya da yardımlaşmanın muhtemel bir sonucu olarak meydana gelen suçtan dolayı şerikin cezalandırılacağını ifade etmiştir. Mısır Temyiz Mahkemesi faili kapsayacak şekilde bu metnin çerçevesini genişletmiştir. Şerik dışında failerin işlediği suç kast edilen suç olmasa dahi bu suçun muhtemel sonucundan dolayı fail cezalandırılır. Hukukçuların bir kısmı bu görüşü desteklemiştir. Başka bir grup hukukçu ise bu görüşe karşı çıkmıştır. Bu grup yukarıda değinilen metinde suç sorumluluğundaki genel kuraldan bir istisna olduğu görüşündedir.²⁴

Mısır Ceza Kanunu'nun fail ve şerik arasında ayırım yaptığını görmekteyiz. Bu da işlenen maddi işler arasında ayırım yaparak olmaktadır. Şerik suç eylemini asıl failden ödünç alır. Böylece Mısır kanun koyucusu suç ve cezada sınırsız ödünç alma teorisini kabul etmiştir. Mısır kanun koyucusu her ne kadar sınırsız ödünç alma teorisini kabul etse de bazen oransal ödünç teorisini kabul etmiştir. Bazen de cezada kişisel düşünceyi kabul etmiştir. Mısır Ceza Kanunu 41. madde de şunu ifade etmiştir: *“Özel bir yasa metniyle istisna edilen hariç olmak üzere suça iştirak eden herkese o suçun cezası verilir”*. Bu metinden şerikin iştirak ettiği suçtan cüzi olarak sorgulandığı, o suç için kararlaştırılan cezaya tabi olduğu ve Mısır kanun koyucusunun oransal ödünç alma teorisine tutunduğunu anlamaktayız. Bu da *“o suçun cezası verilir”* ifadesinden anlaşılmaktadır. Nitekim o, suçtaki fail ve şeriki eşit tutmuştur. Kanun koyucu ceza vermede yargıyı özgür bırakmıştır. Çünkü cezalar her suçun şartları ve şartların hafifletici olmasına göre değişmektedir. Eşitlik metinde belirtilen cezalardadır. Hakim tarafından verilen cezalarda eşitlik yoktur.²⁵

Sakınma yoluyla suça iştirakle ilgili olarak Mısır hukuk doktrini iki görüşe ayrılmıştır.

Birinci görüş; sakınan kişi sakındığı işi yapması gerekiyor olsa da sakınma yoluyla iştirakin düşünülmemeyeceğidir. Mısır kanun hukukçularından büyük bir kısmı bu görüşü savunmaktadır. Bunun örneği; yolunu değiştirerek hırsız tutuklamaktan

²³ FEĞÛL Arabiyyeh, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi Kânûni'l-Ukûbâti'l-Cezâiri, Yüksek Lisans Tezi, Cezayir, 2002, s. 89-90.

²⁴ NÂFÎ Sâkir, a.g.e., s. 51.

²⁵ ABDURRAÛF Mehdî, Şerhu'l-Kavâidü'l-Âmme li-Kânûni'l-Ukûbât, Kahire, b. 1, 2008, s. 837.

sakınan polistir. Bu görüşün sahiplerinin gerekçesi; şerikin davranışı ve failin suçu arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunmamasıdır.

İkinci görüş göre ise yetkili olan kimse yapması gereken işi yapmamasıyla suça iştirak olabilir. Örneğin bir hizmetçi, hizmetçisi olduğu evde hırsızlık yapılacağını bilmekte ve evin kapısını açık bırakmaktadır. Bu durumda bu hizmetçi hırsızlık suçunda şerik sayılmaktadır. Aynı şekilde hırsızlık yapan kişiyi görüp de hırsızın kolay bir şekilde suçu işlemesi için yolunu değiştiren polis de hırsızlık suçunda şerik sayılmaktadır. Bu görüşün sahiplerinin gerekçesi; bu geçen örneklerde sakınmanın, suç neticesinin meydana gelmesinde aşırı bir olumsuz varlık olmasıdır. Böylece bu kişinin yaptığı olumsuz davranıştan dolayı o suçta şerik sayılmaktadır. Aynı şekilde kanun, bir suç işlendiği zaman bu davranış olumlu ya da olumsuz da olsa o bu konuda eşit olur.²⁶

3. Türkiye Hukukunda Suça İştirak

1840 yılında çıkan Türkiye Kanunu iştirakle ilgili hiçbir genel kural içermedi. 1851’de ise kanunlarda biraz gelişme oldu. Hükümler sınıflandırıldı. Onlara sistemin genel hükümleri denildi. Bazı suç ve cezalar düzenlendi. Suça iştiraki düzenleyen kurallar konuldu. Yardımcı ve azmettirici için farklı cezalar konuldu. Kasten öldürme suçuyla ilgili her birinin cezası arasında ayırım yapıldı. Sistemin genel hükümlerinde buna özel bir yer verildi. Daha sonra yeni bir reformcu kararname ilan edildi. Bu kararname 9 Ağustos 1958’de yayınlanıp uygulanmaya konuldu. Buna Ceza Kanunu denildi. Bu kanun önceki kanunlardan farklı bir şekilde iştirakin genel hükümlerine özel bir yer verdi. Bu kanun İslam Hukuk ve Fransa Ceza Kanunu’ndan yararlanılarak hazırlandı. 1858 Kanunu suça iştirakin ceza sorumluluğuyla ilgili her hangi bir tasarımı içermedi. Aynı şekilde suçun failinin suçta şerik sayıldığı işleri de açıklamadı. Bu dönemde hakim iştirak eylemini esas almamaktaydı. Suçun gerçekleşmesine sebep olan somut olayı esas almaktaydı.²⁷

Daha sonra 1926’da ‘Cürüm ve Kabahate İştirak’ başlığı altında 6. Bölümün 64-67. maddelerinde iştirak hükümlerini düzenleyen yeni bir kanun çıktı. Sonra 64-65. maddelerde belirtilen cezalar, 1937 tarih ve 3112 sayılı kanunda değiştirildi. 1941’de 4045 sayılı kanunun 65. maddesi yeniden yazıldı. Bu kanun 1983’e kadar bu şekilde uygulandı. Cezayla ilgili bazı işlemlerde birtakım değişiklikler yapıldı. Bu

²⁶ NÂFİ Sâkir, a.g.e., s. 26.

²⁷ KAPUSUZOĞLU Beril Taşkın, a.g.e., s. 32.

değişiklikler 2787 sayılı kanunun 3. bendinin 1. fıkrasında belirtildi. Daha sonra 2005'te bu kanunun fıkraları yeniden yazıldı.²⁸

Ceza Kanunu kurumları, genel bir şekilde bir kişi tarafından işlenen ya da birden fazla kişi tarafından işlenen suçlar açısından suç sorumluluğunun ilkelerini koymuşlardır. Zira suç bir kişi tarafından işlenebilir. İştirakin gerçekleşebilmesi için fazla bir kişinin suça iştirak etmesi gerekir. Bu tür suçlara, bir suça birçok failin iştirak ettiği suçlar denilmektedir. Örneğin rüşvet suçunu işleme durumunda bir kamu memuru olmak üzere iki kişinin anlaşmasına ihtiyaç vardır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 37-41. maddelerde suça iştiraki ele almıştır. Zira 37, 38 ve 39. maddelerde iştirak türlerini belirlemiştir. Suça iştirakin maddi eylemlerle -ki bu durumda asıl fail şekliyle karşı karşıyayız-ya da suçu desteklemek için psikolojik (manevi) iştirakle olabileceğini açıklamıştır.²⁹

Hukuk doktrini iştirak meselesinde tartışmaya girmiştir. Kimisi suç birliği sistemini kabul etmiştir. Diğer bir kısmı ise suç çokluğu sistemini kabul etmiştir. Türkiye hukuk doktrini, 5237 sayılı kanuna göre suç çokluğu sistemini kabul etmiştir. Bu sisteme göre suçtaki her bir şerik kendi eyleminden sorumludur. Diğerlerinin yaptığı eylemler dikkate alınmaz.³⁰

Türk Ceza Kanunu 40. maddede iştirak şartlarını belirlemiştir. Zira iştirakin gerçekleşebilmesi için suça iştirak edenlerin çok olmasını şart koşturmuştur. Amaca yönelik bir iradenin de bulunması gerekir. Dolayısıyla bu irade neticenin gerçekleşmesini gerektirmektedir. O da suç işlemektir. İştirakin gerçekleşmesinin ikinci şartı ise suça iştirak edenlerin tek bir suçu işleme üzerinde anlaşmalarıdır. İştirak edenlerin tümünün iştirakin gerçekleşmesi için istenen işleri hazırlaması gerekir.³¹

II. Suça İştirakin Mahiyeti ve Onun Esasları

Suçun bilinen şekli onun normal şeklidir. O da bir kişinin tek başına yaptığı suçtur. Lakin bazen birden fazla kişi suçu işlemektedir. O zaman suça iştirakle karşı karşıyayız. Suça iştirak, rollerin değişmesiyle birçok şekilde olmaktadır. Bu rollerin

²⁸ KAPUSUZOĞLU Beril Taşkın, a.g.e., s. 33-34.

²⁹ ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 431.

³⁰ ÖZEN Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı, TBB Dergisi, sy: 70, 2007, s. 239

³¹ ÖZEN Mustafa, a.g.e., s. 241.

her birinin suçu gerçekleştirmedeki miktarları açısından onların önemleri farklı olmaktadır.

Bu konuyu iki kısma ayıracağız. Birinci kısımda suça iştirakin mahiyeti hakkında konuşacağız. Bu kısmı da iki başlığa ayıracağız. Birinci başlıkta suça iştirake değineceğiz. İkinci başlıkta ise suça iştirakin tanımını ele alacağız. İkinci kısımda ise suça iştirakin esaslarından bahsedeceğiz.

A. Suça İştirakin Mahiyeti

Suçta iştirak kavramından maksat şerikin herhangi bir iştirak şekillerinden biriyle asıl faile yardım etmesidir. Suça iştiraktan maksat tek bir suçta suçluların çok olmasıdır. Bu niteliğiyle suça iştirak iki temel unsurdan oluşmaktadır. Onlar da suçluların çok olması ve suç birliğidir. Bizim araştırma konumuzun eksenini de bu olacaktır.

1. Suça İştirak

Ceza adaletinden hedeflenen amacı gerçekleştirmek için suç olgusunu araştırmak gerekir. O amaç da suçun zararlı etkilerini tümünden ortadan kaldırmak ya da sınırlamaktır. Bundan dolayı toplumlar suç olgusuyla mücadele etmeye çalışmıştır. Asırlar boyu toplumların ve suçun gelişmesi ceza sisteminin gelişmesine yol açtı. Aynı şekilde suçla mücadele etmede ceza kavramı da gelişti. Ancak ceza verme bir toplumdan diğerine göre değişmektedir. Zira suç işleyen herkesin suç tehlikesine sahip olması gerekir. Bundan maksat kişinin suçu işlemeye hazır olmasıdır. Bu kişinin bazen belli özellikleri olmaktadır. Bazen de onun, kendisini suç işlemeye sürükleyen şartları bulunmaktadır.³²

Suç genelde bir kişinin onu işlemesiyle gerçekleşmektedir. Lakin bir suç birden fazla fail tarafından işlenirse o zaman biz suça iştirakle karşı karşıya oluruz.³³ Suç eylemleri geçmiş zamanda meydana gelmesine rağmen son zamanlarda çok arttı. Suç eylemleri birden fazla kişi tarafından da işlenmektedir. Bu sebeplerden dolayı yasama kurumları, ceza kanunlarında bu tür suç için büyük bir yer ayırmışlardır. Birden fazla kişinin işlediği suçlar gelişmeye başladı. Artık suç; göçmenleri kaçırma,

³² ŞÜKÛR Yezin Tahsîn, Davâbitu't-Tefrika Beyne'l-Fâili Ma'a Gayrihi fi'l-Cerîme ve't-Tedahhuli fihâ, Yüksek Lisans Tezi, Amman, 2006, s. 8.

³³ HÂLİDÎ Muhammed Şakrân, a.g.e., s. 23.

kaçakçılık, fuhuş, soygunculuk, hırsızlık, hile, dolandırıcılık ve bunlar dışındaki suçlar şeklinde yapılmaktadır.³⁴

Irak kanun koyucu, birinci kitabın üçüncü bölümünün beşinci faslında 47-54 maddelerinde “Suça İştirak” başlığı altında bu suçtan bahsetmiştir. Kanun koyucu o maddelerde fail ve şerikten bahsetmiştir. Birden fazla kişi bir suça iştirak ettiği zaman uygulanması gereken hükümleri açıklamıştır. Bu kişilerin hepsinin asıl fail olması ya da bir kısmının asıl fail diğer bir kısmının şerik olması arasında fark yoktur.³⁵

2. Suça İştirakin Tanımı

Irak kanun koyucu özel bir şekilde suça iştirakin tanımını yapmamıştır. Lakin iştirak suçunun birden fazla kişinin bir suçu işlemesiyle gerçekleşeceğini açıklamıştır. İştiraktan maksat iki ya da daha fazla kişinin bir işi beraber yapmasıdır. Aynı şekilde bir iş üzerinde yardımlaşma ya da anlaşama da kast edilmektedir.³⁶

Terime anlamında iştirak şöyle tanımlanmıştır: *“Bir kişinin başkasıyla beraber suçu oluşturan eylemleri yaparak belli bir suça iştirak etmesi ya da doğrudan suçu yerine getirmeye iştirak etmesidir.”*³⁷

Bazı devletlerde bu suçlara suça iştirak, diğer bazı devletlerde de suç ortaklığı denilmektedir. Bu iki ifade bu suçun aynı anlama gelen ifadeleridir. Kanun suça iştiraki şöyle tanımlamıştır: Aynı suçu işleyen suçluların çok olma durumudur. Aynı şekilde ondaki suç projesi de birdir.³⁸

İştirak suçu girift bir suç sayılmaktadır. Çünkü o, iki veya daha fazla kişi tarafından suçun işlenmesiyle gerçekleşmektedir. Zira bu kişiler suç sahnesinde kendi rollerini kendi aralarında bölüştürmektedirler. Bu durumda suça iştirak gerçekleşmektedir. Suça iştirak asıl ve ikincil iştirak kısımlarına ayrılmaktadır. İştirakin türü ne olursa olsun bu suçun yeni araştırmalarda artan bir önemi vardır. Bu da suç projesinin önemli olması sebebiyledir ki suça iştirak bununla meydana gelmektedir. İştirak; hırsızlık ve kişilere şiddet uygulama suçları gibi bilinen suçlarda ya da profesyonelleştirilen ve alışkanlık haline getirilen yeni suçlarda olabilir. Bu yeni suçlara örnek olarak uyuşturucu, kadın ve hayatı olumsuz etkileyen yaygın ticareti

³⁴ AYDIN Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, 2009, s. 23.

³⁵ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 229.

³⁶ HÂMÎD Kâmil, Ahkâmü'l-İştirâk fi'l-Cerîme fi'l-Fıkhı'l-İslâmî, Yüksek Lisans Tezi, Filistin, 2010, s. 23.

³⁷ CEBÛR Muhammed Avde, el-Vesît fi Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Amman, 2012, s. 309.

³⁸ HÂLİDÎ Muhammed Şakrân, a.g.e., s. 24.

suçları gösterilebilir. Aynı şekilde uluslararası suç örgütleri kurmak da buna örnektir. Bu anlatılanlardan suça iştirakte suçluların çok olmasının özel bir önemi vardır. Bundan dolayı bu tür suçların, tek suçluya uygulanan kurallardan farklı olan özel kurallara tabi olması gerekir.³⁹

Suçta iştirakten maksat aynı suçu işleyen suçluların birden fazla olmasıdır. O suç birden fazla kişinin faaliyetinin ürünüdür. Onlar suçun varlık sahasına çıkmasına ortak olmuşlardır. Her birinin yerine getirdiği rolü vardır. Suçun gerçekleşmesi için bu rolün farklı türleri bulunmaktadır. Öyle ki suça iştirak eden her bir kişinin sorumluluğunu belirlemek için çok sayıda hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Kanun hükümlerinde ve onlardan her birinin hak ettiği cezada farklılıklar bulunmaktadır.⁴⁰

Suçun tamamlanması için bazen suça iştirak zorunlu olmaktadır. Yani suçun tamamlanması için birden fazla kişinin suça iştirak etmesi gerekir. Zina ve rüşvet suçunda olduğu gibi bir kişi tek başına bu suçları yapamaz. Zina, ancak zina eden erkek ve kadının iştirakiyle gerçekleşmektedir. Aynı şekilde rüşvet suçu için rüşvet veren ve alanın bulunması gerekir. Bundan dolayı zorunlu iştirak ancak kanuna göre birden fazla suçlunun suçu işlemesiyle gerçekleşmektedir. Suçta zorunlu iştirakin yanı sıra zorunlu olmayan iştirak da bulunmaktadır. O da suçun tamamlanması için bir failin yeterli olduğu; lakin bir veya birden fazla kişinin faile yardım ettiği suçlarda olmaktadır. Örneğin hırsızlık, öldürme, hile yapma, dolandırıcılık, zimmete geçirme suçları buna örnek gösterilebilir. Bu tür suçların bir fail tarafından işlenmesi mümkündür. Birden fazla kişi de bu suçları işleyebilir. Bu durumda her biri onda rol oynamış olur. Bunu zorunlu iştirakten ayırmak için buna ihtimalli iştirak denilmiştir.⁴¹

B. Suça İştirakin Esasları

Suçta iştirakten maksat bir suçu işleyen kişilerin birden fazla olmasıdır. O zaman iştirak suçunun gerçekleşmesi için birden fazla kişinin suçu işlemesi gerekir. Bir kişi suç işlerse onun suçları birden fazla olsa da suça iştirak gerçekleşmez. Çünkü bu kişi çok sayıda suçlar işlerse onun hakkında birden fazla suç sorumluluğu oluşur. Onun için suça iştirak suçu gerçekleşmez. Suçlular çok olduğu zaman ve suçlar da

³⁹ MATŞAR Delâl Latif ve İBRAHİM Muhammed İsmail, el-İ'tidât bi'n-Niyyeti fi'l-Müsâhemeti'l-Asliyye ve't-Teba'iyye Dirâsetün Mukârane, İslam Üniversitesi Külliyesi Dergisi, en-Necef el-Eşref, c. 1, sy: 41, 1997, s. 373.

⁴⁰ MECÂLÎ Nizâm Tevfik, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Amman, 2009, s. 279.

⁴¹ KAHVECÎ Ali Abdulkadir, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm Nazariyyetü'l-Cerîme, Beyrut, 2008, s. 460.

çok olursa yine suça iştirak gerçekleşmez. Çünkü her biri diğerinden bağımsız bir şekilde kendi suçunu işlemiştir. Bu da her bir kişinin kendisine ait suç projesinde bağımsız olması sebebiyledir. Hatta bu suçlar bir suçun sahasında ya da bir vakitte işlense ya da protestolar esnasında meydana gelen suçlar gibi bir kişi tarafından işlense yine suça iştirak gerçekleşmez.⁴² Bundan dolayı suça iştirakte iki yasal şart gerekmektedir. Onlar da suç birliği ve suça iştirak edenlerin birden fazla olmasıdır. Suça iştirak edenlerin çok olması apaçıktır. O karıştırılmamaktadır. Ama suç birliğinden maksat ise onun hem maddi ve hem de manevi birliğinin olmasıdır. Öyle ki suçun her bir esasının birliğinin korunması gerekmektedir.⁴³ Suça iştirakten bahsetmek için onun maddi ve manevi esaslarının tüm şerikler için gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna şu örneği verebiliriz: Öldürme suçu gerçekleşirse ve A şahsı daha önce B şahsını öldürmeye niyetlenmişse sonra da B şahsının yol üstünde belli bir yerde olduğunu bildiği halde kalkıp C şahsını hızlı bir şekilde araba sürmeye ikna ederse C şahsı da B şahsını ezip onun ölümüne sebep olursa bu durumda tüm şerikler için suçun maddi ve manevi birliği gerçekleşmiş olmaz. A şahsı kasten öldürmekten sorumlu tutulur. C şahsı ise ihmal suçundan sorumlu tutulur.⁴⁴ Bu sebeple bu konuyu iki başlığa ayırmamız gerekmektedir. Onlar da suçluların çokluğu ve suç birliğidir.

1. Suçta Suçluların Çok Olması

Suç oluşturana eylemi işlemeye suçlular birden fazla değilse iştirak düşünülemez. Her bir suçlunun suçtaki rolü diğerinin rolünden farklı olması gerekir. Kimi asıl özelliğiyle suçu işler. Bu kişi suçta asıl fail olur. Kimi de ikincil özelliğiyle suça iştirak eder. Bu kişi de suçta şerik olur.⁴⁵

Bir kişi tek başına suçu işlerse suça iştirak gerçekleşmez. Suça iştirak edenlerin her biri suçta rolünü yerine getirmesi gerekir. Bu durumda bazen onların rolü suçta eşit olmaktadır. Bazen de onların rolleri farklı olmaktadır. Örneğin ev hırsızlığında hırsızlardan biri çalınan malın bir kısmını taşımakta, diğeri geri kalan kısmını taşımakta ve üçüncüsü kapıda bekleyip yolu gözetlemektedir.⁴⁶

⁴² KAHVECÎ Ali Abdulkadir, a.g.e., s. 464.

⁴³ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 229.

⁴⁴ AYDIN Devrim, a.g.e., s. 89.

⁴⁵ ÂYİDÎ Râmiz Ahmed, Kânûnü'l-Ukûbât, Filistin, 2010, s. 119.

⁴⁶ HALEF Ali Hüseyin ve BEŞTÂVÎ Sultan Abdulkadir, el-Mebâdiü'l-Âmme fî Kânûnü'l-Ukûbât, b. 1, Bağdat, 2010, s. 180.

Suçta iştirak durumunda suç eylemleriyle ilgili meseleler düzenlenmektedir. Zira bu suç birden fazla kişinin suçu tamamlamak için beraber yaptıkları işler neticesinde ortaya çıkmaktadır. Suçta iştirak etmek için ortak iradenin olması gerçek suç davranışının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu da suçun işlenmesine ya da en azından onu işlemeye başlamaya yol açmaktadır.⁴⁷ Bundan dolayı suçluların suçu işlemede dayanışma içinde olmaları gerekir. Bu dayanışma küçük ya da büyük çapta olabilir. Örneğin şahıslardan biri suçu yerine getiren eylemi yapmaktadır. Öte yandan diğer bir şahıs, ilkinin yaptığına kıyasla daha önemsiz bir iş yapmaktadır. Diyelim ki bir şahıs mağduru bıçaklamaktadır. İkinci bir şahıs, birinci şahsın öldürmeyi daha kolay gerçekleştirmesi için mağduru tutmaktadır. Başka bir örnek de şudur: Bir kişi çalınan malları yerinden çıkarıp almaktadır. Öte yandan diğer bir kişi bu çalınan malları taşımakta ve başka bir yere nakletmektedir. O zaman suçta iştirak ancak ortakların birden fazla olmasıyla gerçekleşmektedir.⁴⁸

Bahsettiğim bu çokluğun farklı yönleri vardır. Bazen suçun işlenmesi için suçluların çokluğu zorunlu olmaktadır. Bu da suçun esaslarından biri sayılmaktadır. Suç onsuz meydana gelmemektedir. Şerik olmadan bir erkeğin zina suçu işlemesi düşünülemez. Aynı şekilde rüşvet veren olmadan memurun rüşvet suçu işlemesi düşünülemez. Ayrıca ihtimalli çokluk da bulunmaktadır. O da öldürme suçunda olduğu gibi suçun işlenmesinde zorunlu olmayan çokluktur. Bu suçta bir kişi ya da birkaç kişinin işlemesi mümkündür.⁴⁹

Bu anlatılanlardan suçlar çok olsa da suçu işleyen bir kişi olduğu zaman suçta iştirak gerçekleşmez. Aynı şekilde suçlar çok olduğunda ve buna bağlı olarak suçlular da çok olduğunda yine suçta iştirak gerçekleşmez. Bu durumda her bir şahıs bağımsız olarak yaptığı suçtan sorumlu tutulur. Protestocuların kendi hasımlarının iş yerlerini ateşe vermelerinde olduğu gibi bu suçlar aynı zaman ve mekanda hatta tek bir etkenle işlense de yine suçta iştirak olmaz.⁵⁰

2. Suçun Bir Olması

Suçta iştirak kavramının gerçekleşebilmesi için ortakların işlediği suçun bir olması gerekir. Suç birliğinden bahsettiğimizde onun maddi ve manevi esaslarının bir

⁴⁷ HAFIZOĞULLARI Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara, 2008, s. 450.

⁴⁸ HALEF Gâlib Ubey, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Bağdat, 2010, s. 80.

⁴⁹ MECÂLÎ Nizâm Tevfik, a.g.e., s. 280.

⁵⁰ ÂYİDÎ Râmiz Ahmed, a.g.e., s. 119.

olmasını kast ediyoruz. Öyle ki suça iştirak eden ortaklar suçun maddi (suçun maddi birliği) ve manevi (suçun manevi birliği) esasını işlemede iştirak etmektedirler.⁵¹

Suçluların çok olması, suçta iştirakin gerçekleşmesinde tek başına yeterli değildir. Bir suçu yerine getirmede ortaklar arasında dayanışma olması gerekir. Tek bir maddi ve tek bir manevi esasın olması gerekir. Ortaklar arasında suçu işleme niyeti bulunmadığı zaman iştirak suçu gerçekleşmez. Dolayısıyla her fail kendi eyleminden dolayı ve bağımsız bir şekilde cezalandırılır. Suça iştirakin gerçekleşebilmesi için suç projesinin tüm ortaklar için bir olması gerekmektedir. Suç birliği ve ortak amacın gerçekleşebilmesi için şerikler arasında suçta zihinsel bağlantının bulunması gerekmektedir. Yani suç birliğini belirlemedeki ölçü onun maddi esasının bir ve manevi esasını bir olmasıdır. Yani maddi ve manevi esaslar bir olacaktır.⁵²

Böylece biz bu konuyu aşağıda geldiği ele alacağız.

a. Suçun Maddi Birliği

İştirakin gerçekleşebilmesi için her bir şahsın suç neticesini gerçekleştirmek için faaliyetini yapması gerekir. Eylemler ve şerikler birden fazla olduğu durumda onlardan her birinin yerine getirdiği rol, o kişinin suça iştirak ettiğini ifade etmektedir. Lakin bunların amaçladığı netice birdir. O da öldürme suçunda öldürülenin canının alınmasıdır. Aynı şekilde hırsızlık suçunda eylemler çoktur. Lakin netice birdir. O da alınan malı mağdurun himayesinden çıkarıp başka bir yere götürmektir.⁵³

Suçta maddi esasın birliği suça iştirak edenlerin eylemleri ve bu eylemler sebebiyle meydana gelen netice arasında sebep sonuç ilişkisinin olmasını gerektirmektedir. Bundan şeriklerden biri rolünü yerine getirmediği zaman neticenin de meydana gelmeyeceğini kast etmiyoruz. Netice bazen gerçekleşebilir. Bazen de başka bir şekilde ya da başka bir zaman sonra da gerçekleşmektedir. Buna şu örnek verilebilir: Bir kişi birini öldürmeyi düşünmektedir. Lakin suç araçları bulunmadığı için bunda tereddüt etmektedir. Onun arkadaşlarından biri onun bu kastını bilmektedir. Bu arkadaşı kendisiyle mağdur arasında eski bir düşmanlık olması sebebiyle kalkıp canıye silah vermektedir. Cani de silahı elde ettiği zaman suçu işlemeye karar vermekte ve bu silahla suçu işlemektedir. Bu örnekten silahın

⁵¹ MUHAMMED Emin Mustafa, a.g.e., s. 281.

⁵² HÂLİDÎ Muhammed Şakrân, a.g.e., s. 26.

⁵³ MUHAMMED Emin Mustafa, a.g.e., s. 282.

verilmesi ve mağdurun ölmesi arasında sebep sonuç ilişkisi olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü silah olayı gerçekleşmeseydi işlenen şekilde suçun işlenmesine karar verilmezdi. Cinayeti işleyen kişinin bu suçu işlemekten vazgeçmesi de mümkün olabilirdi. Ayrıca suçu işleme kararı başka bir vakitte olabilir ya da suç başka bir araçla işlenebilirdi. Ama canî, kendisine nispet edilen eylemi gerçekleştirmekten alıkonulduğunda neticede hiçbir değişiklik olmasaydı o zaman sebep sonuç ilişkisi olmazdı.⁵⁴

Suçun maddi birliğinin gerçekleşmesi için suça iştirak edenlerin eylemlerinin gerçekleşen suçta sebep sonuç ilişkisiyle bağlantılı olması gerekir. Her bir şerikin eylemi ve suç arasında maddi sebep sonuç ilişkisinin olması gerekir. Bu ilişki olmazsa maddi esas, birliğini yitirir. Bu da suça iştirakin olmamasına yol açar. Bu durumda başka bir suçla karşı karşıya oluruz. Hırsızlık suçunda bir kişi başka birinin malının çalınması konusunda azmettirilirse üçüncü bir şahıs suça kullanılacak olan silah ve araçları verirse dördüncü bir şahıs hırsızlığı yapılmak istenen yerin kapısını kırarsa başka şahıslar da çalınan malları taşırsa tüm bu kişilerin eylemleri hırsızlık suçunun gerçekleşmesinde katkıda bulunmuştur. Onların eylemleri sebep sonuç ilişkisiyle suça bağlıdır. Bu şekilde hırsızlık suçunun maddi birliği gerçekleşmiş olur. Ama bir kişi başka birini azmettirirse ya da biri başka biriyle üçüncü bir şahsı öldürmek üzere anlaşarsa suç ise bu azmettirme ya da anlaşma neticesinde gerçekleşmeyip başka şartlar neticesinde gerçekleşirse suçlunun davranışı ve gerçekleşen suç arasında sebep sonuç ilişkisi olmaz.⁵⁵

b. Suçun Manevi Birliği

Daha önce suç birliğinin ancak suçun maddi ve manevi esaslarının birliğiyle gerçekleştiğini söylemiştik. Suçun manevi esasının gerçekleşebilmesi için suça iştirak edenler arasında zihinsel bir bağlantının olması gerekmektedir. Bu hususla ilgili bazı hukukçular şu görüştedir: Zihinsel bağlantının gerçekleşebilmesi için suçlular arasında suçu oluşturan eylem üzerinde daha önce bir anlaşma olması ya da kapalı veya açık bir şekilde bilfiil o suç üzerinde bir anlaşma olması gerekmektedir.⁵⁶

⁵⁴ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 230.

⁵⁵ KAHVECÎ Ali Abdulkadir, a.g.e., s. 467.

⁵⁶ KERBÛLÎ Ahmed Abd Câsım, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye Beyne's-Şerî'ati ve'l-Kânûn, Anbar Üniversitesi Dergisi, c. 3, sy: 12, 2011, s. 198.

Hukukçuların başka bir görüşüne göre ise suça iştirakin manevi birliği, suçlular arasında daha önce bir anlaşma olmasa dahi gerçekleşebilir.⁵⁷

Karşılaştırmalı hukuk doktrininde egemen olan görüşe göre suça iştirak edenler arasında manevi birliğin gerçekleşmesi için daha önceden bir anlaşmanın olması ya da en azından suçun yerine getirilmesi üzerinde daha önce bir anlaşma olması ya da suç yerine getirildiği anda anlaşmanın olması gerekmektedir. Bu bağlantının olduğunu söyleme kuralı daha önce yapılan ya da suç işleneceği esnada olan bir anlaşmadır. Her bir şerikin ortak olan suç projesini yerine getirmek için faaliyetini yerine getirme niyetini belirleme işi, yetkili hakimin takdirine bırakılmıştır.⁵⁸

Irak Temyiz Mahkemesi bu görüşü benimseyip şunu kararlaştırmıştır: *“Suçlular arasında daha önce ya da suç esnasında suçu işleme üzerinde bir anlaşma olmadan ani bir şekilde suç gerçekleştiği zaman onlardan her biri işlediği suç eyleminden sorumlu tutulur”*. Kasıtlı suçlarda suçlular arasında manevi birliğin gerçekleşmesi için onlar arasında ortak bir suç kastının bulunması gerekir. Suça iştirak eden her bir şerik yanında iştirak kastı olması gerekmektedir. Her bir şerikin diğerlerinin davranışından haberdar olması ve her birinin başkalarının eylemiyle suçu gerçekleştirmede iradesinin olması gerekir. Suçlular arasında daha önceden bir anlaşmanın olması gerekmemektedir. Patronunun evinde çalışan hizmetçi, hırsızın onun çalıştığı evde hırsızlık yapmaya niyetlendiğini bildiği halde hırsızın evi soymasına imkan vermek için kapıyı açık bırakırsa bu hizmetçi hırsızlık suçunda şerik sayılır.⁵⁹

Kasıtlı olmayan suçlarla ilgili ise manevi birlik, her bir suçlunun yaptığı hatanın suça iştirak edenlerin işlediği eylemleri ya da bu eylemler neticesinde meydana gelen suç neticesini kapsamaması gerekmektedir. Yani ortak bir hatanın bulunması gerekir. Yani suçlunun iradesinin hatalı ve hatasız eylemlerine yönelmesi gerekir. Çünkü onların tümü kanunun gerektirdiği tedbir ve sakınma yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Bunun yanı sıra suçlu, suç neticesini öngörebildiği ve bunu öngörmesi onun görevi olduğu halde öngörememiştir. Ayrıca suçu öngörmüş ve suçtan uzak durma imkanı da olmuş olabilir. Örneğin iki şahıs, anayolda kimsenin

⁵⁷ TUVÂNÎ Nasîre, Muhâdarâtün fi'l-Kânuni'l-Cinâiyyi'l-Âm, Abdurrahman Mîre Üniversitesi, Hukuk ve Siyaset Bilimleri Fakültesi, 2015, s. 33.

⁵⁸ MECÂLÎ Nizâm Tevfik, a.g.e., s. 282.

⁵⁹ ÂYİDÎ Ramiz Ahmed, a.g.e., s. 121.

olmadığından emin olmadan yüksek bir binanın üzerinden bir taş aşağıya atmaktadırlar. Bu taş da bir kişinin üzerine düşmekte ve onun ölümüne yol açmaktadır. Bu durumda her ikisi de ölüme sebep olmuş sayılır. Kasıtlı olmayan suçtaki şerikler arasında davranışta dayanışma iradesi yoktur. Çünkü failler arasında zihinsel bağlantı yoktur. Faillerin çok olmasıyla suçlar da çok olmaktadır. Bir kişi bir kuşa ateş açarsa ve bu kurşun bir insana isabet ederse daha sonra yaralı tedavi için hastaneye kaldırılırsa doktor da yararlıyı tedavi ettiği esnada yanlış yaparsa doktorun bu hatası da o yararlının ölümüne sebep olursa onlardan her biri bağımsız bir suçtan sorumlu tutulur. Birinci suçlu yanlışlıkla yaralamaktan sorumlu olur. Doktor olan ikinci suçlu hakkında hata unsurları bulunduğu zaman kasıtsız öldürmekten sorumlu tutulur.⁶⁰

Anlaşma suçlular arasında zihinsel bağlantının en açık şeklidir. Onunla manevi esasın birliği gerçekleşmektedir. Genelde bazı suçlular, tek başına suçu yapmaktan aciz olmaları sebebiyle suçu işlemeye iştirak etmeleri için başkalarına başvururlar. Bu görüş iki açıdan eleştirilmektedir. Birincisi suça iştirak edenler arasında dayanışmanın bulunması ve onların tek bir gayeyi amaçlamalarıdır. Buna rağmen onlar arasında önceden bir anlaşma bulunmamaktadır. Suça iştirak açık bir şekilde bulunmasına rağmen bu görüş suça iştirakin olmaması esasına dayanmaktadır. İkincisi Irak kanun koyucu 48/3 maddesine göre yardımlaşmayı anlaşmadan bağımsız olarak suça iştirak araçlarından biri saymaktadır. Bu da bu her iki aracın kendilerine ait alanlarının olmasını gerektirmektedir. Öyle ki suçlunun anlaşmalı olmadan yardımlaşma yoluyla suçta şerik sayılması mümkündür. Bunun aksine olan görüş, anlaşma olmadan iştirakin olmayacağını kabul etmektedir. Böylece yardımlaşma tek başına suça iştirak suçunun dayandığı bir araç olarak yeterli değildir. Dolayısıyla kanun metinleri de işletilmemiş olur.⁶¹

Yardımlaşmayla ilgili kanunun 48/3. madde gereği şerikin, failin suçu işlemesinden haberdar olması ve suçün tamamlanması için şerikin kasıtlı bir şekilde hazırlayıcı, kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı işlerde faile yardım etmesi gerekmektedir. Burada istenen kasıt, suçu işleyen ve şerikin kastıdır. Kanuna göre şerik, suçu bildiği halde suçta faile yardım etmesi gerekir. Suça iştirakle ilgili zikredilenler suçta iştirakin tüm durumlarını kapsamaktadır. Çünkü yardımlaşma esası

⁶⁰ MECÂLÎ Nizâm Tevfik, a.g.e., s. 283.

⁶¹ HASENÎ Mahmûd Necîb, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, b. 5, 1982, s. 379.

manevi birlik bağlantısıyla suça iştirake bağlıdır. Yardımlaşma suça iştirakte bir esastır.⁶²

III. Suça İştirake İlgili Hukuki Görüşler ve Irak Kanun Koyucunun Tutumu

Suçta iştirak düşüncesi sürekli hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Buna bağlı olarak ceza kanunlarında yasalar birbirinden farklı olmuştur. Çok sayıda ilkeler ortaya çıkmıştır. Her bir ilke, suça iştirak teorisinin dayandığı esası belirlemek için belli bir görüşü oluşturmaktadır. Her bir şerikin davranışı suç neticesinin gerçekleşmesi için gereklidir. Burada şeriklerin rollerinin önemi birbirinden farklıdır. Mezheplerin ihtilaf etmesindeki esas bu farklılıktır.⁶³

Bu konuyu aşağıda geldiği gibi üç başlığa ayırdık.

A. Suç Birliği İlkesi

Bu ilke sahipleri şerikler çok olmasına rağmen suçun hala tek kaldığı görüşündedirler. Bu ilkenin esası suçun işlendiği maddi eylemlere dayanmaktadır. Bundan dolayı her bir şerik yaptığı eylemden o eylemin önemi kadar sorumlu tutulur. Daha sonra buna bağlı olarak ceza belirlenir. Bu görüş içinde şeriklerin eylemleri neticesinde gerçekleşen suça nazaran her bir şerikin cezasını belirlemeyle ilgili iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.⁶⁴ O görüşler de sınırsız ödünç ve oransal ödünç teorileridir. Onları aşağıda geldiği gibi ele alacağız.

1. Sınırsız Ödünç Görüşü

Bu teoriye göre suçtaki her bir şerik faildir. Suçun maddi eylemlerini yapan ve ona iştirak eden arasında hiçbir fark yoktur. Bu iştirak anlaşma, dayanışma ya da azmettirmeyle olabilir.⁶⁵ O zaman suça iştirak edenler iki türdür. Birincisi mağdurun kalbine öldürücü darbeyi vuran kişi gibi suçun maddi esasını oluşturan ve maddi eylemi yapan kişidir. Buna fail denilmektedir. İkincisi suçu oluşturan eylemelere dahil olmayan eylemlerle suça iştirak eden kişidir. Bu kişi o suçtan dolayı cezalandırılmamaktadır. Ama yardımlaşma, azmettirme ya da anlaşma sebebiyle onun eylemi suçla bağlantılı olduğu için o cezalandırılmaktadır. Onun eyleminde asıl eylemin suç niteliği bulunmamaktadır. Bu kişiye suçta şerik denilmektedir. Onun

⁶² HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 232.

⁶³ SÜRÛR Ahmed Fethî, el-Vesît fi Kânûni'l-Ukûbât, c. 1, Kahire, 1996, s. 638.

⁶⁴ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 32.

⁶⁵ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 235.

cezası fail tarafından işlenen suç için kararlaştırılan cezanın aynısıdır. Her ne kadar hukukçular arasında cezada farklı görüşler olsa da bunun değerlendirilmesi, kanunun değerlendirmede tanıdığı özgürlük sınırları içinde yetkili hakime bırakılmıştır.⁶⁶

Irak yargısı fail ve şerik arasında ceza eşitliği ilkesini kabul etmiştir. Onun uygulamalarından biri de Irak Temyiz Mahkemesi'nin Kerâde Ceza Mahkemesi'nin kararını onaylama hakkında şu söyledikleridir: *“Ceza Kanunu'nun 132. maddesi gerekçe gösterilerek L lakaplı M adlı mahkuma verilen ceza müebbet hapistir. Ceza mahkumun suçtaki rolüyle uyumlu bir şekilde verilmiştir. Onun rolü ana bir rol değildir. Bundan dolayı hakkında cezanın verilmesinin onaylanması kararlaştırılmıştır.”*⁶⁷

Bizim görüşümüze göre bu görüşün gerekçesi vardır. Şeriklerin kast ettiği ve birbirlerine destek vererek işledikleri suç ceza birliğini gerektirmektedir. Dolayısıyla fail ve şerik arasında ayırım yapmanın bir önemi yoktur. Bu görüşün kaynakları Roma ve Fransa eski kanunlarına dayanmaktadır. Şimdiki Fransa kanunu ve Mısır eski kanunu da bunu kabul etmişlerdir. Irak kanunu da bunu kabul etmiş ve 1969'da çıkan Irak Ceza Kanunu'nun 50/1 maddesinde bunu ifade etmiştir.⁶⁸

Bu görüş cezada aşırılığa yol açması açısından eleştirilmiştir. Çünkü bu, asıl failin kişisel şartlarından kaynaklanan ağır sorumluluğu şerike yüklemektedir. Halbuki bu şartlar şerikte bulunmamaktadır. Bunun örneği hizmetçinin hırsızlıktaki niteliğidir. Hizmetçinin yaptığı eylemlerin niteliği suçlu eylemler olmamasına rağmen nasıl suçun tam cezası ona yüklenir. Lakin hizmetçi suçla bağlantılı olduğu için suç işlemiştir. Hatta bazen onun eylemi asıl failin yaptığı eyleme kıyasla bir hiç sayılmaktadır.

Başka bir açıdan da bu görüş eleştirilmiştir. Çünkü bu, şerikin cezasını asıl fail tarafından suçun gerçekleşmesine bağlı kıldığından cezada kusurun olmasına yol açmaktadır. Sonra kişi azmettiriciye cevap vermediği sürece o azmettirici onu suç işlemeye sürüklemeye çalıştığı ve bu uğurda çaba sarf ettiği için cezalandırılmaz. Hem de şerik kendisini asıl failden daha ağır suçlu kılan özel ağırlaştırıcı şartların sorumluluğunu yüklenmez. Bunun örneği kızının kaçırılması için başkasına yardım

⁶⁶ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 32.

⁶⁷ 17.12.1989'daki 117 sayılı Genel Kurul Kararı.

⁶⁸ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 33.

eden babadır.⁶⁹ Bu teoriyle ilgili yargı uygulamalarından biri Irak Federal Temyiz Mahkemesi'nin Ceza Mahkemesi kararını onaylamasıdır. O karar da sanık olan E şahsı ve onun sevgilisi olan N bir suçtan dolayı idamla cezalandırmıştı. Özetle olay şu şekildedir: Mağdurun eşi olan E sınığı kendi eşi olan N şahsını öldürmek için kendi sevgilisi olan V şahsına yardım etti. E şahsı kendi kocası olan N şahsını Bağdat'ın en-Nasr alanına getirdi. Anlaşmaya göre V şahsı arabasıyla orada bulunmaktaydı. Onlar arabaya bindikten sonra ana yolda ilerlediler. İlerledikten sonra N'nin karısı olan E şahsı mide bulantısı numarası yaptı. Bunun üzerine arabayı durdurdular. Mağdur olan N şahsı karısı olan E şahsına yardım etmek için indi. V şahsı da N şahsının peşinden inip ona ateş etti ve öldürdü.⁷⁰

Mahkemenin bu yöndeki kararı Irak yargısının sınırsız ödünç yöntemini takip ettiğini göstermektedir. Zira kadın suçta şeriktir. Asıl faile verilen idam cezasının aynısı ona verildiği zaman sınırsız ödünç teorisi uygulanmış olur. Ceza Kanunu'nun 49. madde hükmüne göre suç işlendiği esnada kadının suç sahnesinde bulunması, onun niteliğini şerikten asıl faile çevirmiştir.

Daha önce açıkladığımız gibi bu teoriye yapılan eleştiri şudur: Şerik ancak suç işlendiği zaman cezalandırılır. Asıl fail suçun maddi eylemini işlemediği sürece azmettirici cezalandırılmaz. Yeni kanunların çoğunun azmettiriciyi şeriklerin grubundan çıkarması ve ona bağımsız bir ceza vermesi sebebiyle bu, haddi zatında üzüntü verici bir durumdur. Bu teoriye yapılan bir diğer eleştiri de onun fail ve şerikin cezasını eşit tutmasıdır. Bu görüşe karşı çıkanlara göre şerike asıl failin cezasının aynısının verilmesi haksızlık olur. Çünkü şerikin rolü normalde asıl failin rolünden daha az tehlikelidir.⁷¹

2. Oransal Ödünç Görüşü

Bu görüş suç birliği esasına dayanmaktadır. Bu esasa dayanarak fail ve şerik arasında ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre kanunun açıkladığı sebeplerin birinden dolayı suçun faili cezalandırılmasa dahi şerikin cezalandırılması için suçun maddi esasını oluşturan eylemin gerçekleşmesi yeterlidir. Ağırlaştırıcı ve hafifletici maddi şartlar bundan istisna edilmiştir. Çünkü bu şartlar fail ve şeriki eşit derece kapsamaktadır. Fail ve şerikin her biri kişisel şartlara sahiptir. Bununla beraber şerik

⁶⁹ SÂLİM Muhammed Ali, el-İştirak fi'l-Müsâ'adeti ve Eserühü fi'l-İkâb, Yüksek Lisans Tezi, Bağdat, 1979, s. 84.

⁷⁰ Temyiz Mahkemesi'nin 15.02.1988'deki 180 Genel Kurul/87/88 sayılı kararı.

⁷¹ HALEF Ali Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultân Abdulkadir, a.g.e., s. 184.

failin kişisel şartlarından haberdarsa faile ait kişisel şartlar onun için de geçerlidir. Kastın farklı olmasına göre de durum aynıdır. Onların her biri kendi kastı ya da yaptığı işe göre sorumlu tutulur.⁷²

Sınırsız ödünç görüşü hakkında yapılan büyük eleştiriler bazı kanunların oransal ödünç görüşünü tercih etmeye götürmüştür. Oransal görüş şerikin cezasını asıl failin cezasına kıyasla daha hafif kılmaktadır. Zira 53. maddede İspanya Kanunu, 49. maddede Yunan Kanunu, aynı şekilde Suriye, Lübnan ve İsviçre kanunları hafifletmeyi zorunlu saymışlardır. Sadece suçun maddi şartları ve bazı kişisel şartlar şerik için geçerli olur.⁷³

Bu anlatılanlardan bu görüşe göre suça iştirak düşüncesinin, şerikin suçu işlemede başkasına yardım etme ve suça iştirak etme iradesiyle suç eylemine girme esasına dayandığı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda o, suçu bilme ve suçun neticesini gerçekleştirme iradesi açısından asıl fail gibidir.

Irak kanun koyucu bu teoriyi kabul etmiştir. Zira açık bir şekilde maddi şartların hükmüne ve bu şartların fail ya da şerik olsun suça iştirak eden herkes için geçerli olduğuna değinmiştir.⁷⁴ Bu şartlar cezayı ağırlaştırmakta ya da hafifletmektedir. Kanun cezayı affettiren maddi şartlara değinmemiştir ki bu şartlar, meşru müdafaa ve zorunluluk durumu gibi asıl failin yaptığı faaliyeti ceza verilmeyen bir eylem kılmaktadır. Lakin bu zor bir iş değildir. Kanun koyucu bu maddede hafifletici maddi şartların etkisini tüm katılımcılar için geçerli kılmışsa cezayı affettiren maddi şartların onlar için geçerli olması daha önceliklidir. Bundan dolayı saldırıyı önlemek için silah vermek gibi kendini savunma ve zorunluluk halinde yardım etme durumunda asıl faile yardım edene ceza yoktur.

Irak yargı uygulamalarından biri Federal Temyiz Mahkemesi kararıdır. Bu mahkemenin asıl failden daha fazla bir cezayı şerike veren Ceza Mahkemesi'nin kararını bozduğunu görmekteyiz. Zira Temyiz Mahkemesinin kararında şöyle geçmektedir: *“Gerekçe gösterilen sebepler cezanın hafifletmesine gerekçe değildirler. Zanlı öldürme eylemini gerçekleştiren faildir. O; sinsilik, hainlik ve kötü niyetle daha önce ısrar ederek eylemini seçmiştir. Katilin, mağdurun intihar ederek onun başını belaya sokmasıyla onu tehdit ettiğini iddia etmesi onun sorumluluğunu hafifletmez.*

⁷² HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 235.

⁷³ HALEF Ali Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultân Abdulkadir, a.g.e., s. 184.

⁷⁴ 1969 tarihli Irak Ceza Kanunu, m. 51.

Çünkü kadının intihar etmesi onu bağlamaktadır. Bundan dolayı sanığın idamla cezalandırılması amacıyla mahkemenin ceza kararını tekrar gözden geçirmesi için evrakların tekrar mahkemeye iade edilmesi ve sanık L'ye verilen ceza kararına bakmanın, mahkemenin vereceği karar neticesine kadar ertelenmesi kararlaştırıldı.”⁷⁵

Sınırsız ödünç teorisine yöneltilen eleştirinin aynısı bu teoriye de yöneltilmiştir. Zira bu görüşte, failin kişisel şartlarıyla ilgili olanlar istisna olmak üzere suçta aşırılık ve kusur bulunmaktadır.⁷⁶

B. Suçların Çok Olması Sistemi

Bu görüş suç birliği sistemini kabul etmemektedir. Dolayısıyla suça iştirak edenlerin artmasıyla suç sayısı da artmaktadır. Fail ve şerik arasında ayırım yapmanın önemi yoktur. Onların her biri diğer şeriklerden bağımsız bir suç işlemektedir. Her biri kendi kastı, eylemi ve şartına göre cezalandırılır. Her bir şerik gerçekleşen suç neticesini oluşturmada bir sebep sayılmaktadır. Onlardan biri olan şerikin suçluluğunu failin suçundan ödünç aldığını söyleyemeyiz. Bu görüş, her bir suçlunun durumu ve onu kişiliğinin kuşattığı tehlike derecesine göre ayrı olarak her birine ceza verilmesi zorunluluğunu kabul etme açısından pozitivist hukuk okuluyla aynı görüştedir.⁷⁷ Örneğin öldürme suçunda azmettirici öldürmeye azmettirme suçundan sorumlu tutulur. Katil öldürmeden sorumlu tutulur. Fail öldürme eylemini gerçekleştirmezse azmettirici, öldürmeyle alakası olmayan bağımsız bir suçtan sorumlu olmaya devam eder. O suç da öldürmeyi azmettirme suçudur. Her bir şerik, diğer şeriklerin şartlarından etkilenmeden kendi iştirak eylemini kuşatan şartlarla ele alınır.⁷⁸

Bu ilkeden etkilenen kanunlar; İtalya Ceza Kanunu, Polonya Kanunu, Danimarka Ceza Kanunu ve İsviçre Ceza Kanunu'dur.⁷⁹

Bu ilke gerçekleri görmezden geldiği için eleştirilmiştir. Zira suça iştirak edenleri birleştiren bağlantıyı ihmal etmiştir. Onların en önemlisi de suçun amaç birliğidir. Aynı şekilde sağlam hukuk mantığı esasına dayanmamaktadır. Zira merdiven, silah ya da bunlar dışında suçta kullanılan araçları üretmek gibi burada bazı

⁷⁵ 07.12.1974'deki 156/Genel Kurul/974 sayılı karar, yargı yayınları, yıl: 5, s. 252.

⁷⁶ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 37.

⁷⁷ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 236.

⁷⁸ HALEF Ali Hüseyin ŞÂVÎ Sultan Abdulkadir, a.g.e., s. 185.

⁷⁹ SA'ÎD Mustafa Sa'îd, el-Ahkâmü'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbât, b. 4, Kahire, 1962, s. 265.

eylemler ancak başka eylemlerle bağlantılı oldukları zaman tehlikeleri ortaya çıkmaktadır.⁸⁰

Bu ilkenin dayandığı esas eleştirilen bir esastır. Çünkü buna göre ihmal edilmesi ya da görmezden gelinmesi mümkün olmayan objektif ve kişisel açılardan fail ve şerik arasında apaçık köklü farklar olmasına rağmen failin cezasından bağımsız bir şekilde şerike verilen ceza, asıl failin cezasına eşit olmakta ya da onun cezasından daha yüksek bir sınıra kadar ulaşmaktadır. Aynı şekilde bu ilkeye tutunmak suça iştirak edenlere ceza vermede hakime sınırsız yetki vermektedir. Bu kabul edilen bir iş değildir. Zira hakimin cezayı değerlendirme esnasında yararlanacağı bir kuralı belirlemek genel hukuk adaletini gerçekleştirmeyi güvenceye almak için talep edilen bir durumdur.⁸¹

C. Irak Kanun Koyucunun Tutumu

Irak Ceza Kanunu genel olarak suça iştiraki birinci kitabın üçüncü bölümünün beşinci faslında “suça iştirak” başlığı altında ele almıştır. Zira 47-54. maddeleri arasındaki sekiz maddeyi bu konuya tahsis etmiştir.⁸² 47. maddede faili ve 48. maddede şeriki ele almıştır. 50. maddede failin cezasını açıklamış ve aynı cezayı şerikin cezası kılmıştır. Tüm bunlar Irak Ceza Kanunu’nun suç birliği sistemini ve sınırsız ödünç teorisini kabul ettiğini göstermektedir. Zira bu kanun, şerikin iştirak ettiği suçtan dolayı ona, asıl fail için kararlaştırılan cezanın aynısını ona vermektedir.⁸³ Bununla beraber bu kanun fail ve şerik arasında ayırım yapma zorunluluğunu kabul etmiştir. Bu ayırım üzerine 50. maddede özel hükümler düzenlemiştir. Ayrıca fail ve şerike ceza verme hakkını hakime bırakmıştır. Faile ait cezanın ağırlaştırılmış kişisel şartlarını, şerikin suçu bilmesi durumu dışında şerike uygulamamıştır.⁸⁴ Bu metinlerin incelenmesinden Irak kanun koyucunun oransal ödünç ilkesini de kabul ettiği ortaya çıkmaktadır. Yani Irak kanunu her ne kadar suç birliği sistemini kabul etse de o kendisi için sınırsız ödünç görüşü ve oransal ödünç görüşü arasında orta bir yol çizmiştir. Hatta o ikinciye daha yakındır.⁸⁵

⁸⁰ HASENÎ Mahmûd Necîb, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşri'âti'l-Arabiyye, Kahire, 1961, s. 36.

⁸¹ SÂ'ÎDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 43.

⁸² 1969 tarih ve 111 sayılı Irak Ceza Kanunu, m. 47-54.

⁸³ HALEF Ali Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultan Abdulkadir, a.g.e., s. 185.

⁸⁴ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 236.

⁸⁵ HALEF Ali Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultan Abdulkadir, a.g.e., s. 186.

Irak Ceza Kanunu suç işlemeden önceki iştirak düşüncesini kabul etmiştir. Bu da suç için hazırlayıcı eylemlerle azmettirme, anlaşma ya da yardımlaşma yoluyla olmaktadır. Aynı şekilde suçun işlenme anındaki iştirak düşüncesini de kabul etmiştir. Bu da suçu kolaylaştıran ya da tamamlayan eylemlerle yardım etme yoluyla olmaktadır. Suçluyu ya da suçtan elde edileni gizlemek gibi suçu tamamlayan ek eylemler yoluyla gerçekleşen sonradan iştiraki kanun kabul etmemiştir. Kanun gizleme eylemini, 273 ve 420. maddelerde geçtiği gibi kendi başına olan bağımsız bir suç saymıştır. Bunda şerikin işinin bağımsız bir suç olarak niteleme düşüncesinin sınırlı bir uygulaması bulunmaktadır. Böylece kanun bahsi geçen teorileri kabul etmiştir.⁸⁶

Ceza Kanununun 7. Uluslararası Kongresi bunu kabul etmiştir. Zira 1957'de Atina'da yapılan kongre, öneriler çıkarmıştır. Zira bu öneriler gereği suça iştirak edenler arasında ayırım yapmakla beraber suç birliği ilkesini kabul etmiştir. Kongre raportörünün dediği gibi gerçek şudur: Suç neticesi bir olduğu zaman ve suçlular arasında zihinsel bağlantı gerçekleştiği zaman suç birliği gerçekleşmiş olur. Onun görmezden gelinmesi mümkün değildir. Topluluk suçlarında olduğu gibi davranışlarda kendi aralarında dayanışma ve manevi bir bağ bulunmayan kişilerin yaptığı suçlar ve birden fazla suçlunun planladığı, kendi aralarında bölüştürdüğü ve iştirak ettiği tek bir suçtan ne kadar da farklıdır.⁸⁷ Kongre, sınırlanması şartıyla ödünç düşüncesini kabul etmiştir. Irak kanunu da bunu kabul etmiştir.⁸⁸

⁸⁶ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 48.

⁸⁷ MECZÛB Ahmed, et-Tahrîdü ale'l-Cerîme, Kahire, 1970, s. 163.

⁸⁸ HALEF Allî Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultan Abdulkadir, a.g.e., s. 186.

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇA İŞTİRAKİN ŞEKİLLERİ

Bir suça iştirak edenlerin rolleri bazen benzer bazen de farklı olmaktadır. Birinci durumda ana rol, suçun gerçekleşmesine yol açan tek maddi eylemden oluştuğu zaman sorun yoktur. Failin yanında ana olmayan bir rolü yerine getiren şerik de bulunması gerekir. Suç neticesine yol açacak şekilde benzer ana rollerin çok olması durumunda sorun yoktur. Bu durumda suçu işleyenler asıl şerikler olur. Lakin şerikler arasında roller farklı olduğu durumda o rollerin bir kısmı ana diğer bir kısmı ikincil rol olur.⁸⁹

Suçta iştirak şekillerini daha fazla açıklamak için bu bölümü üç kısma ayıracağız. Birinci kısımda suçta asıl ve ikincil iştirak arasında ayırım yapmaktan bahsedeceğiz. İkinci bölümde suçta asıl iştiraki inceleyeceğiz. Üçüncü bölümde ise suçta ikincil iştiraki ele alacağız.

I. Asıl ve İkincil İştirak Arasında Ayırım Yapmak

Irak Ceza Kanunu 47-54. maddelerde suça iştirak edenler arasında ayırım yapmıştır. Bu çoğu yeni ceza kanunların takip ettiği bir yoldur. Bir grup ana ve asıl bir rolle iştirak ederler. Bir grup da ikincil bir rolle suçu iştirak ederler. Buna bağlı olarak suça iştirak için iki şekil ortaya çıkmaktadır. Onlar da asıl iştirak ve ikincil iştiraktır. Birinci gruptan biri yani asıl iştirakçi, eylemiyle suça iştirak ettiği zaman birinci şekil gerçekleşir. İkinci gruptan biri yani ikincil iştirakçi, eylemiyle suça iştirak ettiği zaman ikinci şekil gerçekleşir.⁹⁰

Fail-iştirakçi ayırımını yapabilmek için ileri sürülen başlıca iki teori vardır. Bunlar kastı esas alan “sübjektif teori” ve davranışların niteliğinden yola çıkan “objektif teoridir”. Bunlara bir de Almanya’da yaygın olan ve TCK’nın yapılış sürecinde etkisinde kalınan “fiile egemenlik” teorisini eklemek gerekmektedir⁹¹.

Ceza Kanunu’nun 7. Uluslararası Kongresi 1957’de Atina’da düzenlendi. Suça iştirak ele dört konudan biriydi. Kongre bu hususla ilgili şu öneride bulundu: *“Fail ve şerik arasında ayırım yapmada bakış açıları farklı olmasına rağmen şu ayırımın gözetilmesi mümkün olmakta ve rağbet edilmektedir: Fail, başkasıyla beraber fail,*

⁸⁹ SÜRÛR Ahmed, a.g.e., s. 651.

⁹⁰ HALEF Ali Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultan Abdulkadir, a.g.e., s. 187.

⁹¹ AYDIN Devrim, a.g.e., s. 58.

vasıtayla fail, manevi fail, azmettirici ve şerik.”. Genel raportör raporunda zorunlu yardımcının da iştirakçilerin listesine eklenmesini önerdi. O da suç yerine getirildiği zaman onsuz suçun gerçekleşmediği bir eylemi yapan kimsedir. Lakin yardım ederek suça iştirak eden herkesin yardımı zorunlu olmadığı için kongre bu öneriyi kabul etmedi. Yardım, suçu oluşturan bir eylemde olursa yardım eden kişi fail olur. Yardım o eylemin dışında olursa yardım eden kişi şerik olur.⁹²

Bu konuyu araştırmak için onu iki kısma ayıracağız. Birinci kısımda asıl ve ikincil iştirak arasında ayırım yapma ölçüsünü ve onu kabul eden teorileri açıklayacağız. İkinci kısımda ise suçta fail ve şerik arasında ayırım yapmanın önemine değineceğiz.

A. Ayırım Yapma Ölçüsü

Asıl ve ikincil iştirak arasında ayırım yapmanın ölçüsünü belirlemek için bu mesele hukuk doktrininde tartışma konusu olmuştur. Zira bu hususla ilgili teori bulunmaktadır.

1. Sübjektif Teori

Bu teori, fail ve şerik arasında ayırım yapma ölçüsünü araştırma alanındaki sebeplerin eşit olma düşüncesinden ortaya çıkmaktadır. Bu teoriye göre suç neticesini oluşturmada katkıda bulunan eylemler hukuki değer açısından eşit derecededirler. Bunun sonucunda bu eylem ve sözleri birbirinden ayırmak imkansızlaşmaktadır. Bu eylemlerin bir kısmı onları yapanları asıl fail kılmaktadır. Diğer bir kısmı ise onları yapanları şerik kılmaktadır. Bu teoriyi savunanlar fail ve şerik arasında ayırım yapmanın, iştirakçinin eylemini yapma niyetine bakmakla tespit edilebileceğini söylemektedirler. İştirakçi eylemi yapmakla suçun faili olmayı kast etmişse işlenen eylemin tehlike miktarına bakılmadan o asıl fail sayılır. Ama suçta başkasına yardım etme kastıyla eylemi yapmışsa o zaman sadece şeriktir.⁹³

Bu görüşe göre suçun her unsurları bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, bu fikre şerik iradesiyle hareket etmişse sadece yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.⁹⁴

⁹² MUSTAFA Mahmûd, a.g.e., s. 71.

⁹³ HADÎSÎ Fahrî, a.g.e., s. 238.

⁹⁴ KANBUR Nihat-ÖZBEK Veli-BACAKSIZ Pınar-DOĞAN Koray-TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 486.

Bu teoriye göre asıl iştirakçi kendisinde asıl fail niyeti olan kimsedir. İkincil iştirakçi ise kendisinde ikinci fail niyeti olan kimsedir. Birincisi suça kendi suç projesi olarak bakmaktadır. O bu projenin patronudur. Onun dışındaki arkadaşları ise onun adına çalışan sadece suçta ona tabi olan kimselerdir. İkincisi ise suça başkasının projesi olarak bakan kimsedir. Bu kişi proje sahibine destek olan ve onun adına çalışan kimsedir.⁹⁵ Bu ölçüyü savunanların bir kısmı, yarar düşüncesine dayanarak bu ölçüyü farklı bir yolla ele almışlardır. Bunlar; failin, iradesi kendisine ait olan bir yararı gerçekleştirmeye yönelen kimse olduğunu, öte yandan şerik ise iradesi başkasının yararını gerçekleştirmeye yönelen kimse olduğunu söylemişlerdir.⁹⁶

Bu teoriye göre hırsızlık suçunun işlenmesi için birtakım bireye proje çizen ve rolleri onlar arasında bölüştüren kişi asıl fail sayılır. Çalınan malları alarak suça iştirak eden kişi ise hırsızlık suçunda şerik sayılır. Aynı şekilde bir ücret karşılığında mağdura ateş eden kişi öldürmede şerik sayılır. Öte yandan ona ücret veren kişi bu öldürmede fail sayılır. Çünkü ateş açma başkası için yapılan bir suç sayılmaktadır.⁹⁷

İştirakçinin iradesini esas alan bu teori basit kast veya kast teorisi olarak da adlandırılır⁹⁸

Yazarların çoğu bu teoriyi kabul etmemektedir. Çünkü suça iştirak şekilleri arasında ayırım yapma ölçüsünü belirlemede başarılı olmadı. Bu teorinin inceliği olmadığı ve uygulanması zor olduğu için eleştirilmiştir. Çünkü iradeyi esas almaktadır. İrade içsel bir durum olup onu açığa çıkarmak zordur.⁹⁹

2. Objektif Teori

Sübjektif teorinin aksine objektif teori suçta maddi esas, asıl ve ikincil iştirakçi arasında ayırım yapmanın bir ölçüsü olarak kabul etmiştir. Böylece iştirakçinin eylem ve faaliyeti suçtaki rolünü belirlemede bir ölçüdür. İştirakçi suçu oluşturan bir eylem yaptığı zaman fail sayılır. Ama onun eylemi, suçu hazırlayan eylemlerden bir eylem gibi başka birinin eylemine hazırlık olan bir eylemse bu durumda ikincil iştirakçi sayılır.¹⁰⁰

⁹⁵ HASENÎ Mahmûd, a.g.e., s. 449.

⁹⁶ KAHVECÎ Ali, a.g.e., s. 476.

⁹⁷ MECÂLÎ Nizâm, a.g.e., s. 285.

⁹⁸ ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 418.

⁹⁹ HALEF Ali Hüseyin ve ŞÂVÎ Sultan Abdulkadir, a.g.e., s. 188.

¹⁰⁰ CÂD Sâmih, Mebâdiü Kânûni'l-Ukûbât, Kahire, 1987, s. 164.

Suç türündeki unsurların kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesini esas olarak faillik ve şeriklik ayrımının yapılmasını önermektedir. Buna göre türe uygun icra hareketlerini gerçekleştirenler fail, suçun icrasına direkt katılmayanlar ise şeriktir. Başka bir anlatımla objektif teoriye göre hareketleriyle yasal suç türünü objektif ve sübjektif olarak tamamıyla gerçekleştiren kişi fail, bunlar dışındakiler şeriktir¹⁰¹

Fail suç eylemini çizdiği ve planladığı gibi onu yerine getiren kişidir. Örneğin öldürme suçunda insan hayatına saldırı eylemini yapan kişidir. Yine hırsızlık suçunda çalma eylemini yapan kişi faildir. Failin suçu oluşturan tüm eylemleri yapması gerekmez. Suçun maddi esasları birtakım eylemlerse failin bu eylemlerin bir kısmını yerine getirmesi hatta suçu oluşturan eylemlerden birinin bir kısmını yerine getirmesi yeterlidir. Örneğin A şahsı, mağdur bayanın direncini zayıflatarak ona karşı şiddet eyleminde bulunursa B şahsı da tek başına o bayana tecavüz ederse A ve B şahıslarının ikisi de suçta fail sayılırlar.¹⁰²

Irak Temyiz Mahkemesi bir kararında iştirakin suç oluşturmadığını kabul etmiştir. Zira kişinin sadece olay mahallinde bulunması onun suçlu olduğuna delil olmaz. Zanlının ateş ettiği ya da iştirak yollarından biriyle suça iştirak ettiği tespit edilmemesi gerekmektedir.¹⁰³

Bu ölçüyü savunanların düşüncesini inceleyen kimse; fail ve şerik arasında ayırım yapma ölçüsünün, suçu gerçekleştirmede daha çok katkıda bulunan eylemde olduğunu görecektir. O eylemin faili suçta asıl fail sayılır. İkincil eylemleri yapan ise şerik sayılır. Bu görüş eylem ve netice arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmasını şart koşturmuştur. Bu teorinin ölçüsü suçu oluşturan eylemlerin ölçüsüdür. Yani suçun tüm maddi esasını tamamlayan eylemleri ya da onların bir kısmını işleyen suçta asıl fail olur.¹⁰⁴

Bu ölçü titiz, açık ve uygulaması kolay olan bir ölçüdür. Ancak bu görüş, bazı durumlarda fail ve şerikin birbirine karıştırılmasıyla eleştirilmiştir. Çünkü iştirakçilerin eylemleri suçu gerçekleştirme uğruna dayanışma içinde olmaktadır. Bundan dolayı bu dayanışma zorunlu ve gereklidir. Ama suçun yerine getirilmesine

¹⁰¹ ÖZGENÇ İzzet, Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.140.

¹⁰² HURŞİD Kahtân, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi'l-Kânuni'l-İrâkî ve'l-Mukâran, Kürdistan Bölgesi, Irak, 2012, s. 5.

¹⁰³ 05.02.2008'de çıkan 102/İkinci Ceza Kurulu/2008 sayılı Temyiz Kararı, Yargı Dergisi, Irak Yargı Dergisi Yüksek Yargı Kurulu Yayınları, sy: 2, Bağdat, s. 41.

¹⁰⁴ MÜRŞİDİ Emel, a.g.e., s. 31.

bağlı ve onunla beraber olan eylemler suçun yerine getirilmesi esnasında yardım sayılmaz. Yardımlaşmaktan maksat bilindiği gibi suça iştiraki gerçekleştiren eylemlerden biridir. Suç yerine getirildiği esnada yardımda bulunan kişi fail değil, suça katılmış olur.¹⁰⁵

Objektif teorinin açık ve kolay uygulanabilir olmasının yanı sıra onun hukuki dayanağı vardır. Zira asıl ve ikincil iştirak arasında ayırım yapmak, suçta ana rolü yerine getiren kişi-ki bunun suçu büyüktür-ve ikincil rolü yerine getiren kişi-ki bunun suçu daha azdır-arasında ayırım yapmaktır. Suçu oluşturan eylemi yapan kimse aslında yasa dışı olan bir iş yapmıştır. Dolayısıyla bu işi yapan kişi, aslında yasa dışı olmayan hazırlayıcı bir işi yapan kimseden daha suçludur. Bu hazırlayıcı işi yapan kimse ile başka bir fail arasındaki ilişkiden dolayı bu hazırlayıcı iş yasa dışı niteliğini elde etmektedir.¹⁰⁶

B. Asıl İştirak ve İkincil İştirak Arasında Ayırım Yapmanın Önemi

Asıl iştirak ve ikincil iştirak arasında ayırım yapmanın önemi, Irak Ceza Kanunu gibi iştirakin her iki şekli arasında cezayı eşitleyen kanunlarda ortaya çıkmaktadır. Zira Irak Ceza Kanunu 50. maddesinde şunu ifade etmiştir: “*Farklı bir kanun metni bulunmadığı sürece fail ya da şerik vasfıyla suç işleyen herkes, suç için kararlaştırılan cezayla cezalandırılır.*”.

Bu ayırımın önemini araştırmak için detaylı bir şekilde bu konuyu ele alacağız.

Asıl iştirak ve ikincil iştirak arasında şu açılardan ayırım yapılmaktadır:

1. Ceza Açısından

Ceza kanunlarının çoğu suçtaki ikincil iştirakçiye suçu işleyen asıl failin cezasının aynısını vermektedir. Böylece ceza konusunda onunla asıl fail arasında eşitlik sağlanmaktadır. Bu kanunlardan bazısı Irak Ceza Kanunu ve Mısır Ceza Kanunu’dur. Bununla beraber cezadaki bu eşitlik her zaman sınırsız değildir. Burada bazı durumlarda kanun ikincil iştirakçiye suçtaki asıl failden farklı bir ceza vermektedir. Örneğin Irak Kanunu 50. maddesinde bunu ele almıştır.¹⁰⁷ Aynı şekilde

¹⁰⁵ KAHVECİ Ali, a.g.e., s. 477.

¹⁰⁶ HALEF Ali ve ŞAVİ Sultan, a.g.e., s. 189.

¹⁰⁷ MÜRŞİDİ Emel, a.g.e., s. 32.

Belçika, İsviçre, Yunan, Hollanda ve Ürdün kanunları gibi bazı ceza kanunları şerike asıl failden daha hafif bir ceza vermiştir.¹⁰⁸

2. Suçluların Çok Olmasının Ağırlaştırıcı Şart Sayılması Açısından

Kanunların çoğu suça iştiraki suç için ağırlaştırıcı şart saymıştır. Hukuk doktrininde tercih edilen görüşe göre suçluların çok olması ağırlaştırıcı şart sayılmamaktadır. Ancak suçta asıl faillerin çok olması durumunda bu, ağırlaştırıcı şart sayılır.¹⁰⁹ Irak kanunu da bunu kabul etmiştir. Zira bazı suçlarda suçluların çok olmasını suç için ağırlaştırıcı şart kılmıştır. Nasıl ki devletin iç güvenliğiyle ilgili suçlarda durum böyledir. Zira kanun koyucu, Irak Ceza Kanunu'nun 190 ve 196. maddelerinde buna değinmiştir. Aynı şekilde o kanunun 414. maddesi gereği saldırı suçu, 421/1 maddesinde geçtiği gibi şahısları kaçırma ve engelleme suçu, 440/2-442/bir-444/dört maddelerinde geçtiği gibi hırsızlık suçu ve 478/1 maddesinde geçtiği telef ve tahrip etme suçunda suçluların çok olması ağırlaştırıcı şart sayılmıştır. Ağırlaştırma için istenen çokluk asıl faillerin çokluğudur. Dolayısıyla bir fail ve şerik tarafından suç işlenirse ağırlaştırıcı şart gerçekleşmez.¹¹⁰

3. Bazı Suçların Esaslarının Bulunması Açısından

Burada bazı suçlar ancak belli bir niteliğe sahip bir kişinin yapmasıyla gerçekleşmektedir. Bu nitelik o zaman suç esaslarından biri esas sayılmaktadır. Rüşvet suçunu ancak bir memur işleyebilir. Böylece memur olmayan biri, rüşvet suçunun asıl faili niteliğiyle sorgulanamaz. Lakin suçta şerik olarak sorgulanabilir. Böylece bu niteliğin suçtaki asıl iştirakçide bulunması rüşvetin meydana gelmesi için zorunlu bir durumdur. İkincil iştirakçi böyle değildir.¹¹¹

4. Şartların Etkisi Açısından

Asıl fail ve şerik arasında ayırım yapmanın önemi, onların birisinde cezayı değiştiren kişisel şartların bulunmasına nazaran ortaya çıkmaktadır. Bazı ceza kanunları aslında her ne kadar şerike asıl failin cezasını verseler de ancak bazen o kanunlar asıl failde bulunun şartlara şerikte bulunan şartların hükümlerini vermemektedir. Zira her birine diğerinden farklı hükümler vermektedirler. Mısır Ceza Kanunu ve iptal edilen

¹⁰⁸ HURŞİD Kahtân, a.g.e., s. 6.

¹⁰⁹ Sa'îd es-Sa'îd ve Mürsî Muhammed, Kânûnü'l-Ukûbâtî'l-Mısırî el-Cedîd, c. 1, Kahire, 1946, s. 183.

¹¹⁰ HADİSÎ Fahrî, a.g.e., s. 239.

¹¹¹ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 191.

Bağdat Ceza Kanunu bu kanunlardandır.¹¹² Irak kanunu faildeki bu şartlarla şerikteki bu şartların etkisini birbirinden ayırmıştır. Bu da her birinin kendisi dışında suça iştirak edenlerin şartlarından etkilenmesine bağlı olarak ona verilen ceza açısından ikisi arasında ayırım yapmayı çok önemli kılmaktadır.¹¹³

5. Serbest Kılan Sebeplerin Uygulanması Açısından

Kocanın eşini eğitmesi ve doktorun hastayı ameliyat yapması gibi bazen eylemi yapan kişiye göre eylem serbest olabilmektedir. Ona iştirak eden de serbest bir eylem yapmış olur. Çünkü iştirak ancak suçta olmaktadır. Lakin bu başkası kadını eğitme ve ameliyat yapma işini kendi başına yaparsa o eylemin faili olur. Çünkü bu durumda yaptığı o eylem, onun doğrudan eylemidir. O da ona göre suçtur.¹¹⁴

II. Suçta Asıl İştirak

Hukuk doktrini ve bazı kanunlar suçun failine, asıl fail ya da ana fail demektedir. Irak kanunu ise sadece fail kavramını seçmiştir. O da suçu oluşturan eylemi yapan kişidir.¹¹⁵ Suçta asıl iştirak kişinin suçu yerine getirmede temel rolü yerine getirmesidir. Bu rolü yerine getiren kişi suçta asıl faildir. Yeni kanunların çoğu asıl faileri belirleme ve diğerlerinden ayırmaya gitmişlerdir. Irak Ceza Kanunu, 47. maddede; Mısır Ceza Kanunu 39. maddede ve Libya Ceza Kanunu 99. maddede bunu yapmışlardır.¹¹⁶ Burada asıl faili belirlemeyen ve sadece şerikin tanımını yapan çok sayıda kanun vardır. Onlar da Fransa Ceza Kanunu, Tunus Ceza Kanunu ve Fas Ceza Kanunu'dur. 47/3 maddesinde Irak Kanunu ve 47/üç maddesinde Kuveyt Kanunu gibi bazı kanunlar asıl faile başka şekiller de eklemiştir. O da manevi faildir. Aynı şekilde Suriye Kanunu, Lübnan Kanunu ve Ürdün kanuna gibi başka kanunlar; fail, başkasıyla beraber olan fail, azmettirici ve şeriki ele almışlardır.¹¹⁷

A. Suçta Asıl Failin Tanımı

Suç oluşturan eylemlerden birini doğrudan yapan kimseyi asıl fail saymada ceza kanunlarında tartışma yoktur. Bazı kanunlar; azmettirici suçu oluşturan herhangi bir eylem yapmadığı için onun eylemi, şerikin eylem ve özelliklerini taşımasına rağmen onu asıl failerin grubuna eklemiştir. İtalya, Belçika ve Almanya ceza

¹¹² HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûnû'l-Ukûbât, s. 408.

¹¹³ MÜRŞİDÎ Emel, a.g.e., s. 33.

¹¹⁴ HORŞİD Kahtân, a.g.e., s. 6.

¹¹⁵ MAHMÛD Dârî el-Besît fi Şerhi Kânûnû'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Bağdat, b. 1, 2002, s. 94.

¹¹⁶ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân a.g.e., s. 192.

¹¹⁷ MUSTAFA Mahmûd, a.g.e. s. 72.

kanunları bu kanunlardandır.¹¹⁸ Aynı şekilde Türkiye Ceza Kanunu 37. maddenin 1 ve 2. fıkrasında faili ele almış ve onun şekillerini belirlemiştir. Zira bu maddenin 1. fıkrası şunu ifade etmiştir: “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*”. Ancak bu ifade kanunda tanımlanan hareketleri iştirakçi kabul ederek iştirakin kapsamını daralttığı için eleştirilmiştir.

Aynı maddenin 2. fıkrası ise şunu ifade etmiştir: “*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.*”.¹¹⁹

Irak Ceza Kanunu ise asıl faili 47. maddede şöyle tanımlamıştır: “*Şu kişiler suçun faili sayılırlar:*

- 1- *Suçtu tek başına ya da başkasıyla beraber işleyen kimse,*
- 2- *Suç birkaç eylemden oluşursa onu işlemeye iştirak eden ve suçtu işleme esnasında suçtu oluşturan eylemlerden birini kasten yapan kimse,*
- 3- *Bir kişi herhangi bir sebepten dolayı suçtan sorumlu değilse herhangi bir araçla bu kişiyi o suçtu oluşturan eylemi yerine getirmeye iten kimse.*”.

Irak Ceza Kanunu, suçtaki asıl fail niteliğini az önce zikredilen 47. maddede zikredilenle sınırlı kılmadı. 49. maddede başka bir kişi de ekledi. O da suç işlendiği esnada suç yerinde hazır bulunan şeriktir. Zira bu maddede şunu ifade etmiştir: “*Suçun işlenmesi ya da suçtu oluşturan herhangi bir eylemin yapılması esnasında hazır bulunan şerik, 48. madde gereği suçta fail sayılır.*”. Bu şekil, Mısır Kanunu’nun 39. maddesindeki asıl fail şekliyle aynıdır. Manevi fail durumu bundan istisnadır. Zira Mısır kanunu onu suçta şerik saymıştır.

Kanunlar manevi failin durumu hakkında tartışmaya düşmüşlerdir. Belçika, İsviçre ve Irak kanunları gibi bir kısım kanun onu suçta asıl fail saymıştır. Fransa ve Mısır kanunu gibi bazı kanunlar ise onu suçta şerik saymışlardır.¹²⁰

Suriye ve Lübnan kanunları gibi bazı kanunlar ise manevi failden bahsetmemişlerdir. Onlar asıl faili; suçtu oluşturan unsurları varlık sahasına çıkararak

¹¹⁸ KEYLÂNÎ Reşîd, Mesâlikü Kânûni’l-Ukûbât, Bağdat, 1940, s. 46.

¹¹⁹ AYDIN Devrim, a.g.e., s.132.

¹²⁰ UBEYD Ra’ûf, Mebâdiü’l-Kısmi’l-Âm fi’t-Teşrî’i’l-İkâbi’l-Mısırî, b. 4, 1979, s. 316.

kimse şeklinde tanımlamışlardır. Bu tanım manevi faile de uymaktadır. Aslında Irak kanunu gibi manevi faili asıl fail sayan kanunlar daha doğrudur. Çünkü caninin mağduru öldürmede ateşli silah kullanması, onu ipe boğması, yırtıcı bir hayvanı onun üzerine salması ya da yasal olarak suçtan sorumlu olmayan birini kullanması arasında fark yoktur. Cani birini kullandığı zaman küçük, deli ya da iyi niyetli biri suçun işlenmesinde kullanılan bir araç olmaktadır.¹²¹ Zira suçta asıl iştirakin apaçık olmasıyla ilgili hukukta tartışma yoktur. Çünkü belli bir failin tek başına suç eylemini yapması ve onun suç eylemini işlediğine dair maddi delillerin bulunması onu ceza alan biri kılmaktadır. Burada, iki ya da daha fazla failin suç eylemini işleme ve ondan hukuksal olarak sorumlu olmalarına bir engel yoktur.¹²²

Bu anlatılanlardan failin; kişisel davranışı suç sonucunu meydana getiren ya da maddi esas oluşturur tüm veya bir kısım maddi unsurları yapan kimse olduğu anlaşılmaktadır. Mağdurun korumasında olan paraları alıp kendi korumalarına koyan kişiler suçta asıl fail sayılırlar. Aynı şekilde katilin bir kişiyi öldürebilmesi için maktulün ağzını kapatarak onun bağırmasını engelleyen kimse asıl fail sayılır. Çünkü o, suçu oluşturan maddi bir eylemi yapmıştır.¹²³

B. Asıl İştirakin Şartları

Asıl iştirakçiden maksat suçun maddi esasını yerine getirme aşamasında etkin ve ana rolü yapan kimsedir. Buna asıl fail de denilmektedir.¹²⁴

Mısır kanun koyucu suçta asıl iştiraki Ceza Kanunu'nun 39. maddesinde şöyle tanımlamıştır: “Şu kişiler suçun faili sayılırlar:

- 1- Suçu tek başına ya da başkasıyla beraber işleyen kimse,
- 2- Suç birkaç eylemden oluşursa onu işlemeye iştirak eden ve suçu oluşturan eylemlerden birini kasten yapan kimse.”

Yukarıda geçtiği gibi Mısır kanun koyucu suçta asıl iştirak durumlarını belirlemiştir. Yani bu durumlar iştirakçinin suçu yerine getirmede asıl ve ana rolü yerine getirdiği durumlardır.¹²⁵

¹²¹ SEMÛNÎ Ferîd ve ENVER Fuâd, el-Muhtasarü'l-Müfid fi'l-Kânûni'l-Cinâiyyi'l-Âm, c. 1, Fas Krallığı, 2014, s. 71.

¹²² HORŞİD Kahtân, a.g.e., s. 7.

¹²³ RÂZİKÎ Muhammed, Muhâdarâtün fi'l-Kânûni'l-Cinâ'î el-Kısmü'l-Âm, b. 2, Bingâzî, 1999, s. 230.

¹²⁴ HALEF Gâlib, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Kahire, 2010, s. 80.

¹²⁵ MUHAMMED Emin, a.g.e., s. 284.

Mısır Temyiz Mahkemesi de bunu vurgulamıştır. Nitekim şöyle karar vermiştir: *“Fail tek başına ya da başkasıyla beraber suçu işler. Suç işlediği zaman kendi eylemiyle tam bir suç işlemeyi ya da suç birçok eylemden oluştuğu zaman onu yerine getiren eylemden birini yapmayı kast eder. Suçun eylemlerinin çok olması onun niteliği ya da yerine getirilme planına göre olabilir. O zaman başkasıyla beraber fail olur.”*¹²⁶

Irak Ceza Kanunu, Mısır Kanunu'nun takip ettiği yolu takip etse asıl failin tanımını yapmıştır. 47. maddede onu şöyle ele almıştır: *“Şu kişiler suçun faili sayılırlar:*

- 1- *Suçu tek başına ya da başkasıyla beraber işleyen kimse,*
- 2- *Suç birkaç eylemden oluşursa onu işlemeye iştirak eden ve suçu işleme esnasında suçu oluşturan eylemlerden birini kasten yapan kimse,*
- 3- *Bir kişi herhangi bir sebepten dolayı suçtan sorumlu değilse herhangi bir araçla bu kişiyi o suçu oluşturan eylemi yerine getirmeye iten kimse.”*

Irak Ceza Kanunu asıl faile şu yeni durumu eklemiştir:

“Suçu işlenmesi ya da suçu oluşturan herhangi bir eylemin yapılması esnasında hazır bulunan şerik, 48. madde gereği suçta fail sayılır.”

Bu metinlerden üç türlü fail olduğu ortaya çıkmaktadır.

Birincisi: Suçu tek başına işleyen kimsedir. Bu kimse suçun maddi esasını işlemektedir. Örneğin hırsızlık suçlarında failin suçun maddi eylemini yapan kimse olduğunu görmekteyiz. O da malın evden alınmasıdır.¹²⁷

İkinci fail türü ise suçun maddi esasını işlemeye katılmadan suçu işlemeye iştirak eden kimsedir. Bu tür fail, suçun başlangıcı oluşturan eylemleri yapmaktadır. Başka bir ifadeyle suçun maddi esasını düzenlemeye başlamak için hazırlayıcı eylemleri yapan kimsedir. Lakin bu eylemler, suçla bağlantılı olmalar ve doğrudan ona yol açmalarına rağmen onun bir parçası değildirler. Örneğin bir kişi arabayı durdurmakta, onun arkadaşı da şoförü öldürmektedir. Ya da bir kimse evin kapısını kırmakta, onun arkadaşı da eve girmekte ve evin içindekilerini çalmaktadır. Birinci kişi burada her ne kadar arabayı durdurarak öldürme eyleminde bulunmamış olsa da

¹²⁶ Mısır Temyiz Mahkemesi, Mecmû'atü Ahkâmi'n-Nakd, sy: 91, 1970, s. 365.

¹²⁷ MUSTAFA Mahmûd, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Kahire, 1974, b. 9, s. 330.

onun eylemi, arkadaşının işlediği öldürme suçunun maddi esasının işlenmesine doğrudan yol açmıştır. Evin kapısını kıran kimseye göre de durum aynıdır. Her ne kadar o kimse, kendi arkadaşının çaldıklarını çalmamış olsa da onun eylemi yine arkadaşının yaptığı hırsızlık eylemine başlanmasına doğrudan yol açmıştır. Birinci ve ikinci kişilerin her biri asıl fail sayılırlar.¹²⁸

Üçüncü fail türü ise Ceza Hukuku'nun ona manevi fail dediği kimsedir. Bu kişi ceza hukukuna göre sorumlu olmayan bir kişiyi belli bir suçu işlemeye iten kimsedir. Örneğin bir kimse deli ya da küçük birinin suç işlemeye itmektedir. Deli ve küçük çocuk sadece suç işlemek için kullanılan bir araçlardır.¹²⁹

Irak Ceza Kanunu'nun 49. maddesi dördüncü bir fail türü daha ortaya atmıştır. O da suç ya da suçu oluşturan herhangi bir eylem işlendiği esnada suç sahnesinde hazır bulunan şeriktir. Suç sahnesinde hazır bulunan şerikin suçun asıl faili sayılmasının en önemli gerekçesi onun orada hazır bulunmasının bu suçu istemesinin göstermesidir. Aynı şekilde onun orada hazır bulunması, failin moralini güçlendirmekte ve onu suç işlemeye itmektedir.¹³⁰

Aşağıda geldiği gibi detaylı bir şekilde Irak Kanunu'nda asıl failin durumlarından bahsedeceğiz.

1. Tek Başına Ya da Başkasıyla Beraber Suçu İşleyen Kimse

Bu başlık suçta asıl iştirakin iki şeklini içermektedir. Onlar da şunlardır:

a. Tek Başına Suçu İşleyen Kimse

Bu suçu işleme ve onun neticesini yapmanın normal şeklidir. Bunda bir kişi suçu oluşturan tüm maddi eylemleri yerine getirmektedir. Öyle ki suç sadece onun faaliyetine dayanmaktadır. Onun davranışının suç neticesinin gerçekleştirilmesi ya da onun iradesi dışındaki bir sebeple onun etkisinin durması ve başarısız olması arasında fark yoktur. Irak kanun koyucu, suça iştirakin temeli bir asıl fail olduğu ve ikincil şeriklerin ona yardım ettiği durumu da kapsamak için bu durumu ele almış ve bunu asıl iştirakçi şekillerinden biri saymıştır. Örneğin A şahsı; B şahsını, C şahsını öldürmeye azmettirirse B şahsı da suç işlemek için D şahsından ödünç aldığı silahla C'yi öldürürse bu örnekte biz suça iştirak durumuyla karşı karşıyayız. İnce suçu bir

¹²⁸ MAHMÛD Dârî, a.g.e., s. 95.

¹²⁹ BEHNÂM Ramsîs, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Kânûni'l-Cinâ'i, el-İskenderiye, b. 3, 1971, s. 794.

¹³⁰ MAHMÛD Dârî, a.g.e., s. 96.

faili vardır. Şerik olan iki kişi de onunla beraber şerik olmuşlardır.¹³¹ Failin suçun maddi esasını tek başına işlemesiyle ceza sorumluluğu sadece onun sırtına yüklenmez. Sorumluluğun gerçekleşebilmesi ve yasal olarak suç için kararlaştırılan cezanın verilebilmesi için ceza sorumluluğunun meydana gelmesinde gerekli olan diğer yasal unsurların da bulunması gerekmektedir.¹³²

Ölene kurşun sıkan ve onun ölümüne yol açan kişi faildir. Hırsızlık suçunda ise mağdurun malını çalan ve o malı onun korumasından çıkarıp kendi korumasına koyan kişi faildir. Bu anlatılanlardan iki durum olduğu görülmektedir. Onlar da şunlardır:

Birinci durum: Peş peşe işlenen ve saldırı olan suçlar gibi maddi esas ancak birden fazla eylemle tamamlanan suçlarda fail tüm eylemleri yapan kişidir. Yüksek faizle borç suçunda fail bu borç verme eylemini birden fazla defa yapan kimsedir.¹³³

İkinci Durum: Zina suçunda erkek olma niteliği ve rüşvet suçunda kamu görevlisi olma niteliğinde olduğu gibi failde özel bir nitelik gerektiren suçlarda ancak bu niteliği bulunduran kimse fail sayılmaktadır. Aynı şekilde sakınmayla gerçekleşen suçlar ise ancak onların faili, kanunun belli bir olumlu eylemle yükümlü kıldığı kimselerdence o suçlar gerçekleşir. Örneğin mahpuslara yemek vermeyen ve onların açlıktan ölmesine sebep olan hapisane memuru bu kimselerdendir.¹³⁴

b. Başkasıyla Beraber Suçu İşleyen Kimse

Bazen fail başkasıyla beraber suç işlemektedir. Onlardan her biri suçu oluşturan eylemi yerine getirmektedir. Örneğin iki kişi mağduru darp ediyor. Bu da onun ölümüne yol açıyor. Bu durumda her ikisi suçun asıl faili olurlar.¹³⁵

Bu şekil, suçun maddi esasını oluşturan eyleme iştirak eden suçluların çok olması durumunda gerçekleşir. Bu durumda fail, başka bir kişi ya da başka kimselerin de suçu işlemelerinin yanı sıra suçun maddi esasını yerine getirmede temel ve asıl rolle iştirak etmiştir. Fail olarak suçu işleyen kimsenin sorumluluğunun oluşması için suç neticesinin sadece onun eylemiyle gerçekleşmesi gerekmez. Suç neticesi failin ve başkalarının eylemiyle beraber gerçekleşse de o, fail olduğu için onun sorumluluğu

¹³¹ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultan, a.g.e., s. 192.

¹³² RAKÂD Ahmed, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi Cerîmeti'l-Katli bi's-Sehm, Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Amman, 2014, s. 53.

¹³³ MUHAMMED Emin, a.g.e., s. 286.

¹³⁴ HORŞÎD Kahtân, a.g.e., s. 7.

¹³⁵ SEMÜNÎ Ferid ve ENVER Fuâd, a.g.e., s. 72.

meydana gelir. İki kişinin bir kişiyi öldürme üzerinde anlaşıp onu öldürme kastıyla sopayla vurması ve bu darp sonucu onun ölmesinde olduğu gibi bu her ikisi asıl eylemle suçun meydana gelmesine iştirak etmiş olurlar.¹³⁶

Birkaç kişinin biri kişiyi öldürmek kastıyla ona ateş edip öldürmesinde olduğu gibi bazen suçluların tümü suçu oluşturan eylemin aynısını işlemektedirler.¹³⁷

Bu durum; suçluların, tam veya eksik bir şekilde gerçekleşen suçtan sorumlu olmalarını tespit etmede hiçbir zorluk ortaya çıkarmamaktadır. Onların her biri suçu tek başına işlemeye olduğu gibi burada da suçu işlemiş sayılır. Onların her biri kanunda kararlaştırılan cezayla cezalandırılır. Çünkü her bir suçlunun işlediği eylem tek başına her birinin tam bir sorumlulukla suçtan sorumlu olmalarına yeterlidir. Lakin her bir suçlunun işlediği eylem tek başına her birinin tam bir sorumlulukla suçtan sorumlu olmalarına yeterli olmadığı durumda zorluğun olduğu görülmektedir. Çünkü suçun maddi esasları bir kişinin yaptığı eylemle gerçekleşmemiştir. O suç, ortak suçluların beraber işlediği eylemler neticesinde ortaya çıkmıştır. Örneğin birden fazla suçlu öldürmek amacıyla kendi borçlularına saldırmaktadırlar. O kişinin onlardan tek bir kişinin eylemiyle ölmediği ve hepsinin yaptığı tüm eylemler neticesinde gerçekleştiği ortaya çıkmaktadır.¹³⁸

2. Suçu Oluşturan Eylemlerden Birini Kasten Yaparak Suç İşlemeye İştirak Eden Kimse

ICK'nin 47/2 maddesi, suçu işlediği esnada kasten suçu oluşturan eylemlerden birini yapan herkes suçun faili sayılır. Suçu oluşturan eylemlerden maksadın onun maddi esasına giren ve girmeyen eylemler olduğu, hukuk tarafından üzerinde anlaşma sağlan bir konudur. Fakat suçun esasına girmeyen eylemler, suç projesini yerine getirmeye başlamayı gerçekleştirmektedir. Yani bu eylemler, suçun maddi esasını oluşturmayan eylemlerdir. Onlar suçun maddi esasıyla bağlantılı olup doğrudan ona yol açmaktadır. Çünkü bu eylemler her ne kadar suçun maddi esasına girmese de suçun yerine getirilmesinde temel bir rol oynamaktadırlar.¹³⁹

Dolandırıcılık gibi bazen suçun maddi esasları birtakım eylemlerden oluşmaktadır. Bu tür bir suçta onu oluşturan eylemlerden birini yapan kimse fail

¹³⁶ RAKÂD Ahmed, a.g.e., s. 54.

¹³⁷ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 240.

¹³⁸ MECÂLÎ Nizâm, a.g.e., s. 287.

¹³⁹ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 194.

sayılmaktadır. Bir kimse başka birine yalan söylerse üçüncü bir kişi de dış desteklerle bu sözleri desteklerse dolandırıcılık suçunda onun sözlerini desteklediği için fail sayılır. Aynı şekilde bir kimse, bir kıza tecavüz edilmesi için o kıza şiddet uygularsa bu kişi tecavüz suçunda fail olur.¹⁴⁰

ICK'nin 47. maddesinin 2. fıkrası metnini dikkatli bir şekilde inceleyen kimse Irak kanun koyucunun suçun maddi esasını ya da onun bir kısmını işleyen kimseyi asıl failer arasına katmayı kast etmediğini görecektir. Daha önce açıkladığımız gibi bu maddenin 1. fıkrası bunları kapsamaktadır. O fıkrada onları asıl failer arasına koymaktadır. O zaman kanun koyucu bu fıkra ile suçun maddi esasını işlemeye katılmaksızın suç işleyenleri kapsamayı kast etmiştir. Bunlar suçun maddi esas olmayan bir eylem ya da eylemler yapmışlardır. Fakat bu eylemler suça başlamanın başlangıcını oluşturmaktadırlar. Yani bu eylemler suçun maddi esasından değildir. Lakin onun maddi esasına bitişiktirler ve doğrudan ona yol açmaktadırlar. Madde metninin bu durumda failin kasten yaptığı eylem diye anlattığı da bu anlamı ifade etmektedir. Eğer eylem suçun maddi esasının içine girseydi kanun koyucu; suçu işleyen kimseyi, suça girmeyi kast ederek suç işleyen diye anlatmaya ihtiyaç duymazdı.¹⁴¹

Bu anlatılanlardan iştirakçinin suçta asıl fail sayılabilmesi için suçun maddi esasını oluşturan eylemi yapması şart değildir. Madde metnine göre iştirakçinin suçta asıl fail sayılabilmesi için onu yaptığı suçun başlangıç olması yeterlidir. Ama onun yaptığı, suça başlangıç değilse o zaman hazırlayıcı eylemler çerçevesine girer. Dolayısıyla bu eylemleri yapan kimse ICK'nin 48. maddesine göre asıl fail değildir. Suç işlendiği zaman orada hazır bulunan kimse de değildir.¹⁴²

3. Suçun Manevi Faili

Manevi fail ceza sorumluluğu olmayan ya da iyi niyetli olan birini suç işlemeye iten kimsedir. Bu kişi manevi failin elinde sadece bir araçtır. O kendisinden isteneni yaptığı eylemlerin niteliğini bilmeden yerine getirir. Hukuk doktrini manevi faili sınıflandırmada tartışmıştır. Kimisi manevi faili azmettirici saymıştır. Çünkü o suçu oluşturan eylemlerden herhangi birini yapmamıştır. Her ne kadar suç işleyen kişinin eylemi kendi iradesi dışında olsa da fail, suç işleyeni suç işlemek için kullanan

¹⁴⁰ MECÂLÎ Nizâm, a.g.e., s. 287.

¹⁴¹ SA'ÎD es-Sa'îd, a.g.e., s. 293.

¹⁴² HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 241.

kişidir. Ancak bazısı manevi failin asıl fail olduğu ve azmettirici olmadığı görüşündedir. Çünkü kullanılan kişi bir açıdan manevi failin elinde bir araçtır. Diğer bir açıdan ise azmettirme, sadece ceza sorumluluğuna ehil olan ve eylemi yerine getirmede kendisinden istenen şeyi ve bu eylem neticesinde ortaya çıkan suç neticesini bilerek eylemde bulunan kimse için söz konusu olur.¹⁴³ Irak kanun koyucu suçun manevi faili düşüncesini kabul etmiş ve onu ICK'nin 47/3 maddesinde geçtiği gibi asıl fail saymıştır. Zira bu madde şunu ifade etmiştir: “*Herhangi bir sebepten dolayı ceza sorumluluğu olmayan bir kişiyi herhangi bir araçla suç oluşturan eylemi yapmaya iten kimse...*”. Bu metinden manevi failin suçu tek başına işlemediği; deli, mümeyyiz olmayan çocuk, saf, zihinsel engelli gibi ceza sorumluluğu olmayan ya da iyi niyetli olan birinin aracılığıyla suçu işlediği anlaşılmaktadır. Örneğin A şahsı hasta olduğunu ve kapalı olan kutuyu taşıyamadığını söyleyerek 5 yaşındaki B şahsından o kutuyu internet kafeye bırakmasını istemektedir. Çocuk da o kutuyu internete götürmektedir. Güçlendirilmiş bomba bulunan kutu bırakıldıktan onda dakika sonra patlamaktadır. Bu örnekte A şahsı kutuyu internet kafe salonuna koyma konusunda yaşı küçük olan B şahsının zayıf noktasını istismar etmiştir. A şahsı manevi faildir. Dolayısıyla suçta asıl fail sayılmaktadır.¹⁴⁴

Aslında Irak kanun koyucu suçun manevi faili teorisini kabul ederek isabetli bir tutum sergilemiştir. Dolayısıyla bu azmettirmeyi yapan kimseyi suçta asıl fail saymıştır. Çünkü bu kişi her ne kadar suç eyleminin maddi eylemlerini yerine getirmese de o, başkasını aracılıyla suç eylemini işlemede manevi sebeptir. Aynı şekilde Irak kanun koyucunun metninin “*herhangi bir araçla suça iten*” ifadesini içermesi isabetli olmuştur. Bu ifade azmettirmeden daha kapsamlı bir anlamı kapsamaktadır. Zira azmettirme derecesine varmasa da herhangi bir diğer araçla eylemde bulunan herkesi kapsamaktadır. Buna istinaden resmi bir kayda geçmesi için yalan bilgileri kamu görevlisine veren kimse suçun faili sayılır. Aynı şekilde bir kimse küçük ya da iyi niyetli birine üçüncü bir şahsa vermesi için zehirli bir tatlı verir, o da bu zehri mağdura verir ve bu mağdurun ölümüne yol açarsa birinci şahıs fail sayılır. Yine bir kimse lokantada çalışan birinden asılı olan montu isterse bu çalışan da bu elbisenin onun olduğunu sanarak bunu ona verirse bu isteyen kişi de elbiseyi alıp kaçarsa elbiseyi kaçıran kişi fail sayılır.¹⁴⁵

¹⁴³ ABÛD Sirâç, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm el-Cüzü's-Sânî, Dımaşk, 2014, s. 11.

¹⁴⁴ MATŞAR Delâl, el-İ'tidât bi'n-Niyye fi Kânûnü'l-Ukûbât, Doktora Tezi, Babil, 2015, s. 378.

¹⁴⁵ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 196.

Manevi fail düşüncesine nazaran suçta iki failin olduğunu görmekteyiz. Birinci fail suçun maddi esasını işleyen ve ceza sorumluluğu olmayan maddi faildir. İkinci fail ise kendisinde suç kastı olduğu için ceza sorumluluğu olan manevi faildir.¹⁴⁶ Manevi fail ve azmettirici arasındaki farklılık; manevi failin suçta ceza sorumluluğu olmayan bir kişiyi istismar etmesi ve azmettiricinin ceza sorumluluğu olan ve yaptığı eylemin bilincinde olan birini kullanmasıyla ortaya çıkmaktadır. O zaman kanun manevi faili suçta fail saymıştır. Azmettiriciyi de suçta şerik saymıştır.¹⁴⁷ Ceza Kanunu VII. Uluslararası Konferansı aracıyla fail düşüncesini kabul etmiş ve onun hakkında şunu söylemiştir: *“O ceza sorumluluğu olmayan birini suçu işlemeye iten kimsedir.”*¹⁴⁸ Manevi fail teorisini kabul etme düşüncesini teyit eden hususlardan biri de kanunun, suçlunun suç işlemeye kullandığı araçları eşit görmesidir. Suçlu, suçun maddi eylemlerini gerçekleştirmek için bazen ellerini ya da diğer organlarından birini kullanmaktadır. Aynı şekilde ağır bir arabanın mağdura çarpması ve onu öldürmesi için o arabayı mağdura doğru iten ya da eğitimli bir köpeğin mağdura saldırması ve ona eziyet vermesi için o köpeği salan kişide olduğu gibi bazen fail kendi bedeninden ayrı bir aracı da suç işlemek için kullanabilir. Yani kanun suçlunun suç işlemeye kullandığı araçlar arasında ayırım yapmamaktadır. Bazen suç aracı cansız ya da eğitimli bir hayvan olabilir. Aynı şekilde iyi niyetli bir insan ya da ceza sorumluluğu olmayan bir insan da olabilir. Böylece suçlu, suçu yerine getirmek için herhangi bir araçtan yararlanırsa kanun açısından suçun gerçekleştiği düşünülmektedir. Bu suçta kullanılan araçlar arasında fark yoktur. İradesi olmayan bir insan suç işlemeye yönlendirildiği zaman o, suç failinin elinde sırf bir araç olabilir.¹⁴⁹

Yeni hukuk doktrini; manevi failin, başkasını suça zorlayan kimsede olduğu gibi suçu yerine getirenin iradesi olmadığı tüm durumları kapsamaması için onun çerçevesini genişletmiştir. Örneğin müdür, kendi memuruna suç sayılan bir eylemi yapmayı emretmektedir. Bu memur da yaptığı eylemin yasa dışı olduğunu bilmemektedir. Aynı şekilde birinin elinin tutup zorla onun parmağını sahte bir evrak üzerine basan kimse gibi suçu yerine getirmek için başka biri üzerinde maddi baskı

¹⁴⁶ ATAULLAH Şeymâ, el-Müsâhmetü'l-Cinâiyye, Açık Öğretimde Sunulmuş Bir Konferans, Kahire, 2010, s. 4.

¹⁴⁷ TEVÂNÎ Nasîre, a.g.e., s. 36.

¹⁴⁸ HACÛC Muhammed, el-Fâilü'l-Mânevi li'l-Cerime, el-Kudüs, 2015, s. 22.

¹⁴⁹ ŞİHÂB Abdulhamîd, Nazariyyetü'l-Fâilü'l-Manevi, Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Deyali Üniversitesi Hukuk Fakültesi, el-Fetih Dergisi, sy: 34, 2008, s. 8.

yapan kimsenin durumu da böyledir. Bu tür durumlarda suçun maddi eylemini yapan kimse maddi bir baskı ve zorlama altında suçu oluşturan eylemi yapmıştır. Zorlamada bulunan kişi suçun faili sayılmaktadır. Zorlanan kimse fail değildir. Çünkü onun iradesi yoktur. Bu da onu sorumlu kılmaz. Zira onun yaptığı eylem hukuki anlamda bir eylem değildir. Aslında eylem zorlamada bulunan kişiden meydana gelmiştir.¹⁵⁰ Sakınma yoluyla işlenen suçlarda manevi fail düşüncesinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu tür suçlar olumsuz davranışla meydana gelmektedir. Bu suçlar, kanunun iyi niyetli olana yüklediği yükümlülüğü yerine getirmekten sakınmayla meydana gelmektedir. Sakınma eyleminde bulunan kişinin manevi failin istismarına tabi olduğu ya da onun etkisinde olduğu ve başkasının azmettirmesi neticesinde yapması gerekeni yapmaktan sakındığı esasına dayanmak ya da böyle bir gerekçe ileri sürmek imkansızdır. Bundan dolayı bir kişinin sakınmayı azmettirmesi onu suçun manevi faili kılmaz. Hatta burada hiçbir suç yoktur. Çünkü yapması gerekeni iyi niyetle yapmaktan uzak duran kişi suçu işlemiş sayılmaz. Zira suçun maddi eylemini yapan kimsenin ceza sorumluluğu yoksa sakınma suçu da olamaz.¹⁵¹ Manevi failin faaliyeti suçun maddi eylemini yerine getiren kişiye yardım şeklinde de olabilir. Örneğin bir kişi, tehlikeli bir delinin mağduru öldürmesi için mağdurun o delinin önünden kaçmasını engellemektedir. Bu tür bir kişi suçun manevi faili sayılır. Çünkü o, mağduru engellemeseydi bu suç gerçekleşmeyecekti.¹⁵²

4. Suç İşlendiği Esnada Suç Sahnesinde Bulunan Şerik

ICK, suç ya da suçu oluşturan herhangi bir eylem işlendiği esnada suç sahnesinde hazır bulunan şeriki suçun faili saymıştır. Zira bu kanunun 49. maddesinde bu ifade edilmiştir. Bu durumun gerçekleşmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir:

- 1- Kişi, ICK'nin 48. maddesinin belirlediği iştirak araçlarından biriyle şerik olması gerekmektedir.
- 2- Şerikin suç ya da suçu oluşturan eylemlerden herhangi bir eylem işlendiği esnada suç sahnesinde bulunması gerekmektedir.
- 3- Şerikin suç sahnesinde bulunmasından maksat; onun orada bulunmasını tesadüfi olmaması gerekir.

¹⁵⁰ MECZÛB Ahmed, a.g.e., s. 216.

¹⁵¹ HÛSEYİN Mahmûd, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşrî'âti'l-Arabiyye, s. 121.

¹⁵² MECZÛB Ahmed, a.g.e., s. 222.

Suç sahnesinde bulunan kişinin şerik sayılmasının gerekçesi şudur: Onun orada bulunması, kanunun belirlediği iştirak araçlarından bir araçla suça iştirak ettikten sonra onun suç işlemeye katıldığını göstermektedir. Başka bir ifadeyle onun orada hazır bulunması, onu asıl fail kılan bir eylemi yapma isteğinin olduğunu göstermektedir. Bu da suçu yerine getirene destekle olmaktadır.¹⁵³ Bazı hukukçular şerikin hazır bulunmasının, onun suçta ikincil iştirakle yetinmediğini gösterdiği, suçta ana rolü icra ettiği zaman asıl fail sayılacağı ve onun hükmen suçun faili olduğu görüşündedir.¹⁵⁴ Bizim düşüncemize göre bu kimsenin asıl fail sayılmasının gerekçesi şudur: Suç ya da suçu oluşturan eylemlerden biri işlendiği esnada kişi kasten orada hazır bulunursa özellikle arkadaşları için yolu gözetlemesi ya da suç işlendiği esnada onlara yol göstermesi gibi onun belli bir rolü olduğu zaman o iştirak eyleminin sınırına adım atmıştır.¹⁵⁵ İCK, 49. maddede bunu ele almışken çoğu yeni kanun bunu ele almamıştır. Suç sahnesinde hazır bulunan şerik, suçu işleyenin tutumunu desteklemiştir. Bu da onu ana rolle suça iştirak eden biri kılmıştır. Ama suç sahnesinde tesadüfen hazır bulunursa ve onda suça katılma niyeti yoksa bu durumda o suçta şerik niteliğini korur.¹⁵⁶ Bununla beraber Irak kanun koyucu, her ne kadar bu maddeyle suçun failinin anlamını geniş tuttuğu ve böylece Mısır Kanunu gibi bazı ceza kanunlarda bulunan eksikliği giderdiği için bu maddeyi koymada başarılı olsa da madde metnini oluşturmada başarılı olamamıştır. Zira madde metni, onun ölçüsünün sadece bir biçimsel esasa dayandığı fikrini vermektedir. O da şerikin suç sahnesinde hazır bulunmasıdır. Suç sahnesinde bulunmak ana bir rolle suça karışma niteliğini gerçekleştirmektedir.¹⁵⁷

III. Suçta İkincil İştirak

İştirakçinin suçu yerine getirmedeki rolü ikincilse ikincil iştirak gerçekleşir. İştirakçiye şerik ya da ikincil iştirakçi denilmektedir. Çoğu zaman ikincil iştirakçinin rolü kanunen serbesttir. Lakin bu rol suç niteliğini asıl iştirakçiden almaktadır. Suça iştirakin tanımı şöyle yapılabilir: Suçu yapmada ikincil rolü yerine getirmektir. Bu rolü yerine getiren suçta ikincil iştirakçidir. Bu da ikincil bir eylemi yapma yoluyla suçu işlemeye katılma olduğu zaman gerçekleşir. Aslında o eylem suça katılmadan önce serbest olan eylemlerdendir. Lakin şerik, azmettirme gibi suçun işlenmesinde

¹⁵³ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 196.

¹⁵⁴ İBRAHİM Ekrem el-Kavâidü'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbâti'l-Mukâren, b. 1, Bağdat, 1998, s. 210.

¹⁵⁵ SEMÛNÎ Ferîd-ENVER Fuâd, a.g.e., s. 72.

¹⁵⁶ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 83.

¹⁵⁷ HALEF Ali ve Sultan ŞÂVÎ, a.g.e., s. 197.

yardım etmektedir. Bundan dolayı o suçlu görülmekte ve cezalandırılmaktadır. Böylece ikincil iştirakin tanımı şöyle yapılmıştır: Suç eylemi ve sonucuyla sebep sonuç bağlantısıyla bağlantılı olan her eylemdir. Bu faaliyet suçun yerine getirilmesi ya da suçu işlemede ana rolün icra edilmesini içermemektedir.¹⁵⁸

İkincil iştirakçinin faaliyeti aslında serbesttir. Lakin asıl failin yasa dışı olan eylemiyle bağlantılı olduğu için yasa dışı olmuştur. Yeni kanunların çoğu ikincil iştirakçileri tam olarak belirlemeye yönelmişlerdir. Dolayısıyla ikincil iştirakin şekillerini de belirlemişlerdir. O kanunlar da Fransa Ceza Kanunu (madde: 60), Mısır Ceza Kanunu (madde: 40) ve iptal edilen Bağdat Ceza Kanunu (madde: 54)'dur.¹⁵⁹

Irak kanun koyucu Ceza Kanunu'nda şeriki şöyle tanımlamıştır: “*Şu kişiler suçta şerik sayılır:*

- 1- *Azmettirmeye binaen gerçekleşen suçu işlemeye azmettiren kimse.*
- 2- *Anlaşmaya binaen gerçekleşen suçu işleme üzerinde başkasıyla anlaşma yapan kimse.*
- 3- *Suçtan haberi olduğu halde suçu işlemede kullanılan herhangi bir silah, araç ya da başka bir şeyi faile veren ya da suçun işlenmesi için hazırlayıcı, kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı olan eylemlerde herhangi bir yolla kasten faile yardım eden kimse.*¹⁶⁰

48. madde metninden bazı sonuçlar çıktığı görülmektedir. Onlar da şunlardır:

- 1- Irak kanun koyucu iştirak araçlarını üç taneye sınırlamıştır. Onlar da azmettirme, anlaşma ve yardımlaşmadır. Bundan dolayı bu araçlardan birinin çerçevesine girmeyen herhangi bir eylem, onu işleyeni suçta şerik kılmaz.
- 2- İştirak araçları suçlu tarafından olumlu bir faaliyetle olmaktadır. Ama işlenen suç karşısında kişinin takındığı olumsuz tutum ise onu suçta şerik kılmaz.
- 3- Suçun gerçekleşmesinden sonraki ek eylemlerde iştirak düşünülemez. İştirak suçtan önceki ve onunla beraber olan eylemlerde mümkündür.

¹⁵⁸ HASENÎ Mahmûd, a.g.e., s. 227.

¹⁵⁹ HALEF Ali ve Sultan ŞÂVÎ, a.g.e., s. 204.

¹⁶⁰ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 85.

4- 48. madde metninden iştirak esaslarının suç faaliyeti, iştirak kastı ve kanunun cezalandırdığı eylemin gerçekleşmesi olduğu görülmektedir.¹⁶¹

Bundan dolayı ikincil iştirak konusunu üç başlıkta inceleyeceğiz. Birinci başlıkta yasal esastan yani yasal olmayan bir faaliyetin gerçekleşmesinden bahsedeceğiz. İkinci başlıkta maddi esas yani ikincil iştirakçinin yasal olmayan bir faaliyete iştirak etmesini ele alacağız. Üçüncü başlıkta ise manevi esas yani ikincil iştirakçinin iştirak kastını araştıracağız.

A. Yasal Esas-Yasal Olmayan Bir Faaliyetin Meydana Gelmesi

Suçta iştirakin yasal esasının gerçekleşebilmesi için yasal olmayan bir asıl eylemin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu eylem iştirakte yasal esasın varlığının kaynağıdır. Asıl fail bazen suç için yasal olmayan asıl bir eylemi yapmaktadır. Şerikin faaliyeti de suç niteliğini ondan almaktadır.¹⁶²

Şerikin eylemleri suç niteliğinde değildir. Suçun işlenmesinde ikincil iştirak halkalarından biri olduğu için suç dairesine girmektedir. Yani fail suç işlemediği ya da suça başlamadığı sürece şerikin eylemleri suç dairesine girmez ve şerik cezalandırılmaz.

Ağır ya da hafif suçun tam olması zorunlu değildir. Çünkü iştirake girişme cezalandırılır. Ama ceza verilen bir işe iştirak etmeye girişmek cezalandırılmaz ve bu suç sayılmaz.¹⁶³

Failin eyleminin yasa dışı niteliği, suç ve neticenin gerçekleşmesi için gerekli bir durumdur. O da ikincil iştirakin meydana gelmesidir. Zira şerikin faaliyeti, kanun koyucu için hiçbir anlam ifade etmeyen sırf maddi bir eylemden kanunun cezasına tabi bir suç niteliğine sahip bir eyleme dönüşmektedir. Nitekim onun faaliyetinin kendisi iştirakte bir esas değildir. İştirakin esaslarından birinin kaynağıdır. Failin faaliyetinin yasa dışı niteliğine suçun yasal esas da denilebilir.¹⁶⁴

Asıl failin faaliyeti; şerikin faaliyetinin, ikincil iştirakin yasal esasını gerçekleştiren yasa dışı niteliği kazanmasında bir esastır. Bu da gerçekleşen suç

¹⁶¹ HADİSÎ Mustafa, a.g.e., s. 245.

¹⁶² NÂFİ' Sakir, a.g.e., s. 28.

¹⁶³ MÜRŞİDÎ Emel, a.g.e., s. 38.

¹⁶⁴ HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât, s. 490.

oluşturan yasa dışı faaliyetin gerçekleşmesiyle beraber iştirakte yasal esasın gerçekleşmesini asıl failin faaliyetiyle bağlantılı kılmaktadır.¹⁶⁵

Faaliyetin yasa dışı nitelikle nitelenebilmesi için onun ceza verilen ve kanunda suçla ilgili metne tabi olan bir faaliyet olması gerekmektedir. Serbest olan bir faaliyet olmaması gerekir.

Ceza kanununun suçla ilgili metne tabi olan her faaliyeti açık bir şekilde belirtmesi ve o faaliyeti işleyen kimsenin onu suç sayması gerekir. Bu suç; öldürme, hırsızlık ve dolandırıcılık gibi ağır suç, hafif suç, daha hafif suç, tam suç ya da suç başlangıç olabilir. Böylece serbest eylemlere iştirak suçta iştiraki gerçekleştirmez. Bir kimse başkasını öldürmeye azmettirir ya da hırsızlıkta ona yardım ederse suçta onun şeriki olur. Çünkü bu kişi suçu işleyenle beraber kanunda suçlama metnine tabi olan bir faaliyette bulunmuştur. O da öldürme ve hırsızlıktır. Bir kimse evin kapısını açma ya da eşyaları taşıma konusunda birine yardım ederse suçta şerik sayılmaz. Çünkü serbest olan bir eylemde ona yardım etmiştir.¹⁶⁶

Kanun asıl failin cezalandırılmasını şart koşmamıştır. Kanun; asıl failin, kanun koyucunun işlenen eylem için kararlaştırdığı cezaya tabi olmasını yardımlaşma esaslarından saymamıştır. Eylemin kendisi yasa dışıysa her ne kadar failin yararı için bir ceza engeli bulursa, onun ceza sorumluluğuna ehil olmayacak şekilde bir mazereti olsa ya da o tüm cezalardan muaf olsa yine kanunen iştirak gerçekleşebilir.¹⁶⁷

Eylemin yasa dışı olma niteliğinin gerçekleşmesi için iki temel unsurun bulunması şarttır. Birincisi failin faaliyetinin kanundaki metne tabi olmasıdır. İkincisi bu eylemin serbest olmamasıdır.¹⁶⁸

İntihar eden kişi cezalandırılmadığı için kanun intiharı suç saymamıştır. Bu da onun yasa dışı olmasını ortadan kaldırmaktadır. İkincil iştirakin yasal esasının gerçekleşmesi için bu nitelik gereklidir. Böylece intihara yardım etmenin yasal esası yoktur. İntihara yardım etmede iştirak yoktur. Çünkü İCK gereği intihar eylemi suçken artık serbest oldu. İntihar eylemi suçken yardımla iştirak suç niteliğini ondan

¹⁶⁵ HALEF Ali, el-Vesît fi Şerhi Kânûni'l-Ukûbât-en-Nazariyyetü'l-Âmme el-Cüzü'l-Evvel, b. 1, 1968, s. 647.

¹⁶⁶ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e, s. 206.

¹⁶⁷ FÂDİL Muhammed, Mebâdi' fi Kânûni'l-Ukûbât, Dımaşk, 1964, s. 379.

¹⁶⁸ ELFÎ Ahmed, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Lîbi el-Kısmü'l-Âm, b. 1, İskenderiye, 1969, s. 74.

almaktadır. Kanun, bir eylemi suç saymadığı sürece genel kurallara göre o eylem serbesttir.¹⁶⁹

İkincil iştirakçi, suçun asıl failinin yararlandığı ceza engelinden yararlanmamaktadır. O ikincil iştirakten dolayı cezalandırılmaktadır. Yargıdan kaçma konusunda kocasına yardım eden kadına yardım eden kimse suçta şerik sayılır. Asıl fail olan kadın ceza engellerinden yararlandığı için her ne kadar cezalandırılmasa dahi şerik bu iştirakten dolayı cezalandırılır. Yasa dışı iştirak olan bu eylem bir suçtur. Aynı şekilde bir kadını kaçıran kimse kaçırdığı kadınla yasal olarak evlense dahi kadını kaçıran kişiye yardım eden kimse de şerik sayılır ve cezalandırılır. Burada kişinin asıl fail olamayacak şekilde suçta şerik olmasına bir engel yoktur. Kişinin asıl fail olmamasına bir bayanın başka bir bayanın tecavüzüne iştirak etmesi ve memur olmayan birinin rüşvet suçuna iştirak etmesi örnek olarak verilebilir.¹⁷⁰

B. Maddi Esas-İkincil İştirakçinin Yasal Olmayan Bir Faaliyete Girişmesi

Suçun yani yukarıda zikredilen yasa dışı eylemin gerçekleşmesinin yanı sıra iştirakin gerçekleşmesinin ikinci şartı, ikincil iştirakçinin bu suça girişmesidir. Aslında onun bu girişimi suça iştirak etmesinin maddi esasıdır. Bundan dolayı bu esasa ikincil iştirakin maddi esas denilmektedir. Irak kanun koyucu iştirak suçu faaliyeti araçlarını; azmettirme, anlaşma ve yardımlaşmayla sınırlamıştır. Budan dolayı bu araçlardan olmayan herhangi bir eylemin sahibi gerçekleşen suçta şerik olmaz. Böylece Temyiz Mahkemesi iştirak aracının, kanunun belirttiği araçlar arasına girip girmediğini teyit ederek kanunun uygulanmasını denetlemeye imkan bulabilmesi amacıyla yetkili mahkeme, suça iştirak eden zanlının suçlu olduğuna karar verdiği zaman onun kararının apaçık bir şekilde iştirak aracını içermesi gerekmektedir.¹⁷¹

İkincil iştirakçi bir taraf olarak ikincil faaliyetiyle suça giriştiği zaman bu girişim gerçekleşir. Onun bu girişimine binaen de suç gerçekleşir. Yani ikincil iştirakin maddi esas sadece ikincil iştirakçinin yaptığı faaliyetten oluşmamaktadır. Ona iki unsur daha eklenmektedir. Onlar da bu faaliyetin suç olan sonucu ve onu bu neticeye bağlayan sebep sonuç ilişkisidir.¹⁷²

¹⁶⁹ SÂİDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 80.

¹⁷⁰ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e, s. 206.

¹⁷¹ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 245.

¹⁷² RÂŞİD Ali, Mebâdiü'l-Kânûni'l-Cinâî, Kahire, 1969, s. 52.

Bu başlıkta ikincil iştirakçinin faaliyeti, faaliyetin suç olan sonucu ve bu ikisi arasındaki sebep sonuç ilişkisini sırasıyla ele alacağız.

1. İkincil İştirakçinin Faaliyeti

Bundan maksat ikincil iştirakçinin suçun gerçekleşmesinde yaptığı faaliyetidir. 60. maddesinde Fransa Ceza Kanunu, 40. maddesinde Mısır Ceza Kanun, 218. maddesinde Suudi Ceza Kanunu, 219. maddesinde Lübnan Ceza Kanunu, 100. maddesinde Libya Ceza Kanunu ve 48. maddesinde Kuveyt Ceza Kanunu gibi ICK cd bu faaliyetin araçlarını belirlemiştir.

ICK, iştirak araçlarını 48. maddesinde şöyle ele almıştır: “*Şu kişiler suçta şerik sayılır:*

- 4- *Azmettirmeye binaen gerçekleşen suçu işlemeye azmettiren kimse.*
- 5- *Anlaşmaya binaen gerçekleşen suçu işleme üzerinde başkasıyla anlaşma yapan kimse.*
- 6- *Suçtan haberi olduğu halde suçu işlemede kullanılan herhangi bir silah, araç ya da başka bir şeyi faile veren ya da suçun işlenmesi için hazırlayıcı, kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı olan eylemlerinde herhangi bir yolla kasten faile yardım eden kimse.”*

Bu metinden anlaşıldığı gibi kanunun belirttiği araçlar dışındaki bir faaliyetle ikincil iştirak olmaz.¹⁷³

İkincil iştirak araçları; suçun işlenmesinden önce olabilir. Onlar da silah hazırlamak, ona kurşun koymak ve anahtar yapmak gibi suçun hazırlayıcı eylemlerinde yardımlaşma, anlaşma ve azmettirmedir. O araçlar suçun işlenmesiyle beraber de olabilir. Onlar, suçun tamamlayıcı ve kolaylaştırıcı eylemleri olup suç işlendiği esnada gerçekleşenlerdir. Suç işlendikten sonra gerçekleşen eylemler ikincil iştirakin oluşumuna girmemektedir. Kanun, öldürülen kimsenin cesedini saklamak, suçtan elde edilen malları saklamak, suçluları saklamak ya da onların kaçmalarına yardım etmek gibi kendi başına var olan bağımsız suçlar olarak onlara ceza vermektedir.¹⁷⁴

¹⁷³ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 86.

¹⁷⁴ HALEF Ali, ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 210.

Fransa hukuku ve yargısında ve Mısır kanun yorumlayıcılarının çoğunda egemen olan görüşe göre suçta ikincil iştirakçinin faaliyetinin olumsuz bir tutum (sakınmak) değil, olumlu bir faaliyet olması gerekmektedir. Dolayısıyla suç işlendiği esnada kişinin sadece olumsuz bir tutum sergilemesi ve suçlunun suçu işlemesine engel olmaması suça iştirak sayılmaz. Bazı hukuk doktrinlerine göre suçta ikincil iştirakin olumsuz bir faaliyette bulunması, yani bir işi yapmaktan sakınmasıyla ikincil iştirakin gerçekleşmesine bir engel bulunmamaktadır. Çünkü kanunun, iştirak araçlarının olumlu olmasını gerekli kıldığını ifade eden metinler kanunda bulunmamaktadır. Failin faaliyeti olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabileceği üzerinde özellikle anlaşma sağlanmıştır. Tüm bunlar olumsuz tutum sergileyen kişinin suçun gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğünü yerine getirmekten sakınması şartıdır. Onun suçun gerçekleşmesine engel olmamasının sebebi, suçun gerçekleşmesini kolaylaştırma ve onun işlenmesine yardım etmeyi kast etmek olmalıdır. Sudan kanun koyucu, Ceza Kanunu'nun 82. maddesinde açık bir şekilde suçta ikincil iştirakin gerçekleşmesi için olumlu eylem ya da olumsuz eylemde (sakınma) bulunarak suçun işlenmesine yardım etme yoluyla gerçekleştiğini ifade ederek çok güzel bir şey yapmıştır.¹⁷⁵

Bu konuyu daha detaylı ele almak için kanunun belirttiği suça iştirak araçlarını açıklamamız gerekmektedir. Onlar da şunlardır:

a. Azmettirme

ICK'nin 48. maddesinde azmettirme şöyle ele alınmıştır: “Azmettirmeye binaen gerçekleşen suçu işlemeye azmettiren kimse suçta şerik sayılır.”. Hukuk doktrinine göre azmettirme; asıl failde suç düşüncesini oluşturma ve onu o suçu işlemeye götürmektir.¹⁷⁶ Azmettirme, kendisinde suç projesinin olduğu kişinin düşüncesini etkilemeyi amaçlayan faaliyettir. Bir kimsenin başka birini öldürmeye azmettirmesi ve bu azmettirmeye binaen öldürme suçunun gerçekleşmesi gibi azmettirilenin azmettirme konusu olan suçu yerine getirmesi gerekir. Kanuna göre azmettirme konusunun suç olması şarttır. Bir kimseye başka birinin kötü olduğu söylenerek o kişi azmettirilirse bu kişi de kalkıp onu öldürse bu öldürme suçunda ikincil iştirak gerçekleşmez.¹⁷⁷ Irak kanun koyucu azmettirme araçlarını saymayı

¹⁷⁵ Sa'îd es-Sa'îd, a.g.e., s. 297.

¹⁷⁶ NASRÂVÎ Sâmi, el-Mebâdiü'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbât, c. 1, 1977, s. 270.

¹⁷⁷ ABDÜRRAUF Mehdî, a.g.e., 843.

ihmal etmiştir. Bu araçları, her durumun şartına göre yetkili hakimın takdirine bırakmıştır. Azmettirmede bilinen araçlar söz, tehdit ve emirdir. Genelde azmettiricinin başvurduğu araçlar bunlardır. Azmettirme bunlar dışındaki araçlarla da olabilir. Söz ya da yazı yoluyla azmettirme arasında bir fark yoktur. İma, apaçık azmettirmeyi ifade ettiği durumda azmettirme kastını ifade etmek için ima etmek yeterlidir.¹⁷⁸ Böylece azmettirme soyut bir niteliğe sahiptir. Onun esası, azmettiricinin iradesinin failin iradesini etkilemesi ve o iradeyi suç işlemeye götürmesidir. Bundan dolayı suçun işlenmesi için sadece görüş belirtmek ya da çağrıda bulunmak, ciddi anlamda faili etkilemediği sürece azmettirme sayılmaz.¹⁷⁹

Bazen burada azmettiren ve azmettirilenler arasında kişisel yarardan dolayı çelişkiler olmaktadır. Örneğin azmettiren ve suç işleyenler arasında ilişkinin var olduğuyula ilgili kanunda bir yönetmelik/tüzük yoktur. Bazen sadece azmettirenin ya da sadece azmettirilenin yararı olmaktadır. Bazen de azmettiren ve suç eylemi yapan arasında ortak bir yarar olmaktadır.¹⁸⁰

Azmettirme suçu işlemeye yönelik olacak şekilde doğrudan olması gerekir. 48. madde metni de bunu ifade etmektedir. Zira madde şöyle diyor: “*Suçun işlenmesine azmettiren kimse suçta şerik sayılır.*”. Böylece azmettirme, yüce ahlaka aykırı da olsa kanunun ceza vermediği bir işe yönelikse doğrudan olmaz. Dolayısıyla iki kişinin arasını bozmak için sadece müdahale etmek-ki bu onlardan birinin diğerine saldırmasına yol açar- azmettirme sayılmaz.¹⁸¹

Azmettirme kişisel olabilir. O da belli bir kişi ya da kişilere yönelik olan azmettirmedir. Bu tür azmettirmeye ceza verilmektedir. Çünkü suç buna dayalı olarak gerçekleşmektedir. Kanun koyucunun İCK'nin 48/1 maddesinde kast ettiği şekil de budur. Bunun yanı sıra Irak kanun koyucu başka bir azmettirme türünü zikretmiştir. Bu azmettirme şekli, kendisinden dolayı ceza verilen bit türdür. Yani azmettirme sonucu bir etki ortaya çıkmaya dahi azmettirici cezalandırılmaktadır. Bu şekilde olan azmettirme kendi başına olan bir suç olup azmettirilen suça iştirak değildir. 156-167. maddelerde ele alınan ve devletin dış güvenliğine dokunan suçları işlemeye azmettirmeyle ilgili olan 170. madde, 190-197. maddelerde ele alınan ve devletin dış güvenliğine dokunan suçları işlemeye azmettirmeyle ilgili olan 198. madde ve silahlı

¹⁷⁸ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 246.

¹⁷⁹ MAHMÛD Dârî, a.g.e., s. 101.

¹⁸⁰ ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. baskı, İstanbul, 2003, s. 445.

¹⁸¹ MUHAMMED Emin, a.g.e., s. 298.

güç bireylerinin emre itaatın dışına çıkma ya da görevi yapmamaya azmettirme ile ilgili 199. madde buna örnek verilebilir.¹⁸²

Bu madde hükümlerindeki azmettirmeyi ayırt etmenin en belirgin özelliği onun alenen gerçekleşmesinin şart olmasıdır. Azmettirmeye bağımsız bir suç olarak ceza veren diğer madde metinlerine göre bu şart, kanun koyucun azmettirmede istemediği bir şarttır. Çoğunluğa yönelik olan azmettirilenin kişisel veya bireysel azmettirmeden daha tehlikeli olduğunu görmemiz gerekir. Çünkü bu, belli kişilere değil, çoğunluğa yönelik bir azmettirmedir. Bazen hemen etkilenip azmettirilen suç işlemeye atılan kimse olabilmektedir. 48. maddede belirtilen azmettirme diğer azmettirme şekillerinden farklıdır. Zira bu şekildeki azmettirme; ağır suç, hafif suç ya da daha hafif suç olan aykırılıklarda olabilir. Ama 170, 198 ve 212. maddelerinde geçen diğer azmettirme şekilleri ise sadece ağır ve hafif suçlarda olmaktadır. 213. maddede geçen şekil; ağır ve hafif suçlarda olmaktadır. Bu maddeler dışında genel azmettirme ve bireysel azmettirme arasında fark yoktur.¹⁸³

b. Anlaşma

ICK anlaşmanın tanımını yapmamıştır. Bunu hakimin takdirine bırakmıştır. O, anlaşmanın olup olmadığını belirler. Kanun yorumlayıcıları anlaşmayı şöyle tanımlamışlardır: *“İki ya da daha fazla iradenin suç işleme üzerinde anlaşmasıdır. Onun esas taraflardan birinin teklifi ve diğerinin kabul etmesidir.”*¹⁸⁴

Aslında anlaşma psikolojik bir durumdur. Lakin onun maddi bir görünümü vardır. Bu görünümü iradeyi ifade etme araçlarından elde etmektedir. O araçlar da söz, yazı ya da işarettir.¹⁸⁵

ICK'nin 48/2 maddesi anlaşmanın iştirak araçlarından biri sayılabilmesi için iki şartın bulunmasını şart koşturmuştur. Onlar da şunlardır:

b.a. Suçu İşlemek Üzerine Anlaşmanın Olması

İki ya da daha fazla iradenin üzerinde suçu işlemek üzerine anlaşmasıdır. Dolayısıyla o, tarafların suç işlemeye niyetlenmesinden oluşmaktadır. Anlaşma olursa ve suç gerçekleşmezse bu, ceza verilen bir anlaşma sayılmaz. Burada suça iştirak ile

¹⁸² HALEF Gâlib, a.g.e., s. 87.

¹⁸³ HADİSÎ Mustafa, a.g.e., s. 248.

¹⁸⁴ NAKD Mısırî, Mecmûatü'l-Ahkâmi'n-Nakd, Kahire, 1960, s. 112.

¹⁸⁵ HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât, a.g.e., s. 505.

ceza verilen anlaşması ve isyan anlaşması gibi bağımsız bir suç olan anlaşma arasında ayırım yapmak gerekir.¹⁸⁶

b.b. Anlaşmaya Binaen Suçun Gerçekleşmesi

Aslında anlaşma olup da suç türemezse bu anlaşma, iştirak aracı olarak cezalandırılmaz. Anlaşmaya göre suç gerçekleşmezse anlaşma iştirak araçlarından biri sayılamaz.¹⁸⁷

Anlaşma azmettirmeden farklıdır. Zira azmettirmede azmettiricinin iradesi azmettirilenin iradesinden daha üstündür. Anlaşmada ise iradeler önemde eşittir. Örneğin iki kişi üçüncü bir şahsı öldürmek üzere anlaşmaktadır. Onlardan biri öldürecekleri kişiyi görmekte ve ona saldırıp onu öldürmektedir. Burada katil suçun failidir. Anlaşmayı yapan da anlaşmayla şerik olmuştur.¹⁸⁸

Anlaşma sırf tesadüften farklıdır. Zira anlaşma bilindiği gibi iki ya da daha fazla iradenin suç işlemek üzere anlaşmasıdır. Ama tesadüf ise daha önce aralarında hiçbir bağlantı olmadan iki ya da daha fazla kişiden her birinin diğerinden bağımsız bir şekilde suç işlemeyi içinden geçirmesidir.¹⁸⁹ Anlaşmanın suçtaki asıl faille beraber olması şart değildir. İkincil iştirakin suçtaki şeriklerden biriyle de gerçekleşmesi mümkündür. Suçu işleme üzerine anlaşmanın suçu oluşturan asıl fiille bağlantılı olması gerekmektedir. Anlaşma suçtaki asıl fail ya da şeriklerden biriyle yapılabilir.¹⁹⁰

c. Yardımlaşma

Yardımlaşma tüm kanunlarda suçtaki iştirak araçlarından biridir. 1957'de Atina'da düzenlenen Uluslararası Ceza Kanunu Konferansı'nda bu sonuca varıldı. Zira fail yardım eden suçta şerik sayılır. Bu yardımın suçtan önce ya da onunla beraber ya da suç işlenmeden onun üzerinde anlaşma olmuşsa suçtan sonra olması arasında fark yoktur. Suç işlendikten sonra yapılan yardım bağımsız bir suç gibidir.¹⁹¹

Bazı yazarlar, yardım etme şekillerine yasada sınırlı sayıda yer verilmesinin suçlulukla mücadelede zaafa neden olabileceği ve yasada yer verilmeyen bir yardım etme durumunda bu kişiye ceza verilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir¹⁹²

¹⁸⁶ MUHAMMED Emin, a.g.e., s. 299.

¹⁸⁷ MÜRŞİDİ Emel, a.g.e.,s . 40.

¹⁸⁸ HALEF Ali, ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 2103.

¹⁸⁹ SÜRÛR Ahmed, a.g.e., 654.

¹⁹⁰ CÜNDÎ Abdülmelik, el-Mevsûatü'l-Cinâiyye, c. 1, Kahire, 1931, s. 713.

¹⁹¹ MUSTAFA Mahmûd, Usûlü Kânûni'l-Ukûbât fi'd-Düveli'l-Arabiyye, a.g.e., s. 74.

¹⁹² AYDIN Devrim, a.g.e., s. 176.

Yardım, azmettiricinin suç işlemede ihtiyaç duyulan maddi araçları faile sunmasıyla gerçekleşmektedir. Azmettiricinin suçu işlemeyi isteyip istememesi şart değildir. Örneğin bir kimse, suç işlemek için kendisinden silah isteyen arkadaşına silah vermektedir. Bundan dolayı yardım maddi bir niteliğe sahiptir.¹⁹³ Yardımlaşmadaki suçlu davranış, suçtaki yardımlaşma eylemlerini açıklayan yasa metninin uygulanma çerçevesini belirlemektedir. Bu suç işlendiği için kanun onun için bir ceza kararlaştırmıştır. Hakim, yardımlaşmaya şerik olanın davranışını belirlemede sorumluluk ve ceza kurallarından yararlanmaktadır.¹⁹⁴ İCK yardımlaşmanın tanımını yapmamıştır. Onun gerçekleşme şekillerini 48. maddenin 3. fıkrasında geniş anlama sahip esnek ifadelerle zikretmiştir. Bu metin gereksiz tekrarları içerdiği için eleştirilmiştir. Zira fıkranın son ifadesi şöyledir: “...ya da suçun işlenmesi için hazırlayıcı, kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı olan eylemlerde herhangi bir yolla kasten faile yardım eden kimse...”. Bu maddenin fıkrasında maddenin amacını ifade etmesinde yeterli bilgi vardır. Böylece bu zikrettiği en son şeyi zikretmeye gerek yoktur.¹⁹⁵

Zaman açısından yardımlaşma şekillerini üçe ayırmak mümkündür. O şekiller şunlardır:

c.a. Suçun İşlenmesinden Önceki Yardımlaşma

Bu, hazırlayıcı eylemlerdir. Yani faile talimatlar verme ya da onu yönlendirme gibi suçun işlenmesinden önce olmaktadır. Bu talimatlar; failin suçu işleme ya da suç yerine getirildiği zaman karşılaşılabilecek zorluklardan kurtulma şeklini ona açıklamaktadır. Ayrıca silah hazırlama, zehirli madde satın alma ya da kapıyı açık bırakma gibi suç sonuçlarını elde etme şeklini ona göstermektedir. Bu eylemlerde yardımcı olan kimsenin şerik sayılmasında tartışma yoktur.

c.b. Suçun İşlenmesiyle Beraber Olan Yardımlaşma

Aslında kanunda yardımla iştirak; ancak şerikin yaptığı yardım, suçun işlenmesinden önce ya da onunla beraber olduğu zaman gerçekleşmektedir. Gerçekleşen suç da bu yardımın sonucu olması gerekmektedir. Suçun geçici ya da devam eden bir suç olması aynıdır.¹⁹⁶ Bundan dolayı faile yardım eden şerikin yaptığı

¹⁹³ MAHMÛD Dârî, a.g.e.,s . 102.

¹⁹⁴ HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Lübânî el-Kısmü'l-Âm, Beyrut, 2002, s. 283.

¹⁹⁵ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultan, a.g.e., s. 215.

¹⁹⁶ SÂİDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 142.

ve suçun işlenmesini kolay bir iş yapan tüm eylemlere kanunda suçu kolaylaştıran eylemler denilmektedir. Bu eylemler suçla beraber olan eylemlerdir. Zira fail, hazırlama aşamasından sonra suçu işlemeye devam etmesi ya da kaçmasına yardımcı olan diğer kolaylaştırıcı eylemlere ihtiyaç duymaktadır.¹⁹⁷ Örneğin hırsızın eve girmesi ve çıkması kolay olsun diye hizmetçi hizmet yaptığı evin kapısını açık bırakmaktadır. Ya da fail suçu işledikten sonra evin damından çalıntı mallarla rahat bir şekilde kaçabilmesi için yardımcı ona bir merdiven bırakmaktadır. Bu anlatılanlardan kolaylaştırıcı eylemlerden maksadın failin suça başlamasını ya da suç işlemeye devam etmesini kolaylaştıran eylemler olduğu anlaşılmaktadır.¹⁹⁸

Irak yargısının suçtan önce ve suçla beraber olan yardımla iştirak hakkında uygulamaları vardır. Bu uygulamalardan biri Irak Temyiz Mahkemesi'nin kararlarının birinde verdiği şu karardır: "...Zanlıların silahlı olarak F oğulları grubuna gelmesi, kendilerini suç işlemeye kaptırmaları, onlardan her birinin kendi silahıyla onlara ateş etmesi, birçoğunu öldürüp yaralamaya çalışması ve sadece bir kişiyi öldürüp iki kişiyi yaralamaları; saldıranların eylemlerinin bireysel sayılmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığını göstermektedir. Mağdur olanların olay günü yeri terk etmemeye devam etmesinden dolayı kasten öldürmenin meydana geldiği ve daha önce bir ısrarın olmadığı gerekçesi ileri sürülerek anlaşmanın olmadığı ve zanların mağdurları kasten öldürmeye iştirak etmedikleri söylenemez. Halbuki onlar silahlı olarak özellikle bu amaç için gelmişlerdi. Başka bir amaç için gelmemişlerdi. Gerçekleşen şey de onların amaçladıkları muhtemel sonuçtu. Her birinin işlenen eylemlerde diğerine yardımcı olduğu ve onun işini kolaylaştırdığı ortaya çıkmıştır. Bundan dolayı zanlıların beraatına karar verilmesi doğru değildir."¹⁹⁹

c.c. Suçun İşlenmesinden Sonraki Yardımlaşma

Irak kanun koyucu, yardımlaşma suçtan önce ya da onunla beraber değilse onu iştirak saymamıştır. Dolayısıyla suçtan sonraki eylemlerle iştirak olmaz. Böylece ağır ya da hafif suçtan elde edilen çalıntı malları saklamak suçta bir iştirak değildir. Bu kendi başına bağımsız bir suçtur.²⁰⁰

¹⁹⁷ İSMÂİL Mahmûd İbrahim, Şerhu'l-Ahkâmi'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbât, Kahire, 1959, s. 309.

¹⁹⁸ EBÛ ÂMİR Mahmûd Zekî, Kânûnu'l-Ukûbât-el-Kısmü'l-Âm, Kahire, 1986, 410.

¹⁹⁹ Bkz: 57/C/62 sayılı karar, el-Fıkhü'l-Cinâi'de yayınlanmıştır, c. 1, s. 159; Temyiz Mahkemesi Kararı, c. 4, s. 664.

²⁰⁰ MUHAMMED Emin, a.g.e., s. 307.

Suç sonuçlandığı zaman ondan sonra yardımlaşma düşünülemez. O zaman failin suçu veya onun delillerini korumasına imkan vermek için gösterilen her çaba kendi başına özel bir suç sayılır. Zira kanun bunu açık bir şekilde belirtmiştir.

2. Faaliyetin Suç Olan Sonucu

Şerikin suçunun gerçekleşebilmesi için onun kanunun belirttiği iştirak şekillerinden birine giren bir eylemi yapması yeterli değildir. Onun eylemi neticesinde failin suçunu işlemesi gerekmektedir. Bu suç, şerikin eyleminin suç olan sonucudur. Çünkü şerik suçluluğunu failin suçluluğundan elde etmektedir.²⁰¹

Faaliyetin suç olan sonucundan maksat; azmettirme, anlaşma ya da yardımlaşmayla şerikin müdahale etmesi sonucu gerçekleşen suçtur. Bu sonucun gerçekleştiğini öğrenmek çok da zor değildir. Zira kanun her suçun esasını açıklamıştır.²⁰² Lakin ilk etapta araştırmaya ihtiyaç duyan durum şudur: Suçta ikincil iştirakçinin niteliğinin, sadece ikincil iştirak araçlarından biri aracılığıyla suçun asıl failine doğrudan bağlanan kişiyle mi sınırlıdır? Yoksa bu araçlardan biriyle asıl fail dışında başka bir kişiyle bağlantılı olan kimseyi de mi kapsıyor? Örneğin bir kimse suç işlenmesi için birini, suçluya silah verme konusunda azmettirmektedir. İkinci şahıs da birincinin emrini yerine getirmekte ve faile silah vermektedir. Buna binaen de suç gerçekleşmektedir. Bu durumda silah veren kişi suçta yardım ettiği için şerik sayılır. Peki, şeriki azmettiren kişi de azmettirme yoluyla şerik sayılır mı? Ceza hukukunda bu soruna “iştirake iştirak etme” sorunu denilmektedir. Araştırma ihtiyacı duyan ikinci bir husus; suç sonucunun gecikmesinin, suçtaki şerikin suç neticesi olaylarından sorumlu olmasına etkisi meselesidir. Ceza hukukunda buna “iştirake başlama” meselesi denilmektedir.²⁰³

a. İştirake İştirak Etmek

Kural, şerikin suç niteliğini asıl failden almasıdır. Burada şöyle bir soru ortaya çıkmaktadır: İştirak doğrudan asıl faille beraber mi olması gerekir? Yoksa bu failin şerikiyle de iştirak olur mu? Bilgileri elde etmek için hırsızlık suçunda kendisine yardımcı olacak üçüncü bir kişiden yardım alan kimse ve öldürme suçunda kullanmak üzere üçüncü bir kişiden silah almak için arkadaşından yardım alan kimse buna örnek

²⁰¹ ÂYİDÎ Râmiz, a.g.e., s. 132.

²⁰² HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 217.

²⁰³ DUVEYHÎ Eşref, el-Müsâhmetü fi Cerâimi'l-Ma'lûmâtî'l-Müta'allika bi'l-İ'tidâi's-Şahsî, Yüksek Lisans Tezi, Suudi, 2009, s. 221.

gösterilebilir. Bu örneklerde suç, birinci şerik ve asıl arasındaki ilişkide aracı olan ikinci şerikin faaliyetine binaen gerçekleşmektedir.²⁰⁴

Hukuk doktrinindeki bir görüşe göre iştirake iştirak etmeye ceza yoktur. Zira kanun metni “azmettiren, anlaşılan ve faille veren kimse” şeklindedir. Bu ifadeler açık bir şekilde azmettiren ve anlaşılan kimsenin faaliyetinin, aynı suçtaki faille olması ve yardımın faille yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁰⁵

Tercih edilen görüşe göre ilişkinin doğrudan şerik ve fail arasında olması gerekmektedir. Zira sebep sonuç ilişkisinin meydana gelmesinde esas olan husus; ilişkinin, şerikin eylemi ve failin eylemi arasında olmasıdır. Şerikin dolaylı eylemi suçun gerçekleşmesine yol açarsa o, suçta şerik sayılır. Bu durumda şerik, aslında niteliğini işlediği iştirak eyleminden, onda olan kastından ve bu iştirake binaen gerçekleşen suçtan almaktadır. Doğrusu o suçta şeriktir. Suçun failiyle beraber şerik değildir. Kanunun açıkladığı şekilde suçta iştirak eylemi gerçekleşirse iştirak eyleminin faille değil, failin şerikiyle beraber gerçekleştiği gerekçesiyle şerikin ceza alamayacağını söylemek doğru değildir.²⁰⁶

b. İştirake Başlangıç

İştirake başlangıç: Şerikin; suç sonucunu gerçekleştirmeye yönelerek azmettirme, anlaşma ya da yardım yoluyla tüm faaliyetlerde bulunduğu ve buna rağmen onun iradesi dışındaki sebeplerden dolayı suçun gerçekleşmediği durumdur. Örneğin asıl fail azmettirmeye cevap vermemektedir. Ya da ilk başta suç düşüncesini kabul etmektedir; ancak ondan vazgeçmekte ve onu yerine getirmemektedir. Bu durumda başlangıç kurallarına göre şerik iştirake başlamaktan sorumlu mudur? Aslında bu durumda şerik için suça iştirak gerçekleşmemiştir. Bu da onu iştirake başlamaktan sorumlu kılmamaktadır. Çünkü iştirakin esaslarından biri yasal olmayan bir faaliyetin gerçekleşmesidir. O da şerikin iştirak ettiği suçtur. Suç gerçekleşmediği için ikincil iştirak esaslarından biri bulunmamaktadır. Bundan dolayı ikincil iştirak da gerçekleşmemektedir.²⁰⁷

Bu durumda iştirake başlama ve suç işlemeye başlamaya iştirak etme durumları arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Çünkü birinci durumda ceza

²⁰⁴ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 90.

²⁰⁵ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 251.

²⁰⁶ ÂYİDÎ Râmiz, a.g.e., s. 134.

²⁰⁷ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 219.

yoktur. Ama ikinci durumda ise eğer asıl suç, başlanmasından dolayı ceza verilen cezalardansa ceza sorumluluğu ve ceza bulunur.²⁰⁸

Ağır suçlara başlamanın cezası vardır. Hafif suçlara başlama ise kanun cezanın olduğunu belirtmediği sürece onun cezası yoktur. Aykırılıklara başlamanın cezası yoktur. Başlama eksik ya da tam olsun onda yardımcı olanın ceza sorumluluğu bulunmaktadır.²⁰⁹

c. Şerikin Vazgeçmesi

Bazen şerik, pişman olma ya da ceza korkusundan dolayı suçu işlemekten vazgeçmektedir. Bu onun iradesi ve seçimiyle olmaktadır. Lakin fail buna önem vermemekte ve suçu işlemektedir. Bu durumda suç gerçekleştiği ya da suça başlandığı ve bu suça başlamaya da ceza verildiği zaman onun bu vazgeçışı ceza almasına engel değildir.²¹⁰

İştirakin sebep sonuç ilişkisiyle meydana gelmesinde esas alınan husus, ilişkinin şerikin eylemi ve asıl failin eylemi arasında olmasıdır. Ama suç gerçekleşmeden önce şerik, suçtaki iştirakinin tüm etkilerini ortadan kaldırılabirirse suçun iştiraktan ayrı olarak gerçekleştiği söylenebilir. Bu durumda suçla şerikin eylemi arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla sadece fail suçtan sorumlu olur.²¹¹

3. Faaliyetle Suç Arasında Sebep Sonuç İlişkisi

Bundan maksat sebep sonuç ilişkisinin şerikin azmettirme, anlaşma ya da yardım etme faaliyeti ile işlenen suç arasında olmasıdır. Yani suçun o faaliyet sebebiyle gerçekleşmesidir. O faaliyet olmasaydı suç o şekilde gerçekleşmezdi. Faaliyet, ikincil iştirakin maddi esasının gerçekleşmesi için zorunlu bir şarttır. Dolayısıyla bu şart varsa ikincil iştirak gerçekleşir.²¹² Zira suç olan iştirakin gerçekleşmesi için şerikin yardım etmesi ve iştirakçilerin iradesinin yöneldiği suçun gerçekleşmesi yeterli değildir. Bu suçun sebep sonuç ilişkisiyle yardım eylemiyle bağlantılı olması da gerekmektedir.²¹³

²⁰⁸ KAHVECÎ Ali, a.g.e., s. 552.

²⁰⁹ HÂLİDÎ Muhammed, a.g.e., 64.

²¹⁰ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 91.

²¹¹ HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbâti'l-Lübânî, s. 433.

²¹² CEBÛRÎ Muhammed, a.g.e., s. 322.

²¹³ ŞENÂVÎ Semîr, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Cerîme mine'l-Ukûbeti fi Kânûni'l-Cezâi'l-Kuveytî, Kuveyt, 1988, s. 624.

ICK'nin 48. maddesi bu ilişkiyi “...*bu ilişkiye binaen...*” sözüyle şart koştur. Böylece bu ilişkinin olmaması ikincil iştirakin olmamasına yol açmaktadır. Bir kimse; ikinci bir şahsa, üçüncü bir şahsı öldürmesi için silah ödünç verirse katil de silahı kullanmayıp zehir kullanırsa bu durumda silahı ödünç veren kişi, katille beraber öldürme üzerinde anlaşma yapmamışsa ya da onu azmettirmemişse zehirle öldürme suçunda şerik sayılmaz.²¹⁴

Sebep sonuç ilişkisinin ikincil iştirakin gerçekleşmesinde temel bir unsur sayılabilmesi için şerikin faaliyetinin suçun tamamlanma ve sonucunun gerçekleşmesinden önce olması gerekmektedir. Faaliyet, suçu yerine getirmenin bazı aşamalarından önce olursa bu öncelik gerçekleşir. Çünkü sebep, kesinlikle sonuçtan öncedir. Sebep sonuç ilişkisinin varlığını değerlendirmek yetkili hakimin takdirine bırakılmış objektif bir meseledir.²¹⁵

C. Manevi Esas-İkincil İştirakçinin Suça İştirak Etme Kastının Olması

İkincil iştirakçinin gerçekleşmesi maddi ve manevi bir bağın olmasını gerektirmektedir. Bu da asıl fail ve şeriki suç düzeyinde birleştiren zihinsel (manevi) bir bağlantılının bulunmasıyla olmaktadır. İkincil iştirakin kasten işlenen suçlardaki manevi esasının ölçüsü kasten işlenmeyen suçlardakinden farklıdır.

1. Kastan İşlenen Suçlardaki Manevi Esas

Kasten işlenen bir suça taksirle iştirak etmiş olan kişi, suçu öngörmesi gerekirken bunu öngörmemiş olan kişidir.²¹⁶

Suçta iştirakin gerçekleşebilmesi için maddi eylemlerin yanı sıra şerikte suç kastının bulunması gerekmektedir. Buna binaen bir kişi suçun maddi eylemlerine iştirak ettiği zaman ona iştirak etme kastı yoksa manevi esas yani suç kastı gerçekleşmediği için o kişi şerik sayılmaz. Anahtarı kaybeden ev sahibine kapıyı açtığını sanarak hırsıza evin kapsını açan kişi, hırsızlık suçunda şerik sayılmaz.²¹⁷ Suç kastının gerçekleşebilmesi için iki unsurun bulunması şarttır. Onlar da bilgi ve iradedir. Bunlardan detaylı bir şekilde bahsedeceğiz.

²¹⁴ HALEF Ali ve Sultân ŞÂVÎ, a.g.e., s. 221.

²¹⁵ HÂLİDÎ Muhammed, a.g.e., s. 68.

²¹⁶ ÖNDER Aydın, a.g.e., s. 423.

²¹⁷ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 91.

a. Bilgi

Suçta iştirak edenin, failin işlemek istediği suç sonucundan haberdar olması gerekmektedir. Azmettirme ve anlaşmayla olan iştiraki tespit etmek zor değildir. Çünkü onların niteliği bunu gerektirmektedir. Yardımla olan iştiraki tespit etmek zordur. Şerikin bu türünde bilgiyi tespit etmek ispat kurallarıyla olmaktadır. Bunu tespit etme işi yetkili hakimın takdirine bırakılmıştır.²¹⁸ Yani kasten işlenen suçlardaki ikincil iştirakteki manevi esasın gerçekleşmesi, bu iştirakin tüm maddi eylemlerini bilmeyi gerektirmektedir. Zira şerikin kendi faaliyetinin mahiyetini ve suçta iştirake yöneldiğini bilmesi gerekmektedir.²¹⁹ Suçlunun da şerikin kendi faaliyetiyle gerçekleştirmeye çalıştığı suç sonucunu bilmesi gerekmektedir. Şerikin; failin suçu işlemeye gitmesinin kendi faaliyetinin bir sonucu olduğunu bilmesi ve bunu öngörmesi gerekmektedir. Başkasına bir silah veren kimsenin kasten öldürme suçunda iştirak kastı olduğu söylenemez. Ancak o, silah verdiği kişinin ileride bir insanın hayatına saldırmada kullanacağını ve mağdurun ölümünün bu eylem neticesinde gerçekleşeceğini öngörürse o zaman iştirak kastı olduğu söylenebilir.²²⁰

b. İrade

Yardım edende suç kastının meydana gelmesi için sadece bilgi yeterli değildir. Onda irade de bulunması gerekir. Suçun iştirak durumunda kastın gerçekleşmesi için iradenin de bulunmasının gerekli olduğu üzerinde hukukçular birlik sağlamışlardır. Suç kastında iradenin olmasından maksat; Kişiyi bilinçli bir şekilde belli bir araçla belli bir amacı gerçekleştirmeye yönlendiren psikolojik faaliyettir.²²¹

Şerikin iradesi, onun iştirakini oluşturan faaliyete ve failin işlediği suç sonucuna yönelik olduğu zaman gerçekleşir. Şerik, suçta yaptığı eylemi ve onun yardımına binaen gerçekleşen suçu istediği zaman irade unsuru gerçekleşir. Bir kimse başkasına bir silah verirse o kişi de o silahı birini öldürmede kullanırsa silahı veren kişi bu suçta yardım etmekle şerik sayılmaz. Onun iradesinin bu silahı kendi korumasından çıkarıp katilin korumasına koymaya yönelik olması ve gerçekleşen öldürme suçunun gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir.²²²

²¹⁸ DUVEYHÎ Eşref Abdullah, a.g.e., s. 223.

²¹⁹ HÂLİDÎ Muhammed, a.g.e., s. 73.

²²⁰ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 222.

²²¹ ABDÜSSETTÂR Fevziyye, el-Müsâhemetü'l-Asliyye fi'l-Cerîme, Doktora Tezi, Kahire, 1959, s. 302.

²²² SÂİDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 147.

ICK, suç kastının bu esasını ihmal etmemiştir. Açık bir şekilde yardım yoluyla iştirak şeklinde “...suçu bilen kimse...” sözüyle bunu ele almıştır. Azmettirme ve anlaşma şekillerinde ise metinde bu açıklık bulunmamaktadır. Bunlar zımnen iradeyi gerektirdikleri için bunlarda açık bir şekilde iradeyi belirtmeye ihtiyaç yoktur. Irak Temyiz Mahkemesi, suçta ikincil iştirakin gerçekleşebilmesi için kastın bu esasını şart koşmuştur. Zira şunu ifade etmiştir: “Yardım etme kastı olmadığı sürece yardımla iştirak gerçekleşmez.”²²³

Suçta şerik olanın bir söz söylemesi şart değildir. Lakin iştirak kastının şart ve delillerden çıkarılması mümkündür. Hakimin iştirak kastının bulunduğunu kararda tespit etmesi gerekmektedir.²²⁴

2. Kasten İşlenmeyen Suçlardaki Manevi Esas

Kasıtlı işlenen suçlarda iştirakin meydana gelmesi zor değildir. Zira ceza hukuku neredeyse onun olabirliği üzerinde ittifak etmiştir. Lakin kasten işlenmeyen suçlarda ikincil iştirakin gerçekleşmesinde sorun ortaya çıkmaktadır. Zira iştirak eylemleri sonucu ortaya çıkan sonuçtaki faaliyetin kasıtlı olup olmadığı bilinmesi gerekir. Başka bir ifadeyle iştirak kasten işlenmeyen suçlarda gerçekleşebilir mi? Bu durumu araştırma şerikin eyleminin niteliğiyle ilgilidir. Onun eylemi kasıtlı suçlarla mı sınırlıdır? Yoksa kasıtsız hata da olabilir mi?

Bu soruya cevap vermede farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bazısına göre iştirak; şerikin, fail tarafından işlenen sonuca niyetlenmesini gerektirmektedir. Çünkü şerikin faille anlaşma yapması gerekmektedir. Bu da ancak kasten işlenen suçlarda olmaktadır. Ayrıca kanunen iştirak, şerikin kastı suça yönelmediği sürece gerçekleşmez.²²⁵

Bundan farklı olarak bazısına göre iştirak kasıtsız suçlarda olabilir. Onların görüşüne göre kanunun iştirakçiler arasında anlaşmayı şart koşması doğru değildir. Sadece iştirak kastının olması yeterlidir. Aynı şekilde kanun, şerikin kastının iştirak eylemlerini yapmaya yönelik olmasını ve o eylemlerin asıl failin eylemleri arasına girmesini gerektirmez. Asıl failin suçu kasıtlı suçlardansa şerik o suçu bilirse ve onu yapmayı kast ederse şerikin ondan sorumlu olması gerekir. Suç kasıtlı olmayan bir

²²³ Bkz: 167/Cezai sayılı Irak Temyiz Mahkemesi kararı, Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Kadâiyye, sy: 2, 1953, s. 58.

²²⁴ SÂİDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 148.

²²⁵ SA'ÎD es-Sa'îd, a.g.e., s. 303.

suçsa şerikin failin eyleminden haberdar olması ve onun neticesinde ortaya çıkan sonucu öngörmesi; lakin onu engellemeye karşı önlem almaması ya da bunu öngörebildiği halde öngörmemesi sorumlu olması için yeterlidir.²²⁶ Mısır Temyiz Mahkemesi bu yönde şöyle karar vermiştir: *“Patronunun emri üzerine şoför, yönetmelikte kararlaştırılan sınırın üzerinde arabayı hızlı sürerse bunun neticesinde kasıtsız bir şekilde bir insan ölürse şoför asıl faili olur. Onun patronu da azmettirmeyle şerik olur.”*²²⁷ Yani patron arabanın hızlı sürüldüğünü bildiği halde onun iradesi, sadece hızlı sürmeye yöneliktir. Bu da onu, sonucu öngörebilen ve bu öngörüye bağlı olması gereken biri kılmaktadır. Bu ise onun asıl faille şerik sayılması için yeterlidir. Dr. Mustafa el-Hadîsî’ye göre ICK’nin metinleriyle uyumlu olan doğru görüş; bu tür suçların iştirak çerçevesinden çıkarılmasıdır. Onları işleyen kişi fail olduğu için sorumludur. Şerik ise 48. maddeye göre suç üzerinde anlaşılan ya da suça azmettiren ya da suçun işlenmesine yardım eden kişidir. Bu kanuna göre şerik suç sahnesine gelmemektedir. Suça katılmak için gelirse onun niteliği şerikten asıl faile dönüşür. 49. maddede bunu şöyle ifade etmiştir: *“48. madde gereği şerik olan ve suç işlendiği ya da suçu oluşturan eylemlerden herhangi biri işlendiği esnada hazır bulunan herkes suçun faili sayılır.”*²²⁸

²²⁶ UBEYD Raûf, a.g.e., s. 448.

²²⁷ Mısır Temyiz, el-Mucmû’atü’r-Resmiyye, yıl: 17, sayı: 100/9 Haziran/1910, s. 179.

²²⁸ 21.01.1976 tarih ve 1173 sayılı Temyiz Mahkemesi kararı, Mecmû’atü’l-Ahkâmi’l-Adliyye, sy: 1, yıl: 7, 1976, s. 267; 24.10.1976 tarih ve 1004 sayılı kararı, Mecmû’atü’l-Ahkâmi’l-Adliyye, sy: 4, yıl: 7, 1976, s. 307.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇA İŞTİRAKİN CEZAI SORUMLULUĞU

Yeni ceza kanunları; asıl failin aksine apaçık bir şekilde suça iştirak eden şerikin ceza sorumluluğunu ele almışlardır. Çünkü bu cezayı belirlemek kolay değildir. Kanun metnine dayanmadan o ceza verilemez. Dolayısıyla kanunlar bu cezayı belirlemede ihtilafa düşmüşlerdir.²²⁹ Şerikin cezasında birçok sorun ortaya çıkmıştır. Bu sorunlardan biri fail ve şerikin her birinin aldığı ceza miktarını belirleme sorunudur. Şerikin cezası kanunun faile verdiği cezanın aynısı mı? Yoksa onun cezası failin cezasından farklı mıdır? Şart ve mazeretlerin, kanunun şerik için kararlaştırdığı cezaya etkileri ne kadardır? Şartlar cezayı değiştirmeksizin olduğu gibi mi bırakır? Yoksa cezayı ağırlaştırır veya hafifletir mi? Şerik muhtemel sonuçlardan sorumlu mudur? Tüm bu soruları detaylı bir şekilde ele almak gerekir. İşte bunu bu bölümde ele alacağız. Zira bu bölümü üç kısma ayıracağız. Birinci kısımda suça iştirak edenlerin cezalarını belirleme, ikinci kısımda şart ve mazeretlerin suça iştirak edenler üzerindeki etkileri ve üçüncü başlıkta ise muhtemel sonuçların etkisinin miktarı, kastın farklı olması ve suça iştirak edenlerin bilgisinin şeklini ele alacağız.

I. Suça İştirakin Cezası

A. Suçtaki Failin Cezası

Suçtu tek başına ya da başkasıyla işleyen asıl fail, kanunun suç için kararlaştırdığı cezayla cezalandırılır. Hatta asıl failin yaptığı eylem suça başlangıç sayılmasa dahi o, ceza alır. Örneğin iki kişi mağdura ateş etmektedir. Ama o kişi birinin ateşiyle ölmektedir. Bu durumda kasten öldürmeden dolayı ateş eden o iki kişi de cezalandırılır. Irak Temyiz Mahkemesi 23.01.1965 tarihli kararında bunu kabul etmiştir. Zira şunu ifade etmiştir: *“Asıl iştirak gerçekleştiği zaman suça iştirak edenlerin her birinin yaptığı eylem dikkate alınmaz”*.²³⁰ ICK de 50/1 maddesinde bunu kararlaştırmıştır. Zira şunu ifade etmiştir: *“Kanun metni farklı bir şey belirtmediği sürece fail ya da şerik olarak suça iştirak eden herkes suç için kararlaştırılan cezayla cezalandırılır”*.

²²⁹ HALEF Ali Hasan, el-Vesît fi Şerhi Kânûni'l-Ukûbât-en-Nazariyyetü'l-Âmme, s. 697.

²³⁰ Irak Adli Dergi, sy. 2, 1966, s. 13.

ICK, bazı kanunların²³¹ yaptığı gibi genel bir kural olarak faillerin çok olmasını ceza için ağırlaştırıcı bir sebep kılmaz. Bununla beraber Irak kanun koyucu, hırsızlık suçu gibi belli bazı suçlarda faillerin çok olmasını ağırlaştırıcı bir sebep saymıştır.²³² Aynı şekilde suçtaki her bir faile bir ceza vermiştir. Sanki o suç tek bir fail tarafından işlenmiştir. Bu kural sonucunda iki durum ortaya çıkmaktadır.

Birincisi: Genel bir kural olarak faillerin çok olması ağırlaştırıcı bir sebep sayılmasıdır. Kanun faillerin çok olmasının ceza için ağırlaştırıcı bir sebep olmasını istisna etmiştir. Bu görüş yeni ceza hukuku doktrini tarafından eleştirilmiştir. Zira genel görüşe göre faillerin çok olması tehlikeyi kendi içinde barındırdığı için o çokluk ağırlaştırıcı sayılmaktadır. Bunun yanı sıra bu çokluk, suça iştirak edenlerin suç işlemeye kararlı olduklarını göstermektedir. Ayrıca bu; onların cesaretinin artmasına, suçu ilemeye meyletmelerine ve mağdurun gönlüne korku salmaya sebep olmaktadır. Dolayısıyla mağdur suça teslim olmaktadır.²³³

İkincisi: Faillerin diğer failde bulunun şartlardan etkilenmemesidir. Her bir failin tek başına suç işlemiş gibi ceza alma zorunluluğu bu kuralı gerektirmektedir. Dolayısıyla failde bulunan kişisel şart onun cezasını etkiler. Diğer failin cezasını olumlu ya da olumsuz olarak etkilemez.²³⁴

Bu anlatılanlardan Irak kanun koyucunun suçluların çok olmasını genel bir ağırlaştırıcı şart saymamıştır. Onu bazı suçlara özel ağırlaştırıcı şart saymıştır. Zira kanun koyucu faillerin çok olmasının özel bir tehlike oluşturduğunu kabul etmiştir. Zira bu durum, suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Bu da onu ceza için ağırlaştırıcı bir şart kılmaktadır. Asıl failer çok oldukları zaman onların cezasının tek olması gerekmemektedir. Hakim, her bir failin suç işlediği zamanki şartına uygun bir cezayı ona verebilir. Burada cezanın bireyselleştirilmesi ilkesine tutunmaktadır. Tabi bunda kanun metninde geçtiği gibi cezanın kanun sınırlarını geçmemesi gerekir.²³⁵

B. Suçtaki Şerikin Cezası

Hukuk doktrini ve karşılaştırmalı kanun, suçtaki şerikin cezasını belirleme esasını yorumlamada tartışmaya düşmüşler. Kimi suça iştirak edenler arasındaki

²³¹ Bu kanunlardan bazısı; Danimarka Ceza Kanunu, 1960 tarihli Sovyet Kanunu ve Mısır Cumhuriyeti Ceza Kanunu Taslağı'dır.

²³² HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 243.

²³³ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 203.

²³⁴ EMÎN Muhammed, a.g.e., s. 294.

²³⁵ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 85.

sorumluluğun eşit olma kuralına tutunarak iştirak düşüncesini kabul etmiştir. Bazısı da suça iştirak edenler arasında sorumluluğu eşit olmama kuralına tutunarak iştirak düşüncesini kabul etmiştir.²³⁶

Atina Kongresi'nde Genel Raportör, azmettiricinin cezasının suç için kararlaştırılan ceza olmasını önerdi. Şerikin cezası ise daha hafif olur. Bununla beraber bazı özel durumlarda onun cezasının da suç için kararlaştırılan ceza olması ifade edilebilir. Kanunlardaki bir farklılığa karşılık Kongre şu öneride bulundu: *“Kanun, işlenen ya da işlenmeye başlanan suçun cezasına kıyasla iştirakçilere verilecek cezayı belirler. Bununla beraber her birinin rolünü ve özel durumunu gözetir”*.²³⁷ Tüm bu anlatılanlardan bu kanunların şerikin cezası meselesine karşı tutumlarını iki sisteme ayırmak mümkündür. Onlar da şerikin iştirak ettiği suçun cezasını ona vermeyi kararlaştıran sistem ve kanunen suç için kararlaştırılan cezadan farklı bir cezayı şerike veren sistemdir. Bundan dolayı bu konuyu iki başlığa ayıracağız. Birinci başlıkta ceza kanunlarının şerikin cezasını belirlemede takip ettikleri yöntemleri ve ikinci başlıkta ise Irak kanun koyucunun şerikin cezasını belirleme yolunu ele alacağız.

1. Kanunların Şerikin Cezasını Belirlemedeki Farklı Yöntemleri

Şerikin cezasını belirlemede kanunlar iki sisteme bölünmüştür.

a. Suçun Kanunen Kararlaştırılan Cezası

Kanunun gerçekleşen suç için kararlaştırdığı cezanın kendisi şerike verilmektedir. Böylece kanun; bir metne konulması ve orada kararlaştırılan cezayı hak etme açısından fail ve şerik arasında eşitliği kararlaştırmıştır.²³⁸ Fransa Ceza Kanunu 59. maddesinde, İngiltere Ceza Kanunu 1861'de çıkan Şirketler Kanunu'nun 1. maddesinde, Mısır Ceza Kanunu 41. maddesinde, Libya Ceza Kanunu 101. maddesinde, Sudan Ceza Kanunu 84, 90 ve 91. maddelerinde, Birleşik Arap Cumhuriyeti Ceza Kanunu 60. maddesinde ve ICK da 50/1 maddesinde bu sistemi takip etmiştir. Bu sistemi dile getirenler suçta sübjektif teori görüşünün sahibidirler.²³⁹ Bu görüşün gerekçesi şudur: İştirakçilerden her birinin yaptığı eylem suçun

²³⁶ NÂFİ' Sâkir, a.g.e., s. 34.

²³⁷ MUSTAFA Mahmûd, Usûlü Kânûni'l-Ukûbât fi'd-Düveli'l-Arabiyye, s. 90.

²³⁸ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 256.

²³⁹ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 173.

tamamlandığı şekilde gerçekleşmesi için zorunludur. İşlenen eylemlerin değerleri ve suçu tamamlamadaki katkıları her ne kadar farklı olsa da ancak onlar, gerekli olma ilkesinde eşittirler. Böylece gereklilik açısından eylemlerin eşit oldukları ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla artık o eylemleri yapan kişileri artık ceza ve sorumluluk açısından ayırmanın bir gerekçesi kalmadı.²⁴⁰ Bu görüş kolay bir şekilde uygulanabilir. Suça iştirak eden gruplar arasında ayırım yapma sorunu yoktur. Lakin bu görüşe tutunmak mantık dışıdır. Çünkü her bir iştirakçinin faaliyetinin kanun değerini belirleyen diğer kanun unsurlarını ihmal etmektedir. Failin faaliyetinin, kendisine saldırı yapılan kişinin yararı üzerindeki tehlikesi ve zararı, şerik gibi diğer bir arkadaşın faaliyetinin tehlikesi ve zararından daha fazladır. Suça sebep olma değerinin eşit olması, ceza ve sorumlulukta eşitlik olduğunu söylemek için bir gerekçe değildir.²⁴¹

b. Suçun Kanunen Kararlaştırılan Cezasından Daha Hafif Bir Ceza Olması

Bazı kanunlar, şerikin iştirak ettiği suçun cezasından daha hafif bir suçu onun için kararlaştırmışlardır. Böylece suç için kanunen kararlaştırılan cezada onunla fail arasında ayırım yapılmış olur. Belçika Ceza Kanunu 690. maddesinde, Almanya Ceza Kanunu 48 ve 49. maddelerinde, Hollanda Ceza Kanunu 49. maddesinde İtalya Ceza Kanunu 63. maddesinde, Suriye Ceza Kanunu 219. maddesinde, Lübnan Ceza Kanunu 220. maddesinde, Ürdün Ceza Kanunu 76. maddesinde bu sistemi takip etmiştir.²⁴² Bu sistemi savunanlar, kendi görüşlerini desteklemede fail ve şerikin faaliyetinin her birinin suçu yerine getirmedeki önemi açısından onların birbirinden farklı olmasına dayanmaktadırlar. Çünkü her ne kadar fail ve şerikin rolleri suçun tamamlanması için gerekli olsa da failin suçtaki rolü ana bir roldür. Öte yandan şerikin suçtaki rolü ise ikincil bir roldür. Bu gerekliliğin derecesi açısından ikisi arasında fark vardır. Kanun koyucunun bu farklılığı dikkate alması adil bir davranıştır. Bundan dolayı kanun koyucunun suç projesinde faaliyetin suç değerinin, faaliyet için kararlaştırılan cezanın büyüklüğünü belirleyen bir kural olması daha isabetlidir. Çünkü toplum üzerindeki tehlikenin derecesi bu değer miktarıyla bağlantılıdır.²⁴³

²⁴⁰ NÂFİ' Sâkir, a.g.e., s. 35.

²⁴¹ MECÂLÎ Nizâm, a.g.e., s. 297.

²⁴² VERDÎ Ebû Ervâ, a.g.e., s. 38.

²⁴³ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 173.

Bu görüşte olanlara göre fail ve şerikin cezasının eşit olması düzgün ceza politikasıyla çelişmektedir. Çünkü bu, niyeti ikincil iştirakçi olan kimsenin suça tam girmesine yol açar. Böylece kişi, asıl iştirak merhalesine ulaştığı için daha ağır bir ceza almadığı sürece onu asıl iştirak aşamasına koyan eylemleri yapmaya yönelir.²⁴⁴

2. Irak Kanun Koyucunun Şerikin Cezasını Belirlemedeki Yöntemi

Irak kanun koyucunun şerikin cezasını belirleme yöntemi ise ICK 50/1 maddesinde bu meseleyi şöyle ele almıştır: *“Kanun metni farklı bir şey belirtmediği sürece fail ya da şerik olarak suça iştirak eden herkes suç için kararlaştırılan cezayla cezalandırılır”*.

O zaman kural şudur: Gerçekleşen suç için kanunun kararlaştırdığı ceza şerike verilmektedir. Böylece kanun, kararlaştırılan cezanın hak edilmesiyle ilgili tek bir metin koyma konusunda fail ile şeriki eşit kılmıştır.²⁴⁵

Şunu da belirtmek gerekir ki bundan maksat; yetkili hakim, şerikin suçlu olduğuna karar verdikten sonra ona verdiği cezanın faile verilen cezasının aynısı olması zorunlu değildir. Kast edilen eşitlik, onun iştirakin gerçekleştiği suçla ilgili metne tabi olmasıdır. Ama kararda fail ve şerikin her birine verilen ceza, suçla ilgili metinde hakime verilen takdir yetkisine tabidir. O zaman kast ettiğimiz eşitlik kanuni bir eşitliktir, fiili bir eşitlik değildir.²⁴⁶ Lakin bu, hakimin en yüksek cezayı verebileceği anlamına gelmemektedir. Ancak adli cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi ve suça iştirak edenlerden bazısına hafifletici adli şartların uygulanma gerekçesi bulunduğu zaman bu şartın uygulanması ilkesine göre hakim, en yüksek ve en düşük ceza arasında bir ceza vermede takdir yetkisini kullanabilir. Böylece her bir iştirakçi kendi sorumluluğunda ve kendisine verilecek cezada bağımsızdır. Buradaki eşitlik ise ancak kararlaştırılan cezayı hak etmede tek bir kanun metine tabi olmadadır.²⁴⁷

Hakim sadece birinin cezasının uygulanmasını durdurma hakkına da sahiptir. Kanuni cezalar, seçmeli ise hakim her birine uygun olan cezayı seçebilir. Hakimin fail ve şerike verdiği cezada onlar arasında ayırım yapma sebebini karar gerekçesinde açıklaması gerekmemektedir. Hakime takdir yetkisi veren kanun, hakimi bu yetkiyi

²⁴⁴ HASENÎ Mahmûd, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşrî'âtî'l-Arabiyye, s. 332.

²⁴⁵ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 256.

²⁴⁶ MUHAMMED Aved, Kanûnü'l-Ukûbât-el-Kısmü'l-Âm, İskenderiye, 1998, s. 390.

²⁴⁷ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 227.

kullanma şeklini açıklamakla yükümlü kılmamaktadır. Bu durum onun anlayışına bırakılmıştır. Ayrıca o, suçun ve sanığın şartlarına göre bu takdir yetkisini kullanır.²⁴⁸

Adli uygulamalardan biri ITM'nin kararıdır. ITM, bu kararında Ceza Mahkemesi'nin suça iştirak eden mahkumlardan birine başka bir mahkuma verdiği cezadan farklı bir ceza vermeye ilgili kararını onayladı. Bunu da şöyle gerekçelendirdi: *“Bu kişi daha önce kasıtlı ya kasıtsız hüküm giymemiştir. Onun rolü suçta ana bir rol değildir”*.²⁴⁹

Başka bir davada mahkeme şunu ifade etmiştir: *“A sanığı, Z ve H adli mağdurları öldürdüğü için Büyük Ceza Mahkemesi'nin 406/1/M maddesi hükümleri ve Ceza Kanunu'nun 48/49 sayılı iştirak maddelerinin delaletine göre onu suçlu saymasıyla ilgili verdiği karar ve her biri için ona idam cezasını verme kararı; suçun şartları, onun çirkin olması ve alçak bir etkenle işlenmesinden dolayı doğrudur. Bu karar kanun ve adalete uygundur. İnsanların canını alan bu tür kişiler şefkati ve yaşamayı hak etmiyorlar”*.²⁵⁰

Bu anlatılanlardan az önce zikredilen 50/1 maddesinin belirttiği gibi fail ve şerik arasındaki eşitliğin tam bir eşitlik olmadığını ve şerikin iştirak ettiği suç için kanunen kararlaştırılan cezadan farklı bir ceza aldığı belli durumlarda bunun istisnaları olduğunu gördük. Bu istisnalar, eşitlik kuralının gözden geçirilmesi ve onun aşırılığını sınırlandırmaya bir araç oldu.²⁵¹ Zira bahsi geçen madde metnin kendisinde *“...kanun farklı bir şey belirtmediği sürece...”* denilerek tam eşitliğe sınırlama getirilmiştir. Bununla ilgili olarak 2005 tarihli 13 sayılı Irak Terörle Mücadele Kanunu'nun 4/1 maddesi, asıl ve şerik olarak bu kanunun 2 ve 3. maddelerinde geçen terör eylemlerinden herhangi birini yapan kimseye idam cezası verileceğini ifade etmiştir. Ayrıca azmettirici, planlayıcı, finansör ve bu kanunda geçen suçları yapma imkanını teröristlere veren herkesin asıl failin cezasıyla cezalandırılacağını belirtmiştir. Yani Irak kanun koyucu bu kanunda fail, şerik, finansör ve yardımcıya ceza vermede eşitliği kabul etmiştir.²⁵²

ICK'de geçen istisnalar birçok metinde açık bir şekilde geçmektedir. Onlardan biri bu kanunun 268. madde metnidir. Bu madde; tutuklu ve hapisanede olanların

²⁴⁸ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 256.

²⁴⁹ 10.02.1979 tarihli 316/Genel Kurul/978 sayılı karar.

²⁵⁰ 22.07.1972 tarihli 48/Genel Kurul/1972 sayılı karar.

²⁵¹ HALEF Ali, a.g.e., s. 734.

²⁵² SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 176.

kaçmasına yardım eden şerikin cezasını failin cezasından daha büyük kılmıştır. Kanun gereği gözaltında ve tutuklu olan kişiye kaçma konusunda yardım etme ve ona kolaylık sağlamayla ilgili olan bu kanunun 269. maddesinde durum aynıdır. Aslında sadece İCK, 150/1 madde metninde geçen istisna ilkesine tutunmamıştır. Eşitlik kuralı ya da az önce zikrettiğimiz sebepten dolayı şerike failden daha hafif bir ceza verme kuralını kabul eden tüm kanunlarda bunu görmekteyiz. Genelde yardımcıının davranışının büyüklüğünün failin davranışından daha hafif olduğunu belirtmek gerekir. Yani şerikin suçu, asıl failin yaptığı suçtan daha küçüktür. Bu da failin üstlendiği şiddet, katılık ve sertlikten dolayıdır. Bu ise kesinlikle şerikte olandan daha şiddetli ve tehlikelidir. Onlardaki bu eğilim her birinin yeryüzünde rollerini icra etmesinde somutlaşmaktadır.²⁵³

Şerikin, asıl failin geleceğinden bağımsız olmasıyla ilgili ise İCK'nin 50. maddesinin 2. fıkrası şunu ifade etmiştir: “*Suçun failinde suç kastının olmaması ya da onunla ilgili özel başka durumlar sebebiyle o cezalandırılmasa dahi şerik kanunen belirtilen suçla cezalandırılır*”. Bu maddeden suçun asıl failinin ceza almadığı ve şerikin ceza aldığı iki durum olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu iki durum da şunlardır:

a. Failin Suç Kastının Olmaması

Kasıtlı suçlarda suç kastı manevi bir esastır. Suçu işleyen kişi ve onun failinin ceza sorumluluğunun meydana gelebilmesi için bu zorunlu bir unsurdur. Manevi esas olmadığı zaman suçun failinin sorumluluğu gerçekleşmediği için o ceza almaz. Asıl failde ceza kastı olmadığı zaman ona ceza verilmez. Lakin şerikte suça iştirak kastı bulunduğu sürece failin ceza almama durumu şerikin ceza almasına engel değildir. Bu da şerikin geleceğinin asıl failden bağımsız olma kuralı gereğiyledir. Bu durum bağımsızlığı en iyi ifade eden şekildir.²⁵⁴ Yani fail ve şerikin her biri kendi kastına göre farklı olmaktadır. Böylece kasıtlı olmayan kişinin sorumluluğu olmaz. Kimde kasıt varsa o sorumlu olur.²⁵⁵ Örneğin bir müvekkil, kendi avukatının bir davayı ya da soruşturmayı ispatlamada kullanması için ona sahte bir rapor vermektedir. Müvekkil bunun sahte olduğunu bilmektedir. Avukatın ise bundan haberi yoktur. Bu durumda

²⁵³ ABDÜSSETTÂR Fevziyye, a.g.e., s. 331.

²⁵⁴ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 228.

²⁵⁵ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 93

avukatın suç kastı olmadığı için ona ceza yoktur. Ama müvekkilde suç kastı olduğu için o cezalandırılır. ICK'nin 255/4 maddesinde de böyle geçmiştir.²⁵⁶

b. Faile Ait Diğer Durumlar

Burada diğer durumlardan maksat ceza ve sorumluluğun engelleridir. Asıl failin ceza alması ya da sorumlu olmasına bir engel bulunduğu zaman o ceza almaz. Bununla beraber bu durum şerikin ceza almasına engel değildir. Şerik bu engelden yararlanmıyorsa onun cezalandırılması gerekir. Bir kızı kaçıran kimse yasal olarak o kızla evlenirse bu evlilik onun ceza almasına engel olur. Lakin bu, kızı kaçırma suçunda ona iştirak eden kimsenin ceza almasına engel değildir. Çünkü bu iştirakçi için bir ceza engeli yoktur. Aynı şekilde adaletten kaçan kocasını gizleyen ya da onun kaçmasına yardım eden kadının durumu da böyledir. Kadın ceza engellerinden yararlandığı için bu durumda o ceza almaz. Lakin bu durum, gizleme ya da kaçmaya yardım etme suçunda kadına ortak olan kimsenin ceza almasına engel değildir. Çünkü kadına yardım eden bu kişi ceza engellerinden yararlanmamaktadır.²⁵⁷

Şunu ifade etmek gerekir ki Irak kanun koyucu, ICK'nin 50/2 maddesindeki ilk cümlede asıl failin sorumluluğu olmasa da suçta cezai sorumluluğu olanı şerik saymıştır. Halbuki bu kişi; şerik değildir, Irak kanun koyucunun ICK'nin 48/3 maddesinde bahsettiği manevi bir faildir. Bu da o maddelerde geçen hükümlerde bir çelişki olduğunu göstermektedir. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekir.²⁵⁸

II. Şart ve Mazeretlerin Suça İştirak Edenler Üzerindeki Etkileri

Kanun koyucunun belirlediği suçun birtakım kanuni unsurları bulunmadığı sürece suçun gerçekleşmediği bilinmektedir. Bu unsurlar iki tanedir. Onlar da suçun esasları ve şartlarıdır. Burada bizi ilgilendiren suçun şartlarıdır. Bu başlıkta suçun şartları ve o şartların şerikin cezası üzerindeki etkisinden bahsedeceğiz. Daha sonra kanun koyucu tarafından zikredilen kanuni mazeretleri inceleyeceğiz. Ayrıca şartlar ve mazeretleri birbirinden ayıran hususlara değineceğiz. Bu konuları üç başlıkta ele alacağız.

²⁵⁶ HADİSÎ Mustafa, a.g.e., s. 257.

²⁵⁷ HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât, s. 542.

²⁵⁸ HADİSÎ Mustafa, a.g.e., s. 258.

A. Şartların Suça İştirak Edenler Üzerindeki Etkisi

Şartlar suçla bağlantılı olan yasal unsurlardır. Onların niteliği belirlenir. Bu şartlar ve onlarla aynı ismi taşıyan ve aynı esaslara dayanan suçlar arasında ayırım yapılır.²⁵⁹ Bu şartların birkaç türü vardır. Bazısı maddi ve bazısı da kişiseldir. Tüm bunlar bazen cezayı ağırlaştırıcı bazen de hafifleticidir. Burada onları peş peşe ele alacağız.

1. Maddi Şartlar

Maddi şartlara aynı ya da objektif şartlar da denilmektedir. Bunlar suçun maddi esası ya da konusuyla ilgili olan şartlardır. Bu şartlar suçun maddi esaslarına eklenmektedir. Ondan ayrılmayan bir parça sayılmaktadır. ITM bu şartları şöyle ifade etmiştir: “*Maddi şartlar, suçu oluşturan eylemin aslına eklenen bir niteliği suçta vermektedir*”.²⁶⁰ Bu şartlar bazen suça bitişik oldukları zaman suçun cezasını ağırlaştırmaktadır. Bazen de onu hafifletmektedirler. Hırsızlık suçunda gece, genel yol, zorlama, meskun mahal ve ibadet yeri şartları; kasten öldürmede zehir kullanma şartı cezayı ağırlaştırır maddi şartlardandır. Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin iki dinardan az olması hafifletici maddi şartlardandır.²⁶¹ Bu şartlarla ilgili İCK'nin 51. maddesi şunu ifade etmiştir: “*Suçta cezayı ağırlaştırır ya da hafifleten maddi şartlar bulunduğu zaman onun etkileri, suça iştirak eden herkes için geçerli olur. Bu kişi fail ya da şerik, suçu bilen ya da bilmeyen olabilir*”. Bu şartlar suça iştirak eden herkes için geçerlidir. Suça iştirak edenin; fail, şerik, suçu bilen, onu bilmeyen, suçu oluşturmada katkıda bulunan, katkıda bulunmayan, suçun işlenmesini kolaylaştıran ya da suçun yerine getirilmesinde etkisi olmayan biri olmasına bakılmaz. Örneğin birkaç kişi hırsızlık suçu işlediği ve onlardan biri silah taşıdığı zaman onların her biri silah taşımaya beraber hırsızlık suçundan sorumlu olur. Onların kendi arkadaşlarının silah taşıdığını bilip bilmemesi durumu değiştirmez.

2. Kişisel Şartlar

Kişisel şartlar suçun manevi yani kişisel yönüyle ilgilidir. Bu şartlar; kanunun koruduğu hak üzerinde kişinin tehlikeli olma miktarıyla bağlantılıdır. Bundan dolayı şartlar, suçun kendisiyle bağlantılı değil, suçlunun şahsıyla bağlantılıdır. Kişisel şartlar bazen suçun cezasını hafifletici olmaktadır. Bazen de onu ağırlaştırıcı

²⁵⁹ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 231.

²⁶⁰ Mecmû'atü'l-Ahkâmi'd-Düveliyye, sy: 2, yıl: 7, 14.04.1976 tarihli ve 471 sayılı karar, s. 334.

²⁶¹ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 231.

olmaktadır. Suçun cezasını ağırlaştırıcı kişisel şartlar, suçun işlenmesini kolaylaştırabilir. Onu kolaylaştırmada bir etkisi olmaya da bilir.²⁶² Suçun cezasını ağırlaştırıcı kişisel şartlar suçun işlenmesini kolaylaştırırsa o sadece kendi sahibi için geçerli olur. Onun dışındaki iştirakçiler bu ağırlaştırıcı şartı bilmezlerse bu şart onlar için geçerli değildir. Hizmetçi, çalıştığı evin hırsızlığını yapmak için başka biriyle anlaşır ve bu anlaşmaya binaen hırsızlık suçu gerçekleşirse hizmetçinin ağırlaştırıcı şartı sadece onun için geçerli olur, hırsızlık suçundaki diğer kişi, fail ya da şerik olsun onun için bu şart geçerli değildir. Ama bu kişi o şartı bilirse yani patronunun hırsızlığını yapan bir hizmetçiye yardım ettiğini bilirse o zaman bu şart onun için de geçerli olur. Bu bilginin suça iştirak etmeyi oluşturan eylemi yerine getirme esnasında bulunması gerekir.²⁶³ İCK'nin 51. maddesi bunu şöyle ele almıştır: *“Suçun işlenmesini kolaylaştıran kişisel ağırlaştırıcı şartlar bulunduğu zaman bu şartların sahibi dışındaki kişi bunu bilmezse bu şartlar sadece onların sahibi için geçerli olur. Bu şartlar ağırlaştırıcı ya da hafifletici olsun bilgisi olmayan kişiyi etkilemez”*.

Ağırlaştırıcı kişisel şartlarla ilgili Irak yargı uygulamalarından biri Temyiz Mahkemesi'nin bir kararıdır. Zira o kararında bir kişinin başka bir kişiyle bağlantılı olan şartlardan sorumlu olmama ilkesini ve bu şartların suça yansımadığını vurgulamıştır. Böylece bu karar, Büyük Mahkeme'nin 67. maddeye göre A ve M zanlılarını suçlama, A şahsı tekrar suç işleyen biri olmaması sebebiyle ona iki yıl ağır hapis cezası verme ve suçlu olan M tekrar suç işleyenlerden biri olması sebebiyle ona üç yıl boyunca ağır işlerde çalışma cezasını vermeye ilgili kararını onayladı.²⁶⁴ Aynı şekilde ITM'nin Büyük Mahkeme'nin kararını onaylayan başka bir kararı daha vardır. Onayladığı o karar, İCK'nin 73 ve 74. maddelerine istinaden ilk suçlamadan dolayı S adlı suçluya 7 yıl hapis cezası verme ve yine o iki maddeye istinaden ikinci suçlamadan dolayı ona 5 yıl basit hapis cezası vermeyi içermekteydi. Bahsi geçen suçlunun şartı kişisel bir şart-ki o da yaşı küçük olmasıdır- olduğu için diğer şerikler onun şartından yararlanmadılar.²⁶⁵

²⁶² SA'DÎ Hamîd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbâti'l-Cedîd, 1. Baskı, Bağdat, 1976, s. 273.

²⁶³ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e. ,s. 191.

²⁶⁴ HASENÎ Abbas, el-Fıkhü'l-Cinâ'î fi Karârâti Mahkemeti't-Temyîz, c. 1, Genel Kısım, 484/C/32 sayılı karar, Bağdat, 1968, s. 132.

²⁶⁵ MUSTAFA Mahmûd, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât, el-Kısmü'l-Âm, s. 358.

B. Mazeretlerin Suça İştirak Edenlerin Cezası Üzerindeki Etkisi

Bu mazeretlere yasal mazeretler denildiği gibi bazı yazarlar onlara cezayı hafifleten ya da ağırlaştırılan kanuni şartlar da demektedirler.²⁶⁶

Yasal mazeretlerden maksat kanun koyucunun açık bir kanun metniyle belirttikleri şartlardır. Bu mazeretler sonucu onlarla bağlantılı olan suçun cezası hafifler ya da o kesin olarak o cezadan muaf olunur.²⁶⁷

Mazeretin etkenleri farklı olmaktadır. O etkenler bazen namus temizleme gibi şerefli olur. Bazen suçlunun casus, sabotajcı ya da ajan olan birini öldürmesi gibi ulusal olabilir. Bazen de suçlunun, aykırı olan ilke ve siyasi görüşünde inat edeni tasfiye etme gibi siyasi olabilir. Bu etken bazen âşık olanın kendi sevgilisini öldürmesi gibi duygusal da olabilir. Bazen suçlunun ulusal ekonomiye zarar veren bir suç işlemesi ya da kamu yararına büyük bir zarar vermesi gibi bu etken ulusal kamu ekonomisine zararlı olabilir. Bazen bir kişinin bir ihtiyaç ya da kazanç elde etmek için başkasını öldürmesi gibi bu etken alçak olabilir.²⁶⁸

Kanuni mazeretler iki türdür. Birincisi maddi olup onun cezaya etkisi hafifletici ya da affedici olur. İkincisi şahsi olup onun cezaya etkisi hafifletici ya da affedici olur. Bu mazeretler suça iştirak eden herkes için geçerli olur. Böylece biz mazeretler konusunun iki türünü ele alacağız.

1. Maddi Mazeretler

Bunlar suçun maddi esasıyla bağlantılı oldukları için kanun koyucunun onları maddi olarak zikrettiği mazeretlerdir. Maddi mazeretler bazen suçu affedicidir. İCK'nin 303. maddesi de bunu şöyle kararlaştırmıştır: *“Suç maddesi kullanılmadan ve o suçu işleyeni araştırmaya başlamadan önce o madde yok olursa taklit, kalpazanlık ya da bu bölümde zikredilen dolandırıcılık suçlarından birini işleyen herkes cezadan muaf tutulur”*. İCK'nin 45. maddesi gereği bu mazeretler bazen meşru müdafaa olduğu gibi suçu hafifletici olmaktadır.²⁶⁹ Nitekim o madde şunu ifade etmiştir: *“Meşru müdafaa hakkı bu müdafaaanın gerektirdiği zarardan daha şiddetlisini yapmaya izin vermez. Müdafaaayı yapan kişi kasten ya da ihmal ederek bu*

²⁶⁶ NASRÂVÎ Sâmi, a.g.e., s. 279.

²⁶⁷ NASRÂVÎ Sâmi, a.g.e., s. 280.

²⁶⁸ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 96.

²⁶⁹ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 261.

hakkın sınırlarını geçerse ya da yanlışlıkla meşru müdafaa durumunda olduğuna inanırsa bu durumda o kişi işlediği suçtan sorumlu olur. Bu durumda mahkeme ağır ceza yerine hafif cezayı verebilir. Hafif ceza yerine daha hafif ceza da verebilir”. Kanun koyucu açık bir şekilde cezayı hafifleten ya da affettiren mazereti açıklamıştır. Aynı şekilde ITM bir kararında bunu şöyle kararlaştırmıştır: *“Suçlular mağdurun saldırısına uğrarlarsa ve daha önce bir anlaşma olmadan onlar kendilerini savunurlarsa ve onlardan biri mağduru takip edip onu arkadan vurarak meşru müdafaa hakkının ötesine geçerse bu durum sadece bu kişiyi meşru müdafaa hakkını aşan biri kılar, diğerlerini böyle kılmaz”*.²⁷⁰

Kaçırdığı kişiye zarar vermeyen ve kaçırma vaktinin üzerinden 48 saat geçmeden önce onu, rahat bir şekilde ailesine dönebileceği güvenli bir yere bırakan kaçırıcının durumu da böyledir. Nitekim İCK'nin 426/1 maddesinde şöyle geçmektedir: *“Kaçıran kişi kaçırıldığı kişiye zarar vermezse ve kaçırıldığı vakitten itibaren 48 saat geçmeden önce onu ailesine rahat bir şekilde dönebileceği bir yere bırakırsa bu kişinin cezası bir yılı geçmeyen bir süre hapis cezasıdır”*. Bu mazeretler suçta bulunduğu zaman fail veya şerik olsun suçun işlenmesine iştirak eden herkes için geçerli olur.²⁷¹

2. Kişisel Mazeretler

Bu mazeretler suçu işleyenin kişisel durumuyla bağlantılı olan mazeretlerdir. Bu mazeretler suçla bağlantılı oldukları zaman bazen suçun cezasını hafifleten mazeretler olabilmektedirler. Kocanın, karısı ve onun sevgilisi zina yaptıkları esnada karısını öldürmesi buna örnek gösterilebilir.²⁷²

Kişisel mazeret, cezayı affettiren mazeret de olabilir. Nasıl ki İCK'nin 264/2 ve 427. maddeleri bunu ifade etmişlerdir. Zira bu maddeler bir kızı kaçıran kişinin kaçırıldığı kızla doğru bir evlilik yapması durumunu ele almışlardır. Aynı şekilde 2005 tarihli ve 13 sayılı Terörle Mücadele Kanunu da bu mazereti ele almıştır.²⁷³ Zira bu madde şunu ifade etmiştir: *“Suç ortaya çıkmadan önce ve suç planlandığı esnada yetkili organlara haber veren ve ihbarı suçlunun yakalanmasına katkıda bulunan ya da eylemin yerine getirilmesine engel olan herkes kanunda geçen cezalardan muaf tutulur”*.

²⁷⁰ Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Adliyye, 288/Suçlar/1976, sy: 2, yıl: 7, 1977, s. 377.

²⁷¹ HALEF Gâlib, a.g.e., s. 97.

²⁷² HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 233.

²⁷³ SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 197.

Irak yargısının cezayı işletme uygulamalarından biri ITM'nin ICM'nin kararını bozmayla ilgili bir karardır. ICM'nin kararı; C ve A adlı zanlıların suçlarını şeref etkeni kapsamına almıştır. Çünkü o suç, ahlaka aykırı davranan mağdurun eylemi sebebiyle bu iki kişiye getirilen lekeyi temizlemek için işlenmiştir. Temyiz mahkemesi bu kararı bozmayla ilgili kararını gerekçelendirerek şöyle demiştir: *“Bu iki zanlı mağdurun akrabası değiller. Ondan uzaktırlar. Mağdurun örf ve üstün ahlaka aykırı sayılan eylemlerinden herhangi biriyle onlara bir leke gelmemektedir...”*²⁷⁴

ICK'nin 52. maddesi şunu ifade etmiştir: *“Suçta fail ya da şerik olan iştirakçilerden biri hakkında cezayı affedici ya da hafifletici kişisel mazeretlerden biri bulunursa bunun etkisi ilgili olmadığı başka birine geçmez”*. Madde metni kişisel mazeretin faille sınırlı olmasını ifade etmesine rağmen Irak yargısının şeriki de kişisel mazeret kapsamına alan çok sayıda kararlar verdiğini görmekteyiz. Zira Temyiz Mahkemesi bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Kızı kaçırın kişi, kaçırıldığı kızla evlenmesi sebebiyle affedilmesi; onun, suçun işlenmesine iştirak eden şeriklerinin affedilmesini de gerektirmektedir. Zira burada sebep birdir. O da şeriklerin yargılanması neticesinde ailenin rezilliğe maruz kalmamasıdır”*.²⁷⁵ Kişisel mazeretin etkisinin bağlantılı olmadığı şeriklere de geçmesi için bir gereklilik görmüyoruz. Çünkü yukarıdaki madde metni apaçık bir şekilde mazeretin ilgili olmadığı kişiyi etkilemeyeceğini ifade etmiştir. Onun hükmünde içtihat etmeye gerek yoktur. Bu karar metninde ise şeriklerin affedilmesine gerekçe olarak ailenin rezil edilmemesi gösterilmiştir. Lakin Adalet gereği diğer iştirakçilerin suça girmeleri sebebiyle ceza almaları gerekir. Metnin apaçık ifadesinden bu şekilde anlaşılmaktadır.²⁷⁶

C. Adli Şartlar ve Onların Kanuni Şartlardan Ayırt Edilmesi

Kanuni mazeretlerin, kanun koyucunun değerlendirdiği yaklaşımlardan dolayı kanun metninin belirlediği kanuni şartlar olduğunu daha önce açıkladık.²⁷⁷ Adli şartlar ise kanun koyucunun onları belirleme ve değerlendirme işini yetkili olan hakime bıraktığı şartlardır. Zira kanun koyucu, onların hükmünü ve suçtaki şerikler üzerindeki etkilerini kanunda apaçık bir şekilde açıklamamıştır. Bunun sebebi bu

²⁷⁴ HALEF Ali, el-Vesît, s. 750.

²⁷⁵ el-Fıkhü'l-Cinâ'î fi Karârâti Mahâkimi't-Temyîz, 25.02.1953 tarihli ve 110/Suçlar/1953 sayılı karar, c. 2, sy: 357, s. 529.

²⁷⁶ HASENÎ Abbâs, a.g.e., s. 139.

²⁷⁷ HALEF Ali, el-Vesît, s. 752.

şartların sayılamaması ve onları kavramanın mümkün olmamasıdır.²⁷⁸ Buna karşılık kanun koyucu, bunları açıklama görevi yetkili mahkemeye bırakmıştır. Mahkeme suçun olayları ve suçlunun durumlarına göre bunu belirler. Zira şartlar her olaya göre değişmektedir.

Bu şartlar iki türdür. Ya cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten şartlardır. Yetkili hakim bu şartları ceza hesabına katmayı isterse onlar, fail veya şerik olsun ilgili olduğu herkes için geçerli olur. Ama şartların sahibi dışındaki biri üzerinde bu şartların etkisi yoktur. Bu şartların tümünü saymanın mümkün olmaması sebebiyle kanun koyucu her ne kadar onları belirtmese de hakim, kanun kurallarına göre gerekli cezayı değerlendirme aşamasında bu şartları dikkate aldığı anda onun takip etmesi gereken ceza politikasının ana hatlarını çizmiştir.²⁷⁹ Zira kanun koyucu, olayda şartlar bulunduğu zaman hakime verilen sınırları çizmiştir. Hakimin yasal olarak çizilen sınırlara göre cezayı belirlemesi gerekir.²⁸⁰ Bunun yanı sıra kanuni şartlar adli şartlardan farklıdır. Zira kanuni şartlar, kanunda belirtilmiş olmalarının yanı sıra hakimin uygulamak zorunda olduğu şartlardır. Öte yandan adli şartlar ise yetkili hakim için serbest bir durumdur. Dilerse onları kullanır. Dilerse de onları ihmal eder. Aynı şekilde kanuni şartlar, türüne göre iştirakçilerin üzerindeki etkisi açısından farklıdır. Bu kanuni şartlar maddi ya da kişisel ise her birinin özel bir hükmü vardır. Adli şartlar ise sadece o şartların sahibi için geçerlidir. Onların etkisi diğer iştirakçilere geçmez.²⁸¹ Buradan adli şartlar ve kanuni mazeretlere ve onlar arasındaki ayırımı değinmenin önemi ortaya çıkmaktadır.

III. Muhtemel Neticelerin Etkileri, Kastın Farklı Olması ve Suça İştirak Edenlerin Bilgisinin Şekli

Suçta iştirak asıl olsun ikincil olsun bazen onun neticesinde kendisi için iştirakin gerçekleştiği ve iştirakin yöneldiği suç dışında başka bir suç meydana gelmektedir. Lakin bu suç iştirakin muhtemel bir sonucudur. Bazen iştirakçilerden biri ya da bazısının suçtaki kastı, fail ya da şerik olan diğerlerinin kastından farklı olmaktadır. Bazen suçta iştirak edenlerden örneğin caninin bilgisi kendisi dışında suçta iştirak edenlerin bilgisinden farklı olmaktadır. Bu durumun fail veya şerik olan

²⁷⁸ İSMAİL Mahmûd, a.g.e., s. 344.

²⁷⁹ SÂLİM Muhammed, a.g.e., s. 96.

²⁸⁰ MATŞAR Delâl ve İBRAHİM Muhammed, a.g.e., s. 423.

²⁸¹ İSMAİL Mahmûd, a.g.e., s. 344.

iştirakçilerin sorumluluğu üzerinde bir etkisi var mıdır? Yoksa bu durum diğer iştirakçileri değil de sadece bilgi veya kasıt sahibini mi etkilemektedir?

Bu araştırmamızdan umulan neticeye ulaşmak için bu konuyu üç başlığa ayıracağız. Birinci başlıkta muhtemel sonuçların suça iştirak edenlerin sorumluluğu üzerindeki etkisini, ikinci başlıkta kastın farklı olmasının suça iştirak edenlerin sorumluluğu üzerindeki etkisi ve üçüncü başlıkta da suçun gerçekleşmesiyle ilgili bilginin farklı olmasının iştirakçilerin sorumluluğu üzerindeki etkisinden bahsedeceğiz.

A. Muhtemel Sonuçların Suça İştirak Edenlerin Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

Bazen fail, şerikle üzerinde anlaşma yaptığı suç dışında başka bir suçu işlemektedir. Bu durumun iki şekli bulunmaktadır. Onlar da failin iştirak konusu olan suçtan daha küçük ya da daha büyük bir suçu işlemesidir.²⁸² Örneğin iki fail bir evin hırsızlığına iştirak etmektedir. Mağdur olan ev sahibi de onlara baskı yapmaktadır. O iki failden biri ev sahibini öldürmektedir. Bu durumda hırsızlık suçuna iştirak eden her iki fail de aynı zamanda öldürme suçundan sorumlu mudurlar? Yoksa öldürme suçunu işleyen kişi tek mi bu suçtan sorumludur? Irak kanun koyucunun ICK'nin 53. maddesinde bu sorunu şöyle çözdüğünü görmekteyiz: *“Eğer gerçekleşen suç, yapılan iştirakin muhtemel bir sonucu olarak meydana gelen bir suçsa her ne kadar suça iştirak eden kişi-fail ya da şerik- bu suçu kast etmemiş olsa da bu suçun cezasıyla cezalandırılır”*. Gerçekleşen suç iştirakin muhtemel bir sonucu olduğu sürece tüm failer bu suçun cezasından sorumlu olurlar. Onların tümü veya bir kısmının bunu yapması bir şeyi değiştirmez.²⁸³

İştirakçilerin suçu işlemeye iştirak etme kasıtları bulunursa lakin onların üzerinde anlaştığı suç dışında başka bir suç gerçekleşir ya da daha önce yapılan planın yerine getirilme yöntemini değiştiren şartlar meydana gelirse bu durumda gerçekleşen netice iştirakçilerin kast ettiği suçtan daha küçükse onlar o suçtan sorumlu olmaz. Ancak onların eylemleri bu sonucun meydana gelmesine yol açmışsa ve onlardaki kasıt ya da onların eylemleriyle gerçekleşen kasıtsız hata daha küçük olan bu suçu gerçekleşmesine sebep olursa onlar bundan sorumlu olurlar. Kasıtlı öldürme suçundaki şerikler, iştirak ettikleri suç başarısız olursa kasıtlı öldürmeye başlamaktan

²⁸² SÂMÎ HUSÂM, el-Müsâhemetü'taba'iyye fi'l-Kânûni'l-Cinâ'î, Mısır, 2007, s. 391.

²⁸³ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 201.

sorumlu olurlar. Nasıl ki fail sadece kasıtlı darp etme suçunu işlerse onlar bu suçtan sorumlu olurlar. Aynı şekilde bir kimse baskı altında hırsızlık yaparsa baskı altında olmayan hırsızlığı kast ettiği için bu hırsızlıktan sorumlu olur.²⁸⁴

ICK bu konuyu 53. maddesinde şöyle ele almıştır: “Eğer gerçekleşen suç, yapılan iştirakin muhtemel bir sonucu olarak meydana gelen bir suçsa her ne kadar suçta iştirak eden kişi-fail ya da şerik- bu suçta kast etmemiş olsa da bu suçun cezasıyla cezalandırılır”.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ikincil iştirak üç esasa dayanmaktadır. Bu esaslar olmadan birden fazla kişinin –fail ya da şerik-iştirakiyle işlenen suçun ceza sorumluluğu meydana gelmez. Birinci esas fail tarafından yasal olmayan eylemin yapılmasıdır. Yani iştirakin olduğu suçun meydana gelmesidir. İkinci esas şerikin yasal olarak belirlenen iştirak araçlarından biriyle suçta iştirak etmesidir. Üçünü esas ise şerikin suçta girme kastının olmasıdır. O da asıl fail ve şeriki suç düzeyinde birleştiren bir zihinsel bağın bulunmasıdır. Bu esaslar suçta iştirakin genel kurallarından seçilmiştir. Bunlar olmadığı zaman suçta iştirak de olmaz.²⁸⁵ Böylece bu kurallara göre kişi, iştirak eylemlerini yapmakla gerçekleştirmeyi kast ettiği sonuçtan sorumlu olur.²⁸⁶ Başka bir ifadeyle faillerden birinin gerçekleştirdiği farklı sonuçtan bu sonucu yapma iradesi göstermeyen ya da bu sonuca sebep sonuç ilişkisiyle bağlantılı ve etkin olan bir davranışla buna iştirak etmeyen fail ya da şerik sorumlu olmaz. Ancak birden fazla kişinin iştirak etmesi neticesinde gerçekleşen suç birliğini korumakla ilgili belli yaklaşımlar; bazı kanunları-ki Irak Kanunu da bunlardandır-diğer iştirakçilerin de bu suçtan sorumlu olmalarını ifade etmeye sürüklemiştir. Hatta fail veya şerik olan iştirakçi bunu kast etmese dahi eğer bilfiil gerçekleşen bu suç meydana gelen iştirakin muhtemel bir sonucu olursa onlar gene sorumlu olur.²⁸⁷ Hukuk doktrini ve yargı şerikin sorumlu olması için failin işlediği suçun iştirak eylemlerinin muhtemel bir sonucu olması gerektiğini kabul etmişler. Öyle ki şerikin faaliyeti ve sorumlu olduğu suç arasında güçlü bir bağ olması gerekir. Yani suçun iştirak eyleminin bir neticesi sayılması gerekir. Şerik bunu öngörsün ya da öngörmesi gereksin fark etmiyor.²⁸⁸ Diyelim ki A şahsı C’nin evinin hırsızlığını yapmak üzere B şahsıyla anlaşmaktadır. B şahsı da hırsızlığı yapılmak istenen eve girmekte ve

²⁸⁴ ŞENÂVÎ Semîr, a.g.e., s. 673.

²⁸⁵ SELÂME Me’ûn, Kânûnî’l-Ukûbât, el-Kısmü’l-Âm, b. 1, 1983, s. 494.

²⁸⁶ SA’ÎD es-Sa’îd, el-Ahkâmü’l-Âmme fî Kânûnî’l-Ukûbât, s. 321.

²⁸⁷ RÂŞÎD Ali, a.g.e., s. 354.

²⁸⁸ MUHAMMED Emin, a.g.e., s. 315

çalacakları toplamaya başlamaktadır. Ancak şu iki durumdan biri gerçekleşmektedir. Birincisi ev sahibi olan C'nin uyanma, kendi evini savunmaya çalışması ve B tarafından öldürülmesidir. İkincisi ise B'nin C'nin karısının tek başına yattığını görmesi ve onun aklına bir şeytanlık gelip ona tecavüz etmesidir. Bu iki durumda B şahsı, şerik olan A şahsının kastından farklı iki suç işlemiş olur. Böylece A şahsı birinci durumda öldürme suçundan sorumludur. Çünkü o da suça iştirak etmiş sayılır. Zira bu suç hırsızlık üzerine yapılan anlaşmanın bir sonucudur. Lakin tecavüz suçundan sorumlu değildir. Çünkü bu suç hırsızlık üzerine yapılan anlaşmanın muhtemel bir sonucu değildir. Muhtemel neticeyi değerlendirmede normal adamın ölçüsü ve suça iştirak neticelerini öngörme miktarı esas alınır.²⁸⁹

Irak kanun koyucu 53. maddede muhtemel sonuçlardan şöyle bahsetmiştir: *“Gerçekleşen suç, meydana gelen iştirakin muhtemel bir sonucu olursa...”* . Bu ifadeden; gerçekleşen suçun, ancak iştirakçinin yapmak istediği ve yapmaya çalıştığı suça ve işin normal seyri sonucu ortaya çıkan ihtimale göre muhtemel bir sonuç olduğu veya olmadığı anlaşılmaktadır. Yani ihtimal ölçüsü, iştirakçinin öngörüp öngörmemesinin esas alındığı sübjektif bir ölçü değildir. Bu ölçü normal bir kişinin esas alındığı objektif bir ölçüdür. Yani normal bir kişi, suçlunun davrandığı şartlarda failin işlediği suçun gerçekleşmesini öngörebiliyor mu? Yoksa öngöremiyor mu?²⁹⁰

Şerikin muhtemel suçtan sorumlu olmasının dayandığı yasal esası belirlemek hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Onlardan bazısına göre bu sorumluluk, kanundaki genel kurallara uyduğu gerekçesiyle o ihtimalli kasıt teorisine dayanmaktadır. Çünkü şerikin eylemlerine göre her ne kadar işlerin suç olan muhtemel sonuçları öngörülme de şerik işlerin o sonuçlarını öngörmekte ve suç gerçekleşmektedir. Böylece şerik, özel bir kanun metnine gerek kalmadan kanundaki genel kurallara göre kanunen o sonuçlardan sorumlu olur.

Başkalarına göre ise bu sorumluluk, şerikin iştirak etmek istediği suça yönelen suç kastı esasına dayanmaktadır. Ayrıca muhtemel suçta kasıtlı olmayan hata da bulunmaktadır. Bu da şerikin, işlerin normal seyrine göre bu sonucu öngörmemesinin gerekli olmasına rağmen onun bunu öngörmemesinden kaynaklanmaktadır. Kanun kasıt ve hatayı birleştirmektedir. Onun üzerine çift oluşumlu olan manevi bir esası

²⁸⁹ FÂDİL Muhammed, a.g.e., s. 409.

²⁹⁰ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 262.

kurmaktadır. Sorumluluk bu esasa dayanmaktadır. Bu da o sorumluluğun yasal esası olmaktadır.²⁹¹

Üçüncü bir gruba göre muhtemel suç ancak iştirak konusu olan suçun normal bir şartıdır. Bundan dolayı bu şart için takip edilen genel kurala göre iştirakçi o suçtan sorumludur. Zira muhtemel suçun etkisi fail veya şerik olsun suçta iştirakçi olan herkes için geçerlidir. Bu görüşlerin tümü eleştirilmiştir. Bir ve ikinci görüş oldukları gibi kabul edilemezler. Zira şerikin muhtemel suçtan sorumlu olması suç kastı ve kasıtsız hatadan oluşan çift oluşumlu manevi esasa dayanmaktadır. Bunun kabul edilmesi kesinlikle mümkün değildir. Çünkü suç kastı ve kasıtsız hatayı bizzat belli bir suçun tek bir manevi esasında birleştirmek mümkün değildir. Aynı şekilde öngörülebilirlik kasıtsız bir hata değildir. Onun manevi esasa ilgisi yoktur. Zira kasıtsız hatada sonucun; ihmal, önlem almama ya da kanun ve yönetmeliklere aykırı davranma sebebiyle olması gerekir.²⁹²

Üçüncü görüşün savunduğu şey; muhtemel suçun maddi şart dışında bir şey olmamasıydı. Bu görüş kusurludur. Buna tutunulamaz. Çünkü muhtemel suç, şerikin karışmak istediği suçtan yasal olarak bağımsızdır. Şartın beraber olduğu suçtan bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır. Şart suçun bir parçasıdır. Yani onun unsurlarından biridir.²⁹³

Bu farklı görüşlere karşılık şerikin iştirak etmek istediği suç dışında failin işlediği muhtemel suçtan onun sorumlu olmasındaki yasal esası belirlemeyle ilgili dördüncü bir görüş daha ortaya çıktı. Bu görüş sahipleri kanun koyucunun, şerikin muhtemel suçtan sorumlu olmasını zorunlu objektif sorumluluk esasına dayandırdığını savunmaktadırlar. Yani kanun koyucu, kast edilen muhtemel sonuç için şerikte kastın bulunmasını kesin bir kanun kanıtına dayanarak zorunlu kılmıştır. Bu kanun metnini bu sorumluluk için bir esas kılmıştır. Bu sorumluluk o kanuna bağlıdır. Başka bir şeye bağlı değildir. Zira bu sorumluluk sadece maddi esasa yani davranış, sonuç ve onlar arasındaki sebep sonuç ilişkisine dayanmaktadır.²⁹⁴

Dördüncü görüş çoğu kanunda tercih edilen görüştür. Bunlardan biri de Irak Kanunu'dur. Zira ICK'nin 53. maddesinde buna değinilmiştir. MCK 43. maddesinde, LCK 130. maddesinde KCK 53. maddesinde bunu ele almıştır. Bu kanunlar şerikin

²⁹¹ BEHNÂM Ramsîs, a.g.e., s. 826.

²⁹² SELÂME Me'mûn, a.g.e., s. 495.

²⁹³ HASENÎ Mahmûd, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşrî'âti'l-Arabiyye, s. 437.

²⁹⁴ SELÂME Me'mûn, a.g.e., s. 498.

muhtemel suçtan sorumlu olması için muhtemel suçun şerikin asıl iştirakinin muhtemel bir sonucu olması dışında bir şeyi şart koşmamışlardır. Böylece muhtemel suç ihtimal bağıyla şerikin faaliyetiyle bağlantılı olduğu sürece onun suçtan sorumluluğu devam eder. Zira iştirak kastı burada suça yönelmektedir.²⁹⁵

Muhtemel sonucun hükümleri ve şerikin ondan sorumlu olmasıyla ilgili olarak İCK'nin 53. maddesinde şöyle geçmektedir: *“Eğer gerçekleşen suç, yapılan iştirakin muhtemel bir sonucu olarak meydana gelen bir suçsa her ne kadar suça iştirak eden kişi-fail ya da şerik- bu suçu kast etmemiş olsa da bu suçun cezasıyla cezalandırılır”*.

Bu madde metni haddi zatında genel bir hükmü belirtmektedir. Bunun gereği suça iştirak edenler çoklu iştiraklerinin muhtemel sonucundan sorumludurlar. Bu hüküm bir istisnadır. Sadece suça iştirak teorisinde bulunan bir hükümdür. Oradaki istisna açık bir şekilde başkasının eyleminden sorumlu olmayı kararlaştırmasıdır. Buna rağmen bu kuralın bir gerekçesi vardır. Çünkü iştirak düşüncesinin anlamı; “faydalanan zararı yüklenir” ilkesinin istekleriyle iştirakçi olan, iştirake girmeyi kast eden ve onun neticesini kabul eden tüm iştirakçiler için geçerli olmasıdır.²⁹⁶ Bir açıdan bu böyledir. Başka bir açıdan ise bu hükmün uygulanması için gerçekleşen diğer suçun aslında iştirakçilerin kast ettiği suçun muhtemel bir sonucu olması gerekir. Böyle olması gerekir ki gerçek anlamda iştirakçiler tarafından sarf edilen eylem ve araca binaen onun gerçekleşmesi mümkün olsun. Şerikin sırf bu şartları biraz düşünmesiyle muhtemel suçun öngörülmesi mümkündür.²⁹⁷

Tüm bu anlatılanlara binaen şunu söylemek mümkündür: Üç temel şart bulunduğu zaman yardım eden şerikin failin yaptığı muhtemel sonuçtan sorumlu olması mümkündür. Hukuk doktrin ve yargının kararlaştırdıkları da budur. Birinci şart başlangıçta suça iştirak niteliğinin bulunmasıdır. Zira ancak eyleminde iştirakin üç esası bulunan kişi suçta şerik sayılır.²⁹⁸ İkinci şart şerikin faaliyeti ile onun gerçekleştirmeyi kast etmeyip de meydana gelen suç arasında sebep sonuç bağının olmasıdır. Üçüncü şart ise gerçekleşen suçun iştirak eyleminin muhtemel bir sonucu

²⁹⁵ MECZÛB Ahmed, a.g.e., s. 247

²⁹⁶ ABÛD Sirâc, a.g.e., s. 38.

²⁹⁷ SÂLİM Muhammed, a.g.e., s. 46.

²⁹⁸ İBRAHİM Ekrem, a.g.e., s. 241.

olmasıdır.²⁹⁹ Şerikin meydana gelen suçtan sorumlu olabilmesi için hakimin, kendi kararında zanlının iştirak etmeyi kast ettiği suçu açıklaması gerekir.³⁰⁰

Muhtemel sonuçlar ve iştirakçilerin onlardan sorumlu olma miktarıyla ilgili adli uygulamalardan bazı örnekler getireceğiz. Irak yargısının bu meseleyle ilgili kararlaştırdıklarını incelemek için ITM'nin kararlarından örnek vereceğiz. ITM bir kararında şöyle demiştir: *“Her ne kadar öldürme eylemi hırsızlık suçunu işlemeye yönelen zanlılardan biri tarafından işlense de onların hepsi bu suçtan sorumlu olup onda şerik sayılmaktadırlar. Çünkü bu suç hırsızlık suçunun muhtemel bir sonucudur”*.³⁰¹ Yine bu mahkeme başka bir kararında şunu ifade etmiştir: *“Tartışmadan sonra zanlının mağdurdan intikam almak için yanında bıçak taşıyan biriyle geri gelmesi bunların saldırı üzerinde anlaşmış olduğunu teyit etmektedir. Zanlı bıçak taşıyan kişi tarafından mağdurun bıçaklanması sonucu gerçekleşen öldürme eylemine başlama suçundan sorumlu olur. Çünkü bu suç, zanlıların saldırı için beraber gelmesi ve onlardan birinin bıçak taşımasının muhtemel bir sonucudur”*.³⁰²

Bu mahkeme başka bir kararında şunu ifade etmiştir: *“Silahlı kişilerle beraber hırsızlık üzerinde anlaşma yapmanın neticesinde öldürme ya da ona başlama eyleminin gerçekleşme ihtimali bulunmaktadır. Bu hırsızlıktaki tüm şerikler, öldürmenin öncüleri... ve sonuçlarında da şeriktirler”*.³⁰³

B. Kastın Farklı Olmasının Suça İştirak Edenlerin Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

İştirakçilerden fail ya da şerikin kastı diğer birinin ya da diğerlerinin kastından farklı olduğu zaman bu durum gerçekleşir. O zaman tüm iştirakçiler kanunun suç için kararlaştırdığı cezayla failin kastına bağlı olarak mı yoksa hepsinin kastına bağlı olarak mı cezalandırılacaklar?

ICK'nin 54. maddesi buna şöyle cevap vermiştir: *“Suça iştirak edenlerden birinin-fail ya da şerik-kastı diğer iştirakçilerden farklı olduğu zaman her biri kendi*

²⁹⁹ HALEF Ali, el-Vesît, s. 756.

³⁰⁰ ELFÎ Ahmed, a.g.e. ,s. 194.

³⁰¹ 15.04.1967'de 1416/Cezalar/Genel Kurul/966 Sayılı Karar. Temyiz Mahkemesi Kararları, c. 4, 1970, s. 654.

³⁰² 02.08.1973'teki 3755/Cezalar/1972 sayılı karar, Yargı Yayınları, 1975, s. 369.

³⁰³ 147/Cezalar/1934 sayılı karar, Ceza Hukuku Genel Bölüm, c. 1, s. 11.

kastına göre cezalandırılır". Bu metinde kararlaştırılan ilke "*suçtaki her iştirakçi ancak suçtaki kastına göre cezalandırılır*" kuralına dayanmaktadır.³⁰⁴

Bazen suça iştirak edenlerden birinin kastı diğer iştirakçinin kastından farklı olmaktadır. Bu farklılık sonucunda birinci iştirakçi için suç kararını veren metin, ikinci iştirakçi için suç kararını veren metinden farklıdır. Diyelim ki öldürme suçunu işleyen kişide daha önce ısrar bulunmaktadır. Ama bu şart şerik için bulunmamaktadır. Bu durumda asıl fail, 406. maddeye göre daha önce ısrar etmekle beraber öldürme suçundan dolayı cezalandırılır. Şerik ise 405. maddeye göre sadece öldürme suçundan dolayı cezalandırılır. Bunun aksi de olabilir. Örneğin şerik, hastalığa yakalandığını bildiği ve failin bilmediği bir üçüncü şahsı darp etme konusunda faili azmettirmektedir. Bu darp da o kişinin hastalık sebebiyle ölmesine yol açmaktadır. Şerik hastalık olmadan darbin mağdurun ölümüne sebep olmayacağını bildiği halde bu sonucu kast etmiş olur. Bu durumda şerik, 406. maddeye göre daha önce ısrar etmekle beraber öldürme eyleminden dolayı cezalandırılır. Asıl fail ise 405. maddeye göre sadece öldürme eyleminden dolayı cezalandırılır.³⁰⁵

İştirakçi işlenen suçtan kastının sınırları içinde sorumludur. Zira suçtaki iştirakçinin kastıyla bağlantılı olan şartlardan onun dışında başka şeyler de etkilenir. Bu şartlar olayın niteliğini değiştirme ya da onun cezasını değiştirme ya da nihai olarak caninin sorumluluğunu ortadan kaldırmayı gerektirebilir. Tüm durumlarda bu şartların etkisi o şartlarla nitelen kişi dışındaki birini etkilemez. Yani olayın niteliğini değiştirme ya da ilgili kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırma açısından suçun kanuni niteliği üzerinde etkili olan şartlar konusunda şerik failden bağımsızdır.³⁰⁶

Bazı hukukçulara göre kanun koyucu, faile tabi olması gereken ve suç niteliğini ondan elde eden şerik konusunda kuralın dışına çıkmıştır. Suçun niteliği ne olursa olsun şerikin kastı ve bilgisi failinkinden farklı olsa da onun failin kastı ve bilgisine göre sorumlu olması gerekir. Bu da ICK'nin 51/1 maddesine göre böyledir.³⁰⁷

Başka hukukçulara göre durum bunun aksinedir. Nitekim bu kural, şerikin şartları bilmesini gerekli kılarak onun suç kastını onun sorumlu olmasında bir esas

³⁰⁴ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 236.

³⁰⁵ HADÎSÎ Mustafa, a.g.e., s. 264.

³⁰⁶ UBEYD Raûf, a.g.e., s. 485.

³⁰⁷ HALEF Ali, el-Vesît, s. 757.

saymayı kararlaştırmıştır. Böylece o kural şerikin kendi kastıyla failden bağımsız olduğunu kararlaştırmıştır.³⁰⁸ Kasten öldürme suçunda failde daha önce ısrar varsa ve bu şerikte bulunmazsa her biri için kendi kastına göre cezası olur. Önemli olan suçta iştirak edenin kendi kastının sınırları içinde sorumlu olmasıdır. Bunun sonucunda ceza ağırlaşır ya da hafifler.³⁰⁹ Bu esasa binaen öldürme suçunda şerikin daha önce ısrarının olması ve bunun failde olmaması durumunda olduğu gibi şerik için failin cezasından daha büyük bir ceza düşünebiliriz. Bu durumda şerik ağır bir cezayla cezalandırılır. Öte yandan failin cezası sadece öldürme cezasıdır. Az önce zikredilen ICK'nin 54. maddesinde geçen metin her ne kadar apaçık bir niteliği olsa da yeni bir şey getirmemiştir. Zira söz konusu maddenin kararlaştırdığı suç kastıyla ilgili genel kurallardan da anlaşılmaktadır. Nitekim bu kurallara göre ceza sorumluluğu suçtaki iştirakçinin kastı bu kastı oluşturan unsurlara bağlıdır. O unsurlar da bilgi ve irade unsurlarıdır.³¹⁰

ICK'nin 54. maddesinde kararlaştırılan ilke şu kurala dayanmaktadır: *“Suça iştirak eden herkes ancak kendi suç kastına göre cezalandırılır”*. Bu kural sadece asıl faille ilgili değildir. Aynı şekilde şerikleri de kapsamaktadır. Böylece öldürme suçunda failin kastının yanında daha önce ısrar varsa şerik için ise daha önceden bir ısrar yoksa ve bu şekilde suç gerçekleşirse onlardan her biri kendi kastından sorumlu olur. Fail önceden ısrarla beraber öldürme suçundan sorumlu olur. Onun cezası idamdır. Şerik ise kasten öldürme suçundan sorumlu olur. Onun cezası müebbet ya da geçici haptir. Aynı şekilde iki kişi hamile bir kadını darp ederlerse onlardan biri ona eziyet vermeyi kast ederse ve diğeri çocuk düşürmeyi kast ederse bu darp da kadının düşük yapmasına yol açarsa eziyet vermeyi kast eden kişi kasıtlı eziyet verme suçundan eziyet verdiği kadar sorumlu olur. Diğeri ise çocuk düşürme suçundan sorumlu olur.³¹¹

Bu alanda zikredilebilen yargı uygulamalardan biri MTM'nin şu kararıdır: *“Suç eylemi asıl faile ait olan bir şarttan dolayı onun için niteliği değişirse iştirakle suçlanan kişi bu şartı bilmediği sürece o şartın varlık esasına göre sorumlu olmaz. Bu durumda bilgisi olduğuna dair karar verilmesi gerekir. Z adlı kişi suçlanırsa ve o da demir yolu mühimmatının depo amiri olan B'nin işlediği zimmete geçirme suçu*

³⁰⁸ HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbâti'l-Lübânî, el-Kısmü'l-Âm, s. 480.

³⁰⁹ MUSTAFA Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât, el-Kısmü'l-Âm, s. 360.

³¹⁰ SELÂME Me'mûn, a.g.e., s. 499.

³¹¹ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 239.

*üzerinde anlaşma yapma ya da o suçta yardım etme yoluyla ona iştirak ederse bu suçta onun suçlanması gerekir. Yani Z adlı kişi; B şahsının, çalıştığı mühimmat deposunun amiri olduğunu ve onun kendisine teslim edilen malları zimmetine geçirdiğini bilmektedir”.*³¹²

ITM bir kararında Vasıt şehrindeki Ceza Mahkemesi kararını bozmuştur. Mahkeme nitelendirme ve ceza miktarı açısından o kararı bozmasına rağmen gelen diğer kararları onaylamıştır. Bu kararlardan biri bahsettiğimiz kuralla ilgili karardır. O kural da iştirakçilerin bazısının kastı diğerlerinden ayrı olduğu zaman “*herkes kastına göredir*” kuralıdır. Vasıt Ceza Mahkemesi’nin karar verdiği olayın aslı şöyledir: Olay 17.05.1989’da 1197 sayılı atıf kararıyla Kuveyt Mahkemesi hakimi tarafından Vasıt Ceza Mahkemesi aktarıldı. Bu karar gereği D ve V adlı zanlıların, CK’nin 406/1/A maddesi ve 47, 48 ve 49 maddelerine göre yargılanmaları için onlar Vasıt Ceza Mahkemesi’ne aktarıldılar. D adlı kişi ikinci zanlı olan V’nin de hazır bulunduğu esnada N adlı kişiye ateş etti. Soruşturma Mahkemesi öldürme suçunda V’yi D’nin şeriki kabul etti. Ancak Ceza Mahkemesi az önce zikredilen kuraldan hareketle ikinci zanlı olan V’nin eylemini İCK’nin 247. maddesine göre sadece suçu haber vermekten sakınma şeklinde nitelendirdi. Böylece Temyiz Mahkemesi’nin ikinci zanlının eylemini nitelendirmesini onayladı. Bu onayın az önce zikredilen kuralı kapalı olarak kabul etme olduğu anlaşılmaktadır. Bu da her insanın iştirakinin kendi kastına göre olduğunu teyit etmektedir.³¹³

Ceza Mahkemesi; K.H. ve L.M. adlı kişiler daha önce ısrarın olmasıyla beraber kasten ateş ettikleri M.C.M. adlı mağduru öldürmeye başlama suçundan dolayı onları İCK’nin 406/1/A ve 47, 48 ve 49 maddelerine göre anlaşma ve iştirakle suçu işlemeye suçlu saydı. Ancak Temyiz Mahkemesi H.M. ve L.M. zanlılarının kastının tartışma esnasında kasten M.C.M.’yi öldürmeye başlayan K.H. zanlısının kastından farklı olduğunu gördü. Zira onlar bu suçu işleme kastında K.H.’yle iştirak etmediler. Onların kastı ve bilgisi başka suç eylemlerinde meydana geldi. Onlar o suçtan sorgulandılar.³¹⁴

Bu esasa binaen şöyle söyleyebiliriz: İCK’nin 54. maddesinde belirtilen hüküm, “*şerik failin cezasıyla cezalandırılır*” diye ifade bulunan İCK’nin 50/1

³¹² Mısır Temyiz Mahkemesi, 1950, 28 Ekim 1940, Temyiz Mahkemesi, Kahire, 1956, s. 7.

³¹³ 14/03.1990 tarihli 131/Genel Kurul/1989 sayılı karar.

³¹⁴ SÂ’İDÎ Hâlid Cevâd, a.g.e., s. 212.

maddesinde belirtilen genel kuraldan bir istisnadır. Çünkü bu istisna ceza sorumluluğunun kurallarıyla daha uyumludur. Bu kurallar da edep ve manevi esasa dayanmaktadır.

Başka bir açıdan ise bu istisna adalet yaklaşımlarına dayanmaktadır. Zira bir suçlunun yanındaki suç kastı suça iştirak eden diğer iştirakçilerin kastından farklı ise onun cezasının daha ağır olması bir adalet gereğidir. Aynı şekilde kamu yararı onun cezasının hafif olmasına müsaade etmemektedir.³¹⁵

C. Suçun Gerçekleşmesiyle İlgili Bilginin Farklı Olmasının İştirakçilerin Cezası Üzerindeki Etkisi

Bazen iştirakçiler tarafından suçun işlenmesiyle ilgili bilgi niteliğinde olan farklılık suçun niteliğini değiştirmektedir. Dolayısıyla onun cezasını da değiştirir. Bu şekil nadiren olan bir durumdur. Kanun koyucu, fail belli bir durumu bildiği zaman işlenen suçun vasfının değiştiğini varsaymıştır. Bu da o suçun cezasını değiştirmeye yol açar.³¹⁶ Bu durumda fail veya şerik olan iştirakçilerden biri belli bir durumu bilirse bu bilginin suç niteliğinde yaptığı değişiklik tek başına bilen iştirakçiyi mi yoksa diğer iştirakçileri de mi etkiler?

ICK'nin 54. maddesi bu durumu şöyle ele almıştır: *“Suça iştirak edenlerden birinin-fail ya da şerik-bilgisi suçta iştirak eden diğer iştirakçilerin bilgisinden farklıysa her biri kendi bilgi şekline göre cezalandırılır”*. Yani suça iştirak edenlerden her biri, diğerlerinin bilgi şeklinden etkilenmeden kendi bilgi şekline göre cezalandırılır.³¹⁷

Hırsızlık, ağır suç ya da hafif suçtan elde edilen malları gizleme suçuna fail bunun kaynağını bilirse öte yandan yardımcı bunu bilmezse onlardan her biri kendi kastına göre ceza alır.³¹⁸

Burada önemli olan husus suça iştirak edenin kendi bilgi sınırları içinde sorumlu olmasıdır. Bunun neticesinde ceza ağırlaşır ya da hafifler.³¹⁹ Örneğin A şahsı çalınan bir malı gizleme konusunda B şahsına yardım etmektedir. A şahsı çalınan malın ağır suç olan hırsızlık suçundan elde edildiğini bilmektedir. B şahsı ise normal

³¹⁵ İBRAHİ Ekrem, a.g.e., s. 244.

³¹⁶ HALEF Ali ve ŞÂVÎ Sultân, a.g.e., s. 240.

³¹⁷ ABDÜSSETTÂR Fevziyye, a.g.e., s. 333.

³¹⁸ RÂŞİD Ali, a.g.e., s. 357.

³¹⁹ SA'İD es-Sa'îd, a.g.e., s. 335.

hafif hırsızlık suçundan elde edildiğini sanmaktadır. Bu durumda ICK'nin 460. maddesine göre bu suç A şahsı için ağır suçtur. Bu maddenin son fıkkına göre B adlı şerikin suçu ise hafif suçtur. Her birinin cezası buna göre belirlenir.³²⁰ Temyiz Mahkemesi'nin bir kararı vardır. Ondan bu görüş anlaşılmaktadır.

Temyiz Mahkemesi'ne gelen bir davada özetle şöyle geçmektedir: K adlı mağdur, Kadiye Su İşleri Müdürlüğü karşısındaki olay bölgesinde yüzleri maskeli ve ellerinde silah olan dört kişiyi gördü. Onlar R adlı kişinin koyunlarını geri almak amacıyla orada bulunmaktaydılar. Saat gece yarısından sonra 02:30'du. Resmi görevde olan komiser onları gördüğünde bu kişiler ellerindeki silahlarla ona birkaç el ateş ettiler. Ona iki kurşun isabet etti. Böylece o yere düştü. Suçlar da kaçtılar. Bu polis hastaneye kaldırıldı ve orada hayatını kaybetti. Soruşturma yapıldıktan sonra tutuklanan E., M., H.E. ve A. adlı zanlılar mahkemeye aktarıldılar. Onlarla beraber suça katılan A.L. adlı zanlı ise kaçtı. Bu gıyabi olarak mahkemeye aktarıldı. Bunlar ICK'nin 47, 48 ve 49. maddelerinin delaletiyle 406/1/H maddesine göre detaylı bir şekilde yargılanmaları için Necef Ceza Mahkemesi'ne aktarıldılar. Yargılamadan sonra E. ve M. şahsı suçlu görüldü. H.E. adlı zanlıyla ilgili ise mahkeme şu kararı verdi: *“Bu kişinin suç işlemeye iştirak ettiğini destekleyen bir şey olmadığı için onun suç esnasında sadece suçlularla beraber olması onun aleyhine bir delil olarak yeterli değildir”*. Bu karara göre mahkeme şu kurala tutunmuştur: *“Herkes suçtaki kastı ve bilgisine göre ceza verilir”* İştirakçinin bilgisinin diğer iştirakçilerin bilgisinden farklı olduğu zaman böyle olur.

³²⁰ İBRAHİM Ekrem, a.g.e., s. 246.

SONUÇ

Irak kanununda suçta iştirakle ilgili konuyu araştırma sonucunda bazı netice ve önerilere ulaştık. Onları maddeler halinde şöyle ele alabiliriz:

Neticeler:

1- Somut delille ve tarihsel olarak suçta iştirak düşüncesinin aslen bir Irak düşüncesi olduğu ortaya çıktı. Zira suçta iştirak Irak'ın eski milletlerinin düşüncesi ve kanunlarında özellikle de Sümerlerde bulunmaktaydı. Dolayısıyla bu batı milletlerinden bize geçen bir şey değildir.

2- İslam hukuku açık bir şekilde suçta iştiraki açıklamıştır. Zira İslam Hukuku, iştirakin durumlarını düzenlemiştir. Onu asıl iştirak ve ikincil iştirak şeklinde düzenlemiştir. Birincisinin sahibine doğrudan fail denilmektedir. İkincisinin sahibine ise mütesebbib, dolaylı fail, yardımcı ya da müsebbip denilmektedir. Hatta İslam Hukuku, herkesten önce sakınma yoluyla suçta iştirak etme düşüncesini de tanımlamıştır.

3- Irak kanun koyucu, bahsi geçen İCK'nin 48. maddesini oluştururken ifadeleri titiz seçmiştir. Zira suç sahnesinde hazır bulunan şeriki asıl fail hükmünde kabul etmiştir. Onun suç işlendiği esnada orada hazır bulunmasının sadece suçu izlemek ya da suçu oluşturan eylemlerden birini yapmak için olması fark etmez. Nitekim bu her iki şekil, suçu yerine getirmeye yönelik elverişli bir suç niyetinin onda bulunduğu delil olmaktadır.

4- Bu araştırmada suçta iştirakin olumlu bir yolla gerçekleştiği gibi sakınma yoluyla da gerçekleştiği sonucuna vardık. Lakin bu, kanun ya da anlaşmanın mükellefe verdiği görev sınırları çerçevesinde olmaktadır.

5- Asıl fail olmazsa, bilinmezse, ölmüşse ya da mağdur veya onun yerine geçen birinin şikayeti olmadığı sürece kendisine dava açılmayan kişilerden biriye şerike ceza verme, onun hakkında yasal kararlar alma ve onu yargılamanın; “*şerik, asıl failin eyleminden suç niteliğini elde eder*” diyen kuralla çelişmediğini tespit ettik.

6- Suçta iştirakin genel esasları konusunda maddi ve manevi esasların yanında üçüncü bir esasın olması gerektiğini savunan görüşü teyit ettik. O da kanun cezalandırdığı eylemin asıl fail tarafından

gerçekleşmesinden ibaret olan yasal esastır. Çünkü bu esas olmadan diğer esaslarla beraber suça iştirak gerçekleşmez. Zira failin eylemi şerikin eyleminin suç niteliği için kaynaktır. Asıl failin eylemi kanunen suç olmadığı sürece şerikin eylemi suç niteliğini almaz.

7- Bu araştırmamızda şerikin yardım ettiği suç herhangi bir sebepten dolayı gerçekleşmediği durumda onun cezalandırılacağı sonucuna ulaştık. Bu sebepte şerikin hiçbir iradesi olmaması gerekir. Lakin bu durumda onun cezası iştirak etmeyi kast ettiği suçtan dolayı değildir. Zira iştirake başlama düşüncesine göre kesinlikle suç gerçekleşmemiştir. Lakin onun cezalandırılması, yaptığı yardımın kendi başına bağımsız bir suç teşkil ettiğinden dolayıdır.

8- Çoğu ceza kanunlarının aykırı davranış olan çok hafif suçları iştirakin hükümlerinden ayrı tuttuğunu gördük. O kanunlara göre çok hafif suçlarda iştirak olmaz. Çünkü ağır ve hafif suçlara kıyasla çok hafif suçlar önemsizdir. Onların failinin tehlikesi bulunmamaktadır. Ancak Irak kanun koyucu bu tür suçları iştirak hükümlerinden istisna etmemiştir. ICK'nin 47 ve 48. maddelerinde geçen metin şu ifadeyi kullanmıştır: “*Suçta fail sayılır ve suçta şerik sayılır*”. Yani genel bir şekilde çok hafif suçlar iştirak hükümlerinden istisna edilmemiştir. Irak kanun koyucunun bu tür suçlara bakışı tam olarak açık olmadığı için o bu suçları ICK'deki genel kuralların çoğunda-ki ceza anlaşması da bunlardandır-istisna ettiği gibi suça iştirakte de bunlara değinmesi gerekirdi.

Öneriler:

1- ICK'de çok hafif suçların nihai olarak suç çerçevesinden çıkarılması ve “*Suçlar büyüklüklerine göre üç kısımdır: Ağır, hafif ve çok hafif suçlar...*” şeklinde ifadede bulunan 23. maddenin değiştirilmesi gerekir. Böylece suçlar; sadece ağır ve hafif suçlar olarak kalır.

2- ICK'nin 48/3 maddesi şunu ifade etmiştir: “*Suçtan haberi olduğu halde suçu işlemede kullanılan herhangi bir silah, araç ya da başka bir şeyi faile veren ya da suçun işlenmesi için hazırlayıcı, kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı olan eylemlerinde herhangi bir yolla kasten faile yardım eden kimse suçta şerik sayılır*”. Bu madde sadece şerik şeklini belirlemekle sınırlı kalmamıştır. Kolaylaştırıcı ve tamamlayıcı

eylemlerini eklemekle fail şeklini ona dahil etmiştir. Zira bu iki eylem suç yerine getirildiği anda olur. Hazırlayıcı eylem ise suç eyleminden önce olur. Dolayısıyla şerik niteliği sadece hazırlayıcı eylemlerle belirlenir. İCK'nin 49. maddesi de bu söylediklerimizi teyit etmektedir. Nitekim o madde; *“İster suç işlendiği esnada hazır bulunsun ister suçu oluşturan eylemlerden herhangi birini yapsın 48. madde gereği şerik sayılan herkes suçun faili sayılmaktadır”* diyerek şerikin sırf suç sahnesinde hazır bulunmasıyla onu asıl fail hükmünde kabul etmiştir. Dolayısıyla yerine getirilen eylemle aynı anda gerçekleşen kolaylaştırıcı ya da tamamlayıcı eylemleri yapan kimse nasıl şerik sayılır. Bundan dolayı araştırmacı kolaylaştırıcı ve hazırlayıcı eylemler İCK'nin 49. maddesinin *“ya da suçu oluşturan herhangi bir eylemi yaparsa...”* diye ifade edilen ikinci kısma girmektedir. Nitekim bu eylemler suç eylemiyle aynı anda olmaktadır. Bu da şerikin niteliğini fail olarak değiştirmektedir. Bundan dolayı araştırmacı; 48/3 maddesinin, şerik asıl faille karıştırılmadan ona apaçık bir nitelik verecek şekilde tekrar düzenlenmesini önermektedir.

3- İCK'nin 51. maddesinin; bilinen veya bilinmeyen hafifletici ve ağırlaştırıcı maddi şartların suça iştirak eden herkes üzerindeki etkisinden bahsettiğini; lakin meşru müdafaa ya da zorunluluk durumu gibi cezayı affedici olan maddi şartlardan bahsetmediğini görmekteyiz. Bu konuyu inceledikten ve bu çalışmada tartıştıktan sonra araştırma esnasında açıkladığımız gerekçelerden dolayı bu affedici şartlardan bahsedilmemesine rağmen onların suça iştirak eden herkes için geçerli olması daha uygundur.

4- İCK'nin 51. maddesinin; suç işlemeyi kolaylaştıran kişisel şartlar, bilinsin veya bilinmesin o şartların sahibi dışındaki birini etkilememesini güvenceye alacak şekilde tekrar düzenlenmesi gerekir. Ağırlaştırma sebebi o şartın sahibiyle bağlantılı olan ve başkasıyla bağlantılı olmayan kişisel yaklaşımlara dayanmaktadır. Bundan dolayı bu şartların diğer iştirakçiler için de geçerli olmasının hiçbir gerekçesi yoktur.

Bu araştırmayla vardığımız sonuçları ve önerileri sunduktan sonra adalet uğrunda gerçekleştirmeyi temenni ettiğimiz amacı gerçekleştirecek şekilde başarılı olmayı umuyoruz. Niyetleri Allah bilir.

BİBLİYOGRAFYA

ABDURRAÛF Mehdî, Şerhu'l-Kavâidü'l-Âmme li-Kânûni'l-Ukûbât, Kahire, b. 1, 2008.

ABDÛSSETTÂR Fevziyye, el-Müsâhmetü'l-Asliyye fi'l-Cerîme, Doktora Tezi, Kahire, 1959.

ABÛD Sirâç, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm el-Cüzü's-Sânî, Dımaşk, 2014.

ARFEC Fehd Bin Mübârek, et-Tahrîd ale'l-Cerîmeti fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'n-Nizâmi's-Su'ûdî, Etnolojik ve Uygulaması Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Riyad, 2006.

ATAULLAH Şeymâ, el-Müsâhmetü'l-Cinâiyye, Açık Öğretimde Sunulmuş Bir Konferans, Kahire, 2010.

AYDIN Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, 2009.

ÂYİDÎ Râmiz Ahmed, Kânûnü'l-Ukûbât, Filistin, 2010.

BEDEVÎ es-Seyyid Ahmed, el-İştirâkü'l-Cinâî fi'l-Kânûnü'r-Românî, Analitik Bir Araştırma, Şerîat ve Kanun Dergisi, Birleşik Arap Emirlikleri Üniversitesi, sy: 52, 2012.

BEHNÂM Ramsîs, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Kânûni'l-Cinâî, el-İskenderiye, b. 3, 1971.

CÂD Sâmi, Mebâdiü Kânûni'l-Ukûbât, Kahire, 1987.

CEBÛR Muhammed Avde, el-Vesît fi Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Amman, 2012.

CÛNDÎ Abdümelik, el-Mevsûatü'l-Cinâiyye, c. 1, Kahire, 1931, s. 713.

DUVEYHÎ Eşref, el-Müsâhmetü fi Cerâimi'l-Ma'lûmâti'l-Müta'allika bi'l-İ'tidâi's-Şahsî, Yüksek Lisans Tezi, Suudi, 2009.

EBÛ ÂMİR Mahmûd Zekî, Kânûnü'l-Ukûbât-el-Kısmü'l-Âm, Kahire, 1986, 410.

ELFÎ Ahmed, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Lîbî el-Kısmü'l-Âm, b. 1, İskenderiye, 1969.

EMİN Muhammed, Kânûnü'l-Ukûbâti'l-Kısmi'l-Âm Nazariyyetü'l-Cerîme, Beyrut, 2010.

FÂDİL Muhammed, Mebâdi' fî Kânûni'l-Ukûbât, Dımaşk, 1964.

FADL Münzir, Târîhu'l-Kânûn, b. 2, 2005.

FEĞÛL Arabiyyeh, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fî Kânûni'l-Ukûbâti'l-Cezâirî, Yüksek Lisans Tezi, Cezayir, 2002.

HACÛC Muhammed, el-Fâilü'l-Mânevi li'l-Cerime, el-Kudüs, 2015.

HADÎSÎ Fahrî, Şerhu Kânûni'l-Ukûbâti'l-Kısmi'l-Âm, Bağdat, 1992.

HAFIZOĞULLARI Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara, 2008.

HALEF Ali Hasan, el-Vesît fî Şerhi Kânûni'l-Ukûbât-en-Nazariyyetü'l-Âmme, ts.

HALEF Ali Hüseyin ve BEŞTÂVÎ Sultan Abdulkadir, el-Mebâdiü'l-Âmme fî Kânûni'l-Ukûbât, b. 1, Bağdat, 2010.

HALEF Ali, el-Vesît fî Şerhi Kânûni'l-Ukûbât-en-Nazariyyetü'l-Âmme el-Cüzü'l-Evvel, b. 1, 1968.

HALEF Gâlib Ubey, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Bağdat, 2010.

HALEF Gâlib, Şerhu Kânûnü'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Kahire, 2010.

HÂMİD Kâmil, Ahkâmü'l-İştirâk fî'l-Cerîme fî'l-Fıkhî'l-İslâmî, Yüksek Lisans Tezi, Filistin, 2010.

HASENÎ Abbas, el-Fıkhü'l-Cinâ'î fî Karârâti Mahkemeti't-Temyîz, c. 1, Genel Kısım, 484/C/32 sayılı karar, Bağdat, 1968.

HASENÎ Mahmûd Necîb, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fî't-Teşrî'âti'l-Arabiyye, Kahire, 1961.

HASENÎ Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Lübnânî el-Kısmü'l-Âm, Beyrut, 2002.

HURŞÎD Kahtân, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fî'l-Kânuni'l-Irâkî ve'l-Mukâran, Kürdistan Bölgesi, Irak, 2012.

HÜSEYİN Kâmil Muhammed, Ahkâmü'l-İştirâk fî'l-Cerîme fî'l-Fıkhî'l-İslâmî, Pozitif Hukukla Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Filistin, 2010.

HÜSEYİN Mahmûd, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşri'âti'l-Arabiyye, ts.

İBRAHİM Ekrem el-Kavâidü'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbâti'l-Mukâren, b. 1, Bağdat, 1998.

İSMÂİL Mahmûd İbrahim, Şerhu'l-Ahkâmi'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbât, Kahire, 1959.

KAHVECÎ Ali Abdulkadir, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm Nazariyyetü'l-Cerîme, Beyrut, 2008.

KANBUR Nihat-ÖZBEK Veli-BACAKSIZ Pınar-DOĞAN Koray-TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010.

KAPUSUZOĞLU Beril Taşkın, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, b. 1, İstanbul, 2017.

KERBÛLÎ Ahmed Abd Câsım, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye Beyne's-Şerî'ati ve'l-Kânûn, Anbar Üniversitesi Dergisi, c. 3, sy: 12, 2011.

KEYLÂNÎ Reşîd, Mesâlikü Kânûni'l-Ukûbât, Bağdat, 1940.

MAHMÛD Dârî el-Besît fi Şerhi Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Bağdat, b. 1, 2002.

MATŞAR Delâl Latif ve İBRAHİM Muhammed İsmail, el-İ'tidât bi'n-Niyyeti fi'l-Müsâhemeti'l-Asliyye ve't-Teba'iyye Dirâsetün Mukârane, İslam Üniversitesi Külliyesi Dergisi, en-Necef el-Eşref, c. 1, sy: 41, 1997.

MATŞAR Delâl, el-İ'tidât bi'n-Niyye fi Kânûni'l-Ukûbât, Doktora Tezi, Babil, 2015.

MECÂLÎ Nizâm Tevfik, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât el-Kısmü'l-Âm, Amman, 2009.

MECZÛB Ahmed, et-Tahrîdü ale'l-Cerîme, Kahire, 1970.

MESKÛNÎ Sabîh, el-Kânûnü'r-Românî, Birinci Bölüm, Bağdat, 1968.

MUHAMMED Aved, Kanûnü'l-Ukûbât-el-Kısmü'l-Âm, İskenderiye, 1998.

MUSTAFA Mahmûd Mahmûd, Usûlü Kânûnü Ukûbât fi'd-Düveli'l-Arabiyye, b. 1, 1970.

MUSTAFA Mahmûd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbât, el-Kısmü'l-Âm, 1974, b. 9.

MÜRŞİDÎ Emel, Bahsün Kânûniyyün ve Dirâsetün Havle Mâhiyyeti'l-Müsâhemeti'l-Cinâiyye ve Şürûtuhâ, Kahire, 2016.

NÂFÎ' Sâkir, el-İştirâk fi'l-Cerîme fi'l-Kânûni'c-Cezâirî ve'l-Mukâren, Yüksek Lisans Tezi, 2015.

NASRÂVÎ Sâmi, el-Mebâdiü'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbât, c. 1, 1977.

ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZEN Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı, TBB Dergisi, sy: 70, 2007.

ÖZGENÇ İzzet, Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Failik.

RAKÂD Ahmed, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi Cerîmeti'l-Katli bi's-Sehm, Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Amman, 2014.

RÂŞİD Ali, Mebâdiü'l-Kânûni'l-Cinâî, Kahire, 1969.

RÂZİKÎ Muhammed, Muhâdarâtün fi'l-Kânûni'l-Cinâ'î el-Kısmü'l-Âm, b. 2, Bingâzî, 1999

SA'DÎ Hamîd, Şerhu Kânûni'l-Ukûbâti'l-Cedîd, 1. Baskı, Bağdat, 1976.

SA'ÎD es-Sa'îd-MÜRŞÎ Muhammed, Kânûnü'l-Ukûbâti'l-Mısrî el-Cedîd, c. 1, Kahire, 1946.

SA'ÎD Mustafa Sa'îd, el-Ahkâmü'l-Âmme fi Kânûni'l-Ukûbât, b. 4, Kahire, 1962.

SÂ'İDÎ Hâlid Cevâd, el-Müsâ'adetü Vesîletün Min Vesâili'l-İştirâ fi'l-Kânûni'l-Irâkî, Bağdat, 2012.

SÂLİM Muhammed Ali, el-İştirâk bi'l-Müsâ'ade ve Eserühâ bi'l-Ikâb, Yüksek Lisans Tezi, 1979.

SÂMÎ HUSÂM, el-Müsâhemetü'taba'iyye fi'l-Kânûni'l-Cinâ'î, Mısır, 2007.

SELÂME Me'mûn, Kânûnü'l-Ukûbât, el-Kısmü'l-Âm, b. 1, 1983.

SEMÛNÎ Ferîd ve ENVÂR Fuâd, el-Muhtasarü'l-Müfid fi'l-Kânûni'l-Cinâiyyi'l-Âm, c. 1, Fas Krallığı, 2014.

SONGUR Haluk, İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak Teorisi Mukayeseli Bir İnceleme, Doktora Tezi, Isparta, 2001.

SÛRÛR Ahmed Fethî, el-Vesît fi Kânûni'l-Ukûbât, c. 1, Kahire, 1996.

ŞENÂVÎ Semîr, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Cerîme mine'l-Ukûbeti fi Kânûni'l-Cezâi'l-Kuveytî, Kuveyt, 1988.

ŞİHÂB Abdulhamîd, Nazariyyetü'l-Fâili'l-Manevi, Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Deyali Üniversitesi Hukuk Fakültesi, el-Fetih Dergisi, sy: 34, 2008.

ŞÜKÛR Yezin Tahsîn, Davâbitü't-Tefrika Beyne'l-Fâili Ma'a Gayrihi fi'l-Cerîme ve't-Tedahhuli fihâ, Yüksek Lisans Tezi, Amman, 2006.

TUVÂNÎ Nasîre, Muhâdarâtün fi'l-Kânuni'l-Cinâiyyi'l-Âm, Abdurrahman Mîre Üniversitesi, Hukuk ve Siyaset Bilimleri Fakültesi, 2015.

UBEYD Ra'ûf, Mebâdiü'l-Kısmi'l-Âm fi't-Teşri'i'l-İkâbi'l-Mısrî, b. 4, 1979.

VERDÎ Ebû Ervâ, el-Müsâhemetü'l-Cinâiyye fi't-Teşri'i'l-Cezâirî, 2010.

ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. baskı, İstanbul, 2003.

ZÜLEMÎ Mustafa, el-Mesûliyyetü'l-Cinâiyye fi'ş-Şer'ati'l-İslâmiyye, c. 1, Kahire, 1982.

Kanunlar, Kararlar ve Dergiler

Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Adliyye, 288/Suçlar/1976, sy: 2, yıl: 7, 1977.

147/Cezalar/1934 sayılı karar, Ceza Hukuku Genel Bölüm, c. 1.

167/Cezai sayılı Irak Temyiz Mahkemesi kararı, Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Kadâiyye, sy: 2, 1953.

1969 tarih ve 111 sayılı Irak Ceza Kanunu.

1969 tarihli Irak Ceza Kanunu.

57/C/62 sayılı karar, el-Fikhü'l-Cinâi'de yayınlanmıştır, c. 1, s. 159; Temyiz Mahkemesi Kararı, c. 4.

Mısır Temyiz Mahkemesi, Mecmû'atü Ahkâmi'n-Nakd, sy: 91, 1970.

Mısır Temyiz, el-Mucmû'atü'r-Resmiyye, yıl: 17, sayı: 100/9 Haziran/1910.

Mısır Temyiz Mahkemesi, 1950, 28 Ekim 1940, Temyiz Mahkemesi, Kahire, 1956.

Temyiz Mahkemesi Kararları Ceza Hukuku, 25.02.1953 tarihli ve 110/Suçlar/1953 sayılı karar, c. 2, sy: 357.

Irak Adli Dergi, sy. 2, 1966.

15.04.1967'de 1416/Cezalar/Genel Kurul/966 Sayılı Karar. Temyiz Mahkemesi Kararları, c. 4, 1970.

22.07.1972 tarihli 48/Genel Kurul/1972 sayılı karar.

02.08.1973'teki 3755/Cezalar/1972 sayılı karar, Yargı Yayınları, 1975.

07.12.1974'deki 156/Genel Kurul/974 sayılı karar, yargı yayınları, yıl: 5.

21.01.1976 tarih ve 1173 sayılı Temyiz Mahkemesi kararı, Mecmû'atü'l-Ahkâmi'l-Adliyye, sy: 1, yıl: 7, 1976.

Mecmû'atü'l-Ahkâmi'd-Düveliyye, sy: 2, yıl: 7, 14.04.1976 tarihli ve 471 sayılı karar.

24.10.1976 tarih ve 1004 sayılı kararı, Mecmû'atü'l-Ahkâmi'l-Adliyye, sy: 4, yıl: 7, 1976.

10.02.1979 tarihli 316/Genel Kurul/978 sayılı karar.

Temyiz Mahkemesi'nin 15.02.1988'deki 180 Genel Kurul/87/88 sayılı kararı.

17.12.1989'daki 117 sayılı Genel Kurul Kararı.

05.02.2008'de çıkan 102/İkinci Ceza Kurulu/2008 sayılı Temyiz Kararı, Yargı Dergisi, Irak Yargı Dergisi Yüksek Yargı Kurulu Yayınları, sy: 2, Bağdat.

14/03.1990 tarihli 131/Genel Kurul/1989 sayılı karar.