

## YENİ TCK'DA İŞTİRAK

Av. M. İhsan DARENDE

5237 sayılı TCK (YTCK), iştirak müessesesini, tamamıyla yeniden düzenlemiştir. Bu bağlamda, iştirak kategorilerini üç temel noktada toplamış, uzun süredir eksikliği duyulan “dolayısıyla faillik (dolaylı faillik)” müessesesini tanzim etmiş, bağlılık kurallarını düzenleyerek, sirayet meselesini köklü bir çözüme kavuşturmuştur. Bu düzenlemeler, dili bir yana bırakılacak olursa, modern ceza hukukunun gereklerine uygundur. YTCK'daki iştirak kurallarını, kavramın niteliğini de göz önünde bulundurarak incelemekte fayda bulunmaktadır:

### Kavram ve Hukuksal Nitelik

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden çok şahıs tarafından, önceden anlaşarak işbirliği içinde işlenmesi halinde, failer arasında iştirak bulunduğu kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Bir görüşe göre, bir eylemin suç teşkil etmesi için, yapılan hareketin, kanunda düzenlenen suç tiplerinden birine ait olması gerekmektedir. Eğer faillerden bir kısmının hareketi kanuni tipe uygun değilse, bu duruma ilişkin özel kurallar bulunmadıkça, o failerin cezalandırılması mümkün değildir. İşte bu sebeple kanun koyucu, asıl failerle işbirliği içinde hareket eden bu faileri de cezalandırabilmek için, iştirak kurallarını ihdas etmiştir: İştirak kuralları, asıl normu tamamlayıp genişleten kurallardır. Doktrinde baskın olan bu görüşe göre, iştirak kuralları, tali ve tamamlayıcı bir nitelik gösterir<sup>2</sup>. Bir başka görüşe ise tipe uygun hareketi yapmayan fail dahi, objektif bakımdan hukuka aykırı neticeye, sübjektif bakımdan kusuruyla sebebiyet vermiş ise cezalandırılabilir. Bu görüş, nedensellik bağı teorisinin, iştirak durumuna uyarlanmış halidir. Eğer herhangi bir hareketle netice arasında, başka failerin hareketinin eklenmesiyle oluşmuş olsa da, nedensellik bağı mevcut ise bu hareketin faili cezalandırılabilir. Bunun için özel kurallar konması gerekmemektedir. Dolayısıyla, iştirak kuralları, asıl hükmün alanını genişleten değil; tam tersine, daraltan niteliğe sahiptir. Çünkü nedensellik değerine sahip hareketlerden bazısının faileri, özel iştirak kategorileri içinde yer almadıkları için cezalandırılmayacak, bazıları ise fer'i fail sayılarak, gerekenden daha az cezaya çarptırılacaktır<sup>3</sup>. Bir başka görüş ise, iştirak halini, sosyal bir işletme olgusuna benzetmektedir. Buna göre, bir neticeyi meydana getirmeye yönelik kuvvetler arasındaki birleşme, ekonomik alanda bir işletme meydana getirir. Bu işletmenin en akılcı gerçekleşme aracı da işbölümüdür. İştirakte, suçu işlemek için hazırlanan araçlar sermayeyi, amaca ulaşmayı üstlenen kişi müteşebbisi, diğerleri de ortakları belirtir<sup>4</sup>.

İştirak kurallarının niteliği konusunda benimsenen görüşler, iştirakin şart ve hükümlerinde de değişikliğe yol açmaktadır. Örneğin, iştiraki “nedensellik teorisi” çerçevesinde açıklayan görüşe göre, nedensellik değeri taşıyan hareketleri yapan tüm failerin aynı cezayı almaları gerekmektedir. Buna karşılık iştirak kurallarını tamamlayıcı nitelikte kabul eden görüşe göre, tüm failerin eşit ceza almaları zorunlu değildir. Bunlardan bir kısmına göre, suça katılımı ve suçtan elde ettiği yarara göre failer iki gruba ayrılmalı, suçta asıl söz sahibi olup, neticeden asıl yararlananlar aynı cezayı alırken, ikincil durumda kalanlar, bunlara göre daha az cezaya çarptırılmalıdır<sup>5</sup>. Pozitivist okul ise her faile gösterdiği tehlike hali dikkate alınarak yaptırım belirlemek gerektiğini ileri sürmektedir<sup>6</sup>.

Kanımcıca iştirak, bir kişi tarafından dahi işlenebilen bir suçun, birden fazla fail tarafından gerçekleştirilmesi hali olduğuna göre, kural olarak, eylemin sonuca ulaşmasında kolaylık ve suç işleme iradesinde yoğunluğa işaret etmektedir. Bu haliyle de, isnadiyeti artıran

bir olgu olarak ayrıca düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır. Diğer yandan, hâlihazırdaki sistemde ceza verme hakkı, diğer sebeplerin yanında, kefarete de dayalı olduğuna göre, suçta kanuni unsurun aranması zorunludur. Çünkü ceza verme hakkı, sadece rehabilite etme değil, kefaret amacına da dayanmaktadır. Buna bağlı olarak cezanın içeriğinde acı verme işlevi de bulunmaktadır. Böyle olunca, yani ceza, sadece bozulan toplumsal barış ve huzuru yeniden tesis etme ve bir daha bozulmasını önleme açısından, faili topluma kazandırma aracı olmanın yanında/dışında, kefaret prensibi uyarınca, acı çektirme işlevi de görünce, bu yaptırıma sebebiyet veren olguların, önceden listelenmesi zorunludur. Toplumun bu günkü gelişmişlik seviyesinde, cezanın içeriğinde, kefaret temeline dayalı bir acı çektirme işlevi de bulunması gerekmektedir. Çünkü suçtan doğrudan zarar gören kişiler bu suretle tatmin edilmediği takdirde, bozulan toplumsal sükûnun tesisi çok daha güç ya da imkânsız olacak, suçla bozulan toplumsal barış, bunu izleyen olaylarla daha da yıpranacaktır. Bu durumda ise suçların önceden listelenerek açıklanması zaruridir. Çünkü ancak fail, hangi eylemleri yapmaktan kaçınması gerektiğini, bu kodlardan öğrenmesine rağmen, onlara aykırı davranmış ise acı veren bir yaptırıma tabi tutulabilir. Böyle olunca da, yani suçun oluşumu için kanuni unsurun varlığı gerekince, tipe uygun olmayan hareketleri yapan faillerin cezalandırılabilmesi için, özel düzenlemeler bulunması zorunludur. Aksi takdirde, bu failer cezasız kalacaktır. İşte iştirak kuralları, bu yönüyle tamamlayıcı nitelik taşımaktadır. Ancak iştirak kurallarının bu tamamlayıcı niteliği, iştirak kavramının sosyolojik boyutunu değiştirmemektedir: **Sosyolojik açıdan iştirak**, faileri bir araya getiren, iş ve güç birliği yapmak suretiyle, **eylemin her bir parçasını bir failin gerçekleştirdiği bir çeşit arzî toplumsal olgudur**. Böyle olunca da, her bir failin eylemdeki rolü ve payının daha iyi anlaşılabilmesi için, bu topluluğun bütünsel olarak incelenmesi zorunludur. Ancak böyle bir inceleme sonucunda, her bir failin bu sosyolojik birlikteki rolü, etkisi, gücü ve payı ortaya çıkartılabilir. Bu rol ve etkininin durumuna göre de, faillere farklı yaptırımlar uygulanması adil ve mantıklıdır. Nasıl ki bir ticari ortaklıkta, ortakların kâr ve zarara katılma/katlanma payları, ortaklıktaki rol ve etkileriyle (örneğin koydukları sermayeyle) orantılı olarak değişkenlik taşıyabilmekteyse, aynı onun gibi bir sosyolojik birlik olan iştirakte de, faillerin, eylem üzerindeki etkisi ile orantılı olarak yaptırıma çarptırılması adil ve mantıklı olacaktır. Bu sebeple cezada ikilik sistemini benimsemekteyim.

YTCK, iştiraki bir sosyolojik birlik olarak kabul etmiş ve faillerin eylem üzerinde kurdukları hâkimiyeti baz alarak, üç temel iştirak kategorisi düzenlemiştir. Bunlar; “fail (dolaylı faille birlikte)”, “azmettiren” ve “yardım eden”dir. Kural olarak, failer ve azmettirenin eşit cezaya çarptırılması kabul edilmiş, yardım edenin cezası ise hafifletilmiştir. Bu kabul, 37. maddenin gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Bu sistemin (eski TCK sisteminin) en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içersinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen ‘asli fail’ bazen ‘fer’i fail’ olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman ‘asli fail’ olarak mı yoksa ‘fer’i fail’ olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Hâlbuki örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir./ Hükûmet Tasarısında da benimsenen ‘asli iştirak’, ‘fer’i iştirak’ ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan

düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumlu(lu)k statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir”.

### İştirakin Şartları

İştirak kurallarının uygulanabilmesi için gereken ilk şart, birden fazla fail tarafından yapılmış birden fazla hareket bulunmasıdır. Bu hareketlerinin tümünün icrai nitelik taşıması gerekmemektedir. Şeriklerden bir kısmı menfi hareket yapmış olsa da, diğer şartlar da mevcut ise iştirak kuralları uygulanacaktır (şeriklerden birinin, failin eve girebilmesi için kapıyı açık bırakması gibi).

İkinci şart, her bir hareketin nedensellik değeri taşımasıdır. Nedensellik değerinin, şerikin hareketiyle netice arasında bulunması, yani doğrudan olması şart değildir. Şerikin hareketi bulunmasaydı, diğer şeriklerin neticeye başka şekilde ulaşmak zorunda kalacaklarını kabul ettiğimiz zaman, nedensellik şartı yerine gelmiş demektir. Ancak şerikin hareketi neticeye ulaşmada etkili olmadığı gibi, diğer şeriklerin hareketini de etkilememiş ise mesela suç, tedarik edilen silahla değil de başka bir araçla işlenmişse, silah tedarik eden şerik açısından iştirak kuralları uygulanamayacaktır.

Üçüncü şart, iştirak iradesi bulunmasıdır. Ayrı ayrı hareketlerin bir bütünlük içinde değerlendirilmesini sağlayan, aynı eylemi işlemeye yönelmiş bu iştirak iradesidir. İştirak iradesinin, şerikler arasında önceden ve karşılıklı anlaşma olarak nitelendirilmemesi gerekir. En geç icranın gerçekleştirildiği sırada, kendisinden başka faillerin bir eylem işlediğini bilip, bu eyleme şu veya bu şekilde katılma iradesine sahip her şerik hakkında, üçüncü şart da gerçekleşmiş demektir. Ancak iştirak kuralları -diğer şartlar da gerçekleşmiş ise- sadece bu iradeye sahip şerik hakkında uygulanabilir. Mesela, a'nın b'yi öldüreceğini öğrenen c, ondan habersiz olarak ve yardım etme iradesiyle, b'yi pusu yerine getirmişse, iştirak kuralları c hakkında uygulanacak, ancak a hakkında uygulanmayacaktır. Çünkü a iştirak iradesine sahip değildir.

Dördüncü şart, bir suçun icrasına başlanması ve bunun bütün şerikler için aynı olmasıdır. YTCK'nın 40/3. maddesi uyarınca; “suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”. Eğer (asli maddi) failler, henüz hazırlık hareketleri aşamasında kalmış ve icra hareketlerine başlamamışsa, iştirak kurallarının uygulanması mümkün değildir. Diğer yandan işlenen suçun, tüm şerikler bakımından aynı olması gerekmektedir. YTCK 37/1. maddesi uyarınca; “suçun kanuni tanımında yer alan **fiili** birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”. Bunun için kanuni tanımda yer alan aynı fiilin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Suçun aynılığı hususunda tartışmalı konulardan birisi, özgü suça ilişkindir. Özgü suça, özel faillik niteliği taşımayan şahıslar da iştirak etmişlerse, bütün şerikler için aynı suçun olduğu kabul edilecek midir? Aşağıda açıklanacağı gibi YTCK bu soruya olumlu cevap vermektedir: “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur (madde 40/2)”. Doğaldır ki, diğer şeriklerin, işlenen suçun özgü olduğunu bilmeleri gerekir. Aksi takdirde iştirak iradesinin varlığından söz edilemez. Çünkü YTCK'nın 30/1. maddesi uyarınca; “fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz”. Kasten hareket etmeyen bir şahsın iştirak iradesine sahip olduğu kabul edilemeyecektir. Suçun aynılığı ile ilgili diğer bir sorun da, işlenen suçun, iştirak iradesinin kapsamı dışında kalması halidir. Örneğin yaralama suçu için anlaşmış

şeriklerden (asli maddi) fail olanın, kasten öldürme suçunu işlemesi ya da öldürme suçunu işleme hususunda anlaşmış şeriklerden (asli maddi) failin, ayrıca ölenin parasını çalması gibi... Bu hususta nasıl hareket edilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sorumluluk kapsamını iştirak iradesi çizer. Bunun dışına çıkıldığında, diğer şerikleri sorumlu tutmaya hiçbir şekilde imkân yoktur. Nedensellik teorisinden hareket eden bir başka görüşe göre, her bir şerikin hareketi, neticenin gerçekleşmesinde etkili olmuştur. O halde, tüm şerikler, iradelerinin kapsamı dışında kalsa da, sebep oldukları neticeden sorumlu tutulmalıdır. Diğer bir görüş ise şeriklerin, asli maddi failin, iştirak iradesi dışında harekette bulunacağını öngörmüş olup olmadığına göre değerlendirme yapmayı önermektedir. Eğer bu öngörülmüş ya da öngörülmesi gerekmişse, neticeden tüm şerikler sorumludur. Ancak bunun için, kastın aşılması ya da taksirle işlenen bir suç bulunması gerekmektedir. Yani asli maddi fail, iştirak iradesi kapsamını aşmış ve diğer şerikler de bunu öngörmüş ya da öngörmeleri gerekmişse, onların, kasttan değil, kastın aşılması ya da taksirle sorumlu tutulmaları gerekir. Bunun içinse irade dışı suçun, bu şekilde işlenmeye elverişli bir suç olması aranacaktır. Aksi takdirde şerikler, sadece iradeleri kapsamında kalan suçtan cezalandırılacaktır. Kanımca bu hususta, asli maddi failin (YTCK'ya göre faillik kategorisinde yer alan şerikin) yaptığı hareket esas alınmalıdır. Hareket iştirak iradesi kapsamındaysa, netice kapsam dışında kalsa dahi, fail için sorumluluk doğduğu ölçüde, diğerleri için de sorumluluk doğacaktır. Fail neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış eylemden sorumlu tutulacak ise diğer şerikleri bunun dışında tutmaya imkân yoktur. Ancak bunun için, en az taksirle hareket edilmiş olması (hem fail hem de şerikler bakımından) şarttır (YTCK 23). Buna karşılık hareket, iştirak iradesinin kapsamı dışında kalmış ise, diğer şerikler bunu öngörebilecek durumda olsalar da olmasalar da, bundan sorumlu tutulamazlar<sup>7</sup>.

### YTCK'da İştirak Kategorileri

Yukarıda belirtildiği gibi YTCK, üç iştirak kategorisi belirlemiştir. Bunlardan birincisi “faillik”tir. 37. maddenin 1. fıkrasına göre; “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”. Faillik sıfatı, failin eylem üzerinde kurduğu hâkimiyete göre belirlenecektir. 37. maddenin gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmıştır: “Yeniden düzenlenen maddenin birinci fıkrasına göre suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır./ Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur”. Madde metni yeterince açık yazılmamıştır. Ancak -bağlayıcı olmasa da- gerekçe bu hususta yol gösterici niteliğe sahiptir. Buna göre, fiil üzerinde hâkimiyet sahibi olan; fiili devam ettirip ettirmeme, tamamlayıp tamamlamama konusunda söz ve güç sahibi bulunan her fail, fiili, diğerleriyle birlikte gerçekleştirmiş demektir. Bunların tümü, müşterek fail olarak neticeden -eşit olarak- sorumludur.

Faillik kategorisi, -öncelikle- eski TCK'nın düzenlemesindeki asli maddi faillik kategorilerinin tümüne karşılık gelmektedir. Bilindiği gibi, ETCK'nın 64. maddesinde, iki ayrı “asli maddi faillik” kategorisi düzenlenmişti. Bunlardan birincisi, “fiili irtikâp edenler”, diğeri ise “doğrudan doğruya beraber işleyenler”di. Birinci kategori, asli maddi faillerden her birinin, **icra hareketlerini tekrarladığı** iştirak halini, ikincisi ise faillerin her birinin, diğerlerinin **icra hareketini tamamladığı** iştirak halini düzenlemekteydi. Fiili irtikâp edenler kategorisinde, her bir fail, tek başına neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketleri yapmaktadır. Örneğin faillerin hepsi, mağduru bıçaklamaktadır. Eğer fail tek başına eylemde

bulunsaydı, bu hareketlerin tümü onun tarafından gerçekleştirilecekti ve bunlar, icra hareketlerinin tekrarlanması olarak addedilecekti. Burada her bir failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişlidir ve diğer failerin hareketleri de bu hareketin genel olarak tekrarı niteliğindedir. Bu kategoride, neticeyi hangi failin meydana getirdiği önem kazanmaktadır. Çünkü diğer asli maddi failler, kendi hareketi ile meydana getirmiş olmadığı neticeden sorumlu tutulmaz. İşte bu sebeple ETCK'nın 463. maddesi özel bir düzenleme getirmiş ve (hükümde belirtilen öldürme ve yaralama eylemlerinde) neticeyi, irtikâp eden asli maddi faillerden hangisinin meydana getirdiği anlaşılammış ise bunların tümünün -ancak daha az bir cezayla- cezalandırılması esasını kabul etmiştir. ETCK'nın düzenlediği ikinci asli maddi faillik kategorisi olan “doğrudan doğruya beraber işleyenler”de ise failerin hareketleri birbirini tamamlar. Bu kategoride, kural olarak failer birbirinden farklı hareketlerde bulunur. Bunların bir kısmı -ya da tamamı- tek başına neticeyi meydana getirmeye elverişli değildir. Bu hareketler, ancak bir araya geldiklerinde neticeyi meydana getirecek etkinlik ve güce sahip olabilir (örneğin, failerden birisi mağduru tutarken, diğerinin kafasını taşlara vurarak öldürmesinde olduğu gibi). Bu sebeple de ETCK'nın 463. maddesi hükmü (kendi açıklığı gereği), doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında uygulanmaz. Çünkü bu kategoride, hepsi aynı hareketi tekrar etmiş failerden, neticeyi meydana getirenin tespit edilememesi durumu yoktur. Tam tersine, tüm failerin hareketleri birleşerek neticeyi meydana getirebilmiştir. Bu sebeple de, neticeyi meydana getiremeyenin anlaşılammaması söz konusu değildir ve hüküm açıkça, doğrudan doğruya beraber işleyenler için uygulama imkânı olmadığını belirtmiştir. YTCK'ya göre faillik kategorisi, ETCK'nın her iki asli maddi fail kategorisini de içine almaktadır. Buna göre, fiil üzerinde hâkimiyet kurmuş olan tüm şahıslar, müşterek fail olarak sorumludur. Bunlar ister icra hareketlerini tekrar etmiş, isterse tamamlamış olsun durum değişmeyecektir. Fiil üzerinde hâkimiyet sahibi failerin tümü, eylemden eşit olarak sorumlu tutulacaktır. Bu anlayış, suça bütünsel olarak bakmanın sonucudur. Böyle olunca da, neticeyi hangi failin meydana getirdiğinin tespiti önemini kaybetmektedir. Eski Kanun'un doğrudan doğruya beraber işleyenler kategorisinde olduğu gibi, tüm failer, meydana gelen neticeden eşit olarak ve tam cezayla sorumludur. Bu sebeple de YTCK'da, ETCK'nın 463. maddesine benzer bir düzenleme yapılmamıştır.

YTCK'nın faillik kategorisi, bu şekliyle, ETCK'nın uygulanmasıyla ortaya çıkan belli bazı fer'i faillik durumlarını da içine almaktadır. Örneğin “gözcülük” bunlardan birisi olabilir. Uygulamada, gözcülük yapan failer, (çoğu kez) ETCK'nın 65/3 maddesi uyarınca sorumlu tutulmaktaydı. Bu hüküm ise fer'i faillik kategorilerinden birisini; eylem sırasında yardımcı olmayı düzenliyordu. Oysa çoğu olayda, gözcülük yapan şahsın, fiil üzerinde hâkimiyet sahibi olduğu gözlenmektedir. Bu kişiler, eylem sırasında hazır bulunmakta, eylemi devam ettirip ettirmeme hususunda da söz ve güç sahibi olmaktadır. Bu durumda, fiili hâkimiyet kriterine göre, bu kişilerin, müşterek fail olarak birinci kategoride değerlendirilmesi gerekmektedir. En azından kanun koyucunun sübjektif iradesi bu doğrultudadır. Bu iradenin gerekçeye nasıl yansıdığı yukarıda belirtilmiştir (madde 37'nin gerekçesi). Gerçi bu, kanun koyucunun -daha çok komisyonun- sübjektif iradesidir ve yorum faaliyetinde, bu sübjektif irade yerine, ortak aklın objektif iradesi esas alınacaktır. Ancak, iştirak için üç temel kategori düzenleyen yeni Kanun'da, diğer kategoriler “azmettiren” ve “yardım eden”dir. Kategorilendirme bu şekilde olunca -metinde yer almasa da- eyleme (failleriyle birlikte) bütün olarak bakıp, bu bütünlük içinde, onun üzerinde hâkimiyet esasına göre değerlendirme gerekeceği ortaya çıkmaktadır. Bütünsel olarak bakıldığında, eylem üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu kabul edilen tüm şerikler, müşterek fail olarak değerlendirilecektir. O zaman gözcülük yapan şahsın, somut olayda eylem üzerinde etki ve hâkimiyet sahibi olduğu ortaya çıktığında, müşterek fail olarak cezalandırılması kaçınılmazdır. Bunun gibi, diğer faileri soygun yerinden kaçırmak için önceden anlaşmış ve

yetenekleri ile kolluktan kaçmayı sağlamış ya da bu hususu görev edinmiş sürücülerin de, eylem üzerinde hâkimiyet kurdukları açıktır. Bunlar da ETCK uygulamasından farklı olarak, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Kısaca yeni Kanun, ilk iştirak kategorisi olarak “faillik”i düzenlemiştir. Bu kategoride yer alanlar, suçun maddi unsurunu birlikte gerçekleştiren, fiil üzerinde hâkimiyet kuran faillerdir. Bu tespitin yapılabilmesi için, eyleme bütünsel olarak bakmak gerekmektedir.

Yeni Kanun, eskisinden farklı olarak, “dolaylı faillik” kategorisini de tanzim etmiştir. Böylece büyük bir eksiklik giderilmiştir. Gerçi aşağıda açıklanacağı üzere, bağlılık kuralı düzenlenirken, bu hususta karışıklık yaratabilecek ibareler de kullanılmıştır. Ancak bu haliyle dahi, büyük bir ihtiyaca cevap verilmiştir. Faillik temel kategorisi içinde yer alan “dolaylı faillik” 37. maddenin 2. fıkrasında şöyle tanımlanmıştır: “Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur”.

Bu müessese doktrinde, iştirak kuralları ile çözümlenemeyen sorunlar için geliştirilmiştir: İştirak müessesesi, özellikle iki durumda ortaya çıkan sorunu çözmeye yetersiz kalmıştır. Bunlardan birincisi, asli maddi failin isnad yeteneği olmaması veya benzeri sebeplerle cezalandırılmamasıdır. Diğerisi ise özgü suç için gerekli niteliğe sahip kişiye iradesi fesada uğratarak suç işletilmesi halidir.

Birinci ihtimalde dolaylı fail, örneğin bir çocuğu ya da deliyi kullanarak, eylemi ona işlettirmektedir. Bu durumda doğrudan fail olan çocuk ya da delinin cezalandırılabilme imkânı bulunmamaktadır. Dolaylı failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise iştirak kurallarının kanundaki düzenleme biçimiyle ortaya konabilecektir. Eğer kanun, şeriklerin cezalandırılabilmesi için, maddi failin eyleminin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olmasını ve doğrudan failin de cezalandırılabilmesini arıyorsa, küçüğün ya da delinin araç olarak kullanıldığı olaylarda, iştirak kuralları, dolaylı failin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Buna karşılık kanuna göre, şerikin cezalandırılabilmesi için, sadece tipe uygun hareketin bulunması ya da tipe uygun ve hukuka aykırı hareketin varlığı yeterliyse, dolaylı faillikle ilgili düzenleme gerekli değildir. YTCK bu hususta, hem, -kastlı suç olması kaydıyla- tipe uygun ve hukuka aykırı hareketin bulunması halinde şeriklerin cezalandırılabilmesini (yani, doğrudan failin cezalandırılabilmesini engelleyen isnad yeteneği bulunmaması halinde dahi şeriklerin cezalandırılmasını) kabul etmiş, hem de, ayrıca dolaylı faillik müessesesini tanzim ederek, her türlü tereddüdü gidermiştir. Üstelik 37. maddenin son fıkrası son cümlesi, isnad yeteneği olmayanları araç olarak kullanan -dolaylı- failin cezasını artırmıştır.

İkinci durum ise özgü suça ilişkin niteliği taşımayan şahsın, bu niteliğe sahip kişinin iradesini fesada uğratarak, eylemi ona işletmesidir. Örneğin memuru kandırarak, kendisi yararına zimmet suçu işleten kimse, zimmet suçu için gereken sifata sahip değildir. Bu sifata sahip olan memur ise suç işlediğini bilmemektedir. İşte doktrin, bu durumda da, iştirak müessesinin sorunu çözemeye yetmediğini kabul ederek, dolaylı faillik müessesesini geliştirmiştir. Gerçekten de, örnekteki şahsın azmettiren olarak kabulü mümkün değildir. Çünkü azmettirme, suç işleme iradesi olmayan bir şahısta bu irade ve kararın oluşmasını sağlamaktır. Oysa örnekteki memurda suç işleme irade ve kararı hiçbir zaman oluşmamıştır. O halde sorun iştirak kuralları ile çözümlenememektedir. Ancak dolaylı faillik müessesesini kabul edersek, örneğimizdeki şahıs, memuru araç olarak kullanmıştır ve onun yerine geçerek, memur gibi cezalandırılacaktır. YTCK’da, dolaylı failliğin bu ikinci biçimi ile ilgili düzenlemede, karışıklık yaratacak kavramlar kullanılmıştır. Şöyle ki: 37. madde, dolaylı failliği ayrı bir müessese olarak değil, failliğin bir biçimi olarak düzenlemiştir. Bu

düzenlemeye göre, dolaylı faillik de bir iştirak -alt- kategorisi olarak kabul edilmelidir. Gerçekten de, doğrudan fail cezalandırılmazsa dahi, dolaylı failin cezalandırılabilmesi açık olarak düzenlenmekle, doğrudan failin, sadece kör bir araç olarak kabul edilmediği ortaya konmuştur: Araç olarak kullanılsa da, doğrudan fail bir insandır ve bu sebeple mesele iştirak müessesesi çerçevesinde değerlendirilecektir. Oysa bu husustaki baskın görüşe göre, meselenin iştirak müessesesi içinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü suçun maddi unsurunu yerine getiren kişi, sadece araç olarak kullanılmıştır ve onun fail olarak sorumluluğu söz konusu değildir. Bu durumda ise birden fazla failin katıldığı bir eylemden söz etmek imkânsızdır. YTCK bu tartışmada, maddi unsuru gerçekleştirenin de -cezalandırılmazsa dahi- fail olduğunu benimsemek suretiyle, azınlıkta kalan görüşü hüküm altına almıştır. Ancak kavram kargaşası bu kabulden sonra, bağlılık kuralı düzenlenirken yaratılmıştır. 40. maddenin 2. fıkrasına göre; “özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”. Bu durumda, özü suça ilişkin niteliğe sahip olmayan bir şahıs, bu niteliği taşıyan bir şahsı kandırarak ya da korkutarak suç işletirse, bu eylemin dolaylı faili olarak, 37. madde uyarınca sorumlu olacak mıdır? 40/2. madde hükmü olmasaydı, bu soruya cevap vermek kolaylaşacaktı. Çünkü dolaylı faillik müessesesi, kural olarak özü suçları da kapsamaktadır ve hatta bu tür suçlar için geliştirilmiştir. 37/2. madde dolaylı failliği açıkça düzenlediğinden, 40/2. hükmü olmasaydı, YTCK’nın özü suça ilişkin niteliği taşıyan şahsı araç olarak kullanan dolaylı faili de, bu sıfatla sorumlu tuttuğu ve özü suç faili yerine koyarak cezalandırmayı istediği rahatlıkla kabul edilecekti. Ancak 40/2. madde, özü suçlarda, sadece özel faillik niteliği taşıyan şahısların fail olabileceğini, diğerlerinin ise azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Bu hükme rağmen, dolaylı faillik, failliğin bir türü ve dolayısıyla bir iştirak -alt- kategorisi olarak tanzim edilmiş olmasaydı, yine de sorun bulunmayacaktı. Çünkü bu kez de, mesele iştirak kuralları dışında, özel olarak düzenlenmiş dolaylı faillik hükmüne göre çözümlenecek ve memuru araç olarak kullanan şahıs, onun yerine geçmiş kabul edilerek cezalandırılacaktı. Oysa YTCK, hem dolaylı failliği, bir iştirak -alt- kategorisi olarak düzenlemiş, hem de bağlılık kurallarını tanzim ederken, özü suçlarda özel niteliği taşımayan şahısların fail olamayacaklarını açıkça belirtmiştir. Fail olamayacak bir şahsın (failliğin bir çeşidi olarak düzenlendiği için) dolaylı fail de olamayacağını kabul edersek, iki seçenekle karşı karşıya kalırız. Birincisinde, kandırılan memurun kastının ve kusurluluğunun bulunmadığını, kandırılanla arasında, azmettirme ilişkisinin de olmadığını kabul ederiz. Bu durumda, kandırılan şahıs, dolaylı fail olmadığı gibi, azmettiren olarak da cezalandırılmayacak, ancak, ortaya çıkan suç, özel sığata sahip olmayanların da işleyebileceği bir nitelik taşımaktaysa (özel kişinin resmi evrakta sahteciliği gibi), o suçtan sorumlu tutulacaktır. İkinci seçenekte ise, iştirak kurallarının uygulanması için, doğrudan fail konumundaki memurun kusurunun bulunmasının gerekmediğini, bu şahsın işlediği eylemin kasten işlenen ve hukuka aykırı bir fiil olmasının, iştirak için yeterli olduğunu kabul ederek, memuru (kusuru olmadığından) cezalandıramamakla birlikte, diğerini azmettiren sıfatıyla sorumlu tutarız. Bu seçenekte, azmettiren kavramının sınırlarının zorlandığı ortadadır. Gerçi, 40/1. madde uyarınca: “Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”. Bu hükmün gerekçesinde ise; “Bağıllık kuralının gereği olarak, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi için, failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Yine, cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukukî sonuç doğururlar” denmektedir. Böylece kanun koyucunun, maddi unsuru gerçekleştiren şahsın kusurlu olmasını gerekli bulmadığı, suçun unsurlarındaki yanılma sebebiyle kasta sahip olduğu kabul edilemeyecek

şahsın eyleminin sorumluluğunu dahi, diğer şeriklere yüklemek istediği ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sorumluluk hangi sıfatla yüklenecektir. Eğer azmettiren sıfatını uygun buluyorsak, ortada ciddi bir sorun durmaktadır. Çünkü bu takdirde fail, memur olan şahıstır. Oysa kandırılmış bu şahsın fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmamaktadır; hâkimiyet, onu araç olarak kullanan şahsa aittir. Ancak kanuna göre, fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmayan şahıs fail olamayacaktır. O halde onu kullanan azmettiren sayılamaz. Çünkü failsiz bir azmettirme düşünülemez. Görüldüğü gibi, özgü suçta dolaylı failliği kabul etmediğimiz takdirde, meseleyi iştirak kuralları ile çözememekteyiz. Azmettirme kurallarını uygulamaya kalkıştığımızda ise kanunun fiil üzerindeki hâkimiyet esasına ters düşmekteyiz. O halde boşluğu bir başka zorlama ile doldurmak zorundayız: O da, dolaylı failliğin, özgü suçları da kapsamına aldığı kabul etmek... Bu durumda, 40/2. maddeyi yorumlarken güçlüklerle karşılaşacağımız aşikârdır. Burada şöyle düşünmek mümkündür. 40/2. madde hükmü, dolaylı faillige sınır getirmek için düzenlenmiş değildir. Bu hükmün amacı, özgü suçlarda, memur sıfatı taşımayan şahısların da sorumlu tutulabilmesini sağlamaktır. Düzenlemenin, memuru azmettiren ya da yardım edeni dahi sorumlu tutmak istediği halde, onu araç gibi kullanan ve bu haliyle daha yoğun isnadiyet altındaki şahsı sorumluluktan kurtarmayı amaçladığını kabul etmek mümkün değildir. O halde bu hükmün dolaylı faillik durumunu kapsamadığı kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, dolaylı failin sorumluluğu zaten 37. maddede düzenlenmiş olduğundan, bağlılık kuralı açısından ayrı bir düzenlemeye gerek duyulmadığı, 40. maddenin, diğer iştirak hallerini düzenlediği benimsenmelidir. Kısaca, YTCK'nın özgü suçlarda da dolaylı failliği kabul ettiği kanısındayım. Çünkü bu suçlarda fiil üzerinde hâkimiyet kuran şahıs, gerekli sıfata sahip olan şahsı araç olarak kullanandır. Kanunun temel kriteri “hâkimiyet kurma” olduğuna göre, bu kişileri sorumluluktan kurtarmak mümkün değildir. Aksi takdirde, fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmayan memuru fail olarak değerlendirme imkânı bulunmadığından, onu kullanan şahsı azmettiren olarak sorumlu tutmak da mümkün olmayacaktır.

YTCK'da ikinci iştirak kategorisi “azmettiren”dir. 38. maddenin 1. fıkrası uyarınca; “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır”. Azmettirmenin tanımı, bu hükmün gerekçesinde yapılmıştır: “Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir”. Tanım açıktır ve doktrinin kabulüne uygundur. Azmettirme halinde, eylem üzerinde hâkimiyeti bulunan bir faile ihtiyaç vardır. Ancak bu kişinin, azmettirenin çabalarından önce, suç işleme hususunda hiç bir kararı, hatta niyeti ve düşüncesi bulunmamaktadır. Azmettiren, faili bu kararı vermeye zorlamıştır. Bu sebeple de, failin cezası ile cezalandırılmaktadır. Ancak, üstsoy-altsoy ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kullanılmak suretiyle gerçekleşen azmettirmede, ceza artırılır (YTCK 38/2). Eğer fail çocuk ise [18 yaşını ikmal etmemişse (YTCK 6/1-b)], altsoy-üstsoy ilişkisi bulunmasa da azmettirenin cezası artırılır (YTCK 38/2 son cümle). Eski TCK'da bulunmayan bu hükümler isabetli olmuştur. Çünkü altsoyunu ya da herhangi bir çocuğu suça azmettiren kişinin toplumsal düzene karşı gelme, toplumsal huzuru bozma iradesi daha güçlü ve yoğundur. Bu sebeple cezasının diğerinden fazla olması makuldür. Böylece aynı zamanda, genel önleme amacı da daha yüksek oranda hayata geçmektedir. Kanun'un bu hususta getirdiği bir yenilik de, azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağının cezasının azaltılmasıdır (madde 38/3). Ceza siyaseti ve failin ortaya çıkartılması açısından yararlı bir düzenleme olduğu açıktır.

YTCK'nın düzenlediği üçüncü iştirak kategorisi ise “yardım eden”dir. Yardım eden, fiil üzerinde hâkimiyet sahibi olmamakla birlikte, failin işlenmesine yardımcı olandır. Kanun bunların cezasını indirmiştir. 39. madde, yardım eden kategorisinde yer



alanları şu şekilde açıklamıştır: “a)Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,/ b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,/ c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”. Bunlardan birincisi, eski Kanun’un fer’i manevi iştirak halidir. YTCK iştirak kategorilerini değiştirdiği için, bu durumu, yardım edenler arasında saymıştır. Genel olarak yardım eden kategorisi, eski Kanun’un fer’i faillik hallerine karşılık gelmektedir. ETCK’nın 65. maddesi son fıkrası hükmü ise YTCK’ya alınmamıştır. Zorunlu fer’i faillikle ilgili bu hükmün muhafazasına gerek bulunmuyordu. Çünkü zorunlu fer’i failin, fiil üzerinde hâkimiyet sahibi olduğu izahtan varestedir. Bu durumda ise zaten fail sıfatıyla cezalandırılacaktır.

### **Sirayet Sorunu: Bağlılık Kuralı**

YTCK, ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere sirayeti sorununu, bağlılık kuralı çerçevesinde çözümlenmiştir. 40. madde, şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır./ (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur./ (3) Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”.

Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumlu olmasını sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir (gerekçe). Yani kuralın asıl amacı, belirli şartları taşımayan şeriklerin, işlenen eylemle bağlantısının kurulmasını sağlamaktır. Daha açığı bu kural, suçun maddi unsurunu gerçekleştiren ve haksız olgu ile doğrudan temas halinde olan faillerin hareketlerini, bu haksızlıkla doğrudan temas halinde olmayan şeriklere sirayet ettirmek yani faillerin gerçekleştirdiği maddi unsurdan, diğer şerikleri sorumlu tutmak amacıyla konmuştur. Dolayısıyla bağlılık kuralı, sirayet meselesini de çözüme kavuşturmaktadır. Çünkü failin işlediği eylem neyse, kural olarak, diğer şerikler, onunla bağlı, o eylemden sorumludur. Sirayet, iki yönlü tartışılması gereken bir meseledir. Şöyle ki faillerden kaynaklanan -bilhassa fiili- ağırlatıcı sebeplerin diğer kategorilerde yer alan şeriklere sirayeti -belli şartlara bağlı olmak kaydıyla- doğal ve mantıklıdır. Ancak diğer şeriklerden kaynaklanan sebeplerin faillere sirayeti -kural olarak- makul değildir. Bilhassa ETCK sisteminde, kişisel ağırlatıcı sebeplerin sadece vukufiyet şartıyla sirayetinin kabul edilmiş olması, bu mantıksızlığı artırmaktaydı. Çünkü fer’i failde bulunan ve eylemi kolaylaştırmaya yaramayan bir kişisel ağırlatıcı sebep dahi, bunu bilen tüm (asli ya da fer’i) şeriklere sirayet ediyordu. Yeni Kanun, bu meseleyi bağlılık kurallı çerçevesinde çözmüştür. Kanun’da açıkça belirtilmiş değilse de, ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri ayrı ayrı ele almakta fayda bulunmaktadır:

Ağırlatıcı sebepler hususunda kişisel ya da fiile ilişkin olma ayrımı kaldırılmıştır (40. maddenin gerekçesinde, “fiili” ve “kişisel” ayrımı yapmanın bilimsel temele oturmadığı belirtilmiştir). İştirakte müşterek failliğin ayırıcı kriteri, eylem üzerinde hâkimiyet olduğuna göre, faillerde bulunan ve eylem üzerinde hâkimiyet kurulmasını sağlayan her türlü ağırlatıcı sebep, azmettiren ve yardım edeni bağlayacaktır. Bu sebeplerin müşterek failleri de bağlaması gerektiği kanısındayım. Bununla birlikte bir görüşe göre,

müşterek faillerden her birisi, eylemle ve haksız netice ile doğrudan bağlantı içerisinde olduğundan, bunlar açısından bağlılık kuralına gerek bulunmamaktadır ve dolayısıyla bağlılık kuralı hükmü, müşterek failler arasında uygulanmaz<sup>8</sup>.

Oysa 40. maddenin düzenleniş biçimi böyle bir ayırım yapmaya müsait değildir. Örneğin birinci fıkranın ikinci cümlesi şu şekildedir: “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.” Burada hükmün tüm iştirak kategorileri için geçerli olduğu ifade edilmektedir. Kaldı ki bu hüküm müşterek failler arasında uygulanmayacaksa, faillerden birindeki şahsi cezasızlık sebebinin diğer faile uygulanmamasının yasal dayanağı ortadan kalkmış olur. Daha önemlisi Kanun, iştirak olgusunu toplumsal boyutuyla ele alıp, tüm faillere ve şeriklere ait tüm hareketleri bir bütün olarak değerlendirmektedir. Müşterek faillerin eylemle ve haksız neticeyle doğrudan bağlantılı oldukları gerekçesiyle, onları bağlılık kuralının dışında tutmak, bütünsel bakışı ortadan kaldırmaktadır. Üstelik eski kanun dönemindeki doğrudan doğruya beraber işleyenler kategorisinde yer alan ve hareketleri birbirini tamamlayan failler açısından bakıldığında, bağlılık kuralının uygulanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü bunlardan tümünün veya bazılarının hareketi, tek başına neticeyi meydana getirmeye elverişli değildir. Bunların fiil üzerindeki hâkimiyeti, kendilerine düşen hareketi yapmamaları halinde, fiili engellemeleri şeklinde ortaya çıkmaktadır. O halde neticeyi meydana getiren elverişli hareketi yapan failin şahsından ya da fiilinden kaynaklanan ağırlatıcı sebebi, örneğin yardım eden hakkında uyguladığımız halde, ondan daha ağır sorumluluk altında bulunan doğrudan beraber işleyene uygulamamak hem adaletsiz olacaktır hem de mantık kurallarına ters düşecektir. Bir yandan eylem bütün olarak bakacağız, bu bütünlük içinde her bir hareketin değerini ve eylem üzerindeki hâkimiyetini belirleyeceğiz, diğer yandan müşterek failleri bu bütünlükten çıkaracağız ve buna sebep olarak da, “siz zaten haksız netice ile doğrudan karşılaşmışsınız, sizin sorumluluğunuzun tesisi için bağlılık kuralına gerek yok” açıklamasını göstereceğiz. Öncelikle şunun açıklamak gerekir ki, ağırlatıcı sebepler, sadece cezayı artırmaz. Daha önemlisi, sorumluluğu ağırlştırır, isnadiyeti artırır; cezanın artması bu yüzdendir. İştirak kuralları ise bu ağır sorumluluğu tüm şeriklere dağıtmak için ihdas edilmiştir. Failler ve diğer şerikler, öncelikle iştirak iradesi ile bir fiilin gerçekleşmesine karar vermişlerdir. Onları birbirine bağlayan asıl sebep bu iştirak iradesidir. Aynı zamanda hangi fail ya da şerikin hangi hareketi yapacağını da belirlemişlerdir. Bu durumda fiil üzerinde etkili olan her ağırlştırıcı sebep, iştirak iradesi kapsamında yer almak kaydıyla, tüm faillerin ve şeriklerin sorumluluğunu artıracaktır. Bunun yerine bu sebeplerin şerikler için geçerliliğini kabul edip, müşterek failler için uygulanamayacağı sonucuna varmak, iştirak kurallarının bütünsel bakış açısıyla ters düşmektedir.

40. madde müşterek faillere uygulanmayacak ise onları birbirine bağlayan hüküm hangisidir? Onların 37. maddedeki faillik tanımı gereğince birbirlerine bağlandıkları iddia edilmektedir<sup>9</sup>. Bu durumda maktul müşterek faillerden birisinin babası ise ve 37. madde müşterek faillerden hepsini fail sıfatıyla sorumlu tutuyor ise hangi müşterek fail hangisinin eylemine iştirak etmiştir? Ya da hepsi birlikte hangi eylemin failidirler? Bu soruya ya “hepsi birlikte ağır sorumluluk gerektiren ‘babaya karşı cinayet’ fiilinin failidir” diye cevap vereceğiz ya da her birisinin başka suçların faili olduğunu kabul ederek, bütünsel bakış açımızı kaybedeceğiz. Eğer ikinci seçeneği tercih edersek, diğer şeriklere hangi fiili yükleyeceğiz? Örneğin yardım eden, babaya karşı cinayet fiiline mi yardım etmiştir yoksa adi cinayet fiiline mi? Müşterek faillerden birisini babaya karşı cinayet fiili ile diğerini adi cinayet fiili ile itham etmiş isek, yardım edenin de bunların hangisine iştirak ettiğini ortaya koymamız gerekecektir. Görüldüğü gibi, bütünsel bakış açısını kaybettiğimizde, mantık kurallarına ters ve adalete aykırı sonuçlarla karşılaşmaktayız. O halde 40. madde bütün failleri ve şerikleri

birbirine bağlayan hükümler koymaktadır. Meğerki ağırlaştırıcı sebepler, fiil üzerinde hâkimiyet kurulmasında nedensel bir değer taşısın.

Mezkûr görüşün çelişkinini şöyle de ortaya koyabiliriz: A ve B, C'yi öldürmek için –iştirak iradesiyle- ateş ederler. A'nın mermisi C'ye isabet eder ve öldürür, B'nin mermisi ise isabet etmez. Maktul C, A'nın babasıdır. Burada hangi failin sorumluluğu nereye kadardır? A babası olan C'yi öldürmüştür. B ise A'nın müşterek failidir. Mermisi isabet etmeyen B'nin eyleminin vasfı nedir? Bağlılık kuralını uygulamayacaksak, B'nin eylemi, adiyen öldürmeye teşebbüstür. Oysa 37. maddenin, fail sorumluluğunu tüm faillere yayan açık hükmü karşısında bu sonuca varmak mümkün değildir. Nitekim Özgenç de aynı kanaattedir<sup>10</sup>. Bu durumda B'nin eylemi tamamlanmış olmadığı halde, iştirak iradesi sebebiyle ve bağlılık kuralı gereği, A'nın tamamlanmış eyleminden sorumludur. Oysa A babasını öldürmüştür. Burada bağlılık kuralını müşterek faillere uygulamazsak şöyle bir çelişkiye düşmüş oluruz: B'nin eylemi teşebbüs derecesinde kaldığı halde, onu A'nın tamamlanan eyleminden sorumlu tutuyoruz yani öldürmeye teşebbüsten değil, öldürmeden ceza veriyoruz. Bunu sağlayan kural, yani onun eylemini tamamlayan kural, teşebbüsü tamamlanan suça taşıyor ancak A babasını öldürdüğü halde, B'yi adiyen adam öldürmüş kabul ediyoruz. Oysa bunlara silah tedarik etmiş olan D'yi babayı öldürmeye yardım etmekten sorumlu tutuyoruz. Görüldüğü gibi B'nin teşebbüs seviyesinde kalan eylemini tamamlanan suça taşıyan, “bağlılık kuralı”dır ve aynı kural, tamamlanan suç olan “babayı öldürme”den, tüm fail ve şerikleri sorumlu tutmaktadır.

Özetle diğer iştirak kategorilerinde yer alan şeriklerin tümü, faillerin eylemleri ile bağlıdır. Bir fail, diğer failden doğan sebeple de bağlıdır. Çünkü zaten o, eylem üzerinde hâkimiyet sahibi olduğu için fail olarak sorumlu tutulmuştur. Bu ağırlatıcı sebeplerin, onun hâkimiyet alanı içerisinde kaldığı izahıtan varestedir. Bu durumda da, hâkimiyet alanı içinde kalan ağırlatıcı sebeplerden, kendisine ait olmasa da sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, diğer kategoride yer alan şeriklere ait ağırlatıcı sebeplerin birbirine ya da faillere sirayeti mümkün değildir. Çünkü 40. madde, neticeye ve eyleme uzak olan şerikleri, bunlara yakın olan faillerin eylemi ile bağlı tutmak amacıyla ve buna uygun olarak düzenlenmiştir. Kanun'da, şeriklerde doğan ağırlatıcı sebeplerin diğerlerine sirayet edeceğini gösteren bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumda “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca, diğer kategorilerde yer alan şeriklerin ağırlatıcı sebeplerinin, faillere ya da diğerlerine sirayeti mümkün olmamaktadır. Ancak eğer bu sebepler, faillerin eylem üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlamış ya da kolaylaştırmışsa, fiilin parçası haline gelmiştir. Yani fail, diğer kategorideki şeriklere ait bir -fiili ya da kişisel- ağırlatıcı sebebi kullanarak, eylem üzerindeki hâkimiyetini pekiştirmiş ise, bu sebep üzerinde de hâkimiyet kurmuş ve onu eylemin parçası haline getirmiş demektir. Bu durumda bu sebep, failin eylemi ile bağlı olan tüm şeriklere sirayet edecektir.

Kanun'da açık bir ayırım yapılmış değilse de, hafifletici sebepler, eyleme ilişkin oldukları takdirde tüm şeriklere sirayet edecektir (çalınan malın değerinin hafif olması gibi). Çünkü failin eylemi, ortaya çıkan bu fiili sebebe göre değerlendirilecektir. Diğer şerikler de bu eylemle bağlıdır. Buna karşılık kişisel hafifletici sebeplerin ya da cezasızlık hallerinin, sadece kendisinde sebep oluşan şerik hakkında uygulanacağı Kanun'un açık hükmü gereğidir. Nitekim 40. maddenin 1. fıkrası 2. cümlesi uyarınca; “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”. Bu bağlamda, hukuka uygunluk sebepleri ile gönüllü vazgeçmeyi ayrıca ele almak gerekmektedir. Hukuka uygunluk sebebi mevcutsa bu, sirayet meselesinin dışında değerlendirilmelidir. Çünkü eylem hukuka uygunsuz

suç teşkil etmeyecektir. 40. maddenin 1. fıkrası uyarınca; “suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı...” şarttır. Hukuka aykırı olmayan eylem suç teşkil etmediği için, diğer şerikler de bundan yararlanacaklardır. Gönüllü vazgeçmede ise sadece vazgeçen şerik bundan yararlanacaktır. Hatta suç, gönüllü vazgeçenin çabası dışında bir sebeple işlenememiş olsa dahi o, bu durumdan yararlanacaktır (YTCK 41/2-a). Bu, ceza siyaseti açısından uygun bir tedbirdir. Çünkü amaç, bir yandan neticenin gerçekleşmesini engelleyerek, toplumsal huzuru korumak, diğer yandan şerikleri, başlayan eylemi durdurmaya teşvik etmektir. Suç işlenememişse toplumsal huzur bozulmadığı gibi, nedensellik değeri olmasa bile, vazgeçmiş ve engelleme yönünde çaba göstermiş şerikin bundan yararlanması amaca uygundur. Diğer yandan suç, gönüllü vazgeçenin bütün çabasına rağmen işlenmişse o yine de vazgeçmeden yararlanacaktır (YTCK 41/2-b). Ancak bunun için suçun işlenmesini engelleme hususunda ciddi bir çaba göstermiş olması zorunludur. Bu hüküm de modern ceza siyasetine uygundur.

---

<sup>1</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 543-544

<sup>2</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 545

<sup>3</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 547

<sup>4</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 548-549

<sup>5</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 554-555

<sup>6</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 562

<sup>7</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 598-599

<sup>8</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Sayfa: 544

<sup>9</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Sayfa: 491

<sup>10</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Sayfa: 491