

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ)
ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİK

Yüksek Lisans Tezi

Merve Selin ŞOHOĞLU

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ)
ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİK

Yüksek Lisans Tezi

Merve Selin ŞOHOĞLU

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ)
ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİK

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER:

KISALTMALAR

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

FAİLLİĞE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK FAİLLİK VE FİİL KAVRAMI	1
A. DOLAYLI FAİLLİK KAPSAMINDA FİİL KAVRAMININ GELİŞMESİ	3
B. DOLAYLI FAİLLİK KAPSAMINDA KUSURLULUK KAVRAMININ GELİŞMESİ	4
C. TÜRK CEZA HUKUKU'NDA İŞTİRAK	6

İKİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAKİN ESASI

I. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASININ NEDENİ	8
A. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASININ MADDİ ESASI	8
1. İştirakçilerin Tehlikeliliğini Esas Alan Görüşler Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
2. İştirakçilerin Antisosyalliğini Esas Alan Görüşler	9
3. İştirakçilerin Nedensel Katkısını Esas Alan Görüşler	9
B. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASININ BİÇİMSEL ESASI	10
II. İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	11
III. İŞTİRAKİN ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER VE DOLAYLI FAİLLİK AYRIMI	12
A. GENEL OLARAK	12

B. FAİLLİĞİN ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER.....	13
1. Dar Fail Kavramı.....	14
2. Geniş Fail Kavramı.....	15
a. Geniş Fail Kavramının Sübjektif Esaslara Göre Daraltılması.....	15
b. Fiil Egemenliği Teorisi.....	19
IV. DAR FAİL VE GENİŞ FAİL KAVRAMINA GÖRE ŞERİKLERİN CEZALANDIRILABİLMESİ BAKIMINDAN SİSTEMLER	22
A. EŞİTLİK (TEK FAİLLİK) SİSTEMİ.....	22
B. CEZANIN FAİLE GÖRE TAYİNİ SİSTEMİ	23
C. İKİLİK SİSTEMİ.....	24

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DOLAYLI FAİLLİK

I. FAİLLİK KAVRAMI.....	26
A. DOĞRUDAN FAİLLİK.....	29
B. BİRLİKTE FAİLLİK	29
1. Birlikte Failliğin Şartları:.....	30
a. Faillerin Çokluğu.....	30
b. İştirak İradesi.....	31
c. Fiili Birlikte İşlenmesi.....	33
2. Birlikte Faillik ve Dolaylı Failliğin Karşılaştırılması	33
C. DOLAYLI FAİLLİK	34
1. Genel Olarak.....	34
2. Araç Kimsenin Niteliği.....	35
3. Dolaylı Faillik Açısından Fiil Kavramı	37
a. Dolaylı Faillik ve İhmali Suçlar.....	38
(1) Saf İhmali Suçlar.....	39
(2) Gerçek Olmayan İhmali Suçlar.....	40
4. Kasten ve Taksirle İşlenen Suçlarda Dolaylı Faillik	41

5. Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Şekilleri	46
a. Araç Kişinin Hareketinin Tipik Olmadığı Hallerde Fiili Hakimiyet.....	46
b. Araç Kişinin Hareketinin Hukuka Uygun Olduğu Hallerde Fiili Hakimiyet.....	50
c. Hile Yolu ile Kişi Üzerinde Hakimiyet Kurarak Dolaylı Faillik.....	53
(1) Fiil Üzerinde Hata.....	54
aa. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler Üzerinde Hata.....	60
aaa. Genel Olarak.....	60
bbb. Hukuka Uygunluk Sebepleri Üzerinde Hata.....	62
ccc. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Diğer Nedenler Üzerinde Hata.....	65
bb. Suça Etki Eden Nedenlerde Hata.....	66
aaa. Hafifletici Sebeplerde Hata.....	67
bbb. Ağırlaştırıcı Sebeplerde Hata.....	68
cc. Fiil Üzerinde Hata Nedeniyle Kişinin Başka Suçtan Sorumlu Olması.....	70
(2) Hedefte Sapma Halinde Dolaylı Faillik.....	72
(3) Hukuki Hata (Haksızlık Yanılgısı).....	75
aa. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Varlığında Hata.....	80
d. Cebir Yoluyla Kişi Üzerinde Hakimiyet Kurarak Dolaylı Faillik.....	82
(1) Cebir Ceza Hukuku Açısından Hukuki Niteliği.....	85
aa. Cebir Halinde Ön Plandaki Kişinin Fiilinin Olmadığını İleri Süren Görüşler.....	85
bb. Cebir Halinde Kusurluluğun Olmadığını İleri Süren Görüşler.....	86
cc. Cebir Derecesine Göre Hareket veya Kusurluluğun Olmadığını İleri Süren Görüşler.....	86
e. Tehdit Yoluyla Kişi Üzerinde Hakimiyet Kurarak Dolaylı Faillik.....	93

f. Organize Suç Örgütlerinin Gücünden Yararlanma Yoluyla Dolaylı Faillik.....	102
6. DOLAYLI FAİLLİK VE KUSUR KAVRAMI	104
7. DOLAYLI FAİLLİĞE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR.....	112
a. Dolaylı Faillikte Teşebbüs.....	113
(1) Dolaylı Failin Hakimiyet Kurmasının Teşebbüs Aşamasında Kalması.....	114
(2) Araç Kişinin Fiilinin Teşebbüs Aşamasında Kalması.....	116
(3) Dolaylı Failin Gönüllü Vazgeçmesi.....	117
b. Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik.....	118
c. Araç Olarak Kullanılan Kişinin Sınırı Aşması.....	120
d. Arka Plandaki Şahsın Aracın Nitelikleri Konusunda Hataya Düşmesi...	121
e. Dolaylı Failin Suçun Mağduru Haline Gelmesi.....	123
f. Suçun Basit Halini İşlemeye Karar Vermiş Olan Failin Üzerinde Hakimiyet Kurarak Suçun Nitelikli Halini İşletmek.....	124
g. İştirak Şekilleri Arasında İçtima.....	126
h. Asıl Suçun İşlenmesinden Sonra Dolaylı Failin İşleyebileceği Diğer Suçlar.....	128
ı. Dolaylı Failin İsnat Yeteneğinin Bulunmaması.....	130
i. Şahsi Cezasızlık Nedeni Olan Kişiyi Suç İşletilmesi.....	130
j. Tüzel Kişilerin Suç İşlemede Araç Olarak Kullanılması.....	131
k. Araç Kişinin Sorumluluğu.....	132
D. FAİLİN ARKASINDAKİ FAİL.....	132

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞERİKLİK VE DOLAYLI FAİLLİĞİN KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
II. ŞERİKLERİN CEZALANDIRILMASININ ESASI	135
A. BAĞLILIK KURALI DIŞINDAKİ GÖRÜŞLER.....	135
B. BAĞLILIK KURALI	136

1.	Bağlılık Kuralı ve Türleri	136
2.	Bağlılık Kuralının Dolaylı Faillik Açısından İncelenmesi	137
III.	ŞERİKLİK VE DOLAYLI FAİLLİĞİN KARŞILAŞTIRILMASI	140
A.	AZMETTİRME VE DOLAYLI FAİLLİK ARASINDAKİ AYRIM. 141	
1.	Azmettirmenin Ağırlaşmış Hali ile Kıyaslama.....	144
B.	YARDIM ETME VE DOLAYLI FAİLLİK ARASINDAKİ AYRIM	
	...146	
	SONUÇ.....	149
	KAYNAKÇA.....	150



KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al. CK	Alman Ceza Kanunu
a.l.i.c	Actio libera in causa
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	Esas
ed.	Editör
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
iç.	içinde
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
m.	madde
no.	numara
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S.	Sayı
s.	sayfa
s.k	sayılı kanun

T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
yy.	yüzyıl
Y.CD.	Yargıtay Ceza Dairesi
Y.CGK.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Suç işlerken bir başkasını araç olarak kullanma anlamına gelen dolaylı faillik, 5237 sayılı TCK'nın sistematığı açısından, faillik kurumunun altında yer alırken; faillik, iştirak başlığı altında yer almaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, dolaylı fail bir başkasının suçuna iştirak etmediğinden, suçu işleyen –dolaylı da olsa- tek fail olduğundan dolaylı faillik iştirak başlığı altında incelenmemelidir.¹ Ancak kanunun kabul ettiği sistem açısından, dolaylı faillik iştirak başlığı altında incelenecektir.

Dört bölümden oluşmuş tezimizin ilk bölümünde, dolaylı faillik kavramını açıklarken yararlanacağımız fiil ve kusurluluk kavramına dolaylı faillik kapsamında kısaca değinilmiştir.

İkinci bölümünde iştirakin neden ve nasıl cezalandırıldığı, mevcut Türk Ceza Hukuku sisteminde iştirak hükümlerinin niteliği irdelenmiş ve failliği açıklayan, faillik ve şerikliği birbirinden ayıran teoriler incelenmiş, özellikle doktrinde kabul edilen fiil egemenliği teorisi üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde tezimizin omurgasını oluşturan dolaylı faillik, teorik bakış açısının yanı sıra Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarıyla incelenmiştir. Dolaylı

¹ Kunter'e göre iştirak, bir başkasının suçuna iştirak anlamına gelmektedir. KUNTER Nurullah, Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza, İÜHFM, C.13, S.1,Y.1947, s.65; KESKİN Serap, Suç Ortaklığı (Suça İştirak), Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu- Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997) İstanbul, 1998, s.227

failliğe, faillik kavramından giriş yapılarak, doğrudan faillik ve müşterek faillikle bağlantısı ve bir önceki bölümde incelenen teoriler kapsamında müşterek faillikle aralarındaki bağlantı ve farklılıklar ortaya konmuştur. Bölümün devamında hataya düşürme, cebir, tehditle ve bazı özel hallerde dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri incelenmiştir. Bölümü sonlandırırken, dolaylı faillik açısından bazı özel durumlar ele alınmıştır.

Tezimizin son bölümünde şerikliğin esasları asıl tez konusunu aşmayacak bir biçimde ortaya koymaya çalışmış, şerikliğin bel kemiğini oluşturduğu kabul edilen bağlılık kuralı incelenerek, dolaylı faillik açısından değerlendirilmiştir. Son olarak azmettirme ve yardım etme dolaylı faillik ile karşılaştırılmıştır.

Tezimizin konusunu dolaylı faillik olarak seçmemizin nedeni iştirakten bağımsız olarak sadece dolaylı failliği ele alan sınırlı sayıda kaynak bulunması ve fakat konu itibariyle fiil, kusurluluk, iştirak gibi temel ceza hukuku kavramlarının iç içe geçmesi ve bir yüksek lisans tezi olarak ele alınmasının formasyon açısından önemli olacağı düşüncesidir. Ayrıca teorik olarak görünen bu konu aynı zamanda çocuk suçluluğu, örgüt suçluluğu gibi hukuki ve sosyal birçok konunun temelini oluşturmaktadır

''İnsanın kullandığı ilk alet,
başka bir insandır.''²

BİRİNCİ BÖLÜM

FAİLLİĞE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK FAİLLİK VE FİİL KAVRAMI

Fail, kanuni tanımdaki fiili gerçekleştiren kişidir.³ Nitekim TCK' nın 37. maddesi suçun *kanuni tanımında yer alan* fiili gerçekleştiren kişilerin fail olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Buna göre kişinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi için kanundaki tipik fiili gerçekleştirmiş olması aranmaktadır.

Ceza hukuku bakımından anlam ifade etmeyen fiilleri gerçekleştiren kimse ceza hukukunda fail olarak nitelendirilmez.

Bu tanıma göre, hangi fiillerin ceza hukuku açısından anlam ifade ettiğinin kısaca açıklanması gerekir.

Modern ceza hukukunda fiilin farklı fonksiyonları vardır.

² GÜNDAY Hakan, Daha, Doğan Kitap, s.26

³ HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, U-S-A Yayıncılık, 2012, ANKARA, s.393

Suçun temel unsuru olarak fiil: Fiil, cezalandırılabilir hareketleri için bir üst kavramdır. Nitekim, fiil icrai hareketleri kapsadığı gibi ihmali hareketleri de kapsar.⁴

Suçun bağlantı unsuru olarak fiil: Fiil suçun inşasında, her basamakta tekrarlanarak ve suçu netliğe kavuşturarak, suç kategorilerini birbirine bağlar. Fiil, tüm değer yargılarından önce belirlenir ve daha sonra tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk ve cezalandırılabilirlik gibi değer yargılarıyla donatılır. Böylece fiil kavramı tüm ceza hukuku sistemi boyunca ele alınır ve belli bir ölçüde ceza hukuku sisteminin omurgasını oluşturur. Fiil suçun bağlantı unsuru olarak ele alındığında, iki sonuç ortaya çıkar:⁵

Fiil kavramı; tipiklik, hukuka aykırılık ve suç kavramlarına eşit uzaklıkta olmalıdır. Yani fiil, daha sonradan değer yargıları olarak eklenecek bu unsurları baştan bünyesinde bulundurmamalıdır. Fiil, bağlantıyı kurmadan değer yargılarıyla ön plana çıkarsa, fiilin bağlantı unsuru olarak ele alınan “sistemik anlamı” zarar görür. Fiil kavramı her ne kadar tipiklik kavramını içermese de, içerik olarak boş bir kavram değildir. Daha sonradan değer yargılarını üstlenebilmesi için zengin anlamlar taşınmalıdır.⁶

Suçun sınır unsuru olarak fiil: Son olarak fiil kavramının diğer görevi,- en baştan hesap edilmeyen ve tipikliğin değişken içeriğinden bağımsız olarak-ceza hukuku bakımından değerlendirme kapsamına alınmayacak her şeyi hariç tutmaktır. Fiilin bu pratik unsuru suçları sınırlama işlevi görür. Buna örnek olarak hayvanların

⁴ ROXIN Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band1-Gundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H.Beck, 2006, MÜNİH, s.238

⁵ ROXIN, s.238

⁶ ROXIN, s.238

insandan bağımsız olarak sebep olduğu olaylar, safi düşünce ve duygular; ayrıca kasılmalar, sayıklamalar gibi dış dünyaya da yansıyan bazı hareketler⁷ modern ceza hukukunda fiil olarak sayılmaz.⁸

A. DOLAYLI FAİLLİK KAPSAMINDA FİİL KAVRAMININ GELİŞMESİ

Suçun unsurları kaçça ayrılarak incelenirse incelensin, bunlar arasında maddi unsur yahut fiil mutlaka bulunmaktadır.

Fiil kavramının içeriği konusunda doktrinde tartışmalar olmakla beraber, kabul ettiğimiz görüşe göre; fiil; hareket netice ve nedensellik bağından oluşan suçun bir unsurudur.⁹

Hangi olgu ve olayların, suçun kanuni tanımındaki fiile vücut vereceğini anlamak için ceza hukuku bakımından anlam ifade eden hareketler belirlenmelidir. Buna göre, kaynağını insan dışından alan, tabiat ve hayvan fiilleri insana izafe edilemediği sürece hareket dolayısıyla fiil olarak nitelendirilemez.¹⁰¹¹

Kişinin fail sayılabilmesi için öncelikli şart, fiilin sınırlayıcı unsuruna göre ceza hukuku bakımından anlam ifade eden fiili gerçekleştirmiş olmasıdır.

⁷ Bu hareketler mekanik dünyada hareket sayılsalar dahi; ceza hukukunda hareket ve dolayısıyla fiil olarak sayılmazlar. Çünkü bu hareketler insanın muhakeme sürecine dahi giremezler. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.194

⁸ ROXIN, s.239

⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN s.193-218

¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.189

¹¹ Bir hayvanının davranışının insana izafe edilebilmesi için, gözetim altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakılmış yahut kontrol altına alınmada ihmal gösterilmiş olması gerekir. (TCK m.177) Bu konuda ayrıntılı bilgi için ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Yasasında Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçu (TCK m.177), MÜHFD, s.929-946

B. DOLAYLI FAİLLİK KAPSAMINDA KUSURLULUK KAVRAMININ GELİŞMESİ

Bir kimsenin suç işleyebilmesi, fail olabilmesi için kanundaki tipik fiili kusurlu biçimde işlemesi gerekir. Modern ceza hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, objektif sorumluluk yerini insan uygarlığının bir kazanımı olan subjektif sorumluluğa bırakmaya başlamıştır. Bu nedenle tipik fiili işlemenin yanı sıra fiilin faille bağlantısının kurulması gerekir. Ceza hukukunda bu bağlantı karşımıza kusur olarak çıkar.¹² Kişinin baştan itibaren kusuru yoksa yahut kusurluluğu kaldıran bir hal olursa, suçun manevi unsuru ortadan kalktığından suç oluşmaz ve cezaya hükmolunamaz.

Sübjektif sorumluluk, kişinin kendi kusurlu fiilinden sorumlu olması ve başkasının kusurlu fiilinden sorumlu olmaması olarak açıklanabilir. Üçüncü şahsın fiilinden sorumluluk; bizzat kişinin kasta yahut taksire dayanan sorumluluğu yoksa objektif sorumluluk yahut netice sorumluluğu¹³ anlamına gelmektedir.^{14 15} Dolaylı faillikte, fiili işlemesine rağmen araç kimsenin kural olarak sorumlu tutulmaması *actus non facit reum nisi mens sit rea*¹⁶ temel ilkesinden kaynaklanmaktadır.

¹² ÖZEN Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

¹³ İÇEL Kayıhan, Ceza Kanunlarında Yenileştirme Eğilimleri ve İlkerli Kollokyumu, İÜHF. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü- Atatürk'ün 100. Doğum Yıldönümü Kutlama Çalışmaları-Kollokyumlar ve Tartışmalar, İstanbul, 1981, s.47

¹⁴ ÜNVER Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997), İstanbul, 1998.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi verdiği, 21.09.1966 tarihli kararında suçun işlenmesinde kullanılan aracın sahibi veya zilyedinden zor kullanılarak ele geçirilmesi halinde, araç hakkında müsadere kararı verilmesini ceza sorumluluğu şahsiliği ilkesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında ceza sorumluluğunu *hem herkesin ancak kendi fiilinden sorumlu tutulması hem de sorumluluk için eylemin kusurlu olması gerekliliği* şeklinde yorumlamıştır. (AyMK 21.09.1966, 1966/14 E., 1966/36 K.) ÜNVER Yener, Sebebinde Serbest Hareketler Kavramı, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s.803

¹⁶ "İrade suçlu değilse, eylem faili suçlu yapmaz." AKINCI SOKULLU Fusun, s. 96

Modern ceza hukukunda objektif sorumluluğun yeri olmadığından; araç olarak kullanılan kimsenin kasta yahut taksire dayanan kusuru yoksa, ceza sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmaz; buna karşın onu bir kukla gibi kullanarak, fiil üzerinde hakimiyeti ve suç işleme kastı bulunan arka plandaki kişinin cezalandırılması gerekmektedir.

Ceza hukukunda kural olan doğrudan failliktir ve bir kimse suçun maddi yahut manevi unsurunu gerçekleştirmezse suç oluşmaz ve ceza verilmez. Ancak dolaylı faillikte, ön plandaki kişinin işlediği fiil ile sübjektif bağlantısı kurulamıyorsa bile onu yönlendiren, adeta bir kukla gibi kullanan kimse ceza sorumluluğuyla muhatap olacak kişidir.¹⁷ Bu durumda bir kimsenin dolaylı fail olup olamayacağını açıklamak için kusurluluğu incelememiz gerekir. Ancak tezimizin ilerleyen kısımlarında, dolaylı failliğe ilişkin bazı durumlarda görüleceği üzere dolaylı faillik olabilmesi için ön plandaki kişinin her zaman kusursuz hareket etmesi gerekmez; taksirle hareket eden kimse üzerinde hakimiyet kurmuş kişi de pekala dolaylı fail olabilir, ancak ön plandaki kişinin kasten hareket etmesi halinde dolaylı failliğin olmayacağını çünkü hakimiyet şartının gerçekleşmeyeceğini düşünüyoruz.

Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmiş filli gerçekleştiren kişiler, doğrudan fail diğer bir deyişle tek başına fail, müşterek fail yahut dolaylı fail olabilir. Bunların yanı sıra doktrinde taksirli filleri nedeniyle suçtan sorumlu olan birden fazla kişiyi ifade etmek için yan faillik kurumu da kabul edilmektedir.¹⁸

¹⁷ CARD Richard, MOLLOY Jill, Criminal Law, 22. Baskı, Oxford, 2016, s.742

¹⁸ ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara, 2015, s.553

Aynı zamanda fail olarak kabul edilmeyen, fakat ceza kanunlarında bulunan hükümler nedeniyle cezalandırılması mümkün olan şeriklik söz konusudur. Şeriklik, ise azmettirme ve yardım etme başlığı altında incelenebilir.

Türk Ceza Kanundaki iştirake ilişkin yapıyı da kısaca ortaya koyduktan sonra tezimizin sonraki bölümlerinde faillik ve şeriklik türleri, dolaylı faillikle aralarındaki bağlantı ve farklılıklarla açıklanacaktır.

C. TÜRK CEZA HUKUKU'NDA İŞTİRAK

5237 sayılı TCK, 765 sayılı Zanerdelli Kanunu esas alınarak düzenlenmiş TCK'dan farklı olarak, Alman Ceza Kanunu hükümlerine dayanarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da, eski Kanunda yer alan asli ve fer'i faillik hükümlerinin kaldırılarak ikilik sistemin sakıncalarının giderildiği söylenmesine rağmen, faillik ve suç ortaklığı ayırımına gidilerek sistem muhafaza edilmiştir.¹⁹ Eski kanundan farklı olarak doktrinde kabul edilen, dolaylı faillik kurumu yeni Kanunla yasallaşmıştır.

5237 sayılı TCK m.37/1'de suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu olduğunu belirterek müşterek failliği tanımlanmıştır. Müşterek faillik olarak düzenlenen bu kurum 765 sayılı TCK'da asli maddi faillik olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun; 765 sayılı kanundan farklı olarak müşterek faillikte fiili irtikap eden ve doğrudan doğruya beraber işleyen ayırımına gitmemiştir.

¹⁹ ÜNVER Yener, YTCK'da Kusurluluk, Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.1,2006; HAKERİ Hakan, Yeni Türk Ceza Kanun'da İştirak, Ceza Hukuku Dergisi,Y.1, S.1.,2006, s.76, DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, 11 Baskı, 2016,,s.488, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.350,351; CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT YENERER Özlem,Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014 s.473,474

37. maddenin 2. fıkrasında ise, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak- dolaylı faillik düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK' da faillik başlığı altında düzenlenen maddede müşterek faillğe ve dolaylı faillğe yer verilse de tek başına faillğe yer verilmemiştir.

İştirake ilişkin diğer maddelere baktığımızda, eski kanunda asli manevi iştirakçi olarak düzenlenen kurum, 5237 sayılı TCK'nın 38. maddesinde azmettirme olarak düzenlenmiştir.

Mülga kanunda fer'i maddi ve fer'i manevi iştirak olarak düzenlenen hükümler TCK m.39'da yardım etme başlığı altında toplanmıştır. Ancak yeni kanunda zorunlu fer'i iştirak hükümlerine yer verilmemiştir. Bu nedenle eski kanuna göre zorunlu fer'i iştirak sorumluluğunda olan kimseler, artık müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.²⁰

²⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.535

İKİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAKİN ESASI

I. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASININ NEDENİ

A. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASININ MADDİ ESASI

1. İştirakçilerin Tehlikeliliğini Esas Alan Görüşler

Sighele'ye göre iştirak halinde işlenen suçlarda iştirakçiler bir başkasını kolayca etki altına alabildiği için; diğerleri de kolaylıkla etki altına alınabildiği için tehlikelidir; bu nedenle cezaları artırılmalıdır.²¹*Florian*'a göre ise suç yoluna itenler her zaman daha tehlikelidir; suç süresince yönetilenler onlar kadar tehlikeli olamaz bu nedenle sadece yönetenlerin cezası artırılmalıdır.²²*Baur* tarafından savunulan bir görüşe göre, iştirakin cezalandırılma nedenlerinden biri, azmettirmenin ikincil etkisi olarak kabul edilen ve cezalandırılmadığı takdirde başka kimseleri de kolayca etki altına alabileceği düşüncesidir.²³ Bu cezalandırmanın genel önleme amacına yöneliktir.

Ancak bu teoriler tüm iştirak türlerini kapsamamaktadır; azmettiren ve dolaylı failin cezalandırılma nedeni açıklanmışken, müşterek faillikte kendi iradesiyle hareket eden kimselerin cezalandırılma nedenini açıklamaya yetmez.

²¹ AYDIN Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, 2009, ANKARA, s.34

²² AYDIN, s.34

²³ TRECHSEL Stefan, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, Bern, s.18

2. İştirakçilerin Antisosyalliğini Esas Alan Görüşler

Maddi kanunilik ilkesinin esas alındığı ceza hukuku düzeninde, davranışlar antisosyal nitelik taşıdığı için, cezalandıracak ayrıca bir norm olmasa bile iştirakçiler cezalandırılabilir.²⁴

Ancak, mevcut Ceza Kanunu'nda maddi kanunilik ilkesi değil; şekli kanunilik ilkesi geçerli olduğundan fiil kanunda suç olarak düzenlenmemişse cezalandırılması mümkün değildir.

3. İştirakçilerin Nedensel Katkısını Esas Alan Görüşler

Failliği geniş anlamda açıklayan teoriler, ceza kanunlarında iştirak kuralı olmasa bile iştirakin cezalandırılabilceğini savunmaktadır.²⁵

Fakat bu teori iştirak iradesini yok saydığından, kusur sorumluluğunu esas alan bir ceza hukuku düzeninde eleştirilmiştir.²⁶ İştirak sadece nedensel katkı anlamına gelse idi; tuvalete gitmek için yerini terk eden güvenlik görevlisi banka soygununa iştirak etmiş sayılırdı.

²⁴ AYDIN, s.35

²⁵ ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:2-3, Beta Basım, İstanbul, 1992, s.414, 419;

²⁶ TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, ANKARA, 2016, Savaş Yayınevi,s.310

B. İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASININ BİÇİMSEL ESASI

Biçimsel kanunilik ilkesine dayanan bir ceza hukuku düzeninde iştirak hükümleri olmasaydı, sırf fiilin antisosyalliği nedeniyle iştirakçiler cezalandırılmazdı.²⁷ Biçimsel kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukuku düzenlerinde faillik dar anlamıyla anlaşılmaktadır.²⁸ Bu nedenle kanunda yazılmış olan tipik hareketi yapmayan kimse iştirak iradesi varsa; ancak bundan da önce iştirakin cezalandırılacağına dair hüküm varsa cezalandırılır.²⁹ İştirak hükümleri olmasaydı sırf bir kimse hırsızların içeri girmesini istediği için kapıyı açık bırakan kimse ceza kanunda “kapıyı açık bırakmak” gibi tipik bir fiil düzenlenmediğinden hırsızlık suçuna iştirak etmiş sayılmayacaktı.

Biçimsel kanunilik ilkesini kabul eden 5237 sayılı TCK açısından bakıldığında iştirakin cezalandırılması iştirak hükümlerinin varlığına bağlıdır. Bu nedenle iştirak hükümleri cezalandırmayı genişletici niteliktedir; iştirak hükümleri olmasaydı sırf tehlikelilik, antisosyalite, yahut nedensel katkı dolayısıyla iştirakçiler cezalandırılmazdı.³⁰ İştirakin cezalandırılmasının biçimsel nedeni kanunda yer alan iştirakin cezalandırılmasına ilişkin hükümlerken; maddi nedeni suç işlenmesini kolaylaştırmak; bazen de suç işlenmesini mümkün hale getirmektir.³¹

²⁷ AYDIN, s.40

²⁸ TOROSLU/TOROSLU s.307

²⁹ AYDIN, s.42

³⁰ AYDIN, s.42

³¹ AYDIN, s.42

II. İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

TCK m. 2’de *kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz* denilerek biçimsel kanunilik ilkesini kabul etmiştir. Kanunilik ilkesinin iştirakteki görünümü olarak dar fail anlayışı kabul edilmiştir. İştirak hükümleri olmazsa sadece fiili doğrudan işleyenler cezalandırılabilir.³² Bu nedenle iştirak hükümleri ceza sorumluluğunu genişleten hükümlerdir.

Biçimsel kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu ise, kıyas yasağıdır. İştirak hükümleri her ne kadar suç ve ceza koyan hükümler olmasa da ceza sorumluluğunu genişleten hükümlerdir. Bu nedenle iştirak hükümlerinde kıyas yapılmaz; kanunda belirtilmemiş biçimde suça katkı sağlayan kimse iştirak hükümlerine dayanılarak cezalandırılmaz.³³

İştirak hükümleri, genişletici hükümler olmasının yanı sıra suç ve ceza içermeyen ancak suç ve ceza içeren bir normla beraber uygulanabildiğinden tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle bu normlar suç ve cezanın uygulama alanını düzenler.³⁴

İştirak hükümlerinin tamamlayıcı nitelikte olmasının özel bir sonucuise diğer tamamlayıcı nitelikte olan hükümlerin iştirake uygulanamamasıdır. Bir diğer tamamlayıcı norm olan teşebbüsün kanunda iştirake uygulanacağına dair açıkça düzenleme bulunmazsa iştirake teşebbüs cezalandırılmaz. Örneğin, hukuk

³² AYDIN, s.51

³³ TOROSLU/TOROSLU, s.310 vd.

³⁴ TOROSLU/TOROSLU, s.311

düzenimizde azmettirmeye teşebbüs ayrıca düzenlenmediği için tamamlayıcı norm olan teşebbüs tamamlayıcı norm olan iştirake uygulanarak cezalandırılmaz. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilmesi için Alm. Ceza Kanunda olduğu gibi açık bir hükme yahut özel kısımda ayrı bir suç tipi olarak düzenlemeye ihtiyaç vardır.

III. İŞTİRAKIN ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER VE DOLAYLI FAİLLİK AYRIMI

A. GENEL OLARAK

19. yy.da doğa bilimlerinin etkisinde kalan hukukçular, iştiraki illiyet bağı teorisiyle açıklamaya çalışmışlardır.

İllyet bağına esas alan teoriler, suç ortaklarının fiillerinin netice bakımından eşdeğer gören ve illi etki bakımından farklılığı esas alarak suç ortakları arasında ayırım yapan görüşlerdir³⁵

Suç ortaklarının fiillerinin eşdeğer olduğu ve neticeyi suç ortakları arasında ayrılmaz bir bütün olarak kabul eden ilk teoriye göre, azmettirme ve dolaylı faillik manevi faillik adı altında (*intellektuelle Urheberschaft*) birleşmişlerdir. Bu görüşün savunucularından *Buri*'ye göre failin serbest iradeyle hareket edip etmemesi bir farklılık yaratmamaktadır. Çünkü eşdeğerlilik teorisine göre, neticenin oluşmasına illi katkıda bulunan herkes faildir³⁶.

³⁵ ÖZGENÇ İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 1996,.s.41-45

³⁶ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.41,42

Suç ortaklarının neticeye illi etkisi bakımından suç ortakları arasında ayırım yapan görüş, illiyet bağının her bağımsız iradeye dayanan hareketle kesileceğini ve bu hareketin yeni bir illi zincir yaratacağını savunmaktadır. Dikkat edilmesi gereken nokta yeni illi zincir ancak bağımsız iradeye dayanan hareketle kesilebilir. Bu nedenle hileyle yahut cebir, tehdit altında bulunan veya bağlayıcı emir nedeniyle irade serbestesi bulunmayan kimsenin hareketi nedeniyle illiyet bağı kesilmeyecektir³⁷ ve arka plandaki kişi ön plandakinin fiili katkısı dikkate alınmadan sorumlu tutulacaktır.

B. FAİLLİĞİN ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER

Fail kavramını açıklamak için doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki fail kavramını geniş yorumlarken; ikincisi dar yorumlamaktadır. Bu görüşler faillik ve şerikliğin birbirinden nasıl ayrılacağını da belirlemektedir.³⁸ Bu nedenle dolaylı failliğin yerinin açıklanabilmesi açısından iki görüşün de incelenmesi gerekmektedir.

Geniş/dar fail kavramlarının temelleri 19. yy.da atılmıştır. 19.yy başında kullanılan müsebbip ve yardımda bulunan kişiler ayırımında azmettiren müsebbip içinde ele alınırken ortaya geniş fail kavramının çıkmasına neden olmuştur.³⁹

³⁷ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.45

³⁸ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s s.422

³⁹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.50

1. Dar Fail Kavramı

Biçimsel kanunilik ilkesine dayalı olarak, fail kavramını dar yorumlayan görüş failin sadece kanundaki tipik filli gerçekleştirenlerin ve neticeye doğrudan sebebiyet veren kimselerin fail olduğunu savunmaktadır.⁴⁰ Ancak kanunda düzenlendiği takdirde, iştirak edenler şerik olarak cezalandırılabilir. Şeriklik kavramı tamamiyle kanunun eseridir.⁴¹

Fail kavramını dar yorumlayanlar dolaylı failliğin, fiili işleyen bizzat fail olamaması halinde söz konusu olduğunu ve sorumluluğu olmayan bir kimsenin suça sevk edilmesiyle, tabiat olayının suçta araç olarak kullanılması arasında bir fark bulunmadığını savunurlar.⁴²

Dar fail kavramını savunanlar esasta objektif teorileri benimsemişlerdir.⁴³

Faillik için öncelikle suçun işlenişine olan katkının objektif bakımdan elverişli olması gerekir. *Hegler* objektif teoriye göre dar anlamda failliği savunmaktadır. Buna göre fail suç tipindeki hareketleri gerçekleştiren şahıstır. Tipik fiili gerçekleştirmeyen kimse fail olamaz. *Hegler* üstün ağırlık teorisiyle dolaylı failliği açıklamaktadır. Dolaylı fail suçu icra eden kişiye nazaran öyle bir ağırlık işgal etmektedir ki bu ağırlık suçun icra hareketlerini kendisinin yapamamasının boşluğunu hayli hayli doldurmaktadır.⁴⁴

⁴⁰ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.58; TOROSLU/TOROSLU s.310

⁴¹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.58

⁴² ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.58,59

⁴³ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.51

⁴⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin, s.84

Sonuç olarak suçu işleyen kişi fail olarak gözükmekte, fiili bizzat gerçekleştiren kişi diğer unsurların⁴⁵ mevcut olmaması nedeniyle fail olamamaktadır veya sadece taksirli suçun ya da özgü suçun faili olabilmektedir.

Ayrıca dolaylı faillik *Hegler*'e göre bir faillik türü olarak bağlılık prensibine dahil edilmemiştir. Bu nedenle fiili icra edenin hukuka uygun hareket etmesi dolaylı failliğin kabulüne engel teşkil etmez.

2. Geniş Fail Kavramı

Maddi kanunilik ilkesine dayanan geniş fail düşüncesi, sosyal yönden önemli derecede tehlikeli olan her davranışın suç olduğunu ve böyle bir davranışı gerçekleştiren herkesin suçun faili olduğunu ve buna iştirak edenlerin de katkıları nedeniyle fail olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur.⁴⁶ Başkasının eylemine katılan kimse o eylemi kendisine mal etmiş, benimsemiş sayılır.⁴⁷

a. Geniş Fail Kavramının Sübjektif Esaslara Göre Daraltılması

Eşdeğerlilik düşüncesiyle ele alınan geniş fail kavramı, neticenin oluşumuna katkıda bulunan her illi değerın eşit olduğuna, suça iştirak edenlerin tümünün fail olduğunu belirterek oluşturulmuştur. Bu görüşe göre, ceza kanunuyla korunan bir hukuki yararın ihlaline hukuka aykırı ve kusurlu şekilde katılan herkes, bu katkının mahiyeti ne olursa olsun faildir. Yardım edene daha az ceza öngörölmesinin nedeni ise yardım edenin fiili bizzat gerçekleştirenlere oranla hukuki yararı daha hafif

⁴⁵ Fiili bizzat gerçekleştiren de isnat yeteneği, kast, özellik faillik vasfı, özel kast gibi suçun tam olarak gerçekleşmesi için gerekli unsurların yokluğu halinde dolaylı faillik söz konusu olur. ÖZGENÇ, Suça İştirak..., s.70;. Bu nedenle bu teori, dolaylı failliği boşluk doldurucu bir kurum olarak görmektedir. SCHRODER, Friedrich Christian, Der Täter hinter dem Täter, Berlin,1965,s.55,56

⁴⁶ TOROSLU/TOROSLU, s.310

⁴⁷ YÜCE Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C:1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa,1982, s.361

şekilde ihlal ettiği düşüncesidir.⁴⁸ Bu düşünceye göre, cezalandırılabilir fiile nedensel katkıda bulunanların hepsi faildir.⁴⁹ Bu nedenle bu görüş, sırf nedenselliği esas aldığından, kusuru görmezden gelmektedir.⁵⁰

Geniş fail kavramını benimseyen bir diğer görüş ise, önemli olanın illiyet bağından ziyade, suçla ihlal edilen hukuki menfaat olduğunu savunmaktadır. Suç işleyerek hukuki menfaatin ihlaline kusurlu bir şekilde iştirak eden herkes faildir. Kişi ister azmettirerek isterse fiili bizzat işleyerek hukuki menfaati ihlal etsin, her durumda fail sayılacaktır. Ayrıca fiili bizzat işlemesiyle, başka birini sevk etmesi arasında fark yoktur. Dolaylı faillik ve faillik arasındaki ayrım sadece görünüştedir ve esasen aralarında bir fark bulunmamaktadır.⁵¹

Eşdeğerlilik düşüncesiyle ortaya çıkan geniş fail kavramı, subjektif kıstaslar kullanılarak daraltılmaktaydı.⁵² Çünkü, ceza kanunları azmettirme ve yardımda bulunmayı faillikten farklı olarak düzenlemektedir.

Sübjektif yönün esas alındığı teoriler;

-Suç ortağının faillik (*animus auctoris*) iradesiyle mi yoksa şeriklik iradesiyle (*animus socii*) mi hareket ettiğini araştıran kast teorisi⁵³ ve

- Suç ortağının neticeye duyduğu ilgiye ve elde edeceği menfaate göre ayrım yapan menfaat teorisi⁵⁴

⁴⁸ ÖZGENÇ, Suça İştirak..s.52-54

⁴⁹ TRECHSEL, s. 47

⁵⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.358

⁵¹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin ..s.53

⁵² ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.50

⁵³ Bu fikir, failin maksadı anlaşılmayacağı için eleştirilmiştir. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014,s.493

Baumann kast teorisine yeni bir anlayış getirerek, faillik kastını, faillik iradesinin yanı sıra, fiilin icrasına hakim olmayla eşdeğer tutmaktadır. Netice sonucunda elde edilen menfaat de faillik kastının bir belirtisidir, ancak tek başına bir gösterge değildir.⁵⁵⁵⁶

Hakimiyet iradesiyle hareket eden kimsenin haricinde bir kişinin fiil üzerinde objektif hakimiyet kumuş olması kişinin faillik statüsünü etkilemeyeceği gibi; hakimiyet iradesi olmadan fiil üzerinden objektif hakimiyet kurmuş olması kişiye faillik statüsü kazandırmaz.⁵⁷ Bu durumda dolaylı faillikte araç olan kimsenin fiile hakim olma iradesi olmadığından, araç fail niteliği kazanmaz.

Bir başka görüş ise kast iradesini, kişinin fiili kendi fiili olarak mı yoksa bir başkasının fiile olarak mı gördüğüne göre belirlenir Ancak bu irade, yalnızca objektif yani dış ölçülere dayanılarak tespit edilecektir. Bu görüşle karma bir görüşe ulaşılmıştır.⁵⁸

Welzel iştirak edenle fail arasındaki farkı zaten var olduğunu; hukuk kurallarının sadece bu tanımladığını savunmaktadır; iştiraki açıklarken taksirli hareketler ve kasıtlı hareketler arasında ayrım gözetmektedir. Taksirli hareketle suça iştirak eden kimselerin iştirak katkılarının eşit olduğunu bu nedenle taksirli suçlarda geniş fail anlayışının geçerli olduğunu savunmaktadır. Kasıtlı suçlarda ise faillik ve iştiraki belirleyen hakimiyettir. Fail, neticeye hakimken, azmettiren ve yardımda

⁵⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.64

⁵⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.65

⁵⁶ Asıl failin iradesi temel bir nitelik taşıdığı halde yardım edenin iradesi tali nitelik taşır ve asıl failin iradesine bağlıdır. Yardım edenin iradesi ancak asıl failin iradesiyle anlam taşır. ÖNDER, s.418; SOYASLAN,s.492

⁵⁷ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.66

⁵⁸ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.67

bulunan sadece kendi iştirak katkıları üzerinde iktidara sahiptir. Fiilin, failin final hakimiyetinin eseri olarak görülmektedir. Final hakimiyetinin belirlenmesinde ise iradi kararın şuurlu bir şekilde icra edilmesi gereklidir. Dolaylı faillikte ise fiili icra eden kişinin final hakimiyeti bulunmadığından, icra eden fail değil araçtır. Bu yüzden *Welzel* ‘*failin arkasındaki fail* ‘ kavramını reddetmektedir. *Welzel*’in bu görüşleri kast teorisiyle yakınlık içinde bulursa da kast teorisinin gelişmiş bir şeklidir.⁵⁹

Maurach, *Welze*’lden farklı olarak, *Welzel*’in ifadesiyle aracın final hakimiyeti bulursa bile dolaylı failin fail olmaya devam edeceği görüşündedir. Örneğin, mazeret sebebi boyutuna ulaşmamış olsa dahi cebir veya tehdit altında bulunan kişiyi yönlendiren kişi yine dolaylı faildir. Yönlendirilen kişinin fail olup olmaması dolaylı failin faillik statüsünü engellemez. Arka plandaki şahsın fiili hakimiyet kurup kurmadığı araştırılmalıdır.⁶⁰

Maurach’ın görüşünün aksine *Gallas*, araç kişinin yaptıklarından sorumlu olması halinde yöneten kişinin dolaylı fail değil azmettiren olduğunu savunmaktadır. Arka plandaki şahıs, psikolojik anlamda fiili icra eden şahıs üzerinde baskı kurmuş olabilir, ancak burada hukuki anlamda bir hakimiyetten söz edilemez. Bu açıklamalardan *Gallas*’ın fiili hakimiyeti *Welzel* gibi ontik bir kavram olarak değil; hukuki bir kavram olarak değerlendirdiği açıktır.⁶¹

⁵⁹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.87

⁶⁰ ÖZGENÇ, Suça İştirakin ...s.91

⁶¹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.94

Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, objektif görüşten ziyade suç ortağını iradesini esas alan görüşü benimsemekteydi. Ayrıca Yüksek Mahkeme menfaat teorisini de azmettirme ve dolaylı faillik ayrımlarının yapılmasında kullanmaktaydı.⁶²

Aynı şekilde Almanya Federal Yüksek Mahkemesi de geniş fail kavramını esas alan sübjektif görüşleri benimsenmiştir. Ancak her ne kadar çıkış noktası sübjektif teori olsa bile, faillik iradesinin olaydan bağımsız bir şekilde belirlenemeyeceğini, suç ortağını vakıa üzerinde ne derece hakimiyetinin bulunduğu esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.⁶³

Yeni içtihatlarla da sübjektif ayırım kabul görmekle beraber sübjektif görüşün fiili egemenliği teorisi ile açıkça objektifleştirildiği görülmektedir.⁶⁴

b. Fiil Egemenliği Teorisi

İlk defa *Roxin* tarafından kullanılan fiili egemenlik kavramı⁶⁵ hem objektif hem de sübjektif görüşlerinden yararlanılarak faillik ve suç ortaklığını ayırt etmek için yeni bir prensip olarak kabul edilmiştir.⁶⁶ Bu anlamda faillik suçun gidişatını kontrol etme kastını gerektirir. Bu kast doğrudan faillikte bu fiil egemenliği olarak görülürken, dolaylı faillikte irade egemenliği, müşterek faillikte ise fonksiyonel

⁶² ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.75.

⁶³ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.78.

⁶⁴ DEMİRBAŞ, s.491

⁶⁵ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2015, Ankara, s.508

⁶⁶ HAKERİ, İştirak, s.96

hakimiyet olarak ortaya çıkar.⁶⁷ Buradaki egemenlik, suç tipini gerçekleştirmeye yalnız veya birlikte egemen (birlikte faillilik) olup olunmadığıdır.⁶⁸

Doğrudan faillikte fiil egemenliği fiili bizzat gerçekleştiren, harekete hakim olarak suçu icra edende mevcuttur. Dolaylı faillikte irade egemenliği, suç teşkil eden fiili başkası aracılığıyla işleyen, doğrudan hareket edeni üstün irade ile yönlendiren perde arkasındaki kişide bulunur. Müşterek faillikteki fonksiyonel hakimiyet ise suç teşkil eden fiili birlikte gerçekleştirenlerde bulunur.⁶⁹ Suç işlenişinde bu üç türden birinde hakimiyet kuran kişi faildir; hakimiyet kuramamışsa şeriktir.⁷⁰ Dolaylı failliğin öncelikli şartı arka plandaki failin araç üzerinde hakimiyet kurması ve ona suç işletmesidir. Fail üzerinde egemenlik kurularak araç kişi zapt ediliyorsa dolaylı failliğin egemenlik şartı gerçekleşmiş olur. Fail araç üzerindeki egemenliği daha üstün bilgisiyle, tehdit ederek, cebir kullanarak vb. hallerde sağlayabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kurulan egemenliğin arka plandaki kişiyi fail düzeyine çıkaracak seviyede olmasıdır. Fakat her zaman egemenlik kurma ölçütü, dolaylı faillik ve azmettirme arasındaki ayrımı belirgin kılamaz, özellikle de ön plandaki kişinin kusurlu olduğu ve taksirli araç durumunda azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki ayrım belirgin değildir.⁷¹

Dolaylı failin aracı yönlendirebilmesinin objektif şartı, araç üzerinde egemenlik kurmasıdır. Ancak egemenlik kurma öncelikli olmasına rağmen yegane

⁶⁷ DEMİRBAŞ, s .491

⁶⁸ DEMİRBAŞ, s.496

⁶⁹ ERDEM, Mustafa Ruhan, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, HPD, 2005/5, s.205.

⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.426

⁷¹ SCHÖNKE Adolf, SCHRÖDER Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 1991 (iç. CRAMER Peter, , n.76, s.414; n.81, s.415

şart değildir. Araç kişinin iradesinin olup olmaması egemenlik şartından sonra dikkat edilmesi gereken noktadır.⁷²

Failliğin bir görünümü olan dolaylı faillikte de, failin maddi ve manevi faillik vasıflarını da taşıması gerekir.⁷³

Arka plandaki kişinin dolaylı fail yahut şerik olma iradesinin önemli olup olmadığı konusunda tartışmalar vardır. Bir kısım yazar, objektif olarak hakimiyet kurulmasının yeterli olduğunu perde arkasındaki kişinin iradesinin önemli olmadığını savunurken⁷⁴; bir kısmı perde arkasındaki kişinin iradesine de önem verilmesi gerektiğini savunur.⁷⁵ Bunun pratik önemi, arka plandaki şahıs araç kişinin niteliklerini bilmiyorsa ortaya çıkar. Örneğin, arka plandaki şahıs ön plandaki kişinin akıl hastası olduğunu bilmiyorsa birinci görüşe göre, kişinin egemenlik kurması yeterli olacağından arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak değerlendirilir. Ancak, ikinci görüşe göre kişi fail olma iradesiyle hareket etmediğinden şerik olarak cezalandırılacaktır.

Doktrinde hakim görüş subjektif ve objektif görüşlerin sentezinden oluşan fiili hakimiyet görüşüdür.⁷⁶

Fiil olaya yön veren iradenin bir eseridir; aynı zamanda suçun işlenişine olan katkının nesnel ağırlığı da dikkate alınmaktadır.⁷⁷ Faillik fiili katılımın ağırlığına ve şekline göre (objektif unsur), ve kişinin suçu gerçekleştirmeye yalnız veya birlikte

⁷² CRAMER, n.80, s.415.

⁷³ CRAMER, n.44, s. 405.

⁷⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.198.

⁷⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.198.

⁷⁶ DEMİRBAŞ, s.491

⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ s.426

olan iradi katılımına göre (sübjektif unsur); şeriklik ise fiil egemenliği olmaksızın yabancı icra veya ihmalin teşviki veya bunlara sebebiyet verilmesine göre belirlenir.

Ceza Kanunun 37. maddesinde faillerin suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri gerçekleştirenler olacağı düzenlenmiş ve böylelikle faillik için bağlantı noktası olarak suç tipini ve bunu bizzat yahut birlikte gerçekleştirmeyi arayan fiili hakimiyet teorisi benimsenmiştir.⁷⁸ 37. maddenin gerekçesine bakıldığında da fiili hakimiyet, ‘ ‘Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir.’ ’ şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁹

IV. DAR FAİL VE GENİŞ FAİL KAVRAMINA GÖRE ŞERİKLERİN CEZALANDIRILABİLMESİ BAKIMINDAN SİSTEMLER

A. EŞİTLİK (TEK FAİLLİK) SİSTEMİ

Faillerin cezalandırılması bakımından, geniş faillik kavramının esas alındığı eşitlik sistemi, Roma Hukukunda ilke olarak kabul edilmiş olup, 1791 ve 1810 Fransız Ceza Kanunlarında da etkisini göstermiştir.⁸⁰

Eşitlik sistemi, fiilin gerçekleşmesine nedensel katkısı bulunan herkesi, katkının objektif ağırlığı dikkate alınmaksızın fail olarak kabul eder.⁸¹ Bu sistemde suç birliğini esas alan teoriler, suçta birlik cezada birliği gerektirir düşüncesini kabul

⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ s.426

⁷⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.367

⁸⁰ EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s.359.

⁸¹ DEMİRBAŞ, s. 487.

ederek ceza bakımından iştirakçiler arasında ayırım yapmaz.⁸² Şart teorisini esas alan görüşler her hareketin netice için nedensel olduğunu bu nedenle suç ve ceza açısından ayırım yapılmaması gerektiğini savunur.⁸³ Faillerin çokluğunu esas alan görüş ise bir suçta ne kadar fail varsa o kadar da suç olduğunu bu nedenle iştirak halinde işlenen bir suçtan daha ziyade iştirak suçundan bahsedilmesinin daha doğru olacağını⁸⁴; bu nedenle herkes suçu işlediğine göre herkesin cezasının aynı olması gerektiği savunmaktadır.⁸⁵

Bu sistem içerisinde iştirak şekilleri arasında farklılık gözetip, cezaların tayininde farklılık gözetilmeyeceğini savunanlar da vardır. Ancak bu düşünce tutarsız olduğu için eleştirilmiştir.⁸⁶

B. CEZANIN FAİLE GÖRE TAYİNİ SİSTEMİ

Sübjektif sistem olarak da adlandırılan bu sistemde, cezanın belirlenmesinde ortakların maddi manevi katılım şekilleri değil; kötülük dereceleri esas alınmıştır. Asli-fer'i şerik ayrımı kabul edilmekle birlikte her şeriğin kişiliği ve saiki de hakim

⁸² KESKİN Serap “Suç Ortaklığı”, Ceza Hukuku Günleri- 70.Yılında Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1998, s.228; DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.2, 10. Bası, İstanbul, 1994, s.453; TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s.523.

⁸³ KESKİN Serap, s.228; ÖNDER s.415; karşıt görüş: Suça katılan her davranış sonuç açısından nedensel olabilir; ancak sonuç açısından eşit önemde olduğunu savunmak doğru değildir. YÜCE, Ceza Hukuku, s.362

⁸⁴ KESKİN, s.228; DÖNMEZER/ERMAN, s.454; PISAPIA Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Genel Kısım, Padova, 1965, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, ANKARA, 1971, (çev. AKGÜÇ Atıf), s.204

⁸⁵ Bu düşünce ceza hukukunda suçu sayısını belirleme açısından fail sayısından yararlanılmayacağı, suç sayısını belirlemede normun ihlalinin önemli olduğu teorisiyle eleştirilmiştir. İÇEL Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.36 vd.

⁸⁶ ÖNDER, s.436,437

tarafından araştırılarak, ceza faile uyumlu hale getirilmektedir.⁸⁷ İsviçre ve Yeni İtalyan Ceza Kanunları bu sistemi benimsemiştir.^{88 89 90}

C. İKİLİK SİSTEMİ

Klasik sistem olarak da bilinen bu sistemde, asli hareketleri yapanlar suçun tam cezasıyla, tali nitelikte hareketleri yapanlar ise daha az cezayla cezalandırılmaktadır.

Asli iştirakçiler açısından asıl suç söz konusuysa fer'i iştirakçiler için bir başka suç olduğu kabul edilir.⁹¹ Bu nedenle her grup için farklı ceza tayin edilir; bunun temel nedeni ise asli ve fer'i faillerin suçtan elde ettikleri faydanın farklı olmasıdır.⁹²

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ve 765 sayılı TCK ikililik sistemini benimsemiştir. 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde ikilik sistemi eleştirilmekle⁹³

⁸⁷ KESKİN, s.230

⁸⁸ ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.629

⁸⁹ İtalyan Ceza Kanunu Zanardelli Kanunun getirdiği tüm bu ayrımların kişi özgürlük ve güvenliğinin korumak endişesiyle yapıldığını, aslına bu ayrımların hayatın akışına uymadığını çünkü iştirakin bir bütün olduğunu, bu nedenle faillerin sorumluluğunun eşit olması gerektiğini kabul etse de iştirak halinde işlenen suçlarda tüm faillerin hareketlerinin değerinin fiilen eşit olması imkansız olduğundan, yargıca faillerin suçtaki ağırlıklarına göre cezasını belirleme yetkisi vermiştir. SOYASLAN, s.516

⁹⁰ Bu sistemde kanun iştirak hakkında herhangi bir kural koymadığından ve takdir hakime bırakıldığından eleştirilmektedir. ÖNDER, s. 436

⁹¹ AYDIN, s.71

⁹² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.514

⁹³ İkilik sistemi asli ve fer'i ortakların birbirinden ayrılmasındaki güçlük, asli ve fer'i ortaklık hallerinin ayrılmasına imkan olmayan durumlar, suçun icra hareketlerine başlanmadan azmettirenin cezalandırılmaması, zorunlu fer'i iştirak, asıl suçu işleyen, ceza ehliyeti olmaması, bir ortaklıkta cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin diğer şeriklere getirdiği özümler, fer'i failin suçun işlenmesinde büyük rol oynaması, bazı durumlarda kanun koyucunun asli ve fer'i failin cezasının ortası olan bir cezayı kabul etmesi dolayısıyla eleştirilmiştir. KUNTER, s.78 vd; ERMAN Sahir, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, s.63.

beraber faillik azmettirme ve yardım etme olarak asli-feri şerik ayrımın ismi değiştirilmiş ve sistem muhafaza edilmiştir.⁹⁴

İkilik sisteminin temel sakıncası asli ve fer'i failler arasında ayrımın tam olarak yapılamamasıdır. İkilik sistemini kabul eden hukuk düzenlerinde her somut olayda kimin hangi kategoriye girdiği konusunda yeknesaklık sağlamak zordur.⁹⁵ Ayrıca iştirakçilerin önemli hareketleri tipik sayılmazsa ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.

⁹⁴ DEMİRBAŞ s.466; ÖZBEK ve diğerleri, s.553

⁹⁵ ÖNDER, s.418,419

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DOLAYLI FAİLLİK

I. FAİLLİK KAVRAMI

İştirak hükümleri 765 sayılı Türk Ceza Kanununda Birinci Kitabın altıncı babında Cürüm ve Kabahatte İştirak başlığı altında 64-67 inci maddelerde düzenlenmiştir. 64. maddede asli iştirak 65. maddede fer'i iştirak türleri; 66 ve 67. Maddeler de ise suçu ağırlaştıran sebeplerin şeriklere sirayeti düzenlenmiştir.

Ancak mülga TCK 'da dolaylı faillığe ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolaylı faillik ilk olarak 5237 sayılı Kanunun Hükümet Tasarısında düzenlenmiştir. Düzenleme şu şekildedir.

Dolayısıyla Faillik:

Madde 41- İsnat yeteneğine sahip olmayan ve kişisel nedenlerle ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere her ne şekilde olursa olsun suç işleyenler gerçekleşen suçtan sorumlu olurlar ve ayrıca suçun cezası üçte bir artırılır.⁹⁶⁹⁷

⁹⁶ Madenin gerekçesi ise şu şekildedir : Ülkemizde özellikle kan gütme saikiyle veya aile şerefini korumak iddiasıyla adam öldürme suçlarının, gelenekten ve alt grup kültüründen kaynaklanan nüfuz kullanılarak isnat yeteneği olmayan kişilere işletilmesi yerleşik sayılabilecek bir uygulamadır. İştirak sitemimiz kapsamında, isnat yeteneği olmayan kişiler cezalandırılmadıkları halde, asli fail sayılmaktadırlar. İsnat yeteneği olmayan kimse gerçekte bir uç aracı olarak kullanılmaktadır.

Konumu, kişisel yetenekleri nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere suç işletilmesi durumunda da ceza sorumluluğu olmayan kişiler "asli maddi fail sayılmaktadırlar. Örneğin, aile

Doktrinde isnat yeteneği olmayan kimselerin de, suç işlemeye zorlanmış kimselerin de fail olabileceği ancak cezalandırılmayacağı bu nedenle sorunun iştirak hükümleriyle çözülebileceği⁹⁸ savunulmuşsa da dolaylı faillik 5237 sayılı Kanunda da düzenlenmiştir.

Bu karşıt görüşe göre, dolaylı faillik kurumu şeriklik kavramına dahildir. Kişinin cezalandırılabilir olup olmaması kişiyi şeriklik kurumunun dışına çıkarmaz.⁹⁹

Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dolaylı faillik kurumunu şeriklikten ayrı görerek; dolaylı faillik halinde şeriklik esaslarına göre değil, dolaylı faillik esaslarına göre cezalandırılması gerektiğini öngörmüştür.¹⁰⁰

Hem 765 sayılı TCK hem de 5237 sayılı TCK dar fail anlayışını kabul etmiştir. Dar fail anlayışını kabul eden sistemlerde, fail suçun oluşmasına katkıda bulunan kişi değil, suçun unsurlarını gerçekleştiren kişi olduğundan iştirak hükümleri genişletici hükümlerdir.¹⁰¹ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, suçun unsurlarını gerçekleştirenler dışında kalıp, suçun işlenişine katkı sağlayanların

ilişkisi içinde cezasızlıktan yararlanan bir kimseye suç işletilmesi halinde de gerçekte asli maddi fail, cezasızlık nedeninden yararlanan kişiye suç işletendir.

Belirtilen nedenlerle, suçu işleten kişinin asli fail olarak cezalandırılması ve belirtilen durumlardaki kişilerce suçun işlenmesinin kolayca sağlanabileceği öngörülmüş ve getirilen madde ile cezanın artırılması kabul edilmiştir. Maddeye göre, eylemi gerçekleştiren kişinin ceza sorumluluğu olmadığı için, sadece suçu işleten dolayısıyla fail olarak cezalandırılacaktır. BAKICI Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.865,866.

⁹⁷*Tasarıdaki bu hükme göre isnat yeteneği olamayan yahut şahsi cezasızlık sebebi bulunan kimseye her ne şekilde olursa olsun suç işletmek dolaylı failliğe yol açacaktır. Oysa dolaylı failliğin ancak ön plandaki kişinin üzerinde hakimiyet kurularak onu bir araç durumuna indiren kişi dolaylı fail olacaktır. Maddenin "her ne şekilde olursa olsun" düzenlemesi bu açıdan doktrinde eleştirilmiştir. Ayrıca şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması halinde dolaylı faillik hükümlerine gitmeye gerek yoktur; şeriklik hükümlerinde uygulanınca sınırlı bağlılık kuralında şeriklerin suçtan sorumlu tutulabilmesi için failin şahsi cezasızlık sebebinin bulunmamasına gerek yoktur.* ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.531.

⁹⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.353.

⁹⁹ TOROSLU/TOROSLU, s.317.

¹⁰⁰ TOROSLU/TOROSLU, s.317.

¹⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.363.

cezalandırılabilmesi için kanunda açık hükme ihtiyaç vardır.¹⁰² Kanun iştirakin hangi şekillerini belirtmişse, yalnız bu hareketleri yapanlar suça katılmış olarak kabul edilir ve bu hareketlerde ise sınırlı sayı ilkesi geçerlidir.¹⁰³

Ancak taksirli suçlara iştirakte TCK'nın 22. Maddesiyle geniş fail anlayışı benimsenmiştir; taksirli suçlarda herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağı belirtilerek, fail ve şerik ayrımı kabul edilmemiştir; herkes kendi kusuru oranında fail olarak sorumlu olacağını düzenleyerek geniş fail anlayışını kabul etmiştir.¹⁰⁴

Kabahatler Kanununda da geniş fail anlayışına dayanmaktadır. Söz konusu Kanunun 14. Maddesinde, kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında fail olarak idari para cezası verilir denilerek fail ve şerikler arasında ayrıma gidilmemiştir.¹⁰⁵

Faillik 5237 sayılı TCK' da açıkça olmasa da doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik olmak üzere üç ayrı şekilde düzenlenmiştir. Kanunun öngördüğü bu faillik türlerine ek olarak doktrinde yan faillik¹⁰⁶ olduğu da savunulmaktadır.¹⁰⁷

TCK m.37/1'de suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olduğu ifade edilerek müşterek failliği; suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu

¹⁰²CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s..475

¹⁰³ ÖNDER,s.435

¹⁰⁴ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.319.

¹⁰⁵KOCA/ÜZÜLMEZ, s.41

¹⁰⁶ Yan faillik birbirinden bağımsız hareket eden kişilerde daha ziyade taksirli suçlarda mümkün gözükmektedir. Örneğin iki kişinin taksirli hareketi sonucu gerçekleşen kazada yan faillik olduğu kabul edilmektedir. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.382; ÖZBEK ve diğerleri, s.555

¹⁰⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.368

tutulacağı; kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasının artırılacağı belirtilerek dolaylı failliği düzenlenmiştir.

A. DOĞRUDAN FAİLLİK

Doğrudan ya da bağımsız fail, suçun tüm unsurlarını gerçekleştiren kişidir.¹⁰⁸ Kanun koyucu açıkça belirtmemiş olsa da suç tipini ihlal eden şahsı suçun faili saymıştır.¹⁰⁹ Zorunlu olmayarak ve bir başkasından sosyal bakımdan bağımsız olarak, suçun tüm unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişi faildir.¹¹⁰

Failin kendisi yahut başkasının yararına hareket etmesi önemli değildir. Bu nedenle suçu kendi yararına işleyeni fail sayan sübjektif teori, Kanunun öngördüğü düzenlemeyle bağdaşmamaktadır.¹¹¹

Doğrudan fail de suçu işlerken bir araç kullanabilir. Ancak burada ayırt edici nokta, doğrudan failin kullandığı, aracın ceza hukuku anlamında hareket kabiliyetine sahip olmaması yahut somut olaydaki hareketin ceza hukuku kapsamında harekete vücut vermemesidir.

B. BİRLİKTE FAİLLİK

Birlikte faillik, bilerek ve isteyerek birden fazla kişinin suçu birlikte işlemesidir.¹¹² Bu bölümde bahsedeceğimiz iştirak türü zorunlu iştirak değildir, doktrinde çok failli suçlar olarak da kabul edilen zorunlu iştirakte birden fazla kişinin olması suçun kurucu unsurudur. Oysa arizi iştirakte tek başına işlenmesi de mümkün

¹⁰⁸ DEMİRBAŞ s.492.

¹⁰⁹ ÖNDER, s.433

¹¹⁰ ROXIN Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, Walter de Gruyter, Berlin, New York, Siebente Auflage, s.127

¹¹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.427

¹¹² DEMİRBAŞ, s.493

olan suçlar, suç işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla birden fazla kişi tarafından işlenmektedir.

Yargıtay'a göre, ''suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerine hakimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hakimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleştirebileceği gibi, zımni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir.''¹¹³

Birlikte faillik için öncelikli şart, faillerin çokluğudur. Bunun için iki veya daha fazla kişinin özgür iradesiyle suçun icrasına katkıda bulunması gerekir.¹¹⁴ Bu noktada dolaylı faillik ve birlikte faillik arasındaki ayrım ortaya çıkmaktadır. Dolaylı faillikte özgür iradesiyle suç işleten kişi fail olsa da; araç kişi suç işleme iradesine sahip değildir.

Birlikte faillik için sübjektif unsur olarak ortak suç işleme kararı ve objektif unsur olarak fiili birlikte işlemektir.¹¹⁵

3. Birlikte Failliğin Şartları:

a. Faillerin Çokluğu

Müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için normda belirtilen kişiden daha fazla kişinin bir araya gelmesi gerekir. Hem müşterek faillik açısından hem de dolaylı faillik açısından tartışılması gereken nokta isnat yeteneği olmayan kişilerin fail olup olamayacakları sorunudur.

¹¹³ Y.CGK.13.10.2009, E.2009/!-194, K.2009/235(www.kazanci.com)

¹¹⁴ SOYASLAN, s.501

¹¹⁵ DEMİRBAŞ, s.494

Doktrinde bir kısım yazar, isnat yeteneği olmayan bir kimsenin kasten hareket edemeyeceğini, fail olabilmek için de kasten hareket edilmesi gerektiğini, bu nedenle, isnat yeteneğinden yoksun kimselerin fail olamayacaklarını ve diğer kimsenin dolaylı fail olacağını savunurlar.¹¹⁶

Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, isnat yeteneği olmayan kimsel de pek tabii fail olabilir; bu kimselerin cezalandırılmaması faillik statüsünü etkilemez. Isnat yeteneği olmayanlar için, dolaylı faillik ve müşterek faillik arasındaki ayrım isnat yeteneği olmayan kimsenin araç olarak kullanılıp kullanılmamasıdır.¹¹⁷

Tüzel kişilerin müşterek fail olup olamayacakları ise bir diğer sorundur..Türk Ceza Kanunun kabul ettiği sisteme göre tüzel kişi fail olarak kabul edilmediğinden tüzel kişilerle müşterek faillik de mümkün olamayacaktır; yalnızca tüzel kişilerin yönetiminde bulunan kişiler fail ve iştirakçi olabilir.

b. İştirak iradesi:

Suç ortakları bilerek ve isteyerek suça iştirak etmelidir. İştirak iradesi için suçu işleme kastının yanı sıra kişinin kendi davranışı ile diğerlerinin davranışına katkıda bulunma bilinç ve iradesi gereklidir.¹¹⁸Başka bir deyişle iştirak iradesinden bahsedebilmek için şerikler arasında fiili birlikte işlediklerine dair bir iradenin olması gerekir ki bu irade kast içinde mütalaa edilir.¹¹⁹ İştirak kastından bahsedebilmek için

¹¹⁶AYDIN, s.80

¹¹⁷ SANCAR YALÇIN Türkan, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998 s.212, TOROSLU/TOROSLU, s.311, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.352

¹¹⁸AYDIN, s.112, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.357

¹¹⁹EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C:1, Genel Hükümler, Sevinç Matbaası, ANKARA,1976,s.399

belli bir suçun gerçekleştirilmesinin bilinmesinin ve istenmesinin yanı sıra kendi davranışlarıyla diğerlerinin davranışlarına katkıda bulunma kastı da gereklidir..¹²⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da belirttiği gibi,müteaddidşeriklerin birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün içinde birleştiren, bağlayan koşul iştirak iradesidir. Ancak iştirak iradesi, iradelerin birleşmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. İştirak iradesinin mevcudiyeti için, her şerikin diğer faillerle birlikte belirli bir suçun işlenmesine katıldığını bilmesi gerekir¹²¹¹²²

Ancak birlikte suç işleme kararı iştirakin yaygın biçimi olmasına rağmen, diğerlerinin haberi olmadan suça katılma iradesi olan kişi de iştirakçidir.¹²³ Örneğin, bankayı soymak için gelen soygunculardan haberdar olan güvenlik görevlisinin işlerini rahat yapabilmeleri için bankayı terk etmesi halinde güvenlik görevlisi suça iştirak etmiştir. Eğer bu kişi iştiraktan sorumlu tutulmazsa işlediği suça yönelik iradesi ve katkısı hiçe sayılmış olacaktır. ¹²⁴

İştirak iradesi açık veya örtülü olabileceği gibi fiilin icrasına başladıktan sonra da ortaya konmuş olunabilir.¹²⁵

¹²⁰ TOROSLU/TOROSLU, s.326

¹²¹ Y. CGK.07.03.2000,E.1/43-K.47

¹²² Dikkat edilmesi gereken nokta, iştirak iradesi olan kimseler iştiraktan cezalandırılırken; iştirak iradesi olmadan hareket edenler tek başına faillikten sorumlu olacaklardır. TOROSLU/TOROSLU s.327; HAKERİ, Yeni TCK'da İştirak, s.82.

¹²³ DEMİRBAŞ, s.490.

¹²⁴ AYDIN, s.30.

¹²⁵ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.526.

c. Fiilin Birlikte İşlenmesi:

Fiilin birlikte işlenmesi her failin, birlikte suç işleme kararı kapsamında, suçun işlenmesi için gerekli bir hareketi yapmasıdır.¹²⁶ Her katılanın suç işleme kararını almış ve bu karara dayanarak fiilin icrasında önemli bir rol üstlenmiş olması gerekir.¹²⁷ Müşterek faillerin sorumluluğu bağlılık kuralından değil; suç üzerinde birlikte hakimiyet kurmuş olmalarından kaynaklanır.¹²⁸ Gerekçede, *hakimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının önem taşıdığı* belirtilmiştir.¹²⁹ Bu da fiilin icrasının ve sonuçsuz kalmasının faillerden her birinin inisiyatifinde olması demektir.¹³⁰

Fiilin işlenmesine her türlü katkı birlikte faillğe yol açabilir. Bunun için failin suç yerinde bulunmasına dahi gerek yoktur. Örneğin, telsizle suç örgütünü yönetip, örgütle bağlantı kuran örgüt başı da faildir.¹³¹

4. Birlikte Faillik ve Dolaylı Failliğin Karşılaştırılması

Birlikte faillikte, fiilin icrasında müşterek hakimiyet kurulduğundan, suç işleyen kişiler fail statüsündedir dolayısıyla sorumluluklarını doğrudan kendi fiillerinden almaktadırlar.¹³²

¹²⁶ DEMİRBAŞ s.490.

¹²⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ,s. 428

¹²⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA s.636; HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.537

¹²⁹ ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C.1 (m.1-146), Vedat Kitapçılık, 2006 s.118.

¹³⁰ ŞEN, s.117.

¹³¹ DEMİRBAŞ s.474..

¹³² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.636.

Oysa dolaylı faillikte, dolaylı fail sorumluluğunu ön plandaki kişinin üzerinde hakimiyet kurarak ona suç işletmesinden alır. Ön plandaki kişinin suç işleme kastı olmadığı gibi, arkadaki kişinin fiiline iştirak etme kastı da yoktur. Bu nedenle iştirak iradesi bakımından incelendiğinde dolaylı faillik müşterek faillikten ayrılır.

Birlikte faillerden biri, kararlaştırılan suçun sınırını kasten aşarsa, aşılan bu kısımdan sadece kendisi fail olarak; diğerlerini araç olarak kullanıldıysa dolaylı fail olarak sorumlu olur.¹³³

C. DOLAYLI FAİLLİK

1. Genel Olarak

Dolaylı faillik, failliğin bir şeklidir. Dolaylı fail, fiili egemenliğini icra hareketlerini gerçekleştiren araç kimsenin üzerinde onun bir noksanından yararlanarak kurar.¹³⁴ Fail araç olarak kullandığı kişiye egemen olduğundan fiil bir bütün olarak arkadaki şahsın eseri olarak nitelendirilir.¹³⁵ Suç tipini dolaylı faillik şeklinde gerçekleştiren, kimse bir başkasını suça sevk ettiği, suç tipi bakımından zorunlu olan hareketler onun planı çerçevesinde icra edildiği için suçtan sorumludur.¹³⁶

Dolaylı faillikte iki aşama vardır;

- Dolaylı fail araç kişi üzerinde hakimiyet kurar.
- Araç kişinin fiiliyle suç işlenir.

¹³³ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.431.

¹³⁴ DEMİRBAŞ, s.478; İÇEL ve diğerleri, s.404

¹³⁵ DEMİRBAŞ, s.478

¹³⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.435

2. Araç Kimsenin Niteliği

Aracın kim ya da ne olabileceği konusunda doktrinde fikir birliği yoktur. Bir kısım yazar tarafından araç olarak kullanılan şey, bir doğa gücü olabileceği gibi insan yahut başka bir araç da olabileceği kabul edilmektedir. Nitekim dolaylı faillik halinde insanın da aynı bir bıçak gibi araç konumuna gelerek, manevi varlıklarını kaybedip maddi birer varlık haline geldikleri ileri sürülmüştür.¹³⁷

Kabul ettiğimiz görüşe göre ise, dolaylı faillik kurumunun ilk özelliği, araç olarak kullanılan kişinin insan olmasıdır. Bu durumda, doğa olaylarını yahut bir hayvanı suç işlemede araç olarak kullanan kimse dolaylı fail değil, doğrudan faildir. Bu düşünceden hareketle maddede “kimse” kavramı kullanılmıştır.^{138 139 140}

Günümüzde yaygın olarak kabul edilen görüşe göre ise isnat yeteneği olmayan kimselerin de kasten hareket edebileceği bu nedenle fail olabilecekleri; eğer bu kişilerde iştirak iradesi varsa, iştirak eden olabilecekleri kabul edilmiştir.¹⁴¹ Ancak isnat yeteneği olsun ya da olmasın bir başkasının aracı olarak hareket eden kimsede suç işleme kastı bulunmadığı bu nedenle iştirak kastının hayli hayli aranmayacağından bu nedenle iştirakçi olamayacaklarının kabulü gerekir.¹⁴²

¹³⁷ EREM, s.422

¹³⁸ ÖZBEK ve diğerleri, s.561.

¹³⁹ Bu düşünceden hareket eden bir kısım yazar , ön plandaki kişi maddi bir araç konumuna düşmemişse, o kişi de fail olarak nitelendirilir ve bu kişilerin cezalandırılabilmesi ayrıca dolaylı faillik hükümlerine ihtiyaç olmadığını, şeriklik hükümleriyle sorunun çözülebileceğini savunur. EREM, s.424.

¹⁴⁰ Doktrinde Anglo-Amerikan hukukunda kullanılan “*innocent agent*” terimi hem insanları hem de hayvanları kapsadığı için eleştirilmiştir. REEHAG Constantin, Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition, Band K 142, Duncker & Humblot, Berlin, s.304

¹⁴¹ TOROSLU/TOROSLU, s.311;

¹⁴² DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.63,64; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.356, ÖZGENÇ İzzet, Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik, SÜHFD, C.4,S.1-2,1994, s.161.

Ancak çok failli suç tipi anlayışına göre, her bir iştirakçinin davranışı bağımsızlığını yitirerek tek bir fiili oluşturmaktadır ve her iştirakçi kendi fiillerinin yanı sıra diğerlerinin fiillerinden de sorumlu tutulacaktır.¹⁴³ Bu anlayışa göre fiil özel hukuktaki elbirliği şeklinde malik olan kimseler gibi işlenmektedir, ortada tek bir suç vardır ve herkes bundan dolayı sorumludur. Bunun kabul edilmesi halinde isnat yeteneği olan bir kimseyle olmayan bir kimse arasında iştirak ilişkisi olabilecektir. Isnat yeteneği olmayan bir kimseye de suç işletilmesi söz konusu olduğunda maddi olarak katılım söz konusu olduğundan iştirak ilişkisi olacaktır. Bu nedenle kanunda dolaylı failliğe ilişkin hükümlere gerek olmadan sorun iştirak kurallarıyla çözülebilir.¹⁴⁴

Biz isnat yeteneği olmayan bir kimsenin fail dolayısıyla iştirakçi olabileceğini savunsak da araç konumuna indirgenen bir kimsenin iştirakçi olabileceği görüşüne katılmıyoruz. Burada ayırt edici nokta kişinin isnat yeteneği olup olmadığı değil; kişinin araç konumuna indirgenip indirgenmediğidir.

Ancak dolaylı faillik için aracın insan olması gerekliliği kabul edilse de bu yeterli değildir, araç kimsenin hareketi sadece mekanik anlamda değil, ceza hukuku kapsamında da fiil olarak kabul edilmelidir.

Değinilmesi gereken ise, ceza hukuku açısından anlam ifade eden fiilleridir. Çünkü ancak bu fiilleri gerçekleştirebilen kimse araç olarak kullanılırsa, araç kimseyi kullanan kişi dolaylı fail sayılacaktır.

¹⁴³ TOROSLU/TOROSLU, s.308

¹⁴⁴ TOROSLU/TOROSLU s.282

Örneğin, birini itekleyerek bir başkasına zarar verilmesi halinde aradaki aracın hareketi ceza hukuku bakımından bir fiil sayılmadığı için itekleyen kişi dolaylı fail değildir; doğrudan fail olacaktır.¹⁴⁵

3. Dolaylı Faillik Açısından Fiil Kavramı

Dolaylı failin, dolaylı fail olarak cezalandırılabilmesi için araç kimsenin fiili ceza hukuku açısından fiil sayılmalıdır.¹⁴⁶ Bu fiilin işlenmesinde araç kimse icra hareketlerine başlamış olmalıdır. Hazırlık hareketleri nedeniyle, dolaylı failin cezalandırılması söz konusu olamaz. Gerçekten fiilin ceza hukukunun alanına girebilmesi için –özel kısımda ayrı bir düzenleme yoksa- en azından icra hareketlerinin teşebbüs aşamasına gelmesi gerekir. Dolaylı faillikte de bu genel kuraldan ayrılmaya gerek yoktur.

Arka plandaki kimse, araç üzerinde hakimiyet kurmuş ancak suç işletmemişse, araç kişi icra hareketlerine başlamadığı sürece arka plandaki kişi işletmek istediği suçtan sorumlu olmaz. Ancak hakimiyet kurmak için yaptığı hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa bundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Araç kişinin suç işlemeye elverişli olması hali değerlendirilirken, dolaylı faille münasebeti, her birinin irade kuvvetleri, dolaylı failin yönetme kabiliyeti ve bunun gibi diğer unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁴⁵ÖZGENÇ,Suçta İştirakin..s.201

¹⁴⁶ Burada araç kimsenin fiili de ceza hukuku anlamında fiil sayıldığından araç kimseyi de suçsuz fail olarak adlandıran yazarlar vardır. ROXIN s,173

Bağlılık kuralının, dolaylı faillikte de geçerli olacağını ifade eden bazı yazarlar, araç kimsenin hukuka aykırı bir fiili olmadığı sürece dolaylı failin de cezalandırılmayacağını savunurlar. Bu yaklaşıma göre araç kimsenin fiili tipik değilse yahut tipik olup da hukuka uygunluk sebebi bulunan hallerde¹⁴⁷ araç kimse gibi dolaylı fail de cezalandırılmayacaktır.¹⁴⁸ Ancak bağlılık kuralının TCK'daki düzenleme bakımından sadece şeriklik açısından kabul edildiği, faillikte ise herkesin kendi davranışından kaynaklanan sorumluluğu olduğu açıktır. Bu nedenle araç kimsenin fiili tipik yahut hukuka uygun olsa dahi dolaylı fail için bu unsurların araç kimseden bağımsız olarak ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

a. Dolaylı Faillik ve İhmali Suçlar

Ceza hukukunda fiilin, hukuk düzeninin “yapma” dediğini yapmak şeklinde icrai yahut hukuk düzeninin “yap” dediğini yapmamak şeklinde ihmali surette işlenebileceği kabul edilir.¹⁴⁹ İhmali suçlarda dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmaların ihmali suçların çeşitleri olan, saf ihmali suçlar (gerçek ihmali suçlar) ve ihmal suretiyle icra suçları (gerçek olmayan ihmali suçlar) başlıkları altında ayrı ayrı incelenecektir.

¹⁴⁷ Bu halde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olduğu kabul edilmektedir.

¹⁴⁸ KANGAL Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.44.

¹⁴⁹ HAKERİ Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003 s.23-27.

(1) Saf İhmali Suçlar

Saf ihmali suçlar, ihmali hareketin ceza kanunun özel kısmında doğrudan tarif edildiği suç tipleridir.¹⁵⁰

Saf ihmali suçlarda dolaylı failliğin olup olmadığının ikiye ayırarak incelememiz gerekir. İlk olarak icra yükümlülüğü altında bulunan kişinin, sorumlu olduğu bir kişi varsa, sorumlu olunan kişinin suç işleme hali incelenecektir. İkinci olarak kişinin ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurarak araç kişinin ihmal etmesine sebep olma hali incelenecektir.

Saf ihmali suçlarda, sorumluluğu altında bulunan kişinin tipikliği gerçekleştirmesine engel olunmamış ise artık doğrudan faillik söz konusu olur.^{151 152} Örneğin, kendi gözetiminde bulunan çocuğu üzerinde gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, çocuğun bir başkasını yaralamasına neden olan baba, yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçundan sorumludur. Özel hukuktan farklı olarak babanın objektif sorumluluğu bulunmadığından, dolaylı fail olarak yaralamadan sorumlu tutmamız mümkün değildir. Dolaylı faillikten sorumlu tutabilmemiz için öncelikle fiil üzerinde hakimiyet kurulmuş olması gerekir; bir kimsenin sadece ihmal ederek fiil üzerinde hakimiyet kurması mümkün gözükmemektedir.¹⁵³

¹⁵⁰ HAKERİ, İhmal, s.108

¹⁵¹ DEMİRBAŞ, s.480

¹⁵² Karşıt görüş için: ÖZGENÇ, Suça İştirakin., s.254

¹⁵³ ÜNVER, Kusurluluk, s.49

Gerçek ihmali suçlar, yapılması gereken davranışın yapılmamasıdır. Bu suçlar açısından ise, dolaylı faillik olabileceğini düşünüyorum.¹⁵⁴ Örneğin; suçu bildirme yükümlülüğü altında olan kamu görevlisinin bu yükümlülüğü yerine getirmesini engellemek için kendisine cebir uygulandığında arka plandaki kişi uyguladığı cebrin vücut verdiği suçun yanı sıra suçu bildirmeme suçundan da dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

(2) Gerçek Olmayan İhmali Suçlar

Nitelikli ihmal suçu olarak da adlandırılan gerçek olmayan ihmali suçlar, aslında olumlu hareketle işlenen ancak olumsuz hareketle de işlenebilen suç tipleridir.¹⁵⁵

İhmal konusunda değinilmesi gereken diğer bir husus da, ihmali dolaylı failliktir. Belli bir yönde hareket yükümlülüğü altında bulunan kişinin istemesine rağmen, harekete geçmesine engel olan kişi dolaylı fail durumundadır. Örneğin, garantör durumunda olan A boğulmakta olan B'yi kurtarmak isterken C, A'yı tehdit ederek B'yi kurtarmasına engel olmaktadır ve B ihmal edilmektedir. Bu durumda C, A'nın B'yi ihmal ederek ölümüne sebep olması nedeniyle dolaylı faillikten sorumludur.¹⁵⁶ Burada ihmali dolaylı faillik teriminin uygun olmadığını düşünüyoruz. Çünkü ihmal eden kişi dolaylı fail değil; araçtır.

¹⁵⁴ Farklı görüş için; EKİCİ ŞAHİN Meral, Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:109-100, s.8

¹⁵⁵ DEMİRBAŞ, s.232

¹⁵⁶ HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı..s.285

Doktrinde de garantör kimsenin ihmal etmesine neden olan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁷

4. Kasten ve Taksirle İşlenen Suçlarda Dolaylı Faillik

Arka planda bulunan kişinin taksirle hareket etmesi halinde dolaylı faillik söz konusu olmaz. Arka plandaki kişinin kasten hareket etmesi gerekir.¹⁵⁸ Bu halde öncelikle tartışılması gereken konu kastının neleri kapsayacağıdır. Dolaylı failin kastı hem suçun bütün unsurlarını, hem de bir kimseyi araç olarak kullanmasını kapsamalıdır. Örneğin ön plandaki kişinin kasten hareket etmediğini yahut isnat yeteneğine sahip olup olmadığını bilmeli buna göre ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurmalıdır.¹⁵⁹

Ancak burada isnat yeteneğinin olup olmaması dolaylı faillik açısından ön şart değildir, bu sadece cezayı ağırlaştıran bir sebeptir. Ancak ön plandaki kişinin kasten hareket etmiyor olması, dolaylı faillik için ön şarttır; aksi takdirde, ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurulduğundan bahsedilemez, iştirak hükümlerinin uygulanması gerekir.

Suçta özel kast aranan hallerde ise, sübjektif görüşten hareket eden yazarlar, araçta özel kast bulunmaması, ancak arka plandaki kişide özel kast bulunması halinde dolaylı failliğin olduğunu, suçun maddi unsurlarını gerçekleştiren kişinin fail değil ancak araç olabileceğini; özel kastı bulunan arkadaki kişinin de azmettiren değil dolaylı fail olacağını savunur.¹⁶⁰ Ancak *Roxin*, arka plandaki kişinin sadece

¹⁵⁷ HAKERİ, Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak, s.101

¹⁵⁸ EKİCİ ŞAHİN, s.19

¹⁵⁹ EKİCİ ŞAHİN, s.19

¹⁶⁰ EREM, s.422

özel kastı olmasının fiil üzerinde hakimiyet kurmaya yeterli olmayacağını savunur.¹⁶¹

Bu düşünceye göre fiilin maddi unsurunu gerçekleştiren şahıs, özel kastı olmadığından fail olamamakta; arka plandaki şahıs da hakimiyet kuramadığı için ne dolaylı fail olabilmekte ne de ön plandaki şahıs fail olamadığı için azmettiren olabilmektedir.¹⁶²

Taksirli fiillerde dolaylı faillik olup olamayacağını ikiye ayırarak incelemek gerekir. Öncelikle dolaylı failin taksirli hareketleri sonucu dolaylı fail olup olmayacağı tartışıldıktan sonra; araç kişinin taksirli hareketleri nedeniyle arkadaki kişinin dolaylı fail olup olamayacağı tartışılacaktır.

Dolaylı fail, suç işletmeyi bir araç kullanarak amaçladığı için kasten hareket etmelidir taksirli bir biçimde bir kimseyi araç olarak kullanmayı istemek mümkün değildir. Bu nedenle taksirli davranışlarla hareket eden kimse dolaylı fail olmaz. TCK m.175’de ‘*Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarını hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*’ denildiğinden; gerekli özeni göstermediğinden bir akıl hastasının adam öldürmesine neden olan kişiyi artık dolaylı fail olarak değil fail olarak değerlendirmek gerekir. Ancak bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi akıl hastasının adam öldürmesini sağlamışsa bu durumda dolaylı faillik söz konusu olur.¹⁶³ Fakat bu halde de taksirle değil, kastla hareket etmiş olur.

¹⁶¹ ROXIN, s.258,259

¹⁶² ÖZGENÇ, Suça İştirakin., s.250; KREY, s.50-51, kn.144,145

¹⁶³ HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı...,s.285

Nitekim Yargıtay'ın kararına konu bir olayda sanığın silahını ekinin içine sakladıktan sonra, ekmek almaya çıkan çocuğun bu silahı bularak kendini öldürmesinde meydana gelen ölüm açısından sanığın taksirli sorumluluğu olmadığını açıklamıştır.¹⁶⁴¹⁶⁵

Yargıtay kararlarında taksirli sorumluluğun olmayacağı düşüncesine katılmamakla beraber, taksirli sorumluluğu olan arka plandaki kişi, ön plandaki kişinin suç işlemesini yahut intihar etmesini istemediği, kasten hareket etmediği ,ön plandaki kişiyi bir mizansen oynayarak kandırmadığı için dolaylı fail değildir.

Ancak karşı görüşe göre, TCK'nın 28. maddesi sadece tehdit ve cebirle kasten işlenen suçlar bakımından değil; bunlardan dolayı taksirle işlenen suçlarda da geçerlidir. Buna göre işledikleri suçtan kaçmak için taksiye binen ve taksiciyi hızla sürmesi için tehdit eden firariler, taksici taksirle yoldan geçen insanların ölmesine sebep olursa, dolaylı fail olarak taksirle adam öldürmeden sorumlu olacaktır.¹⁶⁶ Bu duruma örnek olarak, doktorun hastaya yanlış ilaç yazması ve eczacının da reçeteye dayanarak ilacı vermesi halinde, doktorun dolaylı fail olarak taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulması verilebilir.

Aracın taksirle hareket ettirilerek suç işletilmesi halinde, örneğin A'nın yolu üzerine B'nin kuyu açmasına sağlayan ve A'nın kuyuya düşmesine sebep olan C'nin

¹⁶⁴ Y. 4. CD. 6.11.1953,9542/11604 akt. GÜLŞEN, s.69

¹⁶⁵ Yargıtay, bir başka kararında, sanığın oğlunun ve tanıklarla birlikte ağaçlık ve çalılık bir alanda yürüdükleri sırada, sanığın 13 yaşlarındaki ölen oğluna taşınması için verdiği tüfeğin ağaçlara takılıp patlaması sonucu ölmesi olayında, sanığın hareketi ile sonuç arasında öngörülebilirlik olmadığını, bu nedenle eylemin taksirle insan öldürme suçu değil, sadece ETCK 550/1 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Y. 2. CD. 14.05.1990,6573/6614 akt. GÜLŞEN Recep, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.70

¹⁶⁶ ÖZGENÇ, Ceza Genel, s.324; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.265 GÜLŞEN, s.172

dolaylı fail olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.¹⁶⁷ Somut olayda, arka plandaki şahıs, sahne önündeki kişinin kastını bertaraf eden hataya düşürmektedir. Bu nedenle, arka plandaki şahıs dolaylı faildir.

Taksirli suça kasten iştirak halinde katılan fail neticeyi istemişse nedensellik bağına olan etkisi nedeniyle dolaylı fail haline gelir. Kanunun taksirli davranıştan dolayı aracı da sorumlu tutması, arka plandaki şahsın dolaylı fail olmasını engellemez.¹⁶⁸ Örneğin, ateşli silah olduğunu bilen dolaylı fail, araca su tabancası diye verip, adam öldürmesine sebep olmuşsa, ön plandaki kişiyi hataya düşürmüştür; ancak bu hata kastı kaldıran bir hatadır ve ön plandaki kişinin taksirli sorumluluğu devam etmektedir; fakat bu arka plandaki kişinin dolaylı fail olmasını engellemez. Bu durumda sorunu dolaylı faillik kurumuyla değil de yan faillik kurumuyla çözenler de vardır.¹⁶⁹

Bu noktada azmettirmeden ayıran nokta, her ne kadar ön plandaki kişi taksirle hareket etmiş olsa da onun taksirle hareket etmesine sebebiyet veren, arkada bir şahsın olmasıdır. Ön plandaki kişinin kastı kaldıran hataya düşürülmesi halinde dolaylı faillik kurumu söz konusu olacaktır. Fakat, ön plandaki kişiyi bir oyunun içine sokmadan sadece taksirli hareket etmesini kafasına sokması halinde azmettirme hükümleri uygulanacaktır.¹⁷⁰ Örneğin, Parkinson hastası bir doktorun ameliyata girmesi konusunda onu ikna eden kimse, doğacak sonuçlardan dolaylı fail olarak değil, azmettiren olarak, kabul edilen bağlılık kuralına göre sorumlu tutulabilecektir.

¹⁶⁷ BAKICI, s.838

¹⁶⁸ ÖNDER, 1240; Karşıt görüş EREM; DÖNMEZER/ERMAN; Burada birisi kasten diğeri taksirle işlenmiş iki ayrı suç olduğunu savunmaktadırlar.

¹⁶⁹ ÖNDER, s.456.

¹⁷⁰ Ancak mevcut TCK'da kabul edilen bağlılık kuralına göre, ön plandaki kişinin taksirle hareket etmesi halinde azmettirme söz konusu olmaz. Sınırlı bağlılık kuralına göre, arkadaki kişiyi azmettirmeden sorumlu tutabilmemiz için failin en azından olası kastla hareket etmiş olması gerekir.

Çünkü, doktor ameliyat yapması için ikna edilse de, yüreklendirilse de; sonuçta kendi mesleki becerilerine güvenerek ameliyata girmiştir; ortada bir alicengiz oyunu yoktur.

Taksirli aracın fiiline taksirli dolaylı faillik mümkün değildir. Böyle bir halde herkes kendi taksirli fiilinden sorumlu olur.¹⁷¹ Örneğin taksirle hareket eden bir anne çocuğuna ilaç yerine zehir verecekken, annenin bu yanlıgisından haberdar olmayan komşunun bir bardak su vermesi olayında, komşunun ceza hukuku açısından statüsü doktrinde tartışılmaktadır.¹⁷² *Nowakowski* 'ye göre, komşu fiil üzerinde hakimiyet de kurmamıştır; faillik iradesiyle de hareket etmemektedir. Ancak taksirli fiile şeriklik söz konusu olamayacağı için ortaya çıkan boşluk dolaylı faillik kurumuyla doldurulmalıdır ve somut olayda komşu, dolaylı fail konumunda olacaktır¹⁷³ *Schumann*, somut olayda dolaylı faillik olmadığını dolaylı failliğin ancak açık yahut kapalı bir aldatma yoluyla olabileceğini savunmaktadır. Olayda ise aldatma yoktur, farkında olmadan hata içinde olan kişiye yardımda bulunma söz konusudur.¹⁷⁴

Bizim de katıldığımız, diğer görüşe göre, somut olayda dolaylı failliği kabul olmamakla beraber nedeni fiili hakimiyet esasıyla açıklanmaktadır. Buna göre kişinin – olayda komşunun- fiili hakimiyet kurması ve ancak onun yardımıyla veya önemli ölçüde kolaylaştırılması kaydıyla dolaylı failliğin olacağı savunulmaktadır.¹⁷⁵

¹⁷¹ ÖNDER, s.445.

¹⁷² ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.203

¹⁷³ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.203

¹⁷⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.203

¹⁷⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.204 Yardım olmasaydı dahi olay gerçekleşecekti şeklinde farazi illiyet bağı tesisiyle dolaylı failliğin olmadığını kabul etmek mümkün değildir.

5. Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Şekilleri

a. Araç Kişinin Hareketinin Tipik Olmadığı Hallerde Fiili Hakimiyet

Araç kişinin hukuka uygun hareket etmesi, araç kişinin fiilinin tipik olmadığı ancak arkadaki kişinin hareketinin suç olduğu durumlarda¹⁷⁶ söz konusu olabileceği gibi, araç kimsenin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanırken arka plandaki kişinin yararlanamamasından da kaynaklanabilir.

Öncelikle, araç kişinin hareketinin tipik olmadığı ancak dolaylı failin hareketinin tipik olduğu durumlardan bahsedilecektir.

Bir görüşe göre, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişi aynı zamanda mağdur da olabilir, bu durumda dolaylı failin doğrudan fail olacağı savunulurken;¹⁷⁷ diğer bir görüşe göre ise, araç açısından tipik olmayan fiil dolaylı fail açısından tipikse arkadaki kişinin doğrudan değil; dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı savunulmaktadır. Mağdurun kendi bedenine dokunmaya zorlaması halinde failin dolaylı fail olarak cinsel saldırı suçundan sorumlu olacağını savunanların yanı sıra¹⁷⁸, failin cinsel saldırı suçunda doğrudan fail olacağını savunan görüşler de vardır.¹⁷⁹ Örneğin, başkasına ait olduğuna ikna ederek malı tahrip ettirmede; mala zarar verme suçu ancak başkasının malına zarar vererek gerçekleşebileceği için, aracın kendi

¹⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.436

¹⁷⁷ DEMİRBAŞ, s.478

¹⁷⁸ TANER Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.144

¹⁷⁹ ÜNVER Yener, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi'' Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul, 2011, s.234.

malına zarar vermesi halinde araç kişi açısından suç oluşturmazsa da, araç kimseyi kullanan kişi dolaylı fail olarak mala zarar verme suçundan sorumlu olacaktır.¹⁸⁰ Yahut bir başkasının üzerinde cebir yahut tehdit kullanarak intihara sevk edilmesi halinde de yönlendirme suçundan değil, dolaylı fail olarak adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır.¹⁸¹ ¹⁸²Örneğin, tiyatro oyununda oyuncunun oyuncak tabancası gizlice gerçeğiyle değiştiriliyorsa ve oyuncu rol icabı karşısındakini öldürürse, tabancayı değiştiren dolaylı fail olarak sorumlu olur fakat oyuncu rol icabı intihar edecekse ve hile nedeniyle gerçekten intihar etmiş olursa artık tabancayı değiştiren kasten adam öldürmeden dolaylı fail olarak sorumlu olur.¹⁸³ Bu halde, dolaylı faillikte görünen üçlü yapının aksine, ikili bir yapı vardır, araç konumunda olan kişi aynı zamanda mağdurdur; ancak doktrinde bu farklılığın dolaylı failliğin kabulüne engel olmadığı kabul edilmektedir.¹⁸⁴

Bu teorik tartışmanın, hayata yansımaları kendini canlı bomba olaylarında da gösterir. Hipnoz edilmiş yahut ilaçla canlı bomba haline getirilmiş bir kimsenin patlayarak kendini ve çevresindekileri öldürmesi halinde, arka plandaki kişi çevredeki kişiler açısından dolaylı fail olarak kasten adam öldürmeden sorumlu tutulurken; canlı bomba bombayı öldürmekten ötürü doğrudan fail olarak kasten adam öldürmeden sorumlu tutulur. Burada canlı bomba açısından arka plandaki kişinin intihara yönlendirme suçu akla gelebilir. Ancak diğer insanların ölümünden dolaylı fail olarak sorumlu tutulan bir kimsenin; canlı bomba bakımından intihara

¹⁸⁰ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.571; ÖNDER, s.456

¹⁸¹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.238

¹⁸² Cebir yahut tehditten manevi cebir ve maddi cebri anlamaktayız, kullanılan cebirin intihar ettirmeye elverişli olması gerekir. Aksi takdirde, örneğin, kişiyi doğaüstü güçlerle tehdit etmek dolaylı fail olarak kasten adam öldürme suçundan sorumlu tutulmayı gerektirmez. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2013

¹⁸³ AYDIN, s.163,164

¹⁸⁴ HAKERİ, İştirak, s.101

yönlendirmeden sorumlu tutulması çelişkili olacaktır. Çünkü, bir kimsenin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için canlı bomba üzerinde hakimiyet kurmuş olması gerekir; üzerinde hakimiyet kurulmuş bir kişinin intihara yönlendirilmesinden bahsedilemez. Nitekim TCK m.84/4 uyarınca, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur

Bir kimsenin, kendini yaralaması ya da öldürmesinin iradesi dışında olup olmamasını “Aklanma kuralıyla” (*Exculpations regeln*) açıklanabilir. Buna göre, kendine zarar veren yahut öldüren; çocuksa, akıl hastasıysa, (en önemli örneklerinden biri majör depresyondur) yahut zorunluluk hali içindeyse,¹⁸⁵ özgür iradesiyle kendine zarar vermediği ve arka plandaki şahıs tarafından zarar verildiği düşünülür. Aynı zamanda kişi kendini öldürdüğü konusunda hataya düşürülürse hataya düşüren kişi dolaylı fail olarak kasten öldürmeden sorumlu tutulur.¹⁸⁶

Kendine zarar verme ve intihar rıza teorisiyle de açıklanmaktadır. Rıza teorisine göre kendini yaralama ve intihar kendi kaderini tayinle ilintilidir. Çocuklarda, akıl hastalarında, fiili hatada ve kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinde kişinin kendi kaderini tayin edemeyeceğini bu halde kendi ölümlerine rıza gösterilemeyeceği düşünülmektedir. Bu hallerde rızanın yokluğu vardır. Çocuklarda

¹⁸⁵ Hitler’e muhalifliğiyle bilinen General R, Hitler’in iktidara gelmesiyle 20 temmuz 1944’te Gestapo tarafından intihara zorlanmıştır. General ya intihar edecektir ya da kendisi darağacında hainlikten idam edilecek ailesi de toplama kamplarına gönderilecektir. Bu durumda Gestapo adam öldürmeden dolaylı fail olarak sorumlu tutulmuştur. KREY Volker, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 3. Baskı,, s.46, kn.133

¹⁸⁶ Mahkeme, daha önceden intihar etmiş ancak kurtulmuş bir kimseyi; hiç bir psikolojik rahatsızlığı olmamasına rağmen intihar ederse ruhunun Sirius yıldızı tarafından kutsanacağına ve tekrar dirilip yaşamaya başlayacağına inandırılan kimsenin intihar etmesi halinde hataya düşüren kimse dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. BGH St 32,38 (>>peraspara ad astra<<: DurchdieWidrigkeitenzu den Sternen). KREY, s.47, kn.136

ve akıl hastalarında, tehdit veya cebir altında ve hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin etkisinde işlenen intiharda, ciddi bir biçimde hataya düşürülmesi halinde rızanın yokluğu söz konusudur. Ancak her hataya düşürme kendi kaderini tayini değildir ve irade eksikliğini göstermez- örneğin, karısı tarafından birlikte intihar etmeye ikna edilen adamın karısı da içecek zannıyla zehri içmesi fakat kadının içmemesi durumunda adamın iradesi kendi kaderini tayin etmeye yöneliktir.¹⁸⁷ Bu durumda karısı dolaylı fail olarak kasten öldürme suçundan değil; intihara yönlendirme suçundan yargılanacaktır.

Fakat ön plandaki kişi saik hatası yerine esaslı hataya düşürülmüşse, örneğin, su isteyen kişiye su yerine zehir getiren kimsenin verdiği suyu içme örneğinde olduğu gibi, yanılgıya düşüren kişi dolaylı fail olarak adam öldürmeden sorumlu tutulur.

Bir kimsenin fiil hatasına değil de, saik hatasına düşürülerek intihar etmesi sağlanıyorsa, bu durumda arka plandaki kişinin hukuki statüsü tartışmalıdır. Örneğin, kişiyi tedavisi mümkün olmayan ve gittikçe ızdırabı artıracak bir hastalığa yakalandığından bahisle intihara sevk eden kişinin hukuki durumu konusunda doktrinde fikir birliği yoktur.¹⁸⁸

Arka plandaki kişinin bilgi üstünlüğü nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunanlara karşı¹⁸⁹; bizim de katıldığımız görüşe göre kişiyi sadece saik hatasına düşürmek fiil üzerinde hakimiyet kurmak için yeterli değildir.

¹⁸⁷ KREY, s.48,49, kn. 137, 138,140,141

¹⁸⁸ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.238

¹⁸⁹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.239

Kişinin sorumluluğunda doğrudan fail olarak intihara yönlendirme hükümleri saklıdır.¹⁹⁰

b. Araç Kişinin Hareketinin Hukuka Uygun Olduğu Hallerde

Fiili Hakimiyet:

Her ne kadar bağıllık kuralından hareket eden görüş, araç kimsenin fiilinin hukuka aykırı olması halinde dolaylı failin iştirak hükümlerine göre cezalandırılabileceğini ileri sürse de¹⁹¹, bugün kabul edilen görüş dolaylı failin ve araç kimsenin hareketlerinin bağıllık kuralı kapsamında değil, ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ve dolaylı faillik, araç olarak kullanılan kişinin hukuka uygun davranması halinde de söz konusu olacağını savunur.¹⁹²

Örneğin, A iftira atarak B hakkında suç ihbarında bulunuyor ve B gözaltına alınıyor. Burada kolluğun gözaltına alması kanunun verdiği yetkiyi kullanma sebebiyle hukuka uygundur. Fakat A, kolluğu araç olarak kullanıp, B'ye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Nitekim, TCK 267/4'e göre gerçek içtima kuralı geçerlidir, mağdurun yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmişse ve mağdur iftira sebebiyle gözaltına alınmış yahut tutuklanmışsa

¹⁹⁰ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.239

¹⁹¹ KANGAL, s.44

¹⁹² HAKERİ, YTCK'da İştirak, s.99-100; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.439; DEMİRBAŞ, s.479; ÖZKAN Halid, Ceza Hukukunda Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.241

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan iftira suçunu işleyen kişinin da dolaylı fail olarak cezalandırılacağını düzenlemiştir.¹⁹³

Benzer düzenleme 5237 s.k'nın 272. Maddesinin 5. Fıkrasında da vardır. Buna göre; yalan tanıklık yaparak bir kimsenin gözaltına alınmasına ya da tutuklanmasına neden olan kimse yalan tanıklıktan doğrudan fail olarak ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmadan dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Kanunun özel düzenlemesi karşısında yalan tanıklıkta bulunan kişi, yalan tanıklık suçunda doğrudan fail olarak sorumlu olacak; aynı zamanda hakimi araç olarak kullanıp kişinin tutuklanmasına sebep olmuşsa hürriyetinden yoksun kılma suçunda dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁹⁴

Başka bir durumda, X en başından Y'nin öldürülmesini ister. Bu nedenle Y'yi Z'ye saldırmaya yönlendirip Z'nin meşru müdafaa hali içinde Y'yi öldürmesini planlamaktadır.¹⁹⁵ Bu halde, X'in her halükarda dolaylı fail olduğunu kabul eden görüşün yanı sıra¹⁹⁶; doktrinde hakim görüş, X'in hem Y hem de Z üzerinde hakimiyet kurmuş olması halinde dolaylı fail olacağını kabul etmektedir. Z'yi meşru müdafaa haline soktuğundan Z, X'in elinde bir araçtır; ancak Y'nin araç olarak kabulü için, Y'nin çocuk, akıl hastası olması yahut X tarafından zaruret haline düşürülmesi gerekir.¹⁹⁷ Fakat, kişinin sadece akıl hastası yahut küçük olması arkadaki kişinin dolaylı fail olmasına yetmez, dolaylı failin durumu yönlendirebilecek hakimiyeti de olması gerekir.

¹⁹³ ÜNVER Yener, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2016, İstanbul, s.230; DEMİRBAŞ, s.479

¹⁹⁴ ÜNVER Adliye Karşı Suçlar,s.118

¹⁹⁵ HAKERİ, İştirak, s.100

¹⁹⁶ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.211

¹⁹⁷ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.211

T.C Anayasası m. 132/2'ye göre; konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulmaz. Benzer bir düzenleme TCK m.24/3 'te yer almıştır. Bu düzenlemeler ışığında, suç teşkil eden amirin emrinin yerine getirilmesi halinde hukuka uygunluk sebebi olmayacaktır. Ast ve üst arasında dolaylı faillik ilişkisi değil; şeriklik ilişkisi kurulacaktır.

Ancak emri yerine getirmesi gereken astın, emrin yasallığını denetlemesini engelleyen düzenlemeler varsa, astın sorumluluğundan bahsedilemeyecek ve emri veren üst dolaylı fail olacaktır.¹⁹⁸

Son olarak, ön plandaki kişinin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanarak; arka plandaki kişinin suçtan sorumlu tutulması halinde dikkat edilmesi gereken nokta; ön plandaki kimsenin bilerek bu hukuka uygunluk sebebini yaratmamış olması ve bu sebepten haberdar olmamasıdır. Aksi takdirde ön plandaki kişinin bundan haberdar olması halinde, arka plandaki kişi, öndekinin aklına suç işleme düşüncesini sokuyorsa azmettirme hükümleri; ön plandaki kişi bilerek hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanmaya çalışıyorsa bu takdirde arka plandaki kişi şartları varsa ancak yardım etmeden sorumlu tutulabilecektir.

¹⁹⁸ YILDIZ Ali Kemal, Dolayısıyla Faillik, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997) İstanbul, 1998, s.239

c. Hile ile Kişi Üzerinde Hakimiyet Kurarak Dolaylı Faillik

Genel anlamda hata, dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğu gibi değil, yanlış biçimde tanınmasına, bilinmesine sebep olan zihinsel bir durumdur.¹⁹⁹ Hata, mahiyeti itibariyle olumsuz olan bilmemeyi ve yanlış da olsa belli bir kanaatin olmasından kaynaklanan olumlu niteliği ile yanılmayı da kapsar.²⁰⁰

Hata ceza hukuku alanında iki şekilde ortaya çıkabilir. Kuralı bilmemekten yahut yanlış yorumlamaktan kaynaklanan hukuki hata (haksızlık yanılgısı) yahut işlediği fiile ilişkin bir hatadır.²⁰¹ Fiili hatada hata, fiilin unsurlarına, hukuka uygunluk nedenlerine, nedensellik bağına, neticede veya nitelikli hallere ilişkin olabilir.²⁰² Hukuki hata ise yapılan fiilin suç olduğunun bilinmemesi yahut normun yanlış yorumlanması nedeniyle kişinin haksızlık bilincine sahip olmaması demektir.²⁰³ Hukuki hata normatiftir, sanaldır, kişinin kendi kafasında yarattığı kanun algısıyla geçerli olan kanun birbirine uymamaktadır; fiili hata ise, tabiidir, ilk başta kanundan bağımsız olarak kişinin duyu organlarının yanılmasıdır.

Fiili hata ve hukuki hata ayrımının yansıra, hata; kastı kaldıran ve kusurluluğu kaldıran hata olarak da incelenebilir. Suçun maddi unsurlarında hata, nitelikli unsurlarında hata, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata,

¹⁹⁹ TOROSLU/TOROSLU, s.216

²⁰⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s.313, HAFIZOĞULLARI Zeki, "Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı (1925-1975) s.194; Farklı görüş için, Hata, bilmemeden farklıdır. Bilmeme bilgi eksikliği veya yokluğudur. Bu yönüyle bilmeme negatif niteliktedir. Oysa hata, yanlış bilmedir ve bir kanı içerir dolayısıyla pozitif niteliktedir. Bu durumda hata bilmemeyi kapsar ancak her bilgi eksikliği hata değildir. TOROSLU/ TOROSLU,s.245; CENTEL/ZAFAER/ÇAKMUT, s.421,422;

²⁰¹ DÖNMEZER/ERMAN,s.314

²⁰² GÜLEÇ Sesim Soyar, Türk Ceza Kanunda Haksızlık Yanılgısı, DEÜHFD, C.10, S.1, 2008, s.61

²⁰³ ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, 2015 s.295

kastı kaldıran hata olarak düzenlenmişken; kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata ve hukuki hata kusurluluğu etkileyen hata olarak düzenlenmiştir.²⁰⁴

Hata kavramını incelemeye geçmeden önce, hatanın şüpheden farklı olduğunun belirtmek gerekir. Kişi şüphesini gidermeden, olursa olsun mantığıyla hareket ederse, kişi kasten hareket etmiş sayılacaktır.²⁰⁵

Dolaylı faillik açısından asıl önemli konu hatadır. Dolaylı faillik, bir kimseyi hataya düşürerek yani hileyle olur. Bir kimseyi hataya düşürmeden sadece bilmemesini sağlayarak fiil üzerinde hakimiyet kurmak kural olarak mümkün değildir.

Dolaylı faillik açısından öncelikle fiili hata konusunu ele aldıktan sonra; hukuki hatayı (haksızlık yanılığını) inceleyeceğiz.

(1) Fiil Üzerinde Hata

Fiil üzerinde hata, irade ile gerçek arasındaki çatışmayı ifade eder.²⁰⁶ Kusur sorumluluğunun asıl şekli olan kast için öncelikli unsur bilmedir; ceza hukuku anlamında iradi fiil çoğunlukla bir bilgiye dayanarak ortaya çıkar; hata ise bu bilme durumunu etkileyerek kastı ortadan kaldırabilir.²⁰⁷ Kanunda kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanırken; TCK'nın 30. Maddesinde suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmiş olmayacağından bahsedilir.

²⁰⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.545,; KOCA/ÜZÜLMEZ,s.240

²⁰⁵ GÜNGÖR Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.24

²⁰⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s.285.

²⁰⁷ GÜNGÖR, s.20

Bu durumda sorun, maddi unsura ilişkin olmayan hallerin kast kapsamında düşünülüp düşünülemediği; kast kapsamında düşünülecekse maddi unsur dışındaki unsurlar üzerindeki hatanın kastı kaldırıp kaldırmayacağıdır. Kanunun lafzının aksine, hata kurumu mahiyeti gereği sadece maddi unsuru kapsamaz; maddi konu, yer, araç, mağdurun nitelikleri de kast kapsamında değerlendirilmelidir ve şartları varsa bunlar üzerindeki hata da kastı kaldırmalıdır.²⁰⁸ Madalyonun diğer yüzünden bakıldığında da maddi unsur içerisinde yer alan nedensellik bağı üzerinde hata çoğunlukla, kastı kaldırmaz.

Fiili hatanın ceza hukukunda kusurluluğu etkileyebilmesi için esaslı hata olması gerekir. Fail eğer hataya düşmeseydi, eylemi suç oluşturmayacak idiyse hata esaslıdır.²⁰⁹ Diğer bir deyişle, esaslı hata suçun varlığı için gerekli olan objektif unsurlardan biri veya daha fazlası üzerinde gerçekleşen hatadır.²¹⁰ Bu doğrultuda dolaylı faillik açısından, dolaylı failin, fail olabilmesi için ön plandaki kişiyi esaslı hataya düşürmesi gerekir; aksi takdirde ön plandaki kişi fail olmaya devam edecektir.

Haksızlığın gerçekleşmesine etkili olmayan hususlardaki hata, arka plandaki şahsın fiil üzerinde hakimiyet kurabilmesi için yeterli değildir.²¹¹ Bir kimseyi saik hatasına düşürerek ona suç işletilmesi halinde dolaylı faillik söz konusu olmayacaktır. *Roxin*'in verdiği bir örnekte ²¹² çok kıskanç bir adama, karısını öldürtmek için karısının başkasıyla ilişkisi olduğunu söyleyen adam dolaylı fail

²⁰⁸ GÜNGÖR, s.39

²⁰⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.429; SOKULLU-AKINCI, s.102

²¹⁰ TOROSLU, s.228

²¹¹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.513

²¹² ROXIN, Taterschaft,218

sayılmaz.²¹³ Burada kişiyi saik hatasına yöneltmektedir; ancak öldürüp öldürmemek kişinin iradesi dahilindedir. Bu nedenle dolaylı faillik mümkün değildir.

Hatadan yararlanmak suretiyle iradeye hakimiyet ilk olarak araç kişinin kastı olmaksızın hareket ettiği hallerdir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket eden kişinin kastının yokluğundan bahsedilir. Bir kişinin kastı kaldıran bir hataya düşürülmesi suç teşkil eden fiil üzerinde hakimiyet kuramaması, suç açısından bir araç haline gelmesi anlamına gelmektedir. ²¹⁴Aile B otururken, A B'ye, aslında C'nin çantası olan çantayı kendisinin çantası olduğunu söyleyerek vermesini ister. Durumdan habersiz B çantayı A'ya verir. B hata hükümlerine göre, kasten hareket etmiş sayılmayacağından A, B'yi araç olarak kullanıp dolaylı fail olarak hırsızlık suçundan sorumlu olur. B'nin taksirli fiilden doğan sorumluluğu saklıdır. Yargıtay'ın, fiil üzerinde hataya düşürerek kişi üzerinde hakimiyet kurulması halini azmettirme olarak nitelendirmesi yanlıştır. CGK 1945 tarihli (81/78) kararında "Sanık, davacının küçük kızı Kamile'yi 'seni köye götüreceğim yeni elbiseler alacağım, annenin parasını al, bana getir'" diye kandırmış ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş bulunmasına göre, fiil hırsızlığa azmettirmek suçu mahiyetidir." ²¹⁵ Kararı eleştirmekle beraber, küçüklerin sadece küçük olması nedeniyle aradaki kişinin dolaylı fail olacağı görüşüne katılmıyorum; aradaki kişinin ayrıca ön plandaki küçük üzerinde fiil hakimiyeti kurması gerekmektedir; somut olayda aradaki kişinin, küçüğü hataya düşürerek fiil hakimiyeti kurduğunu bu nedenle dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini

²¹³ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.241

²¹⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin, s.201,202

²¹⁵ YILDIZ Ali Kemal, Dolayısıyla Faillik, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997) İstanbul, 1998, s.239

savunuyorum. Bu bakımdan küçüğün yahut on sekiz yaşını tamamlamış kişinin, akıl hastası olan yahut olmayan üzerinde fiili hakimiyet kurulması gerekliliği bakımından bir fark yoktur. Küçüğün yahut akıl hastasının üzerinde fiil hakimiyet kurmasının daha kolay olması somut olayda tayin edilecek ayrı bir meseledir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, patlayıcı maddeyi ateşleyecek olan mekanizmanın lamba anahtarına monte edilmiş olması halinde, bundan habersiz kişinin elektrik düğmesine basarak harekete geçirmesi halinde ön plandaki şahsın, hatası söz konusu değildir; bu kişi ölü bir araç gibidir. Arka plandaki şahıs dolaylı fail değil; doğrudan fail sayılacaktır.²¹⁶

Arkadaki kişinin aracı hataya düşürmediği ancak araçta bulunan mevcut hatayı da bilerek düzeltmediği durumlarda da dolaylı failliğin olacağı kabul edilir. Örneğin A ağacın arkasındaki tavşan zannederek vurmak ister, fakat ağacının arkasındakinin tavşan değil insan olduğunu bilen B, A'yı uyarmadan silahı ona uzatır ve vurmasını isterse, A'nın ilk olarak hataya düşmesinde B'nin etkisi olmasa bile B mevcut hatadan yararlanmıştır ve dolaylı fail konumundadır.²¹⁷

Aldatılan kişiler hataya düşmemek için gerekli özeni göstermiş olmalı ve sonucu muhtemel görmemiş olmalıdırlar aksi takdirde taksirli sorumlulukları doğacaktır.²¹⁸ Ancak ön plandaki kişinin taksirli hareket ediyor olması, arka plandaki kişinin hukuki statüsünü etkilemeyecektir, arka plandaki kişi, araç taksirle hareket etse dahi, araç üzerinde hakimiyet kurmuşsa, dolaylı fail olacaktır.

²¹⁶ ÖZGENÇ, Suça İştirakin, s.202,203

²¹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ s.438; ÜZÜLMEZ, Dolaylı Faillik, s.87,88.

²¹⁸ GÜNGÖR s.88.

Vasıtada hataya düşürmeye örnek olarak, lazer savaşlarına girecek arkadaşlardan birine lazer tabancası vermek yerine ateşli silah verip arkadaşını öldürmesini sağlayan mekan sahibi, müşteriye araç olarak kullanmıştır. sağlanırsa vasıta üzerinde hataya düşürmesi nedeniyle, durumdan habersiz ön plandaki kişinin araç olarak kullanılması söz olur Oyun sahibi, kasten adam öldürmeden dolayı fail olarak sorumlu olurken, araç kimse hataya düşürmede taksiri varsa suçun taksirli halinden sorumlu olur.

Mağdurun yaşı üzerindeki hatanın da kastı kaldıracağı düşünülmektedir.²¹⁹ 16 yaşındaki bir kız çocuğunu evlendirebilmek için yaşını büyüten ailesi, erkek tarafını mağdurun yaşı konusunda hataya düşürmüşlerdir. Bu halde kızın ailesinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından dolayı fail olarak sorumlu olacağını düşünüyoruz.

Şahısta hata, failin gerçekleştirdiği neticenin kendi istediği hedefe yönelik olduğunu sandığı fakat gerçekleşen neticenin bir başka kişi üzerinde meydana geldiği durumdur.²²⁰ Örneğin kaçırmak istediği kadın yerine başka birini kaçıran kişinin şahısta hataya düştüğünü söyleriz.²²¹ Katıldığımız görüşe, ortada bir yanlışlık olmasaydı da suç gerçekleşecek olduğundan, korunan hukuki değer A kişinin yaşamı yahut B kişinin yaşamı olmayıp, insan yaşamı olduğundan hata esaslı değildir ve kişi eyleminden sorumlu olur.^{222 223}

²¹⁹ TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Savaş Yayınevi Ankara, 2005, s.65; DEMİRBAŞ, s.417; REHAAG, s.315,316

²²⁰ GÜNGÖR, s.75

²²¹ DEMİREL Hakkı, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata, AÜHFD, 1955, C.12, S. 3-4 s.108

²²² HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı Ankara, 2007, s.53; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT/ s.431; DÖNMEZER/ERMAN, s.323-.353; GÜNGÖR, s.75; GÖZÜBÜYÜK Pulat, Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi, Adliye Ceridesi, Y:33, S.1,1942,s.48.

Fiili icra edeni mağdurun şahsında hataya düşürme halinde de, suç mağdurunun kimliğindeki yanlış suçun oluşumu açısından önem arz etmediğinden, yanlışla sevk eden fiil üzerinde hakimiyet kuramaz ve dolaylı fail olmaz. Failliğin tayininde de suçun kanuni tarifindeki unsurların dışında bir özelleşmeye gidilmesine gerek olmadığı konusunda doktrinde fikir birliği vardır.²²⁴ Bu nedenle ön plandaki kişi fail olarak cezalandırılır. Ancak burada sorun arka plandaki kişinin hukuki statüsünün ne olacağıdır. Arka plandaki kişi hakimiyet kuramadığından, dolaylı fail olarak sorumlu olmaz. Olmayan bir suç fikrini ön plandaki şahsın aklına da sokmuş değildir; bu nedenle azmettiren olarak cezalandırılması da mümkün değildir. Buradaki kişiler müşterek fail de değildir; çünkü beraber suç işleme iradeleri de yoktur. Örneğin A, D'yi öldürmek için tuzak kurmuştur; B gelen kişinin D olduğuna A'yı ikna eder halbuki gelen kişi C'dir ve A, D yerine C'yi öldürür. Burada mağdurun kimliği üzerindeki hata esaslı olmadığından, fail olmaya devam eder; eski kanundaki iştirak hükümleri olsaydı arka plandaki kişinin zorunlu fer'i iştirakçi olarak cezalandırılacağı muhakkaktır. Ancak kanunda artık zorunlu fer'i iştirak düzenlenmediğinden arka plandaki kişinin nasıl sorumlu olacağı belirsizdir. Burada tersinden hareketle yola çıkılabilir. Ön plandaki kişinin aklında suç fikri baştan itibaren vardır; bu nedenle arka plandaki kişiyi dolaylı fail veya azmettiren olarak sorumlu tutmak yanlış olacaktır. Yanlış kişiye yönlendirmiş olsa da, şahısta hata önemli olmadığından, mağdurun geldiğini haber vererek, ön plandaki kişiye yardım

²²³ Burada fail, sadece gerçekleştirdiği eyleminden sorumlu olur. Fail, yanılarak istemediği neticeyi gerçekleştirmiş dahi olsa, neticeyi gerçekleştirmek istediği konu ile gerçekleşen konu aynı nitelikteyse, fiil kasten işlenmiştir; suç tektir, zira kanun aynı nitelikteki hukuki konuları aynı şekilde korur. ÖNDER, s.352. Bu durumda işlenmesi istenen suç ile işlenen suçun konuları aynı nitelikte ise failin sorumlu olduğu suç, gerçekleşen suç değil, failin kastettiği suçtur. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 671; DÖNMEZER/ERMAN, s.329.

etmiştir. 765 sayılı TCK'ya göre arka plandaki kişi zorunlu fer'i iştirakten sorumlu olabileceken; mevcut Kanun'da böyle bir düzenleme olmadığından arka plandaki kişinin sadece yardım etmeden sorumlu olabileceğini düşünüyoruz.

Şahısta hata konusunda nitelikli hallere de değinilmesi gerekir. Nitelikli hallere ilişkin hata TCK m.30/2'de düzenlenmiştir. Şahısta hataya düşürülmesi halinde ön plandaki kişi hafifletici sebeplerden yararlanır.²²⁵

aa. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler Üzerinde Hata

aaa. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler tek bir başlık altında toplanmış, hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu kaldıran yahut azaltan ya da isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenler ayrı kısımlarda düzenlenmemiştir. Tüm bu sebepler sonuç olarak gösterdiği etki itibariyle ceza sorumluluğunu kaldırmakta veya azaltmaktadır. Ancak her birinin tek başlık altında toplanıyor olması kanunun benimsediği suç teorisini anlamakta zorluğa neden olmaktadır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan üzerindeki hata TCK m.30/3'te şu şekilde düzenlenmiştir.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

²²⁵ GÜNGÖR, s.76

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ise TCK'nın Birinci Kitabının, İkinci Kısımının İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Bunlar;

- Kanunun hükmü ve amirin emri
- Meşru savunma ve zorunluluk hali
- Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası
- Sınırın aşılması
- Cebir ve şiddet, Tehdit ve korkutma
- Haksız Tahrik
- Hata
- Yaş küçüklüğü
- Akıl hastalığı
- Sağır ve dilsizlik
- Geçici nedenler alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olmadır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler arasında bir ayrıma gidilmemiştir; ancak hatanın kaçınılmaz olması durumunda, aynı hukuki sonuç oluşacaktır.²²⁶ Dolaylı faillik açısından da, ön plandaki kişi kaçınılmaz bir hataya düşürülmüşse, o sebep gerçekten olsaydı ön plandaki kişinin yaptığı fiile hangi hukuki sonuç bağlanacaksa o hukuki sonuç bağlanır. Hukuka uygunluk sebebinde kaçınılmaz hataya düşürülmüşse ön plandaki kişinin hareketi hukuka uygun olacaktır; ceza sorumluluğunu kaldıracak bir hataya düşürülmüşse ön plandaki kişinin ceza sorumluluğu kalkacaktır.

²²⁶ DEĞİRMENCİ, s.162

bbb. Hukuka Uygunluk Sebepleri Üzerinde Hata

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif mi sübjektif mi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın pratik sonuçları, kişi hukuka uygunluk sebebinin olduğunu bilmesinde hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilecek midir? İştirakçiler hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilecek midir? Objektif görüşün kabul edilmesi halinde bu sorulara verilen cevap olumluyken; sübjektif görüşün kabul edilmesi halinde cevap olumsuz olacaktır.

Biz hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğunu bu nedenle kişi hukuka uygunluk sebebini bilmesinde dahi, hukuka uygunluk sebebinden yararlanabileceğini savunuyoruz.

Fakat, hukuka uygunluk sebeplerinde hatada, tartışılan konu hukuka uygunluk sebeplerinin var olmasından daha ziyade olmadığı halde kişinin hataya düşerek olduğunu zannedilmesi durumudur. Somut olayda var olduğu zannedilen hukuka uygunluk sebeplerinin kanun tarafından kabul edilmiş olması gerekir; hata somut olaya ilişkin olmalıdır, kanuna ilişkin olmamalıdır. Aksi takdirde kanunda hiç yazılmamış bir hukuka uygunluk sebebinin var olduğunu zannetmesi yahut kanun metninin yanlış bilmesi dolayısıyla bir kimsenin hukuka uygunluk sebebinden yararlandığını sanması halinde fiili hata değil; hukuki hata vardır ve hukuki hata, ancak çok istisnai durumlarda mazur görülebilir.²²⁷

Hukuka uygunluk sebeplerinde fiili hata, aslında var olan hukuka uygunluk sebebini yok zannetmek şeklinde çıkan sübjektif unsorda hata yahut gerçekte

²²⁷ GÜNGÖR, s.68

olmayan meşru müdafaa halini var zannetmek şeklinde ortaya çıkan objektif unsurda hata olarak incelenebilir.²²⁸

Sübjektif unsurda hata olduğu takdirde, ön plandaki araç kişi aslında var olan hukuka uygunluk sebebinin olmadığı konusunda hataya düşürüldüğü zaman, ön plandaki kişinin hatası, sözde suçta olduğu gibi önem arz etmez ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanır.²²⁹

Konumuz açısından asıl önemli noktada, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurunda yanılmasıdır; bu halde kişinin hatasından yararlanamayacağını savunanların yanı sıra, failin hiç hata yapmamış gibi hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanması gerektiğini ve fiilin baştan itibaren hukuka uygun olacağını savunan görüşler vardır.²³⁰

Kaçınılmaz hatayı, failin, hataya düşmede kusursuz olması olarak anlamak gerekir. Failin kusursuz hareket etmesi, kasten yahut taksirle hareket etmemesidir. Fail yeterli dikkat ve özeni göstermeyip, hataya düşerse ya da düşürülürse hatasından yararlanamaz. Bu durumda genel prensiplerden hareketle öndeki kişinin taksirle hareket ettiğini söylemek gerekir; yoksa bir kişinin sırf yeterli dikkat ve özeni göstermediğinden hataya düşmesi halinde kastla hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.²³¹ Kişinin hukuka uygunluk sebepleri üzerindeki hatası bu kıstaslara göre

²²⁸ ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınevi, 1995, Ankara, s.140-151

²²⁹ ÖZEN, Meşru Müdafaa, s.140,141

²³⁰ ÖZEN, Meşru Müdafaa, s.142-144; Bu durumda kastın kalkacağına ilişkin görüş için bkz. KOCA, Mahmut, ‘‘YTCK’ da Hukuka Uygunluk Sebepleri’’, CHD, S.1 Eylül, 2006,s.128.

²³¹ TOROSLU/TOROSLU s.169; Karşıt Görüş; ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995 s.15166

kaçınılamayacak bir hataysa, ön plandaki kişinin fiili baştan itibaren hukuka uygun hale gelir. Ancak arka planda kendisini hataya düşüren kimse, fiilden dolayı fail olarak sorumlu tutulur.

Örneğin, aslında kendi evi olmayan bir evin önünde, ev anahtarını unuttuğunu ve dışarıda kaldığını söyleyen kimseye kapıyı açmasında yardım eden arkadaşı konut dokunulmazlığını ihlal suçunda araç olarak kullanılmıştır, ev sahibi olduğunu söyleyen kişi ise konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı fail olarak sorumludur. Araç kişinin evin başkasına ait olduğu konusundaki taksiri de arka plandaki kişinin konumunu değiştirmez. Arka plandaki kişi, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda hukuka uygunluk sebebi olan rızanın koşulları konusunda araç kimseyi hataya düşürmüştür.²³²

ccc. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Diğer Nedenler Üzerinde Hata

Hukuka uygunluk sebepleri üzerinde hata dışındaki ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan her neden üzerinde hata mahiyeti gereği mümkün değildir.

Örneğin, cebir konusunda hataya düşmenin mümkün olmadığı düşünülmektedir.²³³ Ancak kişinin hipnoz olduğunu düşündüğü fakat hipnoz olmadığı zamanlarda kaçınılabılır bir hata olacağından kişi kastla hareket etmişse

²³² CLOUGH Joanne, JACKSON Adam, WORTLEY Natalie, Criminal Law, 10. Baskı, 2014

²³³ GÜNGÖR, s.72.

kasten suçtan sorumlu olacak; taksirle hareket etmişse, taksirli sorumluluğu doğacaktır.

Tehdit üzerinde kaçınılmaz hataya düşülmesi halinde de, kişi kusurlu sayılmayacaktır.²³⁴ Kişiyi tehditle suç işleyen dolaylı fail olarak sorumlu olur; ön plandaki kişi kusuru olmadığı için suçtan sorumlu olmaz. Taksirle hataya düşmüşse bu durumda işlediği suç bakımından taksirle sorumlu olur; ancak suç işlemesi için tehdit eden kişi, tehdit edilen kişi üzerinde hakimiyet kurmuşsa, ön plandaki kişinin taksirle hareket etmesi arka plandaki kişinin dolaylı fail olmasını engellemez.

Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak haksız tahrikte hataya düşülmesi ve dolaylı faillik açısından düşürülmesi halinde ön plandaki kişinin hatası kaçınılmazsa bundan yararlanır; ve sanki olayda haksız tahrik varmış gibi indirime gidilir.²³⁵

Burada konumuz açısından akla gelen soru kişinin haksız tahrik oluşturan fiil konusunda hataya düşürülmesi halinde arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak nitelendirilebilip nitelendirilmeyeceğidir. Fiili hakimiyet esasından yola çıkarsak kişinin sadece haksız tahrik yaratan eylem konusunda hataya düşürülüp, arka plandaki kişinin geri çekilmesi halinde araç kişi üzerinden fiili hakimiyet kurulamayacağını, bu nedenle dolaylı faillik olmayacağını kabul ediyoruz. Nitekim

²³⁴ GÜNGÖR, s.73.

²³⁵ "...Genel ilke bu olmakla birlikte, gerçekte bulunmayan fakat failin yanılarak var sandığı bir fiilin doğurduğu öfke veya elem tepkisi olarak suç işlenmesi durumunda, sanığa haksız tahrik hükmü uygulanmayacak mıdır? Mefruz tahrik denilen bu durumda, fail kusursuz yanılarak öfke veya elem haline sürüklenmişse, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir. Zira tahrik durumunda failin kusuru içinde bulunduğu heyecan hali nedeni ile azalmaktadır. Eğer failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yoksa, onun bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrik esasına aykırıdır." (Yarg. CGK, 15.5.1989, K.186 muhalefet görüşü)akt. GÜNAY Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.258-260

haksız tahrik hükmünden yararlanan bir kimse ister gerçek ister mefruz haksız tahrikten yararlansın kastı ortadan kalkmaz, kasıtlı suç işleyen bir kimse üzerinde fiili hakimiyet kurmak ise mümkün değildir. Örneğin, kocasının kendisini aldattığına inandırılarak, bu fikirle kadının kocasını öldürmesine neden olan arkadaki kişi dolaylı fail olarak nitelendirilemez; açıkça öldürmeye sevk etmişse azmettiren olarak nitelendirilebilir

bb. Suça Etki Eden Nedenlerde Hata

Suçun nitelikli hallerinde hatadan kasıt, hafifletici sebeplerde hata ve ağırlatıcı sebeplerde hata olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.

Bu nedenler üzerinde failin yaptığı hatanın etkisi TCK m.30/2’de düzenlenmiştir.

Bu fıkra göre, *“bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”*

Suçun nitelikli hallerinde hata, kanunda, diğer fıkralardan farklı olarak kaçınılmaz kıstasına dayanılarak düzenlenmemiştir. Failin nitelikli hallerde hataya düşmesi halinde hatasından yararlanacağı belirtilmiştir.²³⁶

Arka plandaki kişi, zararın çeşidi ve ağırlığı hususundaki yanlışlıktan faydalanarak da olabilir. Burada ön plandaki kişi ceza hukuku açısından sorumludur. Ancak arka plandaki şahıs fiilin sonuçlarını faile nazaran daha iyi idrak

²³⁶ DEĞİRMENCİ, s.158

edebilmektedir. Bu gibi hallerde arkadaki şahsın faille birlikte sorumlu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır.²³⁷

aaa. Hafifletici Sebeplerde Hata

Hafifletici sebeplerde hata halinde iştirak açısından iki farklı durumun incelenmesi gerekir;

İlk durumda araç kişi hafifletici hal olmadığı halde hafifletici halin olduğuna inandırılarak suç işletiliyorsa; örneğin, altın kaseinin bakırdan olduğuna inandırılarak suç işletiliyorsa, araç kişi yine hırsızlıktan sorumlu olacaktır, ancak malın değerinin azlığından indirimine gidilecektir. Arka plandaki kişi için ikili ayrıma gidilmesi gerekir; ön plandaki kişi zaten bu hırsızlığa yapacaksa ancak ilk başta malın değerinin fazla olduğunu düşünüyorsa fakat arka plandaki kişi tarafından yanıltılarak malın değerinin azlığına inandırıldıysa bu takdirde arka plandaki kişi ancak yardım eden olarak sorumlu olur. Ancak, ön plandaki kişi hiç suç işlemeyecekse ve sırf değerinin az olmasından dolayı bu suç işlediyse, hafifletici sebep olsa bile bu yine suç oluşturacağından ve suç işlemek konusunda değil sadece niteliği konusunda yanılgıya düşürüldüğünden arka plandaki kişi azmettiren olacaktır. Bu hallerde dolayı faillik söz konusu değildir.

İkinci durumda ise hafifletici halin olduğu ancak olmadığına inandırıldığı durumlarda, bize göre sözde suça benzer bir durum vardır ve sözde suçta da dolaylı failin hakimiyet kurması mümkün değildir. Bu halde dolaylı faillik oluşmayacaktır; ön plandaki kişi ise zaten var olan hafifletici sebepten yararlanacaktır.

²³⁷ ROXIN II, Par.25,n.61

bbb. Ağırlaştırıcı Sebeplerde Hata

Birinci hal ağırlatıcı sebep olmasına rağmen ön plandaki kişi ağırlaştırıcı sebep olmadığına dair hataya düşürülmüşse ön plandaki kişinin bu hatasından yaralanması gerekir. Ancak burada bir ayrıma daha gitmek gerekir. Örneğin, alelade birini öldürmek isteyen bir kimseyi yanıltarak yanılgıya düşenin babasını öldürmesi sağlanması halinde ön plandaki kişi niteliksiz kasten adam öldürmeden sorumlu tutulur; arka plandaki kişi ise ön plandaki kişinin zaten aklında suç işleme düşüncesi olduğundan dolayı fail olarak değil ancak yardım eden olarak sorumlu tutulur. Bu durumda arka plandaki kişinin bağlılık kuralı gereğince kasten adam öldürmeye yardım etmeden sorumlu olması gerekir. İkinci bir durumda şu şekilde ortaya çıkabilir. Alelade birini öldürmek isteyen bir kişiyi yanıltarak yanıltanın babasını öldürmesinin sağlanması halinde, ön plandaki kişinin halihazırda aklında adam öldürme fikri olduğundan arka plandaki kişinin azmettiren yahut dolayı fail olarak düşünülmesi mümkün değildir. Arka plandaki kişinin yardım eden olarak kabul edilmesi, mevcut TCK'da kabul edilen bağlılık kuralı gereğince, ön plandaki kişinin basit adam öldürmeden sorumlu tutulurken, arka plandaki kişinin de basit adam öldürmeye yardım etmeden sorumlu tutulması gerekir. Her iki halde de hataya düşüren kişinin kurduğu hakimiyete göre aynı zamanda müşterek fail olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

İkinci hal ağırlatıcı sebep olmamasına rağmen ön plandaki kişiyi ağırlaştırıcı sebep olduğu konusunda hataya düşürmektir. Burada yine sözde suça benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Sözde suç halinde de suç üzerinde hakimiyet kurarak dolayı faillik mümkün değildir. Bu durumda ön plandaki kişi suçun basit halinden sorumlu olurken; arka plandaki kişi sorumlu olmayacaktır.

Üçüncü durum ise, gerçekleşen ve gerçekleştirilmek istenen suçta da ağırlaştırıcı halinin bulunmasıdır. Örneğin, babasını öldürmek isteyen bir failin arka plandaki kişi tarafından yanıltılarak annesini öldürmesi halinde, burada kendi yanılması ve yanıltılması arasında bir fark olmadığını düşündüğümüzden, ön plandaki kişi basit adam öldürmeden sorumlu olacaktır.²³⁸ Arka plandaki kişi ise ön plandaki kişinin aklında halihazırda suç fikri olduğundan ve sadece şahısta yanıltarak olay üzerinde hakimiyet kuramadığından dolayı fail yahut azmettiren olamayacaktır; mevcut kanuna göre ancak basit adam öldürmeye yardım etmeden sorumlu olur. Bu durumda incelenecek bir diğer olasılık, ön plandaki kişinin arkadaki kişinin annesini öldürecekken, arka plandaki kişinin yanıltmasıyla arka plandaki kişinin babasını öldürmesidir. Bu durumda ön plandaki kişi basit adam öldürmeden sorumlu tutulurken, arka plandaki kişi mevcut kanundaki bağlılık kuralı gereğince ancak basit adam öldürmeye yardım etmeden sorumlu tutulabilmektedir. Yardım eden kişinin aynı zamanda müşterek fail olup olmadığı fiil üzerinde kurduğu fonksiyonel hakimiyet esasına göre belirlenecektir.

cc. Fiil Üzerinde Hata Nedeniyle Kişinin Başka Suçtan Sorumlu Olması

Kişinin fiil üzerinde esaslı hataya düşürülmesi nedeniyle ön plandaki kişi kural olarak suçtan sorumlu olmaz. Ancak özel-genel norm ilişkisinin bulunduğu hallerde²³⁹ yahut bileşik suçlarda ya da geçitli suçlarda ve neticesi sebebiyle

²³⁸ HAKERİ, Genel Hükümler , s.461 , KAŞIKARA, s.358

²³⁹ GÜNGÖR, s.80

ağırlaştırılmış suçlarda hataya düşürülmesi halinde ön plandaki kişi kusurunun denk geldiği ölçüdeki suçtan sorumlu tutulabilir.

Ancak kişinin bu şekilde sorumlu tutulabilmesi için öncelikle dış dünyada meydana gelen fiil açısından en azından taksirli sorumluluğunun olup olamayacağının araştırılması gerekir. Örneğin, özel norm bakımından, bileşik suç bakımından, geçitli suçlarda ağır olan suç açısından taksiri söz konusuysa ve bu suçların taksirli hali düzenlenmişse ön plandaki kişi taksirli suçtan sorumlu tutulur; ancak arka plandaki kişi fiili hakimiyet kurmuşsa ön plandaki kişinin taksirli sorumluluğu arka plandaki kişinin dolaylı fail olmasını engellemez. Eğer kişinin taksirli halde bile bu suçlardan sorumluluğu yoksa o zaman, genel nitelikte yahut bileşik suçun unsurlarını oluşturan unsur suçlardan veya basit halinden ya da geçitli suçlarda hafif olan suç açısından ön plandaki kişinin kasten hareket edip etmediğine bakılır; kasten hareket etmişse bu suçlardan; taksirle hareket etmişse ve taksirli hali kanunda ayrıca düzenlenmişse bu suçların taksirli halinden sorumlu tutulur.

Özel- genel norm ilişkisine cumhurbaşkanına hakaret ve hakaret suçu örnek verilebilir. Kişi karşısındaki kişinin cumhurbaşkanı olduğu konusunda hataya düşürülmüşse, ancak hakaret suçunu kasten işlemişse, kendisi hakaret suçundan doğrudan fail olarak sorumlu tutulurken²⁴⁰ arka plandaki kişi dolaylı fail olarak cumhurbaşkanına hakarettten sorumlu tutulur.

Ön plandaki kişi kasten yaralama suçunu işleyecekken, arka plandaki kişi mağdurun hamile olduğu konusunda ön plandaki kişiyi hataya düşürmüş ve yaralama sonucu çocuk düşmüş olabilir. Bu halde ön plandaki kişinin taksiridahi yoksa, onu

²⁴⁰ GÜNGÖR, s.80

TCK m.87/2 (e)'den sorumlu tutmamız hem TCK m.23'e hem de kusursuz suç olmaz ilkesine aykırı olur. Bu durumda ön plandaki kişi TCK m.86'dan sorumlu tutulurken, arka plandaki kişi hakimiyet kurmuşsa TCK m.87/2 (e)'den dolayı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

Geçitli suçlar açısından bakıldığında ön plandaki kişi yaralamaya kast etmişken, arka plandaki kişi, mağdurun ölümüne neden olabilecek bir hataya düşürmüştü bu takdirde ön plandaki kişi adam öldürme açısından taksirle hareket etmemişse kasten yaralama suçundan sorumlu olurken, arka plandaki kişi kasten öldürme suçundan sorumlu olur. Örneğin, geveze mağdurun susmasını isteyen ön plandaki kişi, mağdurun rızası olmadan ona uyku hapi verirse, bu takdirde ön plandaki kişi mağdurun algılama yeteneğini kasten bozduğu için TCK m.87'den sorumlu tutulması gerekir. Ancak arka plandaki kişi, araç kimseyi yanıltarak, kişinin içkisine karıştırması için uyku hapi yerine zehir koymasını sağlarsa, arka plandaki kişi, dolaylı fail olarak TCK m.82/b'den sorumlu tutulacaktır.

(2) Hedefte Sapma Halinde Dolaylı Faillik

Sapma (inhiraf), seçilen araçların yetersizliği veya kullanma hatası yüzünden ya da başka bir sebepten ötürü, failin istemiş olduğu neticeden farklı bir neticenin gerçekleşmesidir.²⁴¹ Bizim konumuz açısından sapmanın arka plandaki kişinin hataya düşürmesiyle meydana gelmesi halinde” önemlidir.

²⁴¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s.290

Sapma halleri üç farklı şekilde ortaya çıkar. Bunlar suçta sapma, nedensellikte sapma ve hedefte sapmadır.²⁴²

Suçta sapma halinde istenenden farklı bir sonuca (da) neden olma söz konusudur. Ön plandaki kişinin işlemek istediği suçu fırsat bilerek, onu yanılgıya düşürerek araç kişiye başka bir suç daha işletmesi halinin de tartışılması gerekir. Örneğin A, mala zarar vermenin nitelikli hallerinden, içinde hiç kimsenin bulunmadığını düşündüğü binayı yakarak zarar verme istiyor. Konutun içerisinde insanların olduğunu bilen B, A'yı yanıltarak insanların olmadığı konusunda ikna ederse A mala zarar vermenin nitelikli halinden dolayı fail olarak sorumlu olur; adam öldürmenin taksirli halinden sorumluluğu saklıdır. B ise dolaylı fail olarak kasten adam öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olur.

Nedensellikte sapma, nedensel süreç fail tarafından öngörülenden farklı bir şekilde olmasına rağmen, istenen sonucun yine de meydana gelmesidir.²⁴³ Bu durumda nedensellik bağındaki sapma, serbest hareketli suçlarda esaslı hataya vücut vermez ve failin kastı üzerinde etkisi olmaz.²⁴⁴ Dolaylı faillik açısından düşünüldüğünde de ön plandaki kişinin kastı kalkmadığından, arka plandaki kişinin dolaylı fail olması beklenemez.

Örneğin, A, B'ye ateş etmiştir; B ölmemesine rağmen C, A'yı B'nin öldüğü konusunda hataya düşürmüş ve gömmesini sağlamıştır. C gömüldükten sonra boğularak ölmüştür. Bu durumda Weber Kastına göre A'nın kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekirken; C'nin kasten adam öldürme suçundan

²⁴² TOROSLU/TOROSLU,s.266-271

²⁴³ TOROSLU, s.238

²⁴⁴ GÜNGÖR, s.91

dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Bu araç kimsenin kasten hareket edemeyeceği kuralına istisna gibi gözükse de bir istisna değildir. A kasten adam öldürmeye suçuna teşebbüsü arkasında kimse olmadan işlemiştir; dolaylı faillik A'nın B'yi gömmesi fiilindedir. A burada ya kusursuz hareket etmiştir ya da en fazla taksirle hareket etmiştir. Ancak daha önceden de belirttiğimiz üzere ön plandaki kişinin taksirle hareket etmesi dolaylı failliği engellemez.

Hedefte sapma şahısta hatadan farklıdır.²⁴⁵ Şahısta hata da iradenin oluşumu aşamasında sakatlanma vardır, kişiler karışmaktadır; oysa hedefte sapma da hareket aşamasında bir sorun ortaya çıkmaktadır; failin yanılması yahut yanıltılması dışında bir etken ortaya çıkmıştır. Süreç failin kontrolünden çıkarak farklı bir sonuca/sonuçlara neden olmaktadır. Sapma, failin zihni karışıklığından değil, dış dünyaya yansıyan fiilin, failin beceriksizliğinden yahut dış sebeplerden düşünülen farklı bir somut maddi konu üzerinde gerçekleşmesidir.

Hedefte sapma halinde iki ayrı hedef söz konusudur;

1. Kişinin aslında sonuçlanmasını istediği asıl hedef,
2. Failin aslında istemediği fakat sapma sonucu ortaya çıkan sapma sonucu hedef²⁴⁶

Hedefte sapmada sorumluluğun, tek fail bakımından nasıl çözüleceğine ilişkin yaklaşımlar; sapmaya dolaylı failin neden olması halinde nasıl çözüleceğine dair yol gösterecektir.

²⁴⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.686,687

²⁴⁶ KAŞIKARA, M. Serhat, Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Y:1, S:2, s.364

Dolaylı faillikte, hem araç kimsenin yani sapmaya uğrayanın hem de dolaylı failin yani sapmaya uğratanın fiilleri olduğunu düşünüyoruz. Bu bakımdan ön plandaki kişi kasıtlı suça teşebbüsten sorumlu olurken, arka plandaki kişi kasıtlı suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Elbette arka plandaki kişi taksirle de sapmaya uğratmış olabilir ancak bu durumda hakimiyet kurulamadığından dolaylı faillik inceleme konusu olmaz. Örneğin, A, B'yi öldürmek isterken ve silahı doğrultmuşken, C gelip A'nın eline vurarak D'yi öldürmesine sebep olsa A; B'yi öldürmeye teşebbüsten; C'de D'yi kasten öldürmekten fail olarak sorumlu tutulacaktır. Aslında burada C'nin hareketi *vis absolutadır* ve dolaylı fail olarak değil; doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

(3) Hukuki Hata (Haksızlık Yanılgısı)

Hatadan yararlanarak iradeye hakimiyet haksızlık yanılgısından yararlanarak da olur. Araç kimse ya fiilin suç oluşturduğu konusunda ya da filli hukuka uygun hale getirecek bir hukuka uygunluk sebebinin kanunda var olduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşürülmüştür; bu durumda araç kusurlu olduğu için cezalandırılmamakta ancak onu bu hataya sevk eden yahut mevcut hatasından yararlanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olmaktadır.²⁴⁷ Bilgisizliğin hukuksal etkisi bireyseldir, arka plandaki kişiyi etkilemeyecektir.²⁴⁸

Kişi, işlediği suçun tüm maddi unsurlarının farkında olmasına rağmen bu fiilin haksızlık teşkil ettiğini yani fiilin kanunda suç olarak düzenlendiğini ve fiilin

²⁴⁷ ROXIN, II, Par.25n.61,91-93,

²⁴⁸ ÜNVER, Kusurluluk, s.42.

antisosyal muhtevasını bilmiyor ve bilebilecek durumda değilse, kişi de haksızlık yanılığı vardır.²⁴⁹

Haksızlık yanılığı yahut kural üzerinde hata veya doktrinde olumsuz hukuki hata olarak adlandırılan bu duruma²⁵⁰ düşen kişi, fiili hatadan farklı olarak, gerçekleştirdiği fiili bilmektedir ve istemektedir ancak gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenine aykırılık teşkil ettiğini bilmemektedir yahut normu yanlış yorumlamaktadır.^{251 252} Somut haksızlık yanılığı olarak adlandırılan bir diğer durum ise failin fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebep olduğunu zannetmesidir. Bu halde fiil tipiktir ancak tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebi olduğu zannedilmektedir.²⁵³

Haksızlık yanılığının mazeret sebebi olamayacağı 765 sayılı Kanunda mutlak şekilde düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanunda ise ceza kanunlarını bilmemenin mazeret olmayacağı düzenlenmiştir. Düzenlemeden hareketle, ceza kanunları dışındaki kanunları bilmemenin mazeret kabul edilebileceği sonucuna ulaşırız.²⁵⁴ 5237 s. TCK ‘nın 4. Maddenin 2. Fıkrasında değişikliğe gidilmeden önce ‘*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediğini meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*’ denilerek haksızlık yanılığı düzenlenmiştir.

²⁴⁹ Doktrinde haksızlık yanılığını, kanunları bilmemenin mazeret sayılmayacağına dair kuralın bir istisnası olarak kabul eden görüşün yanı sıra CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.434 vd; mehaz kanun düzenlemesine dayanarak bunun kusur ilkesine ilişkin olduğunu ve kanunları bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralıyla bir ilgisi olmadığını savunan görüşler de vardır. HAKERİ, Ceza Genel, s.231

²⁵⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.562.

²⁵¹ GÜNGÖR, s.25; SOKULLU AKINCI, s.99

²⁵² Doktrinde hukuki hata ve haksızlık yanılığının aynı kavramlar olmadığını ifade eden yazarlar da vardır. Hukuki hata yaptığı fiilin niteliği denk geldiği norm konusunda hataya düşmesi haliyken; haksızlık yanılığı işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmemesi olarak tanımlanır. KARAKURT Ahu, ‘‘Türk Ceza Kanununda Hata’’, Ceza Hukuku Dergisi, Y:4, S:10, Ağustos, 2009 s.43 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.562

²⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s..347; KARAKURT, s.144;

²⁵⁴ DEĞİRMENCİ Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, TBB Dergisi 2014, S:110, s.140.

Maddeye ilişkin gerekçede ise, kişinin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiği ve işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmeyen kimsenin kusurlu sayılamayacağını, bu nedenle kişinin kanunda açıkça suç olarak düzenlendiğinin bilinmesinin aranmadığını ancak, fiilin haksızlık muhtevasına sahip olduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır; haksızlık muhtevası konusunda kaçınılmaz hataya düşülmesi sonucunda kişinin kusurlu sayılamayacağı belirtilmiş ve kaçınılabilirliğin kişinin sosyal ve kültürel çevresine göre belirleneceği söylenmiştir.

Öğretide, haksızlık yanılığının mahiyeti tartışmalıdır; eski düzenlemenin doğru olduğunu çünkü haksızlık yanılığının kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralına istisna getirdiklerini söyleyenlerin yanı sıra; bu fıkranın 30. maddenin altına eklenmesinin daha doğru olduğunu çünkü haksızlık bilincine sahip olmanın kusurun bir unsuru olduğunu haksızlık yanılığı içinde olan kimsenin de kusursuz sayılması gerektiğini savunanlar vardır.²⁵⁵

Haksızlık yanılığı içinde olan birinin suçta araç olarak kullanılması halinde, haksızlık yanılığı içinde olmayan ve araç üzerinde hakimiyet kuran kişinin dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerekir.²⁵⁶ Ayrıca arka plandaki kişinin, sahne önündeki kişiyi böyle bir yanılığa düşürmesi ve suç işletmesi halinde de dolaylı faillik söz konusu olacaktır.²⁵⁷

²⁵⁵ SOKULLU-AKINCI, s.102

²⁵⁶ ÖZGENÇ, Suç İştirakin., s.217.

²⁵⁷ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.217.

Haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması halinde mehzaz kanunda düzelenme olmasına rağmen²⁵⁸ TCK'nın kanun metninde düzelenme yoktur.²⁵⁹ Ancak gerekçede kaçınılabılır haksızlık yanılığının temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğı açıklanmıştır. Konumuz itibariyle, haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması durumunda, dolaylı faillik mi şeriklik olacağına dair iki görüş ortaya atılmıştır. Suça sevk edenin azmettiren olarak sorumlu olacağını düşünen görüş “*sorumluluk prensibi*” nden hareket etmektedir.²⁶⁰ Haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması halinde de dolaylı faillik olacağını savunan görüş ise “*failin arkasındaki fail*” görüşünü benimsemektedir.²⁶¹

Failin arkasındaki fail görüşüne göre; haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması araç kişinin taksirli sorumluluğuna benzetilebilir. Araç kişinin taksirli sorumluluğı da dolaylı failliği engellemeyeceğı için arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak kabul edilir.²⁶² ²⁶³Roxin’e göre ise haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması arka plandaki şahsın hakimiyetini etkilemez ayrıca arka plandaki kişinin araç kimsenin, böyle bir hatadan kaçınıp kaçınamayacağını tespiti zordur bu nedenle dolaylı faillik ilişkisi olması gerekir.²⁶⁴

²⁵⁸ Alm. CK’ye göre fail fiilin haksızlık oluşturduğunu anlayabilecek durumda değilse, kusursuz hareket etmiş sayılır. Yanılığdan kaçınabilme olanağına sahipse; cezasında indirim yapılır. SOKULLU-AKINCI, s.101

²⁵⁹ Kaçınılabılır olması halinde, sorumluluğun nasıl belirleneceğinin belirsiz olması öğretilde eleştirilmişti. ÜNVER, Kusurluluk, s.43

²⁶⁰ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...,s.218.

²⁶¹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...,s.218.

²⁶² ÖZGENÇ, Suça İştirakin...,s.218.

²⁶³ Herzberg’in görüşü haksızlık yanılığını taksire benzettiğı için eleştirilmiştir. Taksirle hareket etmede kast varlığını sürdürmezken; haksızlık yanılığı ister kaçınılabılır olsun ister olmasın kast varlığını devam ettirir. Taksirde yanılma fiilin maddi yönüne ilişkinen; haksızlık yanılığında yanılma hukuki değerlendirmeye ilişkidir. Bu nedenle dolaylı faillik hali taksire benzetilerek açıklanamaz. Ancak haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması halinde de suça yönlendiren yanılığ içinde olan kişi üzerinden hakimiyet kurmuşsa dolaylı faillik söz konusu olur. ÖZGENÇ, s.218,219.

²⁶⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...,s.219

Yanılığının kaçınılabılır olup olmadığı belirlenmesinde failin yaşı, bilgisi, mesleği, sosyal konumu gibi kişisel özellikleri yanında sosyal çevresi ve yanılığa düşmemek için gösterdiği çaba önem taşımaktadır.²⁶⁵ Kaçınılabılır haksızlık yanılığı, failin işlediği fiilin haksızlığını bilebilecek durumda olması ancak bilmemesi halidir.²⁶⁶

Kaçınılmaz haksızlık yanılığı halinde dolaylı failliğe, uzman bir kişiye danıştıktan sonra fiilin hukuka aykırı olmadığını öğrenen kimsenin suç teşkil eden fiili gerçekleştirmesi hali örnek verilebilir. Bu durumda arkadaki uzman kişi, öndeki kişiye suç işletme kastıyla hareket ederek ona yanlış bilgi vermişse ve öndeki kişi de buna inanarak fiili gerçekleştirmişse dolaylı faillik söz konusu olur.

Nitekim Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlar da vardır.²⁶⁷ Resmi mercilerin veya idarenin yanıltıcı hareketi nedeniyle suç teşkil eden hareketin yapılması halinde sanığın kusurlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu gibi hallerde faile sorumluluk yüklenemeyeceği ve failin resmi makam ve mercilerin aleti durumunda olduğu kabul edilmiştir.²⁶⁸

Ancak, bu kurumu ister hukuki hata ister haksızlık yanılığı olarak isimlendirelim; yapılan hatanın tüm hukuk düzenine aykırılığının bilinmemesi

²⁶⁵ GÜLEÇ, s.80

²⁶⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN s.319;

²⁶⁷ 5. CD.,26.04.1997, E.1997/1530,K. 1977/1451 akt. GÜLEÇ , s.81;”Böylece, örneğin; yerleşmiş bir yargısal içtihadı dayanarak hareket eden (...) veya bir savcıya bir eylemin suç oluşturup oluşturmadığını soran ve oluşturmadığı konusunda ayrıntılı bilgi aldıktan sonra eylemi gerçekleştiren kişinin sakınılmayacak bir hukuksal yanılığı içinde bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.” DEĞİRMENCİ, s.147

²⁶⁸ GÜLEÇ, s.81; OZANSÜ Mehmet Cemil, “Yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde Hata Kavramı”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara, 2006, s.400. CLAUS Roxin, “Yasağa İlişkin Yanılma”(Çev. Osman İsfen, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006, s.271; karşıt görüşler için KARAKURT, s.148; DEĞİRMENCİ, s.148.

gerekir. Sistematiik açıdan incelemedenin ve uygulamanın kolaylığı açısından hukuk dallara ayrılmış olsa da hukuk düzeni birdir ve yapılan hukuki hatanın tüm hukuk düzenini kapsaması gerekir. Örneğin, kişi idare hukuku yahut özel hukuk açısından fiilinin hukuka aykırı olduğunu biliyor, ancak suç teşkil etmediğini düşünüyorsa artık haksızlık yanılığısından yararlanamaz; kişi hareketinin antisosyal nitelik taşımadığını düşünmesi gerekir. Antisosyallik ise sadece ceza hukukuna ilişkin değildir; tüm hukuk düzenine ilişkindir. Alman Hukukunda da hakim görüş bu yöndedir, eğer kişi fiilinin kabahat olduğunu ancak suç olmadığını düşünüyorsa artık haksızlık yanılığısından bahsedemeyiz.²⁶⁹

Bu durumda, n plandaki kimse, fiilinin hukuka aykırı olduğunu biliyorsa ancak suç oluşturduğu konusunda arkadaki kişi tarafından hataya dşrlyorsa, bu hal dolaylı failliğin uygulama alanı dışında kalır.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, fail fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmekle beraber, fiili ahlaki, dini veya siyasi görüşleri nedeniyle kendisine doğru gelebilir; yahut fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmekle beraber vicdani açıdan kendini fiili işlemekle yükümlü hissetmesi halinde haksızlık yanılığısı söz konusu değildir.²⁷⁰ Burada akla gelebilecek kurum sivil itaatsizlik olabilir. Sivil itaatsizlik eylemleriyle kanunların değişmesi sağlanabilse de, mevcut hukuk düzeninde sivil itaatsizlik ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal değildir.

Dolaylı faillik kurumu açısından incelendiğinde, kişinin varlığından haberdar olduğu normun, adil olmadığı konusunda hataya düşürerek yahut bu şekilde

²⁶⁹ ROXIN, Yasağa İlişkin Yanılma, s.249

²⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.349; SOKULLU-AKINCI, s.101

düşünmesini sağlayarak, ön plandaki kişinin suç işlemesine sebep olması halinde arkadaki kişinin dolaylı fail olduğundan bahsedemeyiz.

aa. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Varlığı Hakkında Yanılgı

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurunda yanılma halinde üzerinde durmak istediğimiz görüşler hukuka uygunluk sebeplerinde yanılmanın fiili hata mı yoksa hukuki hata mı olduğudur. Hukuka uygunluk sebeplerinde hatayı fiili hata olarak görürsek, failin kastının olmadığını; hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda taksirle hareket ettiğini kabul etmemiz gerekir. Buna karşın, hukuka uygunluk sebeplerinde hatayı, hukuki hata olarak nitelendirirsek, hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusursuz sayılacak ve ceza sorumluluğu olmayacaktır, kaçınılabilir olması halinde ise kasten işlenmiş suçtan cezalandırılacaktır.²⁷¹

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hatada ilk görüşe göre, kişinin kastı kalkacağından ve kast olmadan şeriklik olamayacağından, ancak dolaylı faillik söz konusu olabilecektir.²⁷²

Örneğin, A'nın B'ye "*C seni gördüğü yerde öldürecek*" demesi üzerine B'nin C ile karşılaştığında, elini cebine sokan C'nin ateş edeceğinden şüphelenen B daha atik davranıp C'yi öldürürse, bu durumu kasten yaratan A, B'yi araç olarak kullanmıştır ve kasten adam öldürme suçundan dolaylı fail olarak sorumludur.²⁷³

Hukuka uygunluk sebebinde yanılgı halinde kastın bertaraf olmayacağını düşünen yazarlara göre ise kural olarak yine dolaylı faillik söz konusu olacaktır;

²⁷¹ DEĞİRMENCİ, s.163,164

²⁷² ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.220

²⁷³ BAKICI, s.838

ancak yanılığa düşen kişinin mahsus suç işlemesi halinde yönlendiren kişi ancak şerik olabilecektir.²⁷⁴

Burada katıldığımız görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinde yanılma bu sebeplerin maddi şartlarında yanılma ve hukuk düzeninde aslında var olmayan bir hukuka uygunluk sebebini var sanmak şeklinde ortaya çıkabilir. İlk halin fiili hata içerisinde incelenmesi gerekir, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırır. Birinci ihtimalin önceki bölümde üzerinde durulmuştu. İkinci ihtimal ise yasak yanılışı ile benzerlik gösterir. Bu ikinci duruma izin normunda yanılma da denir. (*Erlaubnisirrtum*)²⁷⁵ İzin normuna yanılmaya örnek olarak, Türk Hukukunda kastrasyona ceza amaçlı izin verildiğini zanneden cerrahın kastrasyon yapması halinde doktorun izin normunda yanılmaya düştüğü söylenebilir.

Bir kimseyi yasak yanılışına düşürerek kişinin suç işlemesini sağlayan arka plandaki kişinin dolaylı fail olacağını kabul ediyorsak aynı durum izin normunda hataya düşürme halinde de geçerlidir. Örneğin, dilekçe yazmadan önce avukattan hukuki danışmanlık alan kişinin, maddi olaydan bağımsız olarak ettiği hakaretlerin iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında kalacağına inandırılması ve suç işletilmesi halinde hukuki danışmanın dolaylı fail olarak hakaret suçundan sorumlu tutulması gerektiğini düşünüyoruz.

d. Cebir Yoluyla Kişi Üzerinde Hakimiyet Kurarak Dolaylı Faillik

²⁷⁴ ÖZGENÇ, s.220

²⁷⁵ DEĞİRMENCİ, s.166,167

TCK m.28 uyarınca, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma veya tehditi kullanan kişi suçun faili sayılır.

Madde metninde, uygulanan cebir yahut tehditin işlenen suç ile nedensellik bağının kurulması gerekliliğine yer verilmediği için düzenleme eleştirilmiştir. Kanunun düzenlemesine bakıldığında, cebir yahut tehdite maruz kalmış kimse, kendi kendine suç işlemeye karar verirse arka plandaki kişinin sorumlu tutulması gerekir. Ancak, subjektif sorumluluk çerçevesinde kanun metninden ancak suç işletmek için cebir yahut tehdit kullanan kişinin işlettiği suç üzerinde fiili hakimiyet kurması halinde dolaylı fail olacağı kabul edilmelidir.²⁷⁶

TCK m.28'e göre üzerinde cebir, şiddet kullanılan yahut tehdit edilip, korkutulan kimse suç işlenirken araç konumundadır; cebri, şiddeti uygulayıp; tehdit eden, korkutan kimse ise dolaylı fail konumundadır.

Bunun yanı sıra cebir ve tehdit özel hükümlerde ve bazı özel suç tiplerinde unsur olarak düzenlenmiştir. Burada ayırt edilmesi gereken nokta özel hükümlerde düzenlenen cebir ve tehdit halinde ön plandaki kişiye suç işlettirmekten bahsedilmemektedir. Özel hükümlerde cebri uygulayan ve cebir uygulanan kişi arasındaki ilişki düzenlenmiştir ve bizahiti suç cebrin uygulanmasıdır. Oysa genel hükümlerde düzenlenen cebirde üçlü bir ilişki vardı ve arka plandaki kişi aslında suç işlemek istemeyen bir kişinin kusurluluğunu etkileyerek suç işletmektedir. Özel hükümlerde düzenlenen cebir ve tehdit bir suç tipiyken; genel hükümlerde

²⁷⁶ ÜNVER, Kusurluluk, s.67

düzenlenen cebir ve tehdit ceza sorumluluğunu etkileyen bir haldir. Burada iki ayrı hüküm vardır. Öncelikle ön plandaki kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiş daha sonra arka plandaki kişinin işlettiği suçtan dolayı fail olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İki madde arasındaki bağlantı, cebir yahut tehditle bir başkasını kullanarak suç işleyen kişi aynı zamanda cebir yahut tehdit suçundan da sorumlu olacaktır.

TCK m.28'in başlığında ve madde metninde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdide yer verilmiştir. Maddenin bu düzenleniş biçimi tartışmalara yol açmıştır. Cebir, şiddetse ve tehdit, korkutma ise neden bunların iki kere kullanıldığı tartışmalıdır.²⁷⁷

TDK'ye göre, cebir zorlama anlamına gelmektedir.²⁷⁸ Ancak madde metninde cebir, fiziki zorlama olarak şiddetle beraber kullanılmıştır. Oysa TDK'nın açıklamasına bakıldığında cebir hem maddi cebri (şiddeti) hem de manevi cebri (tehdidi) kapsayan bir üst başlıktır.²⁷⁹

Maddi cebir konusunda tartışmalı olan hususlardan biri fiziki bir güç kullanılıp kullanılmayacağıdır. Doktrinde bir kısım yazara göre, cebir bir kimsenin fiziki güç kullanılarak bir suçu işlemek zorunda bırakılmasıdır.²⁸⁰ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, cebirde mutlaka fiziki-bedensel bir zorlamanın olmasına gerek yoktur. Burada önemli olan failin zorlanmış olmasıdır; manevi cebirden ayıran

²⁷⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir (TCK m.28) , Seçkin Yayıncılık, Ankara,2012, s.57

²⁷⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55d9bbc13d9276.84741976, Erişim Tarihi: 23.08.2015

²⁷⁹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.58

²⁸⁰ GÜLŞEN, s.132

nokta ise mağdurun bedensel olarak etkilenmiş olmasıdır.²⁸¹ Buradaki önemli nokta cebir uygulayanın temasına gerek yoktur.²⁸² Bu halde hipnotize ederek bir kimseye suç işletmek yahut içkisine ilaç katarak bir kimseye suç işletmek halinde de o kimsenin cebir altında suç işlediğini söylemek mümkündür.

Diğer bir deyişle cebir, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı maddi bir zorlama sonucu bir suç işlemek mecburiyetinde bırakılan kimsenin içinde bulunduğu durumu ifade etmektedir.²⁸³

Özel hukukta da cebir, iradeyi sakatlayan hal olarak düzenlenmiştir. Cebir halinde sakatlık irade beyanında değil, iradenin kendisindedir.²⁸⁴ Ceza hukukunda da cebir halinde kişi fiilinin ve hatta onun hukuka aykırı olduğunun farkındadır. Ancak iradenin oluşumu aşamasında dışarıdan bir kuvvet, onu o fiili yapmaya zorlamıştır.

(1) Cebirin Ceza Hukuku Açısından Hukuki Niteliği

aa. Cebir Halinde Ön Plandaki Kişinin Fiilinin Olmadığını İleri Süren Görüşler

Doktrinde bir kısım yazarın savunduğu görüşlere göre, bir kişiye mutlak kuvvet²⁸⁵ kullanarak suç işletilmesi halinde burada dolaylı faillik değil; doğrudan faillik söz konusu olacaktır. Çünkü mutlak kuvvet uygulanan kişinin hareketi ceza

²⁸¹ KOCA Mahmut, Yağma Cürümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.143

²⁸² TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.377

²⁸³ ÖZTÜRK/ERDEM, s.284

²⁸⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2003, s.363.

²⁸⁵ SÖZÜER Adem, Tehdit Suçu, İÜHFM LIV (1991-1994) s.125 vd.

hukukuna göre hareket sayılmayacak ve ön plandaki kişi adeta bir cansız araç olacaktır.²⁸⁶ Burada kişi hareket etmemekte, ettirilmektedir.

Ancak bu görüş eleştirilmiştir. Çünkü cebir halinde iradenin bulunmadığını söylemek hareket kavramını suçun manevi unsurunu da içine alarak genişletmektedir. Esasen cebir halinde de bir irade vardır; ancak bunun dışavurumu sırasında irade, diğer irade tarafından sakatlanmaktadır.²⁸⁷

bb. Cebir Halinde Kusurluluğun Söz Konusu Olmadığını İleri Süren Görüşler

Bazı yazarlara göre, cebir kusurluluğu kaldıran bir nedendir.²⁸⁸ Cebre uğrayan kişinin kusuru olmadığından cezalandırılmaz ve arka plandaki kişi dolaylı fail olur.

Bazı yazarlara göre de cebir halinde kişinin tehlikeliliği ve isnat yeteneği yoktur.²⁸⁹ Ancak bu görüş, fiziki zorlamada anlama ve isteme yeteneğinin ortadan kalkmayacağı düşüncesiyle eleştirilmiştir.²⁹⁰

cc. Cebir Derecesine göre Hareket veya Kusurluluğun Söz Konusu Olmadığını İleri Süren Görüşler

Bizim de katıldığımız görüşe göre, cebir halinde mutlak cebir (*vis absoluta*) ve zorlayıcı kuvvet (*vis compulsiva*) şeklinde ikili bir ayrıma gidilmelidir. Mutlak

²⁸⁶ ÖZGENÇ, s.225

²⁸⁷ GÜLŞEN, s.136

²⁸⁸ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.495; ARTUK Mehmet Emin., GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015s.61; YÜCE, s.313; SOYASLAN, s.456; ÖZBEK ve diğerleri, s.364;.

²⁸⁹ GÜLŞEN, s.137

²⁹⁰ GÜLŞEN, s.137

cebir halinde kişi mekanik bir kuvvet haline dönüşür.²⁹¹ Mutlak kuvvet halinde aslında bunun cebir olmayacağını savunan yazarlar da vardır.²⁹² Örneğin, itilen bir kimsenin vitrini kırması halinde, itilen kimsenin hareketi ceza hukuku anlamında hareket değildir,²⁹³ birini iterek yahut bir sopayla cam kırmak arasında bir fark yoktur. Hal böyle olunca, iten kişi dolaylı fail değil; doğrudan fail olur. Yukarıda da değindiğimiz üzere, bir kimsenin dolaylı fail olabilmesi için ön plandaki kişinin hareketi ceza hukuku bakımından anlam ifade etmelidir.

Bu halde CMK 223/2 b bendi uyarınca ön plandaki kişinin yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması nedeniyle beraat kararı verilecektir.²⁹⁴

Buna karşılık, bir kimseyi döverek suç işlemeye zorlamak halinde *vis compulsiva* söz konusudur.²⁹⁵ Burada ön plandaki kişinin öncelikle ceza hukuku bakımından anlamlı bir hareketi olmakla beraber, sakatlanmış da olsa iradesi vardır; ancak *vis compulsiva* halindeki cebir kusurluluğu etkilemektedir.²⁹⁶ Bu durumda *vis absoluta* hareket özgürlüğünü etkilerken; *vis compulsiva* seçim özgürlüğünü etkiler.²⁹⁷ Önder'e göre, kişinin bağlanması bir yere kapatılması veya devamlı müessir fiile maruz bırakılması halinde teknik anlamda cebirden söz edilmesi gerekir.²⁹⁸ Araç kişinin bir yakının üzerinde cebir uygulanması ve araç kişiye suç işletilmesi halinde *vis compulsiva* mevcuttur. Bu halde de kişinin hareketi kendi hareketidir ve sakatlanmış da olsa iradesi vardır. İhmal suretiyle cebrin uygulandığı durumlarda da

²⁹¹ GÜLŞEN, s.138

²⁹² GÜLŞEN, s.138

²⁹³ ÖZGENÇ, Ceza Genel, s.346

²⁹⁴ ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.278,279; GÜLŞEN, s.140

²⁹⁵ GÜLŞEN, s.138

²⁹⁶ ÖZGENÇ, Ceza Genel, s.346

²⁹⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.63

²⁹⁸ GÜLŞEN, s.138

vis compulsiva olduğunu düşünüyoruz. Garantör kimsenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve ancak, sorumlu olduğu kişi suç işlerse yerine getireceğini söylemesi halinde *vis compulsiva* vardır. Bu durumda tehdit ve cebrin iç içe geçtiği söylenebilir. Ancak o anki durumda yükümlülüklerini zaten yerine getirmediği için; sadece geleceğe yönelik olmadığı için burada ihmal suretiyle cebrin uygulandığını savunmaktayız.

Vis compulsiva halinde CMK 223/3 b bendi uyarınca, ön plandaki kişinin kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.²⁹⁹

Ancak *vis absoluta* ve *vis compulsiva* arasındaki fark haksız sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. *Vis absoluta* halinde arka plandaki kişi dolaylı fail değil; doğrudan fail olacağından isnat yeteneği olmayan kimselere mutlak cebir uygulanarak suç işletilmesi halinde 37/2 uyarınca cezası ağırlaştırılmayacaktır. Ancak *vis compulsiva* halinde dolaylı faillik hükümleri uygulanacağından ön plandaki kişinin isnat yeteneği olmaması halinde dolaylı failin cezası 37/2 uyarınca artırılacaktır.³⁰⁰ Her iki halde de asıl suçun işlenmesine verilecek ceza dışında, özel hükümlere göre cebirden dolayı sorumluluk hükümleri saklıdır.³⁰¹

Hem *vis absoluta* hem de *vis complusiva* halinde kişi üzerinde uygulanacak cebirle ön plandaki kişiye icraen yahut ihmalen suç işletilebilir.³⁰² Kolunu tutarak sahte evraka imza attırılması halinde icraen, kızı boğulmakta olan babanın kızını

²⁹⁹ ÜNVER/HAKERİ, s.280-283; GÜLŞEN, s.140

³⁰⁰ GÜLŞEN, s.140

³⁰¹ DÖNMEZER/ERMAN, II, s.314, SOYASLAN, s.458.

³⁰² GÜLŞEN, s.146

kurtarmasını engellemek için babanın elinin kolunun bağlanması halinde ihmalen suç işletilmiştir.

Cebre maruz kalan kişinin iradesi ve davranışları başka bir kimse tarafından denetlendiği için cebir kullanan kimse, ön plandaki kişiye suç işletirse bu halde arka plandaki kişi suçun faili olarak sorumlu olur.³⁰³ Alman doktrininde ortaya çıkan kusurluluğun normatif anlayışına göre cebre maruz kalan kimse kusurlu değildir ve norma uygun davranması kendisinden beklenemez.³⁰⁴

Bir kişiye mutlak kuvvet³⁰⁵ kullanılarak suç işletilmesi halinde burada dolaylı faillik değil; doğrudan faillik söz konusu olacaktır. Çünkü mutlak kuvvet uygulanan kişinin hareketi ceza hukukuna göre hareket sayılmayacak ve ön plandaki kişi adeta bir cansız araç olacaktır.³⁰⁶ Fakat mutlak kuvvete değil de cebre maruz kalan kişinin zorlanmış da olsa iradesi vardır ve hareketi ceza hukuku sınırları içindedir.³⁰⁷ Araç kişiye cebir yahut tehdit uygulayıp, suç işlemesini sağlayan kişi, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.³⁰⁸

Doktrinde, arkadaki şahsın cebir yahut tehditle hakimiyet kuracağı ve öndeki şahıs için zorunluluk halinin şartları oluşmak kaydıyla öndeki şahsın ceza sorumluluğundan kurtulacağı ve arka plandaki şahıs için dolaylı failliğin

³⁰³ ÖZGENÇ İzzet, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, YD, C.25,S.1-2,1999, s.75; SOKULLU AKINCI Füsün, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.103,

³⁰⁴ HAFIZOĞULLARI Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış, Polis Dergisi, S.44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s.82

³⁰⁵ SÖZÜER, s.125 vd.

³⁰⁶ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.225

³⁰⁷ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.225

³⁰⁸ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.513

gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Arkadaki şahıs suçun icrasını göze alarak öndeki kişiyi sorumluluktan kurtarmakta ve sorumluluğu üzerine almaktadır.³⁰⁹

Burada tartışılacak husus arkadaki şahıs ne kadar kuvvet uygulandığında ön plandaki şahsın araç durumuna indirgeneceğidir

Burada da ikili ayrıma gidilerek vis absoluta ve vis compulsiva halinde ne kadar kuvvet uygulanırsa cebir sayılacağı yani arka plandaki kişinin sorumlu olacağı; ön plandaki kişinin olmayacağı belirlenmelidir. Vis absoluta halinde, fiziki zorlama şeklinde failin kaçınamayacağı veya karşı koyamayacağı, seçme imkanının olmadığı ve failin iradesinin mutlak olarak zorlandığı, ön plandaki kişinin bir araç konumuna düştüğü bir durum olmalıdır.³¹⁰ Arka plandaki kişinin suçtan sorumlu olabilmesi için, işletilen suç ve uygulanan cebir arasında illiyet bağının bulunması gerekir.³¹¹ Kişinin karşı koyma, kaçma yahut yardım çağırma imkanı bulunduğu anda uygulanan kuvvet visabsoluta sayılmaz. Örneğin bir kimseye tokat atılarak suç işlemesini istemek halinde vis absoluta oluşmamıştır.³¹²

TCK. m.28 uyarınca karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir olması gerektiğinden vis compulsiva halinde de bu şart aranır. Ancak bu halde kişinin kukla durumuna düşmesine gerek yoktur, kişiyi döverek suç işlemeye zorlamak buna örnektir. Maddi cebir veya yapılan mukavemetini kırmaya büyük ölçüde yeterli ve elverişli olmalıdır.³¹³ Maddi cebrin mutlaka yaralama derecesine ulaşması gerekli

³⁰⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.441

³¹⁰ GÜLŞEN, s.141

³¹¹ GÜLŞEN, s.141

³¹² GÜLŞEN, s.142

³¹³ KOCA, Yağma, s.153

değildir.³¹⁴ Maddi cebir bir kimsenin narkozla etkisiz hale getirilmesinden öldürülmesine³¹⁵ kadar değişik şekillerde tezahür edebilir.³¹⁶ Ayrıca maddi cebrin araç üzerinde herhangi bir iz bırakmış olmasına gerek yoktur. Bize göre cebrin suç işletmek için yeterli dereceye ulaşmış ve ön plandaki kişiyi sorumluluktan kurtarıp kurtarmayacağı hem objektif açıdan hareketin niteliğine bakarak; hem de sübjektif açıdan araç kimsenin özellikleri göz önünde bulundurularak karar verilmelidir.³¹⁷ Bu halde kişinin mukavemeti kırılmış ve arka plandaki kimsenin boyunduruğu altına girmişse, yani fiil egemenliği arka plandaki kişiye geçmişse bu halde ön plandaki kişi sorumluluktan kurtulur ve arka plandaki kişi fail sayılır.

Her irade etkileşimi irade hürriyetinin kaybedilmesi anlamına gelmemelidir. Şeriklik halinde de irade etkileşimi söz konusudur ancak irade hürriyetinin kaybedilmemiştir. Ancak nihai kararı verecek olan arka plandaki şahıs ise araç üzerinde irade hakimiyeti kurulmuştur ve ön plandaki kişi irade serbestesini yitirmiştir.³¹⁸

İrade hakimiyetinin olup olmadığı *Roxin*'e göre sadece tabii bilimlere, psikolojik verilere göre belirlenemez. Bu veriler de elbette önemlidir ancak bu veriler normatif değerlendirmeden yoksun olursa, kendi başlarına irade hakimiyetinin olup olmadığını belirlemeye yetmez.³¹⁹ Sorumluluk prensibine göre, arka plandaki kişinin yönlendirdiği kişi üzerinde hakimiyet kurup kurmadığı yani dolaylı fail olup

³¹⁴ CİHAN Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.66

³¹⁵ Elbette ki, cesedin suç işlemede kullanılması halinde cesedin hareketi ceza hukuku anlamında hareket sayılmayacağından vis absoluta söz konusu olacaktır

³¹⁶ KOCA, Yağma, s.154

³¹⁷ KOCA, Yağma, s.155

³¹⁸ ROXIN, Tatarschaft, 144

³¹⁹ ROXIN, Tatarschaft, 146

olmadığı ön plandaki kişinin, kanun tarafından sorumlu tutulamadığı hallerde mümkündür.³²⁰ Ancak bu noktada ön plandaki kişinin taksirli sorumluluğu halinde de dolaylı faillik olabileceğini söylemek gerekir.

Fiil hakimiyetinin normatif oluşu, ön plandaki şahıs üzerinde hakimiyet kurulmasını sağlayan yoğunluk noktasının hukuk normlarıyla belirlenmesidir.³²¹

Ancak doktrinde bazı yazarlara göre, cebir yahut tehdit ön plandaki kişinin sorumluluğunu giderecek düzeyde olmasa bile, şeriklik değil, failin arkasındaki fail durumu söz konusudur.³²²

Fakat bu görüş eleştirilmiştir. Bir hareket hem sorumluluğu gerektirecek kadar serbest, hem de bir başkası tarafından hakim olunacak kadar irade dışı olamaz. Bu nedenle cebir ya da tehdidin ağırlığı belli dereceye ulaşmamışsa arka plandaki şahıs dolaylı fail değil azmettiren olacaktır.³²³

Vis compulsiva halinde cebrin yöneldiği değer ve cebir sonucu işlenen suçla ihlal edilen değer arasında orantılılık olmalıdır.³²⁴ Aksi takdirde, cebir etkisiyle suç işleyen kişi de cezalandırılmaktan kurtulamaz.³²⁵

Ayrıca maddi cebir kişinin sebebiyet vermediği bir sebepten ileri gelmelidir.³²⁶ Örneğin, demiryolu bekçisinin beklenen sinyalizasyonu yapmamak

³²⁰ ROXIN, Taterschaft, 147.609, aynı yazar LK(10) Par.25n.49

³²¹ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.229

³²² SCHROEDER, 196, 197

³²³ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.230

³²⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s.285 Doktrinde TCK m.28'de böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi haklı olarak eleştirilmiştir. ÜNVER, "YTCK'da Kusurluluk", s.62

³²⁵ GÜLŞEN, s.145

³²⁶ EREM, s.424

için bir başka kişiye kendini bağlatması halinde, kendi kendine fiziki zorlama dolayısıyla *actio libera in causa* ilkesi gereği bu kişi cezalandırılacaktır.³²⁷

Üzerindeki cebir kalktığı halde kişi suç işlemeye devam ediyorsa, bu halde kişi kastından yahut taksirinden sorumlu olur.³²⁸ Örneğin, bebeğini doyumaması için odaya hapsedilen annenin durumunda mutlak cebir vardır ve arka plandaki kişi sorumludur. Ancak odanın kapısı açılmasına rağmen, anne çocuğu ihmal edip çocuğun ölümüne neden olmuşsa ihmalen adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır.

e. Tehdit Yoluyla Kişi Üzerinde Hakimiyet Kurarak Dolaylı Faillik

TCK m.28’de öngörülen tehdit (*vis compulsiva*), bir kötülük tehdidi ile korku uyandırarak tehditten başka türlü kurtulamayacağı şekilde kişinin bir suç işlemeye sevk edilmesidir.³²⁹ Gerçekten de kendisine yahut yakınlarının tehlikede olduğunu düşünen kimse, henüz gerçekleşmemiş fakat ileride meydana gelebilecek bir zarardan kurtulmak için suç işlemek zorunda kalmaktadır.³³⁰

Türk Hukukunda tehdit kavramı, İtalyan öğretisinin de etkisiyle, kişinin iradesi üzerindeki etkisinden dolayı manevi cebir olarak ifade edilmektedir.³³¹ Maddi cebirde kişinin üzerinde gözle görülebilir maddi bir zarar meydana gelmişken; manevi cebirde henüz zarar meydana gelmemiştir; zarar görme tehlikesi vardır.

³²⁷ ÜNVER, Sebebinde Serbest Hareketler, s.812 vd.

³²⁸ KEYMAN Selâhattin, Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHFD, C.4, S. 1-4, 1988, s.142

³²⁹ GÜLŞEN, s.155

³³⁰ GÜLŞEN, s.155

³³¹ ÖZGENÇ, Ceza Genel, 2009, s.377,

Manevi cebir halinde ön plandaki kişi iki seçenek arasında sınırlı kalmaktadır ya suç işleyecektir ya da tehditin gerçekleştirilmesi korkusunu yaşayacaktır.³³² Bu durumda kişinin kısıtlanmış da olsa seçme imkanı vardır ve bu nedenle manevi cebir mutlak kuvvet (*vis absoluta*) değil; zorlayıcı kuvvet (*vis compulsiva*)tir.³³³

Şiddet ve cebir gibi, korkutma ve tehdit kavramları da aynı başlık altında düzenlenmiştir. Doktrinde bu ayrımların ne olduğuna dair farklı cevaplar verilmiştir. Bazı yazarlara göre, her tehdit korkutma barındırır ve bu nedenle aralarında bir fark bulunmamaktadır.³³⁴ Bu nedenle her tehdit korkutma yaratığından korkutma ve tehdit aynı anlamda kullanılabilir.³³⁵ Bir diğer görüşe göre ise tehditte zarar tehlikesinin geleceğe yönelik olduğu, korkutmada ise tehlikenin halen mevcut olduğu kabul edilir.³³⁶ Tehdidin şarta bağlı olduğunu düşünenler de vardır.³³⁷ Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Her zaman isteğini yaptırmak için değil; karşıdaki kişiye kin ve nefretini kusmak için de tehdit edilebilir.³³⁸

Bize göre de, korkutma geleceğe ilişkin olmayabilir; o anlık kişi korkutulmuş ve bitmiştir. Örneğin, palyaçolardan hiç hoşlanmadığını söyleyen bir kimsenin kapısına palyaço maskesi yapıştırılması halinde bu bir korkutmadır, ancak geleceğe ilişkin bir tehdit olarak düşünülmeyebilir, yani her korkutma tehditi barındırmaz.

³³² KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.76

³³³ GÜLŞEN s.133.

³³⁴ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.408

³³⁵ HAKERİ, Genel Hükümler, s.425.

³³⁶ DÖNMEZER,ERMAN,s.340, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.Basım, Ankara, s.165, DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.baskı, Ankara,2014, s.428;ÖZBEK ve diğerleri, s.430

³³⁷ KOPARAN M.Reşat, TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, TBB Dergisi, S: 64, 2006, s.350;;

³³⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.60

Tehdidin cebirden farkı, muhatap üzerindeki zorlamanın, bedensel tesir eden zorlama ile değil, gelecekte bildirilen manevi bir zorlamayla oluşturulmasıdır.³³⁹ Ancak sık sık cebrin uygulanması, onun sürdürüleceği veya tekrarlanacağı şeklinde zımni bir tehdit niteliğinde de olabilir.³⁴⁰

Tehditte yapılacak kötülüğün arka plandaki kişinin elinde olması onu uyarıdan ayırır.³⁴¹ Ancak sahne arkasındaki kişi, ön plandaki kimseyi suç işletmek amacıyla uyarmışsa, meşru müdafaa'nın ya da zorunluluk halinin koşullarında hataya düşürerek ön plandaki kişiyi araç olarak kullanmış olabilir.

Tehdit ve teklif arasındaki farkın da ortaya konması gerekmektedir. Zorlama içeren önermeler yahut davranışlar tehdit kapsamında değerlendirilirken; kişinin iradesini çıkmaza sokmayan, karar alma özgürlüğünün kısıtlanmadığı durumlar teklif olarak değerlendirilmelidir.³⁴²

Kanonik hukuk sisteminde tehditle kişinin suç işlemesi halinde zorlanmış da olsa bir iradesinin ve kusurunun olduğu kabul edilir; bu nedenle arkadaki kişiden az da olsa yine de cezalandırılırdı.³⁴³ Günümüzde ise birçok ülkede tehdit nedeniyle suç işleyen kimsenin cezalandırılmaması yoluna gidilmektedir.³⁴⁴ Türk doktrininde ise TCK'nın 28. Maddesinde düzenlemeye gidilmeden önce de, tehditi kullanan

³³⁹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı, s.407

³⁴⁰ KOCA, Yağma, s.167

³⁴¹ KOCA, Yağma.,s.165

³⁴² KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.77

³⁴³ GÜLŞEN, s.156

³⁴⁴ GÜLŞEN,s.157,158

kimsenin sorumlu olması yolunda bir hüküm olmamasına rağmen, farklı düşünmek için bir neden olmadığı belirtilmekteydi.³⁴⁵

Tehdidin, zaruret hali olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunanların yanı sıra³⁴⁶; bizim de katıldığımız görüşe göre tehdit halinde hareket kişiye bağlansa da, iradenin oluşumu sakatlandığı için tehdit sadece kusurluluğu etkileyen bir haldir.³⁴⁷ Zorunluluk halinde zararın ortaya çıkması, kişinin o anki hareketine bağlıyken ve çoğunlukla arka planda kimse yokken, ikili bir yapı varken; tehdit halinde zararın ortaya çıkması arka plandaki kişinin hareketine bağlıdır; üçlü bir yapı söz konusudur. Nitekim CMK (m.223/3 b bendi) ya göre, suçun tehdit etkisiyle işlenmesi halinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir.³⁴⁸

Tehdidin, tehdit edilen kişinin sorumluluğunu kaldırabilmesi ve sorumluluğun arka plandaki kişiye yüklenebilmesi için tehdidin olması ve bunun karşı tarafa iletilmiş olması gerekir.³⁴⁹ Tehdit, doğrudan yahut dolaylı olabileceği gibi sözle, işaretle yahut jestlerle olabilir.³⁵⁰ Örneğin, evlerin kapısına kırmızı boyayla çarpı işaretleri koymak yahut kurukafa göndermek tehdit sayılır.

Eğer tehdit yoksa ve kişi tehdit edildiğini zannediyorsa bu halde TCK m.30/3 gereğince kaçınılmayacak bir hataya içindeyse ve bu yüzden suç işlemişse kişi hatasından yararlanır ve ceza sorumluluğu olmaz. Ancak tehdidin kuruntu yahut

³⁴⁵TOROSLU Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, AÜHF Yayınları, No:234, 1968 s.91; ARTUK Mehmet Emin, “Suç Genel Teorisi” iç. Ceza Hukuku El Kitabı 1. Bası, İstanbul, 1989, s.238.

³⁴⁶ GÜLŞEN, s.158

³⁴⁷ARTUK, Suç Genel teorisi, s.237; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Özel, s.61; DEMİRBAŞ, s.427,428, HAFIZOĞULLARI, Kusurluluk, s.81, ÖNDER, Ceza, s.343, ÖZTÜRK/ERDEM, s283-285

³⁴⁸ GÜLŞEN, s.159

³⁴⁹ GÜLŞEN, s.160

³⁵⁰ GÜLŞEN, s.160

hayal olması halinde ancak yine de bu yüzden suç işlenmesi halinde kişi sorumluluktan kurtulamayacaktır.³⁵¹

Tehdit haksız olmalıdır.³⁵² Bu halde; bir kimsenin haklı olarak şikayette bulunacağını söylemesi tehdit kapsamında değerlendirilmez.³⁵³ Ancak bu durum, şantaj kapsamında değerlendirilebilir; şantaj ise TCK m.28 kapsamında açıkça düzenlenmemiş olsa da; korkutma kapsamında değerlendirilebilir.

Tehditin ağır ve muhakkak olması gerekir. TCK'nın 28. Maddesinde tehditin yöneldiği değer konusunda bir açıklamada bulunulmaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.³⁵⁴ Doktrinde kendisine yahut bir yakınının hayatına ve beden bütünlüğüne karşı yapılan tehditler ağır olarak kabul edilirken³⁵⁵; basit tehditler cezasızlık kapsamında değerlendirilmez.³⁵⁶ Muhakkaklık ise tehditin çok kuvvetli bir olasılık dahilinde gerçekleşebileceğini ifade etmektedir.³⁵⁷ Ancak burada önemli olan nokta, tehditte bulunan arka plandaki şahsın kötülüğü yapıp yapamayacağı yahut bunu isteyip istemediğinin önemsiz olmasıdır. Burada önemli olan yalnızca, tehditin objektif olarak ciddiye alınması gerektiğidir.³⁵⁸ Bu bakımından araç kimsenin boş olduğunu bilmediği boş bir silahla bile tehditi mümkündür.³⁵⁹

Doktrinde, tehditin konusu ile kişinin tehditi savuşturmak için işlediği suçla ihlal edilen değer arasında orantı olması gerektiği kabul edilmiştir. Bu halde tehditin

³⁵¹ GÜLŞEN, s.160

³⁵² ÖZTÜRK/ERDEM, s.284

³⁵³ ÖNDER, Ceza, s.161,

³⁵⁴ ÜNVER, Kusurluluk, s.67.

³⁵⁵ GÜLŞEN, s.161

³⁵⁶ TOROSLU, Zaruret Hali, s.91,

³⁵⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.85

³⁵⁸ ÇINAR Ali Rıza, Tehdit Suçu Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.64.; SÖZÜER, s.138.

³⁵⁹ KOCA, Yagma, s.172

yöneldiği hukuki değerin, ihlal edilen değerden ya daha üstün ya da en azından eşit olması gerekir.³⁶⁰ Bu durumda hafif bir zarardan kaçmak isteyen, örneğin malına zarar verileceği tehdidiyle karşı karşıya kalan kişinin, ağır bir suç örneğin, cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde, tehdit edilen kişi sorumluluktan kaçamayacaktır. Ancak ön plandaki kişi için takdiri hafifletici neden uygulanabilir.³⁶¹

Yargıtay CGK 25.03.2003 tarihinde verdiği bir kararda; *‘Fail bu tehdit ile mağdur üzerinde istediği doğrultuda etki yaparak arzuladığı bir kararı vermesini sağlamak istemektedir. Böylece tehdit eden (fail) tehdit edileni (mağdur) bir seçenek karşısında bırakmaktadır. Mağdur kaldığı muhtemel iki zarar karşısında, kendisi bakımından daha az zarar oluşturacak olan seçeneği benimseyecektir. İşte bu durumda daha az zararlı durumu seçerek, failin isteğini gerçekleştirmiş olan mağdur üzerinde manevi cebir (tehdit) kullanmış olmaktadır.’*³⁶² Yargıtay bu kararında tehdit edilenin menfaatler çatışması dolayısıyla, kendince daha az zarar oluşturacak seçeneği sunmak zorunda kaldığını belirtmiştir.

Menfaatler arasında orantıya gidilmemesi şart koşulmamış olsaydı, ön plandaki tehdit edilen kişi kendisine daha az zarar verecek olmasına rağmen, daha büyük bir zarara yol açarak arka plandaki kişinin isteğini yapabilirdi, örneğin kendisini ekonomik bir zarara uğratacağından bahisle tehdit edilen kişi birini öldürebilirdi. Bu şartın getirilmiş olmasının altında yatan sebep, insanların ancak kendisinin ve yakınlarının hayatı yahut vücut bütünlüğü tehlikede olduğu zaman

³⁶⁰ ÖZGENÇ, Tasarıdaki İştirake İlişkin Hükümlerin..., s.75.

³⁶¹ ARTUK, Suç Genel Teorisi, s.238,

³⁶² YCGK, E.2002/5-324, K.2003/55, T.25.03.2003

içgüdülerinin devreye girerek aslında her ne kadar seçme şansları var gibi görünse de, yaptıkları fiilin zorunluluktan yapıldığı düşüncesi yatar. Aksi takdirde yani menfaatler arasında oran aranmayarak manevi cebrin kabul edilmesi, kurnaz suçlulara yardım etmek olacaktır.³⁶³ Ayrıca sonuç bakımından bir kimseye, daha az bir değer sebebiyle zarar verilmiş olacaktır.

Tehdit edilen kimsenin sorumluluktan kurulabilmesi için, tehditle işlenmesi istenen suçu işlemekten başka kaçış yolu olmamalıdır.³⁶⁴ Mağdur polise veya başka bir yetkili otoriteye başvurabilseydi tehdit sebebiyle suçun işlendiği varsayılabilir midir? Bu halde somut duruma göre değerlendirme yapmak gerekir. Kişinin yaşı, fiziksel durumu, ruhsal hali gibi sübjektif özelliklerin ve olayın somut özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekir.³⁶⁵ Manevi cebirde aslında her halükarda kişinin seçeneği vardır; başına gelecek kötülüğe katlanır ve suç işlemekten kaçınabilir. Ancak burada bahsedilen seçeneksizlik, kaçış yolunun fiziki olarak olması değil; o kişiden beklenip beklenmemesiyle ilgilidir, mevcut seçenekleri yapmak ön plandaki kişiden beklenemiyorsa bu takdirde kaçış yolu yoktur deriz.³⁶⁶ Ceza hukuku kimseden kahramanlık beklemez ve kusurluluğu kaldıran nedenlerin temel amacı da budur.³⁶⁷ Örneğin, tehdit eden kişi polise haber verilirse kaçırılan kişiyi öldüreceğini söylüyorsa bu halde araç kimsenin kolluğa başvurmaktan kaçınması halinde, kişiden başka türlü davranması beklenmediğinden sorumluluktan kurtulabileceğini düşünüyoruz. Ancak, başka kaçış yolu olmasına rağmen, diğer bir deyişle başka türlü

³⁶³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.93

³⁶⁴ GÜLŞEN, s.162

³⁶⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.84,99

³⁶⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.99

³⁶⁷ KEÇELİOĞLU Elvan, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s.317.

davranması mümkünken, suç işlemişse, bu halde ön plandaki kişi sorumlu olacaktır ve durum iştirak esaslarına göre çözülecektir.

Tartışılması gereken bir diğer nokta, ceza sorumluluğunu kaldıran tehdit halinde aynı zamanda kişiye suç işlettirme kastının aranıp aranmayacağıdır. Fidyeyi getirmezse, kızının öldürüleceği söylenen baba, fidyeyi getirebilmek için banka soyarsa TCK m.28 kapsamında mı değerlendirilecektir? Bu durumda kişi tehditle suç işlemeye doğrudan zorlanmadığı için TCK m.28 kapsamına gireceğini düşünmüyoruz.³⁶⁸ Burada diğer şartlar gerçekleşmişse kişiyi zorunluluk haline soktuğu için suç işletildiği düşünülebilir.

Cebirde olduğu gibi, tehdit edilen kişi, tehdite kendi isteğiyle sebebiyet vermemelidir, eğer vermişse tehdit edilen sorumluluktan kurtulmayacaktır

Tehdit eden kişinin isnat yeteneğine sahip olması gerekip gerekmediği tartışılmalıdır. Tehdit edenin isnat yeteneğinin olması gerektiğini aksi halde zorunluluk halinin koşullarının oluştuğunu savunanlara karşı³⁶⁹, bizim de katıldığımız görüş, isnat yeteneği olmayanların hareketlerinin de ceza hukuku bakımından fiil olduğu ve ayrıca kasten hareket edebilecekleri düşüncesiyle isnat yeteneği olmayanlar da bir kimseye tehditle suç işletebileceklerdir. Ancak bu halde isnat yeteneği olmayanlar cezaya değil; güvenlik tedbirine muhatap olacaklardır.³⁷⁰

Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünde bulunan kişilerin, tehdit altında dahi kanunun suç saydığı fiili yapıp yapamayacakları tartışılmalıdır. Tehdit zorunluluk

³⁶⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.88,89

³⁶⁹ GÜLŞEN, s.175

³⁷⁰ GÜLŞEN, s.175

halinin ilk aşaması gibi düşünülürse zorunluluk haline katlanma yükümlülüğü bulunan kişiler tehdide de katlanmalıdır. Bu durumda katlanma yükümlülüğü olan kimseler kanunun suç saydığı fiili tehdit altında işlerlerse, sorumluluktan kurtulmayacaklardır.³⁷¹

Ancak önemle belirtmek gerekir ki; tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü altında bulunan kişilerin koşulsuz her tehlikeye göğüs germesi beklenmemelidir .Yargıtay da katıldığımız bir kararına göre; asker sanık, komutanının sicilini bozacağı ve uzak karakola sürüleceği tehditleri altında teröristin cesedi üzerinden çıkan tabancayı mal edinme maksadıyla doğru tutanağı yok etmesi ve sahte tutanağı imzalaması sonucu tehditlerin somut olayın koşullarına göre ciddi ve endişe verici boyutlarda olduğunun kabulü ile, askerin mal edinme ilişkisi içerisinde olmadığı ve tehdidin ortadan kalkmasından sonra adli mercilere ihbar ettiği anlaşıldığından, sanık hakkında suçun manevi unsuru olan kast ögesinin oluşmadığına karar vermiştir.³⁷²

Tehdit altında işlenen suçlarda ceza sorumluluğunun olmadığı kabul edildiği an, tehdidin olduğu zamanla sınırlıdır. Tehdit ortadan kalkmasına rağmen suç işlenmeye devam ediliyorsa kişi sorumluluktan kurtulmaz.³⁷³Bu aslında tehdidin muhakkaklığıyla ilgilidir.³⁷⁴Örneğin, tehdit nedeniyle bir kimseyi odaya kilitleyen kişi, tehdit kalktıktan sonra mağduru serbest bırakmıyorsa hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili olur.

³⁷¹ GÜLŞEN, s.165

³⁷² Y.5. CD. 01.07.1998, 1757/2832 ,GÜLŞEN, S.169

³⁷³ İÇEL, Suçların İçtimai, s.243-244

³⁷⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.97

Aynı zamanda tehdit edilen kişinin ceza sorumluluğunun olmaması tehdit edilen fiille sınırlıdır.³⁷⁵ Bu halde tehdit sonucu birini öldüren araç kimse, üzerinde bir tehdit olmamasına rağmen ölüyü gidip okulun bahçesine gömerse, adam öldürme açısından kusurlu sayılmayacaktır fakat usulsüz ölü gömülmesi suçu bakımından kusurlu sayılıp, ceza sorumluluğu doğacaktır.

f. Organize Suç Örgütlerinin Gücünden Yararlanma Yoluyla

Dolaylı Faillik

Almanya Federal Yüksek Mahkemesi, *Stachynskij* davasında Almanya’da bir ajanı suçtan sorumlu tutmayarak ona Moskova’dan emir veren kişiyi iktidar aygıtları üzerindeki hakimiyetleri nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulmuştur.³⁷⁶

Örgüt suçları açısından konumuzla ilgili yürütülen tartışma örgüt başının her durumda fail olup olamayacağı; fail olaksa dolaylı fail olup olmayacağı ve onun dolaylı fail olmasına bağlı olarak astlarının araç konumuna düşüp düşmeyeceğidir.

Bir görüşe göre,örgüte dahil olan kişi emir-komuta zinciri içerisinde araç konumuna indirgenmektedir.Masa başı fail olarak da adlandırılan örgüt başı, kendi gücü altındaki örgüt üyelerini sorgusuz sualsiz kendi emrine amade etmektedir. Bu durumda sorumluluk tamamıyla dolaylı faildedir ve bu kişide arka planda emirleri veren kimsedir.³⁷⁷ Kişi örgüte dahil olmakla beraber soyut bir araç konumuna indirilmiş olabilir. Bu durumda örgütün işleyişini hakimiyet altında tutanlar dolaylı fail konumundadır. Bu kişilerin örgüt üzerinde kurdukları hakimiyet nedeniyle

³⁷⁵ GÜLŞEN, s.168

³⁷⁶ HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Vasıtasıyla Tarihle Hesaplaşma-Almanya Örneği, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s.917, 918

³⁷⁷ KOCA, Yağma, s.439

üyelerin her zaman özgür iradeyle hareket ettiklerini söylemek mümkün olmayabilir.³⁷⁸

Nitekim Yargıtay, küçük yaştaki sanığın, örgüte giyecek toplamasının, örgüt elemanlarının tehdidine bağlı olması dolayısıyla, kastından söz edilemeyeceğini belirtmiştir.³⁷⁹ Yargıtay bir başka kararında, 75 yaşındaki sanığın, evine silah ve bombalarıyla gelen örgüt mensuplarına bir kez yemek vermesi halinde, durumu kolluk görevlilerine duyurmamasını korkudan ileri gelebileceği gerekçesiyle sorumlu tutulmaması gerektiğine hükmetmiştir.³⁸⁰

Ancak organize suçlardaki dolaylı faillik, bu suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlar için otomatik olarak geçerli değildir. Araç kimsenin örgüt faaliyetinde bir çarkın dişlisi konumuna geldiği; ancak o olmasa bile bir başka kişiyle ikame edilebileceği durumlarda arka plandaki kişi dolaylı fail olmaktadır. Ancak örgüt başının verdiği emir otomatik olarak yerine getirilemiyorsa ve suçun işlenişinde görevlendirilen kişi her zaman ikame edilemiyorsa, örgüt başı, dolaylı fail olarak değil azmettiren yahut şerik olarak sorumlu tutulacaktır.³⁸¹ Burada belirleyici nokta ikame edilebilirlik prensibidir.³⁸²

Ancak TCK'nın 220. maddesinde ikame edilebilirlikle fiili hakimiyet şartı aranmaksızın örgüt yöneticilerini örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm

³⁷⁸ ÖZGENÇ İzzet, Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. DR. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C:LV, 1997, S:3, s.56

³⁷⁹ Y. 9. CD. 28.05.1995, 2083/2788 (Parlar/Yıldırım, s.319),akt. GÜLŞEN, s.172

³⁸⁰ Y. 9. CD.14.10.1997, 2538/5208 (Parlar/Yıldırım, s.320). akt. GÜLŞEN, s.172

³⁸¹ İSFEN OSMAN, Yeni TCK'da Organize Hakimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı,(TCK M.220/5),HPD,2006/7, s.54 vd.

³⁸² ÜZÜLMEZ İlhan, "Dolaylı Faillik (TCK 37/2)", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: I, Sayı: 2, Kayseri 2006.

suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutmuştur. Ancak bu madde Anayasada ve TCK'nın 20. Maddesinde yer alan ceza sorumluluğun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu düşüncesiyle eleştirilmiştir.³⁸³ Her ne kadar madde gerekçesinde örgüt yöneticisinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesi ikame edilebilirlik prensibi çerçevesinde fiile hakim olma şartına bağlanmış olsa da³⁸⁴; kanun metninde bu şart aranmadığından, sadece gerekçe bağlayıcı değildir.

Bize göre, ikame edilebilirlik prensibinden daha ziyade örgütlü suçlulukta genel kuraldan sapmaya gerek yoktur. Ön plandaki kişinin fiilleri hukuka uygunluk sebebi yahut kusurluluğu etkileyen bir hal nedeniyle cezalandırılmıyorsa, örneğin kişi zorunluluk hali içindeyse yahut tehdit, cebir veya hataya düşürme yoluyla araç konumuna indirgenmişse, ön plandaki kişinin ceza sorumluluğu olmaz ve arka plandaki kişi, bu kimseler üzerinde hakimiyet kurmuşsa dolaylı fail olarak, aracın yaptığı fiillerden sorumlu olur.

Terörün finansmanı suçu açısından değerlendirildiğinde; kişiden, cebir yahut tehditle finansman sağlanması, halinde, araç konumunda olan kişinin ceza sorumluluğu olmayacaktır.³⁸⁵³⁸⁶ Arka plandaki kişi hem organize suçluluk kapsamında işlediği fiilden hem de ön plandaki kişinin mağdur olmasına yol açacak fiilleri ceza kanunu bakımından tipikse bundan dolayı sorumlu olur.

³⁸³KOCA/ÜZÜLMEZ, s.440

³⁸⁴İSFEN, s.157,

³⁸⁵YENİDÜNYA A. Caner; DEĞİRMENCİ Olgun; Mukayesli Hukukta ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu'', Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.I, Ankara, 2008

³⁸⁶''Sanığın, hayvanları otlattığı bölgeye silahlı örgüt mensuplarının tehdit ve zorlamaları sonucu örgüte yardım ettiği şeklindeki savunmasına göre, suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmamıştır.''(Y.9.CD, 4.7.2002,E.2002/1524, K.2002/1686); ''geceleyin köydeki evine gelen yasadışı PKK örgütünün silahlı üç üyesini, örgütün baskısı altında kalarak kendisi ve ailesini korumak için evinde barındıran, arandığını duyunca da gelip kendiliğinden teslim olan sanığa yüklenen silahlı çete üyelerine yardım ve yataklık suçunun manevi unsuru oluşmamıştır. (Y.CGK,23.11.1999, 9/257-285)

Son zamanlarda organize suçlulukta en sık rastlanan yollardan, iletişim araçlarıyla, tehdit yahut hipnoz ederek terörün finansmanı suçunun işletilmesi halinde, tehdit edilen yahut hipnoz edilen kişi bu suçtan sorumlu olmazken; arka plandaki kişiler dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

6. DOLAYLI FAİLLİK VE KUSUR KAVRAMI

Dolaylı failliği düzenleyen TCK hükmünün 2.cümlesinde kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasının artırılacağı düzenlenmiştir.

Bu hükmü inceleyebilmek için kusur yeteneğine ilişkin tartışmalara değinmek gerekir.

Doktrinde kusur yeteneğini kusurluluğun bir ön şartı kabul edenlerin yanı sıra isnat yeteneğinin kusurluluktan ayrı olduğunu düşünenler vardır.

Kusur yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak kabul edenler, kusur yeteneğine sahip olmayan küçük ve akıl hastalarının, kusurun temel şekli olan kasten hareket edemeyeceğini bu nedenle kınanabilir olmadıklarını savunurken³⁸⁷; isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak değil de; failin bir niteliği olarak kabul edenler isnat yeteneğine sahip olmayan küçüklerin yahut akıl hastalarının da pekala kasten hareket edebileceklerini, ancak kendilerine ceza değil güvenlik tedbiri uygulanması gerektiğini savunurlar.³⁸⁸

³⁸⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.2 , Onuncu Bası, s.143-150; SOKULLU-AKINCI, s.104; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s.337-427

³⁸⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.269-272; TOROSLU/TOROSLU, s.399; ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989, s. 78,79; ÜNVER, Sebebinde Serbest Hareketler, s.867; GÜNGÖR, s.45

Her ne kadar kanunda akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü kusurluluğu kaldıran yahut azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmeyip; genel bir başlık olan cezayı kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlense de; kanun koyucu dolaylı faillğe ilişkin 37.maddenin ikinci fıkrasında, kusur yeteneği olmayanların araç olarak kullanılmasını ağırlaştırıcı bir neden olarak öngördüğünden kanunun, kusur yeteneğini kusurluluğun bir ön şartı olarak gördüğünü söyleyebiliriz. Kanun koyucu kullandığı terminoloji itibariyle isnat yeteneği kavramını değil kusur yeteneği kavramını kullanmıştır.

Ancak kusur yeteneğini kusurluluğun bir ön şartı sayarsak; kusur yeteneği olmayan akıl hastası yahut küçüğün hataya düşürülüp düşürülmediği yahut tehdit cebire uğrayıp uğramadığı araştırılmayacak, baştan itibaren ön plandaki araç kişi kusursuz sayılacaktır.³⁸⁹ Bu nedenle hata, cebir tehdit hükümlerinin kişinin kusurluluğunu kaldırıp kaldırmadığının tartışılması ancak kusur yeteneği olan kimseler açısından mümkün olacaktır. Buna bağlı olarak; arka plandaki kişi ön plandaki kişinin kusur yeteneğinden bağımsız olarak kusur yeteneği olmayan akıl hastası yahut küçük üzerinde her halükarda fiili hakimiyet kurmuş olacaktır. Ön plandaki kişinin baştan itibaren kusurluluğu söz konusu olmadığından hata, cebir, tehditle kusurluluğun kaldırılmasına da mümkün değildir; bu halde küçük yahut akıl hastası bir kişiyi azmettirme ve araç olarak kullanma arasındaki ayrımın nasıl çizileceği belirsizdir.

Ayrıca, kusur yeteneğini, kanun koyucu gibi kusurluluğun ön şartı olarak kabul ettiğimizde ön plandaki kişiye güvenlik tedbiri uygulanması sorunu ortaya

³⁸⁹ ÜNVER, Kusurluluk, s.71

çıkmaktadır.³⁹⁰ Kusur yeteneğini kusurluluğun ön şartı kabul edersek, kusur yeteneğine sahip olmayanlar açısından kusurluluğu kaldıran yahut azaltan bir durumun araştırılması mümkün değildir; bu halde, aynı konumda olan fakat kusur yeteneği olan kimseye ceza verilmezken; kusur yeteneği olmayan kimseye güvenlik tedbiri uygulanması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Bu nedenle isnat yeteneğinin failin bir niteliği olarak kabul edilmesi gerekir; kusurluluğunun ortadan kalkması yahut azalması bakımından isnat yeteneği olanlar ve olmayanlar arasına bir ayrıma gidilmemelidir. Eğer kusur yeteneği kusurluluğun ön şartı gibi kabul edilecekse; her ne kadar baştan itibaren kusursuz kabul edilse bile güvenlik tedbiri uygulanması için Yargıtay'ın görüşünün aksine sadece suç isnadında bulunmuş olması yeterli olmamalıdır; kişinin tehlikeliliği de araştırılmalıdır; bu halde hataya düşürerek yahut cebir tehditle araç konumuna indirgenen kişinin suçluluğu gibi tehlikeliliği de söz konusu olmayacağından güvenlik tedbiri de uygulanmamalıdır.

Kanun her ne kadar kusur yeteneği olmayanların suçta araç olarak kullanılmasından bahsetmişse, burada kastedilen isnat yeteneğidir. Isnat yeteneği olmayan bir kimse de kusurlu yani kasıtlı ve taksirli davranabilir; isnat yeteneği suçun unsurlarına ilişkin olmadığı gibi kusurluluğun ön şartı da değildir. Isnat yeteneği, failin bir niteliği olup, cezaya mı güvenlik tedbirine mi maruz kalacağına ilişkindir.

Isnat yeteneğini incelemeye geçmeden önce, değinilmesi gereken nokta, bu maddenin uygulama alanı isnat yeteneği olmayan kişilerle suç işlenmesi değil; isnat

³⁹⁰ ÜNVER, Kusurluluk, s.71

yeteneği olmayan bir kimsenin araç olarak kullanılmasına ilişkindir. Bu nedenle arka plandaki kişi sırf öndeki kimsenin isnat yeteneğinin olmaması sebebiyle dolaylı fail olmaz, bu halde azmettirme yahut müşterek faillik hükümleri uygulama alanı bulabilir. Ancak ön plandaki kişinin isnat yeteneği yoksa, cezalandırılmaz, fakat bu onun kasten hareket ettiği gerçeğini etkilemez.

Ayırt edici nokta isnat yeteneği olmayan kimsenin araç olarak kullanılmasıdır. Burada dolaylı failliğin genel hükmünden ayrılmaya gerek yoktur arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu olabilmesi için isnat yeteneği olmayan kimseyi hataya düşürerek yahut cebir veya tehditle suç işletmiş olması ve üzerinde hakimiyet kurması gerekir.

Artırma nedeni isnat yeteneği olmayanların direnme gücü olmamasıdır.³⁹¹ Ancak doktrinde arka plandaki kişiyi fail olarak sorumlu tutmak ve bunun üzerine bir de artırım cihetine gidilmesi eleştirilmektedir.³⁹²

İsnat yeteneği olmayanlar arasında ayrıma gidilmediğinden ifadeden; akıl hastası, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizliği, geçici bir nedenle bilincini kaybedenleri anlıyoruz.³⁹³

0-12 yaş arasındaki çocukların isnat yeteneği olmadığı kabul edilir.

12-15 yaş arasındaki çocukların isnat yeteneğinin olmadığı kabul edilse de aksi ispatlanabilir.³⁹⁴

³⁹¹ MALKOÇ İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, Malkoç Yayınevi, Ankara 2003,s.296

³⁹² Türk Ceza Kanunu Reformu ‘‘Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu ‘‘C:2 TBB Yayınları, Ankara, 2004, s.347; İÇEL ve diğerleri, s.401; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.513;ÜNVER, Kusurluluk, s.74.

³⁹³ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN,s.413

15-18 yaş arasındaki çocukların isnat yeteneğinin oluşu kabul edilir; ancak olmadığı ispatlanabilir.

Sağır ve dilsizler için bu yaş aralıkları genişletilmiştir.³⁹⁵

0-15 yaş arası sağır ve dilsiz çocukların isnat yeteneği olmadığı kabul edilir.

15-18 yaş arası sağır ve dilsiz çocukların isnat yeteneği olmadığı kabul edilse de aksi ispatlanabilir.

18-21 yaş arası sağır ve dilsizlerin isnat yeteneklerinin olduğu kabul edilse de olmadığı ispatlanabilir.

Bir örnekle açıklamaya çalışırsak, 11 yaşındaki bir çocuğun başkalarıyla beraber hırsızlık suçunu işlemesi halinde – çocuğun kastını bertaraf edecek bir durum yoksa- çocukla beraber diğerleri hırsızlık suçunu iştiraken işlemiş sayılırlar; isnat yeteneği tam olanlar tam ceza alırken; çocuk ceza almayacaktır, kendisine güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

Diğer durum ise 11 yaşındaki çocuğun hataya düşürülerek cebir yahut tehditle suç işletilmesi halidir. Bu durumda iştirak ilişkisi değil, dolaylı faillik ilişkisi doğacaktır. Arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacak, çocuk suç işlememiş sayılacak ve sorumlu tutulmayacaktır.

Akıl hastalığının, kanunun isnat yeteneğine etkisini anlamak için kanunun 32. maddesine bakmak gerekir. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan yahut bu fiile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış

³⁹⁴ Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, 13 yaşındaki yeğenini yangın çıkartma suçunda vasıta olarak kullanan şahsın dolaylı fail olarak değil; azmettiren olarak sorumlu tutulacağını karara bağlamıştır. Mahkeme gerekçe olarak çocuğun işlediği fiilin ifade ettiği anlamı tam olmasa da yeterli ölçüde idrak edebileceğine kanaat getirmişleridir. ÖZGENÇ, Suça İştirakin... s.234,235

³⁹⁵ Kanunda sağır ve dilsizliğin doğuştan veya sonradan ortaya çıkması arasında ayrım yapılmaması eleştirilmiştir. ÜNVER, YTCK'da Kusurluluk, s.66

kişilerin üzerinde hakimiyet kurularak suç işletilmesi halinde dolaylı faillik söz konusu olur.

Akıl hastasının üzerinde hakimiyet kurulup kurulamayacağı ve araç konumuna indirgenip indirgenemeyeceği her fiil için ayrı ayrı değerlendirilir.

Tartışılması gereken nokta TCK' nın 32 maddesinin 2. fıkrasında yer alan fiile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye suç işletilmesi halinde ön plandaki kişinin isnat yeteneği tam olarak kalkmamış olması halidir. Bu durumda doktrinde ikili ayrıma gidilmiştir. Akıl hastasının isnat yeteneğindeki azalma, haksızlık bilincini idrak edememesine sebep oluyorsa bu durumda haksızlık yanılığısına benzer bir durum ortaya çıkar ve arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak sorumlu olur; ancak fiilin işlenişinden kendini alıkoymada zorluk yaşıyorsa bu takdirde arka plandaki kişi şerik sıfatıyla sorumlu olur.³⁹⁶

Ancak dolaylı fail olarak kabul edilebilmesi için ön plandaki kişinin isnat yeteneği olmaması dışında; arka plandakinin fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olması gerekir. Her somut olayda hakimiyetin kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi gerekir.

İsnat yeteneğini ölçüde azaltan yahut kaldıran geçici nedenlerin etkisi altında bulunan kişinin üzerinde hakimiyet kurularak suç işletilmesi halinde de dolaylı faillik uygulama alanı bulacaktır.

İsnat yeteneğini bozan ve suç işlemeye kullanan kişinin aynı kişiler olmasına gerek yoktur. Üçüncü kişi tarafından isnat yeteneği bozulan kişinin suç işlemekte

³⁹⁶ ROXIN, Taterschaft, s. 237,238

kullanılması halinde de dolaylı faillik söz konusudur.³⁹⁷ Psikolog tarafından tedavi amaçlı hipnoz edilmiş bir kimsenin adam öldürmede kullanılmasında, hipnotize edilmiş kişiyi kullanan kimse dolaylı fail olarak sorumlu olur.

Ancak isnat yeteneğini bozan ve suç işlenmesinde kullanan kişi, halihazırda isnat yeteneği geçici bir nedenle bozulmuş kişinin kullanılmasından farklı olarak isnat yeteneğini bozması özel hükümlerde düzenlenen bir suça vücut veriyorsa hem doğrudan fail olarak bu suçtan hem de dolaylı fail olarak geçici nedenle araç kimsenin isnat yeteneğini bozup, üzerinde hakimiyet kurarak işlettiği suçtan sorumlu olacaktır. Kanun, cebri suç olarak saysa da, ön plandaki kişinin isnat yeteneğini bozan davranışları tek bir hükümde suç olarak düzenlememiştir. Örneğin, İCK m.613'te hipnotize edilerek, alkol veya uyuşturucu madde kullanarak bir kişinin isnat yeteneğini bozulması manevi özgürlüğe karşı bir suç olarak düzenlenmiştir.³⁹⁸

Ayrıca cebir ve tehdit hükümleri dışında, kasten yaralama hükümlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Sonuçta “...bir kimsenin algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi...cezalandırılır.” bu durumda ön plandaki suç işlemese bile, suç işletmek amacıyla ön plandaki kişinin isnat yeteneği bozmuşsa, arka plandaki kişi, kasten yaralama suçundan sorumlu olur.³⁹⁹

İsnat yeteneğinin iradi olarak kaybedilmesi halinde, iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu halinde yahut kişinin kendini hipnoz ettirmiş olması halinde, bu kimseler de araç olarak kullanılabilir. Bu kimselere de tehditle, cebirle yahut hataya düşürerek suç işletilebilir. Bu durumda da bu kimselerin ceza sorumluluğuna

³⁹⁷ AYDIN, s.153

³⁹⁸ EREM Faruk, Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD. C.16. S.1-2, 1990, s.96-97.

³⁹⁹ AYDIN, s.153

gidilmez. Doktrinde isnat yeteneğini iradi olarak kaybetmiş kimsenin, ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde hataya düşmüşse artık cezasızlıktan yararlanamayacağı savunulmaktadır.⁴⁰⁰ Ancak bu görüşe katılmıyorum, burada kişinin iradi olarak isnat yeteneğini kaybettiğinden bahisle genel kuraldan sapmaya gerek yoktur. Eğer kişi TCK m. 30/3 uyarınca kaçınılmaz bir hataya düşmüşse bu takdirde hatasından yararlanır. Ancak isnat yeteneğini kaybetmeden düşülmeyecek bir isnat yeteneğini kaybettiği için hataya düşüyse bu takdirde a.l.i.c. kuralının geçerli olduğunu ve ceza sorumluluğu olduğunu düşünüyoruz.⁴⁰¹

Alkol yahut uyuşturucu madde bağımlılığı halinde, bağımlı kişinin akıl hastası gibi değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılıyorum⁴⁰² ; bu durumda arka plandaki kişinin fiili hakimiyet kurması halinde dolaylı faillik söz konusu olacaktır.

İsnat yeteneği olmayanların suç işlemekte kullanılması halinde yapılacak artırım 61. maddenin 5. fıkrasına göre yapılacaktır ve bu artırım ancak süreli hapis cezası için mümkündür. Verilecek asıl cezanın müebbet yahut ağırlaştırılmış müebbet olması durumunda artırıma gidilmeyecektir.⁴⁰³

İsnat yeteneğinin ne zaman bulunması gerektiği hususunun dolaylı faillik açısından incelenmesi gerekir.

Kişinin isnat yeteneğinin, icra hareketlerine başladığı anda, mütemadi suçlarda temadinin sona erdiği anda ve müteselsil suçlarda teselsülün kesildiği anda

⁴⁰⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.421

⁴⁰¹ ÜNVER, Sebebinde Serbest Hareketler, s. 813

⁴⁰² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.421

⁴⁰³ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.513

bulunması gerekir.⁴⁰⁴ Ancak bazı olaylarda kişinin fiil esnasında isnat yeteneği bulunmamakla beraber, kusur yeteneğinin kalkmasına kendi hareketleriyle sebebiyet vermiş olabilir. Bu durumda, *a.l.i.c* kuralının uygulanabilmesi ve kişinin kendi hareketlerinden sorumlu tutulabilmesi için, isnat yeteneğini bizzat kendisi kaldırmış yahut iradi olarak üçüncü kişiye kaldırtmış olması gerekir.⁴⁰⁵ Bu halde kişi işlediği suçlardan sorumlu tutulacaktır ve dolaylı faillik uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak, kişinin iradi olarak isnat yeteneğini kaldırması yahut kaldırtması durumunda da, iradi olarak suç işlememişse ve arka plandaki kişi bu durumdan faydalanarak kişi üzerinde hakimiyet kurup suç işletmişse dolaylı faillik hükümlerinin yine uygulama alanı bulacağını unutmamak gerekir. Aksi takdirde iradi olarak alınan alkol sonrasında kişinin suç işlemekte taksiri dahi yoksa, işlediği suçtan sorumlu tutmak sübjektif sorumluluk esasına aykırı olacaktır.

7. DOLAYLI FAİLLİĞE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

a. Dolaylı Faillikte Teşebbüs

Dolaylı faillik kurumunda teşebbüs aşamasının iki aşamalı olarak tartışılması gerekir. Öncelikle dolaylı failin aracın üzerinde hakimiyet kurmaya teşebbüsü daha sonra aracın fiili işlerken teşebbüs aşamamasında kalması hali tartışılmalıdır.

⁴⁰⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararında ‘‘sanığın, fiilin planlandığı ve hazırlıklarını yaptığı sırada isnat yeteneğine sahip bulunduğu gerekçesi ile cezalandırılması mümkün değildir. *Actio libera in causa* nın şartları olayda yoktur. Çünkü sanık isnad kabiliyetinin kalkışmasına kasten veya taksirle sebebiyet vermemiştir. ‘‘olduğunu belirterek isnat yeteneğinin fiilin icra hareketlerine başlandığı sırada bulunması gerektiğini ve isnat yeteneğinin kaybedilmesinde de kastı yahut taksiri olmadığını nedenle sorumlu tutulamayacağını vurgulamıştır. ÜNVER, Sebebinde Serbest Hareketler, s.829

⁴⁰⁵ ÜNVER, Sebebinde Serbest Hareketler, s.809-828

(1) Dolaylı Failin Teşebbüs Aşamasında Kalması

Dolaylı failin, araç üzerinde hakimiyet kurması ancak aracın harekete geçmemesi halinde sorunun hangi kurumlara göre çözüleceği doktrinde tartışılmıştır.

Araç üzerinde hakimiyet kurma esasını icra hareketleri alanı olarak gören tekçi çözüm teorisine göre; araç suç işlememiş dahi olsa, dolaylı fail, araç üzerinde hakimiyet kurduğunda araç işleteceği suç bakımından teşebbüs aşamasında kalmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.⁴⁰⁶

Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir olayda da; A, B ve C'yi, D'ye karşı yağma suçunu işlemeye ikna eder. Ancak A'nın gerçekte kastı, D'yi öldürmektir. Bu nedenle, yağmada kullanmaları gerektiğini ve içinde uyku ilacı olduğunu söylediği şişeyi A, B ve C'ye verir. Ancak şişenin içinde aslında uyku ilacı değil, tuz ruhu bulunmaktadır. Yolda D'nin evine giderlerken durumdan şüphelenen B ve C şişeyi açtıklarında A'nın kendilerini kandırdığını ve şişenin içindekinin uyku ilacı değil; tuz ruhu olduğunu fark eder ve yağma suçunu işlemekten vazgeçerler. B ve C yağma suçundan gönüllü vazgeçtikleri için; öldürme açısından da kastları bulunmadığından ceza almazlar. Ancak A bakımından değerlendirme yapan Mahkeme, A'nın araç kişiler üzerinde hakimiyet kurduğunu ve bunun hazırlık hareketi olarak değil, icra hareketi olarak nitelendirilmesi gerektiğini; mağdurun yaşam hakkını doğrudan doğruya tehlikeye düşürdüğünü ve aracın buna elverişli olduğunu kabul ederek, dolaylı fail açısından teşebbüs anının başlangıcını dolaylı failin hareketleri olarak kabul etmiştir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ EKİCİ ŞAHİN, s.20

⁴⁰⁷ EKİCİ ŞAHİN, s.20

Bütüncül çözüm teorisine göre ise, dolaylı faillikte teşebbüsün alanına girilme anı, aracın icra hareketlerine başlama anıdır.⁴⁰⁸

Bize göre, işletilmek istenilen asıl suç açısından teşebbüsün başlangıç anı dolaylı failin hakimiyet kurmaya çalıştığı icra hareketleri değil; aracın icra hareketleridir. Dolaylı failin teşebbüs aşamasında kalması durumunda o zamana kadar yaptığı hareketler başka bir suça vücut veriyorsa, örneğin, cebir, tehdit, görevi kötüye kullanma, yahut dolandırıcılık gibi, bu suçlardan dolayı cezalandırılır; ancak dolaylı failiğe teşebbüs suçu olmadığından kanunilik ilkesi gereği cezalandırılmaz.⁴⁰⁹

Bir kimsenin birini araç olarak kullanmayı düşünmesi halinde, *cogitationis causa poenam nemo patitur* ilkesi gereğince, düşünce ceza hukukunun alanına girmez; aynı şekilde arkadaki kişinin bunu yazıya dökmesi halinde de hazırlık hareketleri kapsamında kalacağından cezalandırılmaz.

Burada akla gelen sorulardan biri araç kimsenin burada araç olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğidir. Araç kimsenin araç olmadığı, üzerinde hakimiyet kurulamadığı hallerde bu araçta elverişsizlik olarak değerlendirilecektir. Örneğin, tehdit ettiği araç kimsenin sağır olması halinde araç kimse bakımından elverişsizlik vardır ve tehdit suçu bakımından değil; ancak işletilmek istenen suç açısından işlenemez suç vardır.

⁴⁰⁸ EKİCİ ŞAHİN, s.22

⁴⁰⁹ EKİCİ ŞAHİN, s.22,23

(2) Aracın Fiilinin Teşebbüs Aşamasında Kalması

Teşebbüs, TCK m.35/1’de tanımlanmış olup, bu maddeye göre kişinin işlemeye kastettiği bir suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasıdır.

Teşebbüsün şartlarını aracın fiilinin teşebbüs aşamasında kalması açısından değerlendirecek olursak:

Dolaylı failin işlemeyi kastettiği suç vardır ve bunu aracın üzerinden yapmaktadır. Tezimizin daha önceki bölümlerinde de bahsettiğimiz üzere dolaylı faillik teşebbüsün şartlarına uygun olarak ancak dolaylı failin kasten hareket etmesi halinde mümkün olacaktır.

Doğrudan doğruya icra ile kanunda kastedilen dolaylı failin hareketleri bizzat yapması anlamında değil, hazırlık hareketleri ve icra hareketleri arasındaki bağlantıyı kurmak ve işlenmek istenen suç tipiyle belli bir yakınlıkta olması gerekliliğini ifade etmek için kullanılmıştır.⁴¹⁰

Bu halde, aracın fiilinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda dolaylı fail teşebbüs aşamasında kalmış suçtan sorumlu tutulacaktır.

Bununla birlikte, araç kimse teşebbüs aşamasına dahi geçmemişse fakat suç başka biri tarafından tamamlanmışsa araç kişinin yahut dolaylı failin, taksir derecesinde dahi kusuru yoksa, onları sorumlu tutmak dolaylı faillik kavramını objektif sorumluluğa doğru genişletecektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; hemşire

⁴¹⁰KOCA/ÜZÜLMEZ, s.473, HAKERİ, Genel Hükümler, s.423; EKİCİ ŞAHİN s.20

refakatinde bulunan kızını öldürmek için hemşireye ilaç yerine zehir veren anne, hemşire kıza zehri verdiği takdirde dolaylı fail olarak sorumlun tutulacaktır. Ancak hemşirenin zehri vermekten vazgeçip, ilaç olduğunu düşündüğü zehri dolabın üzerine koyması ve küçük kardeşinin yanlışlıkla zehri hasta çocuğa vermesi halinde dolaylı faillik söz konusu olmayacaktır, bu durumda taksirleri varsa, taksiri oranında kişiler sorumlu tutulacaktır.⁴¹¹

(3) Dolaylı Failin Gönüllü Vazgeçmesi

Dolaylı failin vazgeçmesi halinde de vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Suç tamamlanmadan, ancak araç kişi icra hareketlerine başladıktan sonra, dolaylı fail suçun gerçekleşmesini engellemişse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak; ancak o zamana kadar yapılan hareketler başka bir suça vücut vermişse bu suçlardan cezalandırılacaktır.

Dolaylı faillikte iştirakten farklı olarak, ön plandaki kişi kendi hakimiyeti altında olduğundan suçun tamamlanması engellenmelidir. Kanun koyucu, iştirakte gönüllü vazgeçme için, suçun işlenmesini engellemeye yönelik çabaları yeterli görmüştür.⁴¹²

Araç kimsenin icra hareketleri bittikten sonra dolaylı failin pişmanlık göstermesi halinde, açık düzenleme varsa etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekir.

⁴¹¹ CARD Richard, MOLLOY Jill, Criminal Law, 22. Baskı, Oxford, 2016, s.743

⁴¹² AYDIN Devrim, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Y.2006, C.55, S.1 s.106

b. Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik hükümlerine göre bir kimsenin üzerinde cebir, tehdit kullanan ya da hataya düşüren kimse işlenen suçtan fail olarak sorumlu tutulur. Ancak; TCK m.40/2'ye göre 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. Bu durumda örneğin kamu görevlisi üzerinde cebir kullanarak ona suç işleyen kişi dolaylı faillik hükümlerine göre mi; yoksa azmettiren olarak mı cezalandırılacaktır?⁴¹³

Karşıt görüşlere rağmen⁴¹⁴, TCK m.28'in TCK m.40/2'ye bir istisna getirildiği ileri sürülmektedir.⁴¹⁵ Biz de bu görüşe katılıyoruz. Kural olarak özgü suçlara iştirak eden kişi ancak özel faillik niteliğine sahipse fail olarak sorumlu tutulur; aksi takdirde azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur. Bu kuralın istisnasının dolaylı faillik olduğunu düşünüyoruz. Arka plandaki kişi, o suç için aranan özel niteliklere sahip olmasa da, örneğin kamu görevlisi olmasa da, özel nitelikleri taşıyan kimse üzerinde hakimiyet kurulmuşsa arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir.

Bu halde kamu görevlisinin iştirak iradesi olmadığından, iştiraktan değil, dolaylı faillikten bahsetmek gerekir.⁴¹⁶ Arka plandaki kişi de azmettirme yahut yardım etme kastıyla değil; faillik kastıyla hareket etmektedir.⁴¹⁷

⁴¹³ AYDIN, s.275

⁴¹⁴ TRECHSEL, s.67; ÜZÜLMEZ, Dolaylı Faillik, s.92

⁴¹⁵ HAKERİ, Yeni TCK'da İştirak, s.92

⁴¹⁶ GÜLŞEN, s.174

⁴¹⁷ EKİCİ ŞAHİN, s.13

Arka plandaki kişinin azmettiren yahut yardım eden olarak sorumlu tutulması halinde; bağıllık kuralı gereğince ön plandaki özgü niteliklere sahip kişinin kasten hareket etmiş olmasını aramamız gerekir. Ancak özgü niteliklere sahip kişi üzerinde cebir yahut tehdit uygulandığında kasten hareket etmiş olduğundan bahsetmemiz mümkün olmayacaktır; bu halde ön plandaki kişiyi fail olarak sorumlu tutmak kusursuz suç olmaz ilkesine aykırı olacaktır.

Eğer kişi suçun işlenmesi bakımından belli sıfat ya da niteliklere sahip kişiyi yanıltarak suç işlerse sanki kendisi bu niteliklere sahipmiş gibi o suçtan sorumlu tutulur.⁴¹⁸ Örneğin vekaletname vermek için notere giden kişi kimliğini gizleyerek sahte bir vekaletname düzenlenmesine neden olmuşsa memur olmasa bile noteri suç işlemekte araç olarak kullandığı için dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.

Ancak Yargıtay'ın aksi yönde verdiği kararları vardır, Yüksek Mahkeme kamu görevlisini hataya düşürerek sahte belge düzenleyen kişiyi sahte resmi belge kullanmaktan⁴¹⁹ yahut özel kişiler tarafından işlenen belgede sahtecilikten⁴²⁰ dolayı sorumlu tutmaktadır. ⁴²¹ Doktrinde de, Yargıtay'ın verdiği kararlarda özgü suçlarda,

⁴¹⁸ OKUYUCU ERGÜN Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s.134

⁴¹⁹ Y.11.CD.14.5.2008, 2462/4898,akt. GÜNGÖR, Devrim, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.100,101

⁴²⁰ Y.11. CD.14.4.2008,6232/2318 akt, GÜNGÖR, Belgelerde Sahtecilik, s.100

⁴²¹ Aynı şekilde Birleşik Krallıkta, mahkeme önüne gelmiş bir olayda, Mahkeme özgü suçlarda dolaylı faillik olamayacağına hükmetmiştir; şöyle ki, biri 13 diğeri 15 yaşında olan iki arkadaş şarap almak için yetişkin bir kimsenin hüviyetini kullanmıştır; satıcı hüviyete inanarak kendilerine şarap satmıştır. 1964 Lisans Kanuna göre ancak yetişkinlere alkol verme izni bulunan satıcı, hüviyete inanarak ve çocuklar tarafından araç olarak kanunu delmiştir, ancak Mahkeme bu yasağı ancak alkol satma lisansına sahip bulunanların delebileceğini ifade ederek, araç konumunda olması dolayısıyla satıcıyı sorumlu tutmadığı gibi; çocukları da sorumlu tutmamıştır. REEHAG,s.299,300

dolaylı failin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaması haklı olarak eleştirilmektedir.⁴²²

c. Araç Olarak Kullanılan Kişinin Sınırı Aşması

Araç olarak kullanılan kişinin sınırı aşması halinde, dolaylı failin kastı bunu içermiyorsa, yalnızca dolaylı failin taksirli sorumluluğu söz konusu olabildiğine dair görüşler vardır.⁴²³ A, B'den, aslında C'ye olan fakat kendisine ait olduğunu söylediği çantayı getirmesini ister. B çantayı C'den almak isterken, C ile B arasında arbede çıkar ve B C'yi döver. Bu halde A ancak taksirle adam yaralamadan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması örnek verilebilir.⁴²⁴

Suç ortaklığıyla kıyaslama yaptığımızda failin işlediği fiili şeriklerce öngörülebilecek bir fiil ise sorumlu tutulmaları; öngörülemeyecek bir fiil ise sorumlu tutulmamaları gerekir.⁴²⁵ Dolaylı faillikte de aynı mantıktan hareketle dolaylı fail tarafından aracın sınırı aşabileceği öngörülebiliyorsa, dolaylı fail bundan sorumlu tutulur aksi takdirde mesul olmaz. Ancak dolaylı faillikte araç kişinin durumu göz önünde bulundurulduğunda –örneğin akıl hastası ya da küçük- öngörülme sınırının daha geniş tutulması gerekir. Örneğin, kasten yaralama suçunu işlemesi için akıl hastasına araç olarak kullanan dolaylı failin, araç kişinin adam öldürebileceğini de öngörmesi gerekir.

Araç kişinin davranışı başka bir suça vücut vermediği fakat aynı suçun nitelikli haline vücut verdiği takdirde ikili ayrıma gidilmelidir. Daha az cezayı

⁴²² GÜNGÖR Belgelerde Sahtecilik, 100, 101

⁴²³ ÖZTÜRK-ERDEM, s.381,382

⁴²⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.472

⁴²⁵ SOYASLAN, s.510

gerektiren hallerde, dolaylı fail aracın fiilinden sorumlu tutulmalıdır;⁴²⁶ ancak daha fazla cezayı gerektiren hallerde dolaylı failin sorumlu tutulabilmesi için en azından işlenen suçu öngörmesi gerekir;⁴²⁷ aksi takdirde objektif sorumluluk kabul edilmiş olur.⁴²⁸

Araç kimsenin sorumluluğuna gelince TCK m. 27/1 uyarınca ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlenebiliyorsa taksirli suç için öngörülen cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu halde ön plandaki kişi iyi atış yapamaması dolayısıyla mağdurun yaralanmasına değil de ölmesine neden olursa, taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır.⁴²⁹ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus araç kimsenin taksirle sınırı aşmasıdır; eğer kastla sınır aşılmışsa bu halde sorun dolaylı faillik hükümlerine göre değil, iştirak hükümlerine göre çözümlenecektir.

d. Arka Plandaki Şahsın Aracın Nitelikleri Konusunda Yanılgıya Düşmesi

Arka plandaki şahsın kusurlu hareket eden ön plandaki kişinin kusursuz hareket ettiğini sanması durumunda arkadaki kişinin fiil üzerinde irade hakimiyeti dolayısıyla fiil hakimiyeti kurması mümkün değildir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, perde arkasındaki kişi azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır, her ne kadar arka plandaki kişi fiil üzerinde hakimiyet kurduğunu düşünse de objektif olarak bu şart

⁴²⁶ AYDIN, s.130

⁴²⁷ AYDIN, s.130

⁴²⁸ AYDIN, s.130

⁴²⁹ GÜLŞEN, s.164

gerçekleşmemiştir. Ancak faillik kastı, azmettirmeyi de evleviyetle kapsadığı için arkadaki şahıs şerik olarak sorumlu tutulmalıdır.

A, B'nin isnat yeteneğinin var olduğunu düşünerek B'yi, C'yi öldürmeye azmettirdiğini zanneder. Halbuki B, isnat yeteneği olmayan, hasta olduğu zor fark edilen bir akıl hastasıdır.⁴³⁰ Doktrinde, bir kısım yazar, arka plandaki şahsın –objektif olarak ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurduğundan hareketle- dolaylı fail olması gerektiğini savunur.⁴³¹

Bu görüşe karşı çıkanlar, arka plandaki şahsın fiili icra edenin ancak bir araç konumunda olduğunu bilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴³² Bu halde de arkadaki kişinin hukuki durumu tartışmalıdır. TCK' da kabul edilen bağıllık kuralı suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını yeterli görmüştür. Isnat yeteneğine sahip olmayan kişinin kasten hareket edebileceği görüşünden yola çıkarsak arka plandaki kişi azmettiren olarak cezalandırılabilir; ancak kusur yeteneğine sahip olmayan kişinin kasten hareket edemeyeceği görüşünden yola çıkarsak arkadaki kişinin bağıllık kuralı gereğince azmettiren olarak cezalandırılması mümkün değildir.

Yukarıda tartışılan ihtimalin tam tersi de olabilir. Arka plandaki kişi, sahne önündeki kişinin kusur yeteneğinden yoksun olduğunu ve onun üzerinde hakimiyet kurduğunu düşünmektedir. Oysa ön plandaki kişi kusur yeteneğine sahiptir ve ortada

⁴³⁰ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.255

⁴³¹ DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki CH, C.II, s.507;

⁴³² ÖZGENÇ, Suça İştirakin.. s.256

döner alicengiz oyunun farkındadır; arka plandaki kişi onun üzerinde objektif olarak hakimiyet kuramamıştır.⁴³³

Doktrinde bir kısım yazar sübjektif görüşten hareketle, fiili hakimiyetin objektif olarak kurulmasına gerek olmadığını, arka plandaki kişinin fiili hakimiyet kurmuş olma kastını yeterli görmektedir. Bu nedenle arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadırlar.⁴³⁴ Bir diğer görüş ise, bu ihtimalde teşebbüs derecesinde kalmış dolaylı faillik olduğunu savunmaktadır.⁴³⁵

Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, her ne kadar arka plandaki kişi hakimiyet kurduğu inancıyla hareket etse de, objektif olarak fiili hakimiyet gerçekleşmemiştir.⁴³⁶ İsnat yeteneği kısmında da değinildiği gibi; kişinin sadece isnat yeteneğinden mahrum olması fiili hakimiyet esası için yeterli değildir, ayrıca kişinin üzerinde hakimiyet kurulması gerekir; bu halde fiili hakimiyet kurulmadığı için arka plandaki kişi dolaylı fail değil, azmettirenindir.

e. Dolaylı Failin Suçun Mağduru Haline Gelmesi

Suç işletmek amacıyla kullanılan araç kişinin dolaylı faili mağdur etmesi durumunda ne olacağı sorunu vardır. Federal Yüksek Mahkemenin içtihadına konu olmuş bir olayda, müşterek failler gece soygunundan sonra kaçarken daha önce yaptıkları anlaşmaya dayanarak faillerden birisi kendisini kovalayanın polis olduğunu düşünüp arkasına ateş eder fakat arkasından gelen kişi aslında polis değil suç ortağı olduğunu anlar. Ateş eden failin silahından çıkan kurşunla suç ortağı

⁴³³ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.258

⁴³⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..s.258

⁴³⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...s.258

⁴³⁶ ÖZGENÇ, Suça İştirakin...,s.259

yaralanır. Bu durumda failin adam öldürmeye teşebbüs suçundan fail olarak sorumlu olacağı kesindir. Ancak suç ortağının durumu ne olacaktır? Federal Mahkemenin kararına göre M'de kasten adam öldürmeye teşebbüs suçuna elverişsiz teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.⁴³⁷

Faillin tayininde, kanuni tarifteki muayyen fiilin soyut şekilde (örneğin mağdurun kimliğinden bağımsız biçimde) gerçekleştirilmesi yeterlidir.⁴³⁸ İster müşterek faillikte olsun ister dolaylı faillikte, failliğin tayininde suçun kanuni tarifindeki unsurların haricinde bir somutlaştırmaya gidilmediği hususunda doktrinde fikir birliği vardır.⁴³⁹

Ancak aynı suç üzerinde faillik ve mağdurluk sıfatı. Birleşemeyeceğinden dolaylı failin işletmek istediği suçun mağduru olması halinde dolaylı fail olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktayız⁴⁴⁰

f. Suçun Basit Halini İşlemeye Karar Vermiş Failin Üzerinde Hakimiyet Kurarak Suçun Nitelikli Halini İşletmek

Suçun basit halini işleme kastı olan bir kimsenin üzerinde cebir tehdit kullanarak yahut hataya düşürerek nitelikli halinin işletilmesi halinde arkadaki kimse dolaylı fail olarak nitelikli suçtan sorumlu olur. Örneğin, bir kimseyi kasten öldürmeye karar vermiş fail, mağdurun hamile olduğunu bilmiyorsa ve arka plandaki kişi, faili mağdurun gebe olduğu konusunda hataya düşürmüştse arka plandaki kişi dolaylı fail olarak kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olurken; ön plandaki

⁴³⁷ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.504,505

⁴³⁸ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.505

⁴³⁹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.505

⁴⁴⁰ CRAMER, Par.25; sn.45, s.405

kişi kasten adam öldürmeden sorumlu olur, nitelikli hali için taksirli sorumluluğu saklıdır.

Bir diğer sorun ise; arka plandaki kişi suçun basit haline azmettirmesi ve de nitelikli hali için cebir, tehdit kullanarak yahut hataya düşürerek ön plandaki kimseyi araç olarak kullanmıştır. Bu halde ön plandaki kişi taksirli sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla suçun sadece basit halinden sorumlu olurken; arka plandaki nitelikli halinden dolayı fail olarak sorumlu olur.

Bu duruma kısmi dolaylı faillik de denilebilir. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; B'yi kendinden geçirmeye karar vermiş olan A, C tarafından kendisine B'yi öldürmesi için verilen fakat A tarafından öldürücü olduğu bilinmeyen zehri, B'yi kendinden geçirmek yani yaralamak için kullanmıştır. Fakat B aslında öldürücü olan bu zehirle hayatını kaybetmiştir. Bu durumda A'nın yaralama kastı vardır ancak öldürme kastı yoktur ve öldürme fiili açısından C tarafından hataya düşürölerek araç olarak kullanılmıştır.⁴⁴¹ A bu durumda en azından taksirle hareket etmiş olması şartıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulacaktır; ancak taksiri yoksa kasten yaralamadan sorumlu tutulması gereklidir. Fakat her iki halükarda da C'nin dolaylı faillik konumu değişmeyecek ve C dolaylı fail olarak kasten adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır.

⁴⁴¹ KREY, s.40, kn.115, 116

g. İştirak Şekilleri Arasında İçtima

Bir kimse bir suça farklı şekillerde iştirak edebilir; örneğin aynı suçta hem dolaylı fail hem de yardım eden konumunda olabilir. Bu durumda akla gelen soru fail ayrı ayrı hükümlerden dolayı mı; yoksa en ağırından mı cezalandırılacağıdır.⁴⁴²

Tezin konusu kapsamında sadece dolaylı failliğin diğer iştirak biçimleriyle içtima etmesi hali incelenecektir.

Baumann'a göre bu tartışma yersizdir bir kimse aynı suçun hem faili hem de azmettireni yahut yardım edeni olmaz. Çünkü faillik fiili kendi fiili gibi görmek; azmettirme/yardım etme ise bir başkasının fiili gibi görmektedir. Bir kimse iki şekilde de göremez.⁴⁴³

Diğer bir görüşe göre ise; azmettiren kişi daha sonrasında suçun işlenişine de katılarak müşterek fail olabilir. Bu durumda iki iştirak şekli de mümkündür. Ancak azmettirme ve dolaylı failliğin beraber olabileceğini düşünmüyoruz. Ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurulmamışsa ve kafasına suç fikri sokulmuşsa, daha sonra geriye çekilinmişse azmettirme vardır; ancak kafasında suç fikri olmayan birinin üzerinde hakimiyet kurularak ona suç işletilmesi halinde dolaylı faillik olur. Bir kimsenin üzerinde hakimiyet hem kurup hem de kurmamak mümkün olmadığından azmettirme ve dolaylı faillik bir arada bulunmaz.

Yardım etme açısından değerlendirildiğinde yardım etme zaten kafasında suç fikri olan bir kimseye maddi yahut manevi yardım şeklinde gerçekleşebilir. Bu halde

⁴⁴² TRECHSEL, s.87

⁴⁴³ TRECHSEL, s.88

kişinin kafasında suç fikri hem olup hem de olmayacağından yardım etme ve dolaylı faillik hükümlerinin de bir arada uygulanması mümkün değildir.

Ancak, dolaylı faillik ve müşterek faillik açısından inceleyecek olursak; dolaylı fail aracı hataya düşürerek, cebir yahut tehdit kullanarak kendini güvenceye almak adına geri çekilebilir ve olayları perde arkasından yönetebilir; bununla birlikte araç kimseyle beraber elini taşın altına sokup bizzat fiili icra da edilebilir. Ancak burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Eğer suç işlenirken sadece dolaylı fail ve araç varsa bu takdirde, birlikte işleme iradesi tek taraflı olduğundan müşterek faillik olmayacaktır; ancak dolaylı fail ve araç dışında kendi iradesiyle suça katılanlar varsa müşterek faillik iradesi bu diğer kimselerle dolaylı fail arasında olacaktır. Bu halde dolaylı faillik ve müşterek faillik bir arada bulunacaktır.

Doktrindeki baskın görüşe göre,iştirak şekilleri arasında gerçek iştirak kurallarının uygulanmayacağı bu nedenle aynı suç kapsamında kişinin suça değişik şekillerde iştirak etmesi halinde iştirakin ağır şeklinden sorumlu olacağı kabul edilmiştir. ⁴⁴⁴ Doktrinde iştirak değişik şekillerde de görünse suçun ve neticenin tek olduğu bu nedenle en ağır iştirak şeklinden sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur. ⁴⁴⁵

Dolaylı failin de bir başkası tarafından azmettirilmiş olması mümkündür. Bu halde en arkadaki kişi azmettirme hükümlerine göre cezalandırılacaktır. ⁴⁴⁶ Bu halde azmettirenin cezalandırılması bağıllık kuralına göre dolaylı failin hukuka aykırı ve

⁴⁴⁴ ÖNDER s.453

⁴⁴⁵ ÖNDER,s.453

⁴⁴⁶ SINAR Hasan, ‘‘Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik’’, CHD, Y.6, S.15, Nisan 2011, s.62.

kasten hareketinden dolayı olacaktır. Bir önündeki kişi ise dolaylı fail hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Örneğin, mahkemede katılan taraf sanığın ceza alabilmesini sağlamak adına yalan tanıklık yapması için birini azmettirirse ve yalan beyana dayanılarak sanık hapis cezasına mahkum edilirse, katılan taraf azmettiren, tanıklık yapan kişi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından dolaylı fail; hakim ise hürriyetinden yoksun bırakma suçu için araç kimsedir.

h. Asıl Suçun İşlenmesinden Sonra Dolaylı Failin İşleyebileceği Diğer Suçlar

5237 s.k'nın 165. maddesinde⁴⁴⁷ suç eşyasının alınması veya kabul edilmesi düzenlenmiştir. Maddede kişinin bu suçtan cezalandırılabilmesi için suça iştirak etmemiş olması gerektiği yer almıştır. İştirak kavramı kanunda failliğinde bir üst başlığı olarak kullanıldığından dolaylı fail olan kimse de, suç eşyasını alır veya kabul ederse bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Dolaylı fail, ön plandaki kişiye suçu işlettikten sonra TCK madde 281/1⁴⁴⁸ de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunu işlerse dolaylı

⁴⁴⁷ Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi
Madde 165 - (Değişik: 26/6/2009 – 5918/3 md.)

(1) Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

⁴⁴⁸ Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme

Madde 281- (1) Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen,

fail 281/1'den dolayı cezalandırılmaz. Çünkü ilgili maddeye göre suçun kendisi tarafından işlenmemiş olması yahut işlenişine iştirak etmemiş olması ön şart olarak düzenlenmiştir.

Benzer bir düzenlemeyle TCK madde 282/2 de de karşılaşmaktayız. 282/2 maddeye göre suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan kişinin cezalandırılabilmesi için suça iştirak etmemiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle dolaylı fail işlediği suçtan sonra malvarlığı değerlerini aklama yoluna gitse de bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta aynı sonuca ulaşmak istenen bu maddelerde farklı terminoloji kullanılmasıdır. TCK madde 281/1'de failin ve iştirak edenlerin suç delillerini yok etme gizleme veya değiştirme suçundan sorumlu olmayacağı düzenlenirken, TCK madde 165 ve madde 282/2 'de iştirak edenlerin bu suçlardan sorumlu olmayacakları düzenlenmiştir. Belirtmek istenen TCK m.165 ve m. 282/2 de failerin bu suçlardan dolayı sorumlu olacakları, şeriklerin sorumlu olmayacakları mıdır? Kanun düzenlenirken 281. Maddede yer alan kendisi tarafından işlenmemiş olması ifadesi gözden kaçmıştır. Çünkü TCK'nın 4. Bölümünde faillik iştirak bölümünün altında düzenlenmiştir. "...*iştirak etmemiş olması*..." derken bu ifade zaten failliği de kapsamaktadır.

değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez

1. Dolaylı Failin İsnat Yeteneğinin Bulunmaması

Dolaylı failin isnat yeteneğinin bulunmaması halinde araç kimsenin zorunluluk hali nedeniyle⁴⁴⁹ yahut mücbir sebep nedeniyle⁴⁵⁰ suç işlediğini savunanların yanı sıra, bizim de katıldığımız görüşe göre isnat yeteneği olmayanların hareketleri de ceza hukuku bakımından hareket kabul edildiğinden ve kasten yahut taksirle hareket edebilecekleri kabul olduğundan dolaylı faillik hükümlerinden ayrılmaya gerek yoktur. Bu nedenle bu kimseler, dolaylı fail olarak suç işledikleri takdirde fail sayılacaktır.⁴⁵¹ Ancak kendilerine isnat yeteneği olanlardan farklı olarak ceza değil; güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Bu halde akıl hastanesindeki bir hasta hemşireye şiddet uygulayarak bir başka hastayı öldürmüştü, hemşire araç konumundayken, akıl hastası kimse dolaylı fail olacaktır ve kendisine güvenlik tedbiri uygulanacaktır.

i. Şahsi Cezasızlık Nedeni olan Kişiyi Suç İşletilmesi

Bazı yazarlar şahsi cezasızlık sebebi yüzünden cezalandırılmayacak kimselere suç işletilmesi halinde de dolaylı failliğin söz konusu olacağını savunmuşlardır.⁴⁵²

Kişide sadece şahsi cezasızlık sebebinin bulunması onun araç konumuna indirgenmiş olduğunu göstermez, şahsi cezasızlık sebebi bulunan biri fail olabileceği gibi iştirak eden de olabilir; cezalandırılmayacak olması bu sıfatları etkilemez. Ancak şahsi cezasızlık nedeni olan bir kimse üzerinde hakimiyet kurulmuşsa, örneğin bir

⁴⁴⁹ GÜLŞEN, s.153

⁴⁵⁰ GÜLŞEN, s.153

⁴⁵¹ GÜLŞEN, S.154

⁴⁵² İCK m.111’de isnat yeteneği olmayanların yanı sıra cezalandırılabilir olmayanlara suç işletilmesi halinde failin cezasının artırılması kabul edilmiştir.. AYDIN, s.160

kimse babasının eşyasını çalmak için hataya düşürülürse şahsi cezasızlık sebebi olan kimse üzerinde hakimiyet kurulduğundan, hataya düşüren dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır⁴⁵³ ve elbette şahsi cezasızlık sebebi kendisine sirayet etmeyecektir.

Bu durum, hukukumuzda kabul edilen bağlılık kuralıyla bağlantılıdır. Asıl failin şahsi cezasızlık sebebinin bulunması, arka plandaki kişileri etkilemeyecektir ve arka plandaki kişi cezalandırılması da arka plandaki kişiler de etmeden cezalandırılabilir.

j. Tüzel Kişilerin Suç İşlemede Araç Olarak Kullanılması

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden ülkelerde, tüzel kişinin paravan olarak, özellikle ekonomik suçların işlenmesinde kullanılması halinde tüzel kişiliğin üzerinden bu suçları gerçekleştirenler bakımından dolaylı faillik hükümlerinin uygulanabileceği savunulmakta ve İtalyan Ceza Kanunun 648 ve 648bis maddeleri örnek gösterilmektedir.⁴⁵⁴

Ancak mevcut Türk Ceza Kanunu açısından bu düşüncenin kabul edilmesi mümkün değildir. Dolaylı faillik açısından ön plandaki kişinin öncelikle hareket kabiliyeti olmalı ve hareketi ceza hukuku bakımından hareket olarak kabul edilmelidir. 5237 sayılı Kanuna göre, sadece gerçek kişilerin hareketi ceza hukuku açısından hareket kabul edilmektedir.⁴⁵⁵ Aksinin kabulü ceza hukukunda kişisel

⁴⁵³ AYDIN, s.161

⁴⁵⁴ ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasasına İlişkin Düşünceler, İÜHFİM C.LVI, S.1-4, 1998 s.32 ÜNVER, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s.139

⁴⁵⁵ AYM'nin karşıt görüşteki kararları için; 16/06/1964, E.1963/101, K.1964/49, AMKD, S.:2, Ankara, s.151; 14.02.1989, E.1988/15 K.1989/9, AMKD, S.26, Ankara, 1993, s.3 vd.

ilkesinin zedelenmesine ve objektif sorumluluğa neden olacağı savunulmaktadır.⁴⁵⁶ Hatta, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi objektif sorumluluktan da ötedir; objektif sorumluluk halinde, ceza hukuku bakımından anlam ifade eden hareket, netice ve nedensellik bağı bulunmalıdır, tüzel kişilerin hareket kabiliyeti olmadığından ceza sorumluluğunu kabul etmek, objektif sorumluluktan da daha vahim sonuçlara yol açacaktır.⁴⁵⁷ Bu nedenle tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmadığı gibi dolaylı faillikte anladığımız şekilde araç kimse olarak kullanılması da söz konusu olamayacaktır. Suçun işleyen irade kimse, suçtan doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır.

k. Araç Kişinin Sorumluluğu

Araç kişinin sorumlu olup olmayacağı araç kavramına verilen anlamla bağlantılıdır. Araç kişinin manevi varlığını kaybedip maddi varlığa dönüştüğü söylenirse, fikri fail yegane suçlu kişidir.⁴⁵⁸

Ancak dolaylı faillik, ön plandaki kişinin sahne arkasındaki kişi adına hareket etmesi olarak anlaşıp; ön plandaki kimsenin basit bir araç haline gelmediği kabul edilirse; ön plandaki kişi tamamıyla sorumluluktan kurtulamaz. hatasından yararlanarak bir kimseye suç işletilmesi halinde, hataya düşen kişi, taksirli davranmışsa ve de suçun taksirli hali düzenlenmişse, en azından bu suçtan sorumlu tutulması gerekir.

⁴⁵⁶ KANGAL Zeynel, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.141-146

⁴⁵⁷ ÜNVER, Objektif., s.141

⁴⁵⁸ EREM, s.423

Aynı durum araç olarak kullanılan çocuklara ya da akıl hastalarına güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da tartışılmalıdır. Bu durumda ön planda isnat yeteneği olmayan araç kimsenin de kusurlu olup olmadığına bakmak gerekir. Zira isnat yeteneği olmayan kimselerin de kasten yahut taksirle hareket edebildikleri kabul edildiğinde, bu kimselere kusurlu hareket ettiklerinde güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Ancak ön plandaki kişi tipik fiili gerçekleştirmemişse yahut hukuka uygunluk sebebinden yararlanmışsa veya kusurluluğunu kaldıran bir hal varsa; bu durumda bu kimselere güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır; aksinin kabulü, aynı durumda olan fakat isnat yeteneği tam olan kimselere ceza verilemeyeceğinden kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olur.⁴⁵⁹

D. FAİLİN ARKASINDAKİ FAİL

Dolaylı faillikte, kural olarak, araç kimse fail gibi suçlu görülmezken, sadece arka plandaki kişi suçlu sayılır. Ancak failin arkasındaki fail kurumunda hem ön plandaki kişi hem de arka plandaki kişi suçludur.⁴⁶⁰ Fakat azmettirmeden farklı olarak arka plandaki kişi, ön plandakinin üzerinde hakimiyet kurmaktadır.

Örneğin, bir başkasının kaçınılabılır hatasından yararlanan kimse failin arkasındaki fail olarak sorumlu olur. Federal Mahkeme, bütün insanları kurtarmak için bir insanı öldürmeye ikna edilen polis memurunun ve onun arkasındaki kimsenin de fail olduğuna hükmetmiştir. Çünkü, insanlığın tehlikeye düşeceği düşüncesi gerçeklikten uzaktır. Varsayılan zaruret hali mazeret sebebinin koşullarında yanılma olarak kabul edilemez, çünkü insan yaşamıyla insan yaşamın kıyaslanması mümkün değildir. Ayrıca polis memuru kendine yakın kimselerin hayatını kurtarmaya

⁴⁵⁹ GÜNGÖR, s.46

⁴⁶⁰ KREY, s.51, kn.147

çalışmamıştır. Ancak Federal Mahkemenin nu kararı eleştirilmiştir. Çünkü Alm. CK. §34'te gerçek tehlikenin eksikliği dikkate alınmazken, sadece mazeret sebeplerinin tipik koşullarında hatanın kabulü yeterlidir. Ancak bu halde kaçınılabilir olup olmadığı tartışılmalıdır. Ayrıca söz konusu hatada yasaüstü zorunluluk halinin de tartışılması gerekir. Bu durumda da hata söz konusu olabilir ancak önemli olan kaçınılabilir olup olmadığıdır.⁴⁶¹

Sorumluluk prensibine göre, kaçınılabilir yasak yanılığında olan kimse arkasındaki kişiyle beraber faildir. Burada hataya düşüren kimse failin arkasındaki faildir.⁴⁶² Ancak başka bir görüşe göre kaçınılabilir yasak yanılığında düşürülen kişinin arkasındaki kişi sorgusuz sualsiz fail olarak kabul edilmez, somut olayın koşulları değerlendirilerek ön plandaki kişinin kaçınıp kaçınmayacağına bakılır ve buna göre failin arkasındaki faillik durumuna karar verilir.⁴⁶³

Failin arkasındaki fail kurumu, organize suçlardaki iktidar için de kabul edilmiştir. *Roxin* tarafından geliştirilen bu düşünce,⁴⁶⁴ Federal Mahkeme tarafından, DDR'nin ve SED'in savunucularının sınırdan geçmeye çalışırken sınırdaki askerler tarafından kasten öldürülmeleri hadisesinde hem askerlerin hem de DDR'nin üst görevdeki memurlarının fail olduklarına; failin arkasındaki fail kurumunun ortaya çıktığına karar vererek kabul edilmiştir.⁴⁶⁵

Ancak Mahkemeye göre failin arkasındaki fail kurumunun kabul edilebilmesi için arka plandaki kişinin kendi iktidarını kötüye kullanarak ön plandaki kişi

⁴⁶¹ KREY, s.52, kn.148

⁴⁶² KREY, s.53, kn.152

⁴⁶³ KREY, s.54, kn.53

⁴⁶⁴ KREY, s.55, kn.156

⁴⁶⁵ KREY, s. 56

üzerinde baskı kurması gerekir. Mahkeme, bu halde belirleyici olanın hiyerarşik emir olduğunu ve emre kayıtsız şartsız itaat gerektiğine hükmetmiştir..⁴⁶⁶

Mafyavari örgütlenmelerde de emir hiyerarşisi içinde koşulsuz itaat söz konusu olduğunda, failin arkasındaki fail kurumu uygulanabilir..⁴⁶⁷

Federal Mahkeme büyük ticari kuruluşlarda, işlenen suçlarda faillik sorununun aynı yolla çözümlenebileceğine hükmetmiştir..⁴⁶⁸

Organize suçlarda, failin arkasındaki fail görüşünün kabul edilmesi ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi açısından emir hiyerarşisinin ne zaman olduğunun, bir grubun ne zaman mafya benzeri olduğunun, bir işletmenin ne kadar büyük olduğunda mafya benzeri kuruluşlara benzetileceğinin belirlenmesi gerekir. Ayrıca arka plandaki kimsenin uygun bir şekilde cezalandırılması ancak failin arkasındaki failin müşterek fail yahut duruma göre azmettiren olarak kabul edilmesi halinde mümkündür..⁴⁶⁹

Hukukumuzda failin arkasındaki fail terimi kabul görmemiştir. Ancak bu kurumun terim olarak kabul görmemesi, taksirle hareket eden failin üzerinde arkadaki kişi tarafından hakimiyet kurulamayacağı anlamına gelmez.

⁴⁶⁶ KREY, s .56, kn.158

⁴⁶⁷ KREY, s. 56

⁴⁶⁸ KREY, s.56

⁴⁶⁹ KREY, s.57, kn.160

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞERİKLİK VE DOLAYLI FAİLLİK KARŞILAŞTIRILMASI

Bir suçun işlenişe katılan ancak fiili hakimiyet kuramayan kişilere şerik denir.⁴⁷⁰

I. ŞERİKLERİN CEZALANDIRILMASININ ESASI

A. BAĞLILIK KURALI DIŞINDAKİ GÖRÜŞLER

Şeriklerin cezalandırılmasının nedeni çeşitli teorilerle açıklanmaktadır. İlki sebebiyet verme ya da canlandırma teorisidir. Buna göre, şerikin cezai sorumluluğu normu bizzat ihlal etmiş olmasından dolayı değil; normu ihlal eden faile katkısından kaynaklanır.⁴⁷¹

Kusurun veya haksızlığın karışması teorisine göre, şerikliğin haksızlığı failin kusuruna ve haksızlığın karışmaktadır.⁴⁷²

Kusura iştirak teorisine göre, şerik faile kendi kusurunu bulaştırdığı için sorumludur. Bu teori azmettirmeyi açıklasa da yardım etmeyi açıklayamamaktadır.⁴⁷³

⁴⁷⁰KOCA/ÜZÜLMEZ, s.446

⁴⁷¹ÖZTÜRK/ERDEM, s.383

⁴⁷²KOCA/ÜZÜLMEZ s.446

⁴⁷³KOCA/ÜZÜLMEZ s.446

Ayrıca gerçekleşen fiile katkısı nedeniyle değil, bilakis şerikliğin kendisinde dolayı şerikin suçlu olduğunu savunan bağımsız şeriklik teorisi de vardır.⁴⁷⁴

B. BAĞLILIK KURALI

1. Bağlılık Kuralı ve Türleri

Ancak, doktrindeki baskın görüş, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığa bir katkı sağladığı için şeriğin sorumlu olduğunu açıklayan bağlılık prensibidir.⁴⁷⁵

Şeriklikte bağlılık kuralı esastır.(*Akzessorietatsprinzip*) Şeriklikteki bağlılık kuralının türüne göre dolaylı failliğin kapsamı da değişecektir. Bu nedenle her bağlılık kuralının kapsamına göre dolaylı faillğe etkisi tartışılacaktır.

Şeriklerin cezalandırılabilmesi için failin suç tipini ihlal etmiş olması yeterlidir. Buna asgari bağlılık kuralı denir.

Şeriklerin cezalandırılabilmesi için failin hareketinin tipe uygun ve hukuka aykırı olması yeterlidir. Buna limitli bağlılık kuralı denir. Eğer ki failin fiilinde hukuka uygunluk sebebi varsa şerikler de bundan yararlanır ve cezalandırılmaz.⁴⁷⁶ Ayrıca fail olma niteliğine sahip değilse, örneğin özgü suçlarda gerekli kalifiyeye sahip değilse, bundan şerikler de yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır.⁴⁷⁷ Bu halde iştirakçilerin cezalandırılabilmesi için ön plandaki kişinin cezalandırılabilir olmasına gerek yoktur.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ CRAMER, kn.18, s.400.

⁴⁷⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.142.

⁴⁷⁶ ÖNDER, s.448

⁴⁷⁷ CRAMER, Par.25, n.23,s.401

⁴⁷⁸ TRECHSEL, s.53

Şeriklerin cezalandırılabilmesi için failin fiilinin tipik olması, hukuka aykırı olması ve failin kusurlu hareket etmiş olmasını gerektiren bağıllık kuralına limitten fazla veya ekstrem bağıllık kuralı denir.⁴⁷⁹

Son olarak, şeriklerin cezalandırılabilmesi için fiilin tipik, hukuka aykırı ve failin kusurlu olması dışında cezalandırılabilmesini arayan bağıllık kuralına da aşırı bağıllık kuralı denilmektedir.⁴⁸⁰

Hukuk düzenlerinde kabul edilen bağıllık kuralları; limitli bağıllık ve ekstrem bağıllık kuralıdır.

2. Bağıllık Kuralının Dolaylı Faillik Açısından İncelenmesi

Her ne kadar asgari bağıllık kuralı hiçbir hukuk düzeninde kabul görmese de şeriklikte asgari şartları arayan bu kural geçerli olsa dahi yine de dolaylı faillik kurumuna ihtiyaç vardır. Çünkü dolaylı faillik halinde araç için fiilin tipik olmadığı durumda dahi dolaylı fail cezalandırılabilir. Ancak dolaylı faillik kurumu kabul edilmese ve asgari bağıllık kuralı kabul edilmiş olsa bile arka plandaki kişinin bu durumda cezalandırılabilmesine imkan olmayacaktır.

Limitli bağıllık kuralında ise arka plandaki kişilerin cezalandırılabilmesi için ön plandaki kişinin kusurlu olmasına gerek yoktur ancak ön plandaki kişinin fiili tipe uygun değilse yahut hukuka uygunluk sebebinden yararlanıyorsa arka plandakiler cezalandırılmaz.⁴⁸¹ Oysa dolaylı faillik kurumunda araç kimse hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanırsa bile dolaylı fail cezalandırılmaktadır. Eğer dolaylı faillik

⁴⁷⁹ CRAMER, , Par.25, n.22, s.401

⁴⁸⁰ ÖNDER, s.448; CRAMER, , Par.25, n.22, s.401

⁴⁸¹ ÖNDER, s.449

kurumu kabul edilmeseydi ve limitli bağıllık kuralı şeriklikte geçerli olsaydı bu durumda meşru müdaafadan yararlanan aracı yöneten dolaylı fail cezasız kalacaktır.

Ekstrem bağıllık kuralında ön plandaki kişinin ayrıca kusurlu da olması gerekir. Kusurlu değilse, arka plandakiler cezalandırılamaz.⁴⁸² Bu durumda kanunda dolaylı faillik kurumu düzenlenmişse, bu hüküm devreye girer ve kusurlu olmayan aracı suça yönelten kimse dolaylı faillik hükümlerince sorumlu olur.

Aşırı bağıllık kuralında ise, diğer bağıllık kurallarındaki şartlara ek olarak cezalandırılabilme şartı da aranmıştır. Bu kural uygulanabiliyor olsaydı dolaylı faillik kurumu en geniş işlerliği kazanırdı. Çünkü fiilin tipe uygun olmaması, hukuka uygunluk sebebinin bulunması, aracın kusurlu olmaması ve de cezalandırılabilir olmaması durumunda arka plandaki kişi şeriklik hükümlerine göre değil; dolaylı faillik hükümlerine göre cezalandırılabilecektir.

Özetlemek gerekirse bağıllık kuralının, aynı zamanda şeriklerin cezalandırılabilmesinin şartları arttıkça dolaylı faillik kurumun alanı genişleyecektir. Arka plandaki kişilerin şeriklerin hükümlerine göre cezalandırılma olasılığı azalırken; dolaylı faillik hükümlerine göre cezalandırılma olasılığı artmaktadır.

Türk Ceza Kanununda kabul edilen bağıllık kuralının ise çifte fonksiyonundan bahsedilir.

Şeriklerin cezalandırılabilmesi için asıl fiil işlenmiş olmalıdır. Buna şerikliğin şarta bağlı olma özelliği denir.⁴⁸³ Esas fiilin mutlaka kasten işlenmesi ve hukuka

⁴⁸² ÖNDER, s.449

⁴⁸³ EREM, s.391

aykırı olması gerekir.⁴⁸⁴ Aynı zamanda failin hukuka uygunluk sebebinden yararlanması şeriklerin de yararlanması sonucunu doğurur.⁴⁸⁵ İşlenen suça iştirak, katılma iradesi gerçekleşmediğinde şerik, suça iştiraktan sorumlu olmaz. Diğer bir deyişle şerikler illi değer taşıyan katkılarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir.⁴⁸⁶ Bu durumda ön plandaki kişi, hukuka uygun hareket ettiğinde yahut kasten hareket etmediğinde, dolaylı faillik kurumunun kabul edilmemiş olması halinde arka plandaki kişiyi şeriklik esasına göre cezalandırmak mümkün olamayacaktır.⁴⁸⁷

Ancak, iştirak kurallarında hangi bağıllık kuralı esas alınır mı alınsın dolayısıyla faillik hallerinin hepsini kapsayacak nitelikte olamaz.⁴⁸⁸ Örneğin fail hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanıyorsa şerikler cezasız kalacaktır.⁴⁸⁹

Türk Ceza Kanunu suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığını yeterli görerek sınırlı bağıllık kuralını esas almıştır. Ancak failin davranışı hukuka aykırı ve kasten olursa şerikler cezalandırılır.⁴⁹⁰

Kaldı ki, iştirak halinde failin fiilinin suç oluşturmaması halinde suç ortaklarının cezasız kalmasını engellemek için; öğretide bu boşluk dolaylı faillik kurumuyla doldurulmuşken, 5237 s.k failin fiilinin suç oluşturmadığı durumlarda,

⁴⁸⁴ Kastın kusurluluğun bir türü olmadığı, haksızlığın bir gerçekleştiriliş biçimi olduğunu savunan görüşe göre; bağıllık kuralı içinde failin ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Fail kusursuz bile olsa, örneğin akıl hastasıysa, bağıllık kuralı gereğince şerikler yine de cezalandırılacaktır. Burada dolaylı faillik ve şeriklik üzerinde ayrımı belirleyen kusursuz kişinin üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığıdır. Eğer hakimiyet kurulmuşsa bu takdirde şerikliğe nazaran failliğin önceliği prensibi uyarınca dolaylı faillik hükümleri uygulanacaktır. ÖZGENÇ, Ceza Genel, s.516

⁴⁸⁵ ÖZBEK ve diğerleri ,s.564

⁴⁸⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDUNYA, s.668

⁴⁸⁷ HAKERİ, İştirak, .98

⁴⁸⁸ EREM, s.421

⁴⁸⁹ TANER, s.530

⁴⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZs.448

ortakların cezasız kalmasını engellemek için dolaylı faillik kurumunu yasallaştırmıştır.⁴⁹¹ Ancak karşı görüşe göre, dolaylı faillik boşluk doldurucu bir kurum değildir. Failliğin şerikliğe nazaran asliliği ilkesine göre ilk başta tartışılması gereken nokta dolaylı fail olup olmadığıdır. Eğer dolaylı fail olamıyorsa, o takdirde şeriklik olup olmadığına karar verilecektir.⁴⁹²

Oysa dolaylı faillikte araç kişinin hareketleri hareketin hukuka uygun olması veya araç kişinin kusurlu olmaması sebebiyle görünen kişinin fiili suç oluşturmaz . Buna rağmen sahne arkasındaki kişi sorumlu tutulur. Bu nedenle dolaylı faillikte bağıllık kuralından bahsedilemez.

II. ŞERİKLİK VE DOLAYLI FAİLLİĞİN KARŞILAŞTIRILMASI

Faillik, failin fiili kendisinin işlemesi iken; şeriklik bir başkasının fiiline katılmadır.⁴⁹³ Kabul edilen teoriye göre fail, fiil üzerinde filli hakimiyet kurarken; şerik fiili hakimiyet kuramamıştır.⁴⁹⁴ Azmettiren yahut yardım eden şeriklerin varlığı hukuka aykırı temel bir fiilin varlığına bağlıdır.⁴⁹⁵ Temel fiil ve bunu işleyen bir fail yoksa, azmettirme ve yardım etmeden bahsedilemez.

⁴⁹¹ ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, Beta Basım A.Ş, İSTANBUL,2015, s.443

⁴⁹² ÖZGENÇ, Suça İştirakin..., s.199

⁴⁹³ HEINRICH Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım II, (Ed. Prof.Dr. Yener Ünver),Ankara, 2015, s.252.

⁴⁹⁴ HEINRICH, s.272

⁴⁹⁵ WESSELS Johannes, BEULKE Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau, 42. Baskı, 2012, kn.551,s.209,

A. AZMETTİRME VE DOLAYLI FAİLLİK ARASINDAKİ AYRIM

Çalışmamızın ilk kısmında da ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere, dar anlamda faillik düşüncesinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde faillik ve şeriklik birbirinden farklı kavramlardır. Dolaylı faillik, faillik altında incelenirken; azmettirme şeriklik altında incelenir.

Ancak bu ayırım her zaman bu kadar kolay olmamıştır. 19. yy. hukukçuları dolaylı fail ve azmettirmeyi aynı başlık altında ‘’manevi faillik altında incelemişlerdir.⁴⁹⁶ Fakat filli hakimiyet teorisinin de kabul edilmesiyle beraber dolaylı faillik ve azmettirme arasındaki ayırım belirginleşmiştir. Azmettirme de bir başkası suça azmettirilir ve fiil, azmettirilen kişinin failin fiilidir. Dolaylı faillikte ise, arka plandaki kişi, araç kimseyi hataya düşürerek, cebir, tehdit kullanarak yaptırdığı fiili kendi fiili gibi görür.⁴⁹⁷

Suç tipinin gerçekleştirilmesine etkide bulunan ancak fiil üzerinde fail kadar hakimiyeti bulunmayanlara şerik denilmektedir.⁴⁹⁸

Azmettirme ile dolaylı failliği birbirinden ayıran ölçüt, aracın harekete egemenliğinin arka plandaki kişinin iradeye egemenliğine baskın gelip gelmediğidir.⁴⁹⁹ Bunu şu şekilde formüle edebiliriz.

⁴⁹⁶ ÖZGENÇ, Suç İştirakin Hukuki Esası..., s.199

⁴⁹⁷ WEBER Heinz, Die mittelbare Täterschaft unter eingehender Berücksichtigung der Benutzung von Kindern und Jugendlichen, 1928, s.1

⁴⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, , s.448

⁴⁹⁹ DEMİRBAŞ, s.491

Ön plandaki kişinin hareket egemenliği > Arka plandaki kişinin irade egemenliği ise azmettirme;

Ön plandaki kişinin hareket egemenliği< Arka plandaki kişinin irade egemenliği ise dolaylı faillik söz konusudur.⁵⁰⁰

Dolaylı faillikte, dolaylı fail olayları baştan sona kendi hakimiyetinde tutar. Ortada süje-obje ilişkisi vardır. Ancak azmettirmede suçun işlenip işlenmeyeceği hususu faile bağlıdır.⁵⁰¹ Azmettirme dolaylı faillikle kıyaslandığında tali öneme sahiptir.⁵⁰² Aslında buradaki ayrım son fazda ortaya çıkar; faillikte son kararı verme gücü failin elindedir; tamamlayıp tamamlamama kararı failin iradesindedir.⁵⁰³ Oysa azmettiren son kararı verme gücünü elinde tutmaz; suç fikrini failin aklına sokar ve kendisi geriye çekilir; suç işleyip işlememe kararını fail verir.

Azmettirme ilk başta failin aklında suç fikri olmaması bakımından dolaylı faillğe benzer. Suç işleyen kişi, azmettirenin yönlendirilmesi gerçekleşmeseydi suç işlemeyecekti denilebilmesi gerekir.⁵⁰⁴ Ancak azmettiren özgür iradesiyle hareket eden kimseyi suça yöneltirken, dolaylı faillikte araç ya suç işlediğinin farkında değildir ya da uygulanan cebir tehdit sonucu başka türlü hareket edememektedir.⁵⁰⁵ Yani burada ayrım arka plandaki kişi açısından değil, sahnedeki kişinin özellikleri bakımından ortaya çıkmaktadır.

⁵⁰⁰ ÖZTÜRK/ERDEM, s.367

⁵⁰¹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s.516

⁵⁰² CRAMER, Par.25. n.37 s.404

⁵⁰³ TRECHSEL, s.48

⁵⁰⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.489

⁵⁰⁵ ARTUK/ GÖKÇEN/YENİDÜNYA s.648

Azmettirme çoğu zaman kiralama yahut emrin yerine getirilmesi şeklinde olur. Emrederek gerçekleştirilen azmettirmenin bir başka türü fail olarak çocukların kullanılmasıdır.⁵⁰⁶ Burada dolaylı faillik ve azmettirme arasındaki ayrım zorlaşmaktadır

Azmettiren, suça ikna edebilmek için, kişi üzerindeki otoritesini de kullanmış olabilir.⁵⁰⁷ Patronun işçiye uyuşturucu satmadığı takdirde işten çıkaracağını söylemesi örnek gösterilebilir. Burada kişi üzerinde ekonomik yahut sosyal bir baskı kurulsa da ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulmamıştır; bu nedenle arka plandaki kişi dolaylı fail değil; azmettirendir.⁵⁰⁸

Azmettirme bir şeriklik türü olmasına karşın, dolaylı faillik bir faillik türüdür. Bu nedenle azmettirenin cezalandırılabilmesi için bağıllık kuralına ihtiyaç duyulurken dolaylı fail için bağıllık kuralına ihtiyaç yoktur.⁵⁰⁹ Bu nedenle fiilden azmettiren olarak sorumlu tutulabilmesi için failin fiili hukuka aykırı ve kasten işlemiş olmalıdır.⁵¹⁰ Azmettiren fail olmamasına rağmen, suçun işlenmesinin asıl nedeni olduğu için, suçun cezası ile cezalandırılması yoluna gidilmiştir.⁵¹¹

⁵⁰⁶ SOYASLAN, s.498

⁵⁰⁷ AYDIN, s.168

⁵⁰⁸ ÖNDER, s.438

⁵⁰⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.648

⁵¹⁰ ÖZGENÇ, Ceza Genel, s.516

⁵¹¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.527; KOCA/ÜZÜLMEZ s.463,

Azmettirmenin var olabilmesi için üç kriter öne sürülmüştür;

- Sonuca ulaşabilme olasılığı (Başarıya ulaşabilme olasılığı arka plandaki kişinin kendi elindeyse bu durum, dolaylı faillığe yaklaşmıştır.⁵¹²)
- Suç işleme iradesinin yoğunluğu
- Failin kötü yola sevk edilmesinin derecesi

Bütün bunlar değerlendirilirken faillığe öncelik verilecektir; faillik olmadığı durumda azmettirme denilecektir.⁵¹³

1. Azmettirmenin Ağırlaşmış Hali ile Kıyaslama

TCK, 38/2'ye göre altsoy ve üstsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirmede ve çocukların suça azmettirilmesinde artırım yapılması gerekmektedir.

Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfusun kullanılması suretiyle azmettirmede; azmettirilenin çocukların olmasına gerek yoktur. Çocukların suça azmettirilmesinde ise üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmasına gerek yoktur.

Burada tartışılması gereken nokta, çocukların suça azmettirilmesi ve çocukların suçta araç olarak kullanılması ayrımıdır. Kusur yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak kabul edenler 0-12 yaş grubundaki küçüklerin suçta kullanılması halinde her halükarda dolaylı faillik hükümleri uygulanacağını savunurken; 12-15 yaş aralığındaki çocukların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirebilme kabiliyeti varsa; 15-18 yaş

⁵¹² TRECHSEL, s.23

⁵¹³ TRECHSEL, s.16

grubundaki çocuklar kandırılmamış yahut üzerlerinde cebir tehdit kullanılmamışsa azmettirme kapsamında değerlendirileceğini savunmaktadırlar⁵¹⁴. Bu durum, 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği bağıllık kuralı ile de ilintilidir; buna göre fail hukuka aykırı ve kasten hareket etmediği sürece azmettiren ve yardım eden cezalandırılmayacaktır; kusur yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak kabul eden yazarlar, Türk hukuk sisteminde kabul edilen bağıllık kuralı gereğince kusur yeteneği olmayan kişiyi, azmettirenin yahut söz konusu kimseye yardım edenin cezalandırılmamasını kabul etmek durumunda kalırlar.

İsnat yeteneğini failin niteliği olarak kabul eden görüş ise, her yaş grubundaki çocuğun yahut akıl hastasının da kasten hareket edebileceğini savunduğundan, iştirakin gerçekleştiriliş şekli açısından reşit ve akıl hastalığı yahut zayıflığı olmayan kimselerle küçüklerin ve akıl hastalığı olan kimselerin eşit olduğunu; kişi üzerinde hakimiyet kuruluyorsa dolaylı faillik olduğunu, sadece suç fikri aklına sokulup geri çekiliyorsa azmettirme olduğunu kabul eder. Ancak kanundaki düzenleme uyarınca isnat yeteneği olmayan çocuklar azmettirilmişse, azmettirenin cezasının artırılacağını savunulur.

Yargıtay'ında bu konuda aksi yönde verdiği kararları olsa da⁵¹⁵; isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak değil; failin bir niteliği olarak kabul ettiğimizden küçüklerin araç olarak kullanılması veya azmettirilmesi arasındaki çizgi çizilirken genel kuraldan sapmaya gerek olmadığını düşünüyoruz. Arka

⁵¹⁴ BAKICI, s.853

⁵¹⁵ Yargıtay, kusur yeteneğinin olmadığını kabul ettiği 12 yaşın altındaki çocukların suçta kullanılması halinde, azmettirme hükümlerinin uygulanmayacağını, dolaylı faillik hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. Y. 6. CD. 18.12.2013, 2011/12766 E., K.2013/25676; Y.6.CD. 30.04.2014, 2012/2493 E., 2014/8764 K.; Y. 6. CD. 24.06.2014, 20122/6508 E., 2014/13105 K., TÖNGÜR Ali Rıza, Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme, Ceza Hukuku Dergisi, Y:10,S.28, Ağustos 2015

plandaki kişi, küçüğün iradesi üzerinde hakimiyet kurarak kendine bir suç mal etme eğilimi içerisindeyse dolaylı fail; ancak çocuğun iradesi üzerinde hakimiyet kurmayarak, yalnızca suç fikrini aklına soktuktan sonra geri çekilmesi halinde ise azmettiren olduğunu kabul ediyoruz. Ancak bu kabulden elbette, reşit ve küçük üzerinde irade hakimiyetinin kurulabilmesinin aynı zorlukta olduğunu savunmuyoruz; irade hakimiyetinin kurulup kurulmadığının her somut olayda araç olarak kullanılan kişinin nitelikleri de göz önünde bulundurularak değerlendirilmelisi gerekir.

B. YARDIM ETME VE DOLAYLI FAİLLİK ARASINDAKİ AYRIM

Yardım etme, tali derecede önemli olan, bu hareketler olmasa da failin bir şekilde filli gerçekleştirebileceği hareketlerdir. Ayrıca yardım eden tam bir suç işleme iradesiyle değil, başkasının fiiline katkıda bulunma bilinciyle hareket etmektedir.⁵¹⁶ Yardım edenin suç üzerinde fiili hakimiyeti yoktur. Bu bakımdan faillikten ayrılmaktadır.

Dolaylı faile baktığımızda dolaylı fail olmasa suç işlenmeyecektir. Araç kimsenin suç işleme kastı olmadığından, dolaylı fail bizzat suç işleme kastıyla hareket etmektedir.

Ayrıca yardım etme fail suçu işlemeyen önce, suç esnasında veya işledikten sonra olabilir. Yardım maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir.⁵¹⁷

⁵¹⁶ SOYASLAN, s. 494

⁵¹⁷ SOYASLAN, s.494

Dolaylı fail ise bir kukla oynatır gibi bütün her şeyi yönetmektedir. Dolaylı faillik sıfatının aracı yönetebilmek için manevi niteliği olmakla beraber; gerektiğinde maddi şekilde yönetme de sağlanacaktır.

Yardım etme failliğin her türünde mümkün olabilmektedir. Failin kasten hareket etmediği hallerde yardım etme mümkündür, ancak kişi failin kasten hareket etmediğini bilmekte ve bundan yararlanmak amacıyla hareket ederse, artık yardım eden değil; dolaylı fail olarak sorumlu olur



SONUÇ

Biçimsel kanunilik ilkesinin sonucu olarak, iştirak hükümleri genişletici niteliktedir, ceza sorumluluğunu daha geniş alana yayar. Dolaylı faillik hükmü de ceza sorumluluğunu genişleten, sahne arkasındaki kimseye sorumluluk teşmil ettiren bir hükümdür. Arkada bulunan kimse tipik fiili kendi yapamamakta, yaptırmaktadır. Dolaylı faillik kurumu, iki aşamada vücut bulur. İlk olarak arkadaki kişi, öndeki kişi üzerinde hakimiyet kurmaktadır. İster mümeyyiz; ister küçük yahut akıl hastası olsun, hile, cebir, tehdit gibi yollarla ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurulması gerekir; bu hakimiyet en azından, araç kişinin kasten hareket etmediği hallerde, dolaylı faile fiil üzerinde hakimiyet sağlar.

Dolaylı faillik anlatılırken araç kimseye her ne kadar kukla denilse de; aslında araç kimsenin ceza hukuku bakımından hareket kabiliyetinin olması ve somut olayda hareketinin iradi olarak meydana gelmiş olması aranır. Ancak buna rağmen –taksirli hali saklı kalmakla beraber- araç kimse yaptığı hareketin tipik olmaması yahut hukuka uygun olması veya zorlanmış bir irade sonucu kusurlu olmaması nedeniyle kınanamaz, kendisine ceza sorumluluğu yüklenemez. Ceza sorumluluğunun muhatabı, araç kimse üzerinden kurduğu hakimiyet nedeniyle dolaylı faildir.

KAYNAKÇA

- ARTUK** Mehmet Emin, **GÖKÇEN** Ahmet, **YENİDÜNYA** Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ARTUK** Mehmet Emin, **GÖKÇEN** Ahmet, **YENİDÜNYA** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
- ARTUK** Mehmet Emin, ‘‘Suç Genel Teorisi’’ iç. Ceza Hukuku El Kitabı 1. Bası, İstanbul, 1989, s.238.
- AYDIN** Devrim, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Y.2006, C.55, S.1
- AYDIN** Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
- BAKICI** Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
- CARD** Richard, **MOLLOY** Jill, Criminal Law, 22. Baskı, Oxford, 2016,
- CENTEL** Nur, **ZAFER** Hamide, **ÇAKMUT YENERER** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Eylül, 2014
- ÇINAR** Ali Rıza, Tehdit Suçu Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
- ÇİHAN** Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- ÇAKMUT YENERER** Özlem, Türk Ceza Yasasında Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçu (TCK m.177), MÜHFD, s.929-946
- DEĞİRMENCİ** Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, TBB Dergisi 2014, S:110.
- DEMİRBAŞ** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, 2016
- DEMİREL** Hakkı, ‘‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’’, AÜHFD, C.:XII, S.:3-4, 1955
- DEVİRİN** Şinasi Z., Ceza Hukuku, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1946
- DONAY** Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007
- DÖNMEZER** Sulhi, **ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki, Ceza Hukuku Genel Kısım, C.2, 10. Baskı, İstanbul, 1994

- EKİCİ ŞAHİN** Meral, Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8
- ERDEM** Mustafa Ruhan, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, HPD, 2005/5
- EREM** Faruk, **DANIŞMAN** Ahmet, **ARTUK** Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- EREM** Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.1, Genel Hükümler, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976
- EREM** Faruk, Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD.C.16, S.1-2, 1990
- EREN** Fikret, Borçlar Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2003
- GÖZÜBÜYÜK** Pulat, Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi, Adliye Ceridesi, Y.33, S.1, 1942
- GÜLEÇ** Sesim Soyar, Türk Ceza Kanunda Haksızlık Yanılgısı, DEÜHFD, C.10, S.1, 2008
- GÜLŞEN** Recep, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- GÜNAY** Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- GÜNDAY** Hakan, Daha, Doğan Kitap
- GÜNGÖR** Devrim, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010
- GÜNGÖR** Devrim, Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007
- HAFIZOĞULLARI** Zeki, "Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı (1925-1975)
- HAFIZOĞULLARI** Zeki, **ÖZEN** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, U-S-A Yayıncılık, 2012, Ankara
- HAFIZOĞULLARI** Zeki, **ÖZEN** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, U-S-A Yayıncılık Ankara, 2013
- HAFIZOĞULLARI** Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış, Polis Dergisi, S.44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005
- HAKERİ** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

- HAKERİ** Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 1. Baskı, Ankara, 2006
- HAKERİ** Hakan, Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak, Ceza Hukuku Dergisi, Y.1. S.1, 2006
- HAKERİ** Hakan, Ceza Hukuku Vasıtasıyla Tarihle Hesaplaşma- Almanya Örneği, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.
- HEINRICH** Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım II, (Ed. Prof. Dr. Yener ÜNVER), Ankara, 2015
- İÇEL** Kayıhan, **AKINCI SOKULLU** Füsün, **ÖZGENÇ** İzzet, **SÖZÜER** Adem, **MAHMUTOĞLU** Fatih, **ÜNVER** Yener; Suç Teorisi 2. Kitap, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2000
- İÇEL** Kayıhan, Ceza Kanunlarında Yenileştirme Eğilimleri ve İlkerli Kolokyumu, İÜHF. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü- Atatürk'ün 100. Doğum Yıldönümü Kutlama Çalışmaları- Kolokyumlar ve Tartışmalar, İstanbul, 1981.
- İÇEL** Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.
- İSFEN** Osman, Yeni TCK'da Organize Hakimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK m.220/5),HPD, 2006/7, S.54
- KANGAL** Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
- KANGAL** Zeynel, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003
- KARAKURT** Ahu, 'Türk Ceza Kanununda Hata', Ceza Hukuku Dergisi, Y:4, S:10, Ağustos, 2009
- KAŞIKARA** M. Serhat, Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Y:1, S:2,
- KEÇELİOĞLU** Elvan, Kusurluluğu Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, S.87, 2010,
- KESKİN** Serap, Suç Ortaklığı (Suça İştirak), Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu- Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997) İstanbul, 1998

- KEYMAN** Selâhattin, Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHFD, C.4, S. 1-4, 1988
- KOCA** Mahmut, **ÜZÜLMEZ** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları,, Ankara, 8. Baskı, 2015
- KOCA** Mahmut, Yağma Cürümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- KOPARAN** M. Reşat, TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, TBB Dergisi, S.64, 2006
- KREY** Volker, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2,3. Auflage
- KUNTER** Nurullah, Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza, İÜHFM, C.13, S.1,Y.1947
- KÜÇÜKTAŞDEMİR** Özgür, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir (TCK m.28), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- MALKOÇ** İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, Malkoç Yayınevi, Ankara 2003
- OZANSÜ** Mehmet Cemil, Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (ed. Prof. Dr. Yener Ünver) Ankara, 2006
- ÖNDER** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:2-3, Beta Basım, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK** Veli Özer, **KANBUR** Mehmet Nihat, **DOĞAN** Koray, **BACAKSIZ** Pınar, **TEPE** İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara, 2015, s.553
- OKUYUCU ERGÜN** Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008
- ÖZEK** Çetin, 1997 Türk Ceza Yasasına İlişkin Düşünceler, İÜHFM C.LVI, S.1-4, 1998
- ÖZEN** Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- ÖZEN** Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995
- ÖZGENÇ** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- ÖZGENÇ** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005

- ÖZGENÇ** İzzet, ‘‘Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’’, YD, C.25,S.1-2,1999,
- ÖZGENÇ** İzzet, Suç Teşekkülü Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan Sayısı, C: LV, S:3, 1998
- ÖZGENÇ** İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, Yayın No:2, 1996
- ÖZGENÇ** İzzet, Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik, SÜHFD, C.4,S.1-2,1994.
- ÖZGENÇ** İzzet, **ŞAHİN** Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001
- ÖZKAN** Halid, Türk Ceza Hukukunda Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- ÖZTÜRK** Bahri, **ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, 2015.
- POLAT** Ahmet Zeki, Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, 1. Baskı, İstanbul, 1999.
- PISAPIA** Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Genel Kısım, Padova, 1965, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara,1971, (çev. AKGÜÇ Atıf),
- REEHAG** Constantin, Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rectstradition, Band K 142, Duncker & Humblot, Berlin
- ROXIN** Claus, Taterschaft und Tatherrschaft, Walter de Fruyter, Berlin, New York, 7. Baskı,
- ROXIN** Claus, Strafrecht AllgemeinerTeil, Band-“1 Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlah C.H. Beck,2006, Münih
- ROXIN** Claus, Yasağa İlişkin Yanılma, (Çev. Osman İsfen), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (ed. Prof. Dr. Yener Ünver) Ankara, 2006
- SANCAR** Türkan, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1998
- SCHÖNKE** Adolf, **SCHRÖDER** Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 1991
- SCHROEDER** Friedrich Christian, Der Taterhinter dem Tater, 1965

- SINAR** Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, CHD, Y.6, S.15, Nisan 2011,
- SOKULLU AKINCI** Füsun, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26–27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998,
- SOYASLAN** Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014,
- SÖZÜER** Adem, Tehdit Suçu, İÜHFM LIV (1991-1994)
- ŞEN** Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C.1 (m.1-146), Vedat Kitapçılık, 2006
- TANER** Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013
- TANER** M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953
- TEZCAN** Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan, **ÖNOK** R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- TOROSLU** Nevzat, **TOROSLU** Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi Ankara, 2016
- TOROSLU** Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005
- TOROSLU** Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, AÜHF Yayınları, No:234, 1968
- TRECHSEL** Stefan, Der Strafgrund der Teilnahme, Bern, 1967
- TÖNGÜR** Ali Rıza, Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme, Ceza Hukuku Dergisi, Y:10, S.28, Ağustos 2015
- Türk Ceza Kanunu Reformu “Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu “C:2 TBB Yayınları, Ankara, 2004
- ÜNVER** Yener, **HAKERİ** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- ÜNVER** Yener, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2016
- ÜNVER** Yener, Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi” Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul, 2011.

- ÜNVER** Yener, YTCK'da Kusurluluk, Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.1, 2006
- ÜNVER** Yener, Sebebinde Serbest Hareketler Kavramı, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999
- ÜNVER** Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997), İstanbul, 1998.
- ÜNVER** Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989.
- ÜZÜLMEZ** İlhan, Dolaylı Faillik, (TCKM. 37/2), EÜHFD 2006, C.1, S.2,
- WEBER** Heinz, Die mittelbare Täterschaft unter eingehender Berücksichtigung der Benutzung von Kindern und Jugendlichen, 1928, s
- WESSELS** Johannes, **BEULKE** Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau, 42. Baskı, 2012
- YENİDÜNYA** A. Caner; **DEĞİRMENCİ** Olgun; Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağanı, C.1, Ankara, 2008
- YILDIZ** Ali Kemal, Dolayısıyla Faillik, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu- Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997) İstanbul, 1998
- YÜCE** Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C:1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982
- ZAFER** Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015

ÖZET

Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanmayı ifade eden dolaylı faillik kurumu, iştirak kurumu içerisinde incelenmiştir. 765 sayılı Kanunda yasal bir dayanak olmamasına rağmen doktrinde kabul gören bu kurum; 5237 sayılı TCK ile yasal zemine oturtulmuştur. Tezde dolaylı faillik kurumunun tarihçesinden sonra, hangi hallerde dolaylı faillik kurumunun ortaya çıkabileceği mahkeme kararlarıyla ortaya konmuş ve kurumun isnat yeteneği ile bağlantısı incelenmiştir. Son olarak dolaylı faillik kurumunun diğer iştirak türleri ile farklılıkları ortaya konmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

The subject of innocent agent, which in itself inferred to as manipulating of one to commit to a criminal offence, is evaluated under complicity. Although there is no codified background of the institution at the Penal Code no. 765, it was yet approved by to the scope (standard) of legal doctrine. The foundation of the innocent agent has been established at the Penal Code no. 5237. At the dissertation below, after a brief history of indirect perpetration, the circumstances it may occur has been studied via jurisprudence and its relationship with the concept of imputability has been analysed. Lastly, the differences between indirect perpetration and the other types of commitment has been presented in this study.