

Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5

*Mustafa Ruhan ERDEM**

I. GİRİŐ

Suların giderek daha fazla sayıda kolektif biçimde işlenmesi ve karmaŐık bir yapıya kavuŐması, geleneksel ceza hukuku kurum ve kavramlarını ciddi sorunlarla karŐı karŐıya bırakmaktadır. Özellikle cezalandırma bakımından suçun işlenmesine olan katkının ağırlığına göre suç ortakları arasında bir ayırımı giden ikilik sisteminde, her bir suç ortağının suçun işlenmesinde aldığı rolü belirlemek güçlük göstermektedir. Hele karmaŐık örgütlü bir yapının söz konusu olduğu durumlarda bu güçlük daha da artmaktadır. 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m. 220/5, bu güçlüğü, “*rgt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağına*” yer vermek suretiyle aŐmaya çalışmıştır. Kanunda, doğrudan failin işlediği fiilin rgt arka planda yönetenlere yüklenebilmesi bakımından herhangi bir ölçüt de getirilmemiŐtir. Kanunun gerekçesine bakıldığında ise¹, örgüt yapısı içinde doğrudan failin yerine bir başkasının *rahatlıkla ikame edilebilmesi* nedeniyle örgüt yöneticileri örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen her suçtan sorumlu tutulmaktadır. Bu peşin ve kestirme kabulün, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen her suçtan dola-

* Prof. Dr., YaŐar Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ “*rgt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmaladırlar*”

yı arka plandaki yöneticileri (dolaylı) fail olarak sorumlu tutmak için yeterli sayılıp sayılamayacağı bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Arka plandaki kişilerin suça iştirak açısından konumunu belirlemeye yönelik olarak ileri sürülen görüşleri esas itibarıyla üç başlık altında toplamak mümkündür: Arka plandaki kişiyi dolaylı fail olarak kabul eden görüş, birlikte fail olarak kabul eden görüş ve azmettiren olarak kabul eden görüş. Bu konuyla ilgili yapılan tartışmaların pratik açıdan çok fazla bir önemi yoktur; çünkü tamamen sorumlu olan doğrudan failin arkasındaki kişinin dolaylı fail olarak mı, birlikte fail olarak mı, yoksa azmettiren olarak mı sorumlu tutulacağı sorusuna verilecek yanıt, bunları için öngörülen cezanın aynı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca akademik bir önem taşımaktadır².

II. ORGANİZE YAPI İÇERİSİNDE OTORİTER İLİŞKİLERDE ARKA PLANDAKİ KİŞİYİ DOLAYLI FAIL OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞLER

1. Genel Açıklama

TCK m. 37/2'de "*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur*"; Alman CK § 25 I'de "*suçu bizzat ya da başkası aracılığıyla işleyen kişi fail olarak cezalandırılır*" denilmek suretiyle dolaylı faillik düzenlenmiştir. Buna göre dolaylı fail, bir başkasını suç

² Kural olarak organize bir yapı içerisinde egemen olan ilişkiler göz önünde bulundurulduğunda, TCK m. 39 ve Alman CK § 27 I anlamında "*yardım*" gündem dışı kalmaktadır. Bilindiği üzere, yardımda asıl faile fiili işlemesi konusunda maddi ya da manevi her türlü nedensel katkıda bulunulmaktadır. Gerçi yardım etme birlikte faillığe yaklaşmaktadır. Ancak ondan farklı olarak yardım edenin fiil üzerinde bir egemenliği mevcut değildir (Öztürk/ErDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, 2011, § 6 no. 658; Brammsen/Apel, Anstiftung oder Täterschaft? "Organisationsherrschaft" in Wirtschaftsunternehmen, SJZ 2008, s. 260; Joecks, in: Strafgesetzbuch Münchener Kommentar, 2003, § 27 no.1; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, § 10 no. 141; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 27 no.2; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar 27. Aufl. 2011, § 27 no.1). Faillikten farklı olarak yardım eden ne fiili bizzat ya da başkası aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Suçun işlenmesinde ancak ikinci derecede rol aldığı için organizasyona egemenlik nedeniyle (dolaylı veya birlikte) fail ya da azmettiren sayılmasına olanak bulunmamaktadır.

işlemekte araç olarak kullanan kişidir³. Öyle ki, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişi bizzat mağdur da olabilir. Görüldüğü gibi, dolaylı faillikte fiile en az iki kişi katılmaktadır: Dolaylı fail ve onun aracılığıyla suçu işleyen “bir başkası”⁴. Bir başka kişiyi fiilin işlenmesinde araç olarak kullanan kişi, iradeye egemenlik sayesinde tipikliğin gerçekleşmesi için zorunlu olan davranışı bir başkasına yaptırdığı için sorumlu tutulmaktadır. Fiilin, bir bütün olarak arka plandaki kişinin eseri olarak nitelendirilebilmesi için bu kişinin iradesi araç olarak kullanılan kişinin iradesi üzerinde baskın konumda olmalıdır⁵. Buradan da anlaşılacağı üzere, dolaylı faillik, arka plandaki kişinin araç olarak kullandığı kişiyi dilediği gibi yönlendirebilmesini gerektirir⁶. Bu nedenle suç tipini kasten, hukuka aykırı ve kusurlu olarak bizzat gerçekleştiren kişi dolaylı değil, doğrudan faildir⁷.

Başkasına (araç kişiye) ait bir davranışın arka plandaki kişiye yüklenebilmesi, özel bir meşruiyeti gerekli kılar. İşte bu meşruiyet, arka plandaki kişinin araç kişinin davranışını yönlendirebilmesinden ve böylece onun fiili üzerinde egemenlik kurmuş olmasından kaynaklanmaktadır⁸. Arka plandaki kişiye faillik sıfatı bahşedilmesi, araç olarak kullanılan kişinin *defekt* durumundan kaynaklanmaktadır. Bunun nedeni, doğrudan failin cebir ve tehditle fiili işlemeye zorlanması, kusurunun bulunmaması ya da yanılmış olmasıdır. Her üç alternatifte de, arka plandaki kişinin iradeye egemenliği, fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin fiile egemenliği ile karşılaştırıldığında, daha baskın durumdadır.

O halde burada şöyle bir soru ortaya çıkmaktadır: Hukuka aykırı, kusurlu ve kasıtlı bir davranışla tipikliği gerçekleştiren bir kişi, arka plandaki kişinin aracı olarak kabul edilebilir mi? Kendi fiilinden

³ *Ingelfinger*, in: Gesamtes Strafrecht StGB/StPO/Nebengesetze –Handkommentar, 1. Auflage 2008, § 25 no. 13; *Murmann*, Mittelbare Täterschaft, JA 2008, s.321; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 28. Auflage 2010, § 25 no.6

⁴ *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 2000, § 20 no.38

⁵ *Lackner/Kühl*, § 25 no.2

⁶ *Gropp*, § 10 no. 47; *Ingelfinger*, in: GS, § 25 no. 13

⁷ *Lackner/Kühl*, § 25 no.2; *Lampe*, Tätersysteme: Spuren und Strukturen, ZStW 119 (2007), s. 471

⁸ *Murmann*, JA 2008, s. 321

dolayı sorumlu olan kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurmak kural olarak mümkün olmadığına göre, bu kişinin aynı zamanda bir başkasının aracı olarak kabul edilmesine kural olarak olanak yoktur (“*sorumluluk prensibi*”)⁹. Ne var ki, bazı istisnai durumlarda suç tipini kasten, hukuka aykırı ve kusurlu olarak bizzat gerçekleştiren kişi üzerinde de arka plandaki kişinin egemenlik kurabileceği kabul edilmektedir. Bu durum, *masa başı fail* olarak da adlandırılan ve asıl fiili işleyen kişilerin arkasındaki bu kişinin özellikle organizasyona egemenliği durumunda gündeme gelmektedir¹⁰.

2. Çıkış Noktası

Alman Federal Mahkemesi 1962 yılında verdiği bir kararda gizli haber alma servisinin görevlendirmesiyle bir başkasını bizzat öldüren ajanın yardım eden, arka plandaki kişinin ise fail olarak cezalandırılacağı sonucuna ulaşırken (“*Stachynskij olayı*”)¹¹, hiç kimse bu görüşün yıllar sonra ne tür bir önem kazanacağını tahmin edememiştir. Söz konusu karar, giderek çıkış noktasından uzaklaşan ve artan biçimde ekonomik yaşama da aktarılan bir gelişmenin ilk habercisidir¹².

Dolaylı faillik biçimi olarak organizasyona egemenlik görüşünü ilk ortaya atan yazar ünlü Alman ceza hukukçusu *Claus Roxin*'dir. Yazar, 1963 yılında yazdığı bir makalede, *masa başı fail* (*Schreibtischtäter*) olarak adlandırdığı suç ortağının yardım eden olarak nitelendirilmesini eleştirmiştir¹³. O dönemde egemen olan *aşırı subjektif teori*¹⁴, Nazi döneminde işlenen ağır suçların cezasız kalması veya daha az cezalandırılması sonucuna yol açmaktaydı. O zamanki yargı kararlarına göre, fiili kendisi için isteyen kişi fail, başkası için isteyen kişi ise yardım eden sayılmaktaydı; burada belirleyici olan, kişinin fiile ilişkin iç

⁹ *Lackner/Kühl*, § 25 no.2

¹⁰ Bkz. *Lackner/Kühl*, § 25 no.2; *Murmann*, JA 2008, s. 324 vd.; *Lampe*, ZStW 119 (2007), s. 471

¹¹ Bkz. *Kühl*, § 20 no. 22

¹² *Brammsen/Apel*, ZJS 2008, s. 256

¹³ *Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, s. 193

¹⁴ Bu teorinin çıkış noktasını şart teorisi oluşturmaktadır (*Haas*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), s. 520

tasavvuru idi¹⁵. Fiili icra eden, kendisi için değil, politik liderliğin iradesi doğrultusunda işlemekteydi. Bizzat arka planda faaliyet gösteren organizatörler fiili özel yararları için değil, üst düzey devlet yönetimi için planlamakta ve emretmekteydi¹⁶.

Roxin'i, arka plandaki kişinin dolaylı fail sayılması görüşüne zorlayan, birlikte faillik konusundaki anlayışıdır. Onun düşüncesine göre birlikte faillikten söz edilebilmesi için teşebbüsün başlamasından suçun tamamlanması aşamasına kadar asıl fiilin işlenmesine suça iştirak edenlerin tümünün katkıda bulunması gerekir. Salt hazırlık aşamasındaki katkı birlikte faillik için yeterli değildir¹⁷.

3. Roxin'in Görüşü

Organize güç ilişkisinden kaynaklanan iradeye egemenlik nedeniyle dolaylı faillik, günümüz faillik öğretisinin temel konularından birisi haline gelmiştir. *Roxin* tarafından ortaya atılan görüşün temel dayanağı, üyelerinin değişken varlığından bağımsız olarak organizasyonun varlığını sürdürmesidir. Örgüt, doğrudan failin kişiliğinden bağımsız olarak *otomatik* biçimde faaliyetlerini yürütmektedir. Fiili icra eden kişi organizasyon içinde yalnızca çarkın bir dişlisidir. Bundan hareketle doğrudan failin *ikame edilebilirliği* arka plandaki kişiyi dolaylı fail haline getirir¹⁸. *Roxin*, arka planda faaliyet gösteren kişilerin bir bütün olarak *hukuk normlarından sıyrılmış* olması gerektiği için bu tür organizasyona egemenliğin çok seyrek durumlarda karşılaşılabileceğini belirtmektedir¹⁹. Çünkü yönetim ve icra organlarının kendileri dışındaki bir hukuk düzenine bağlı olduğu durumlarda, hukuk düzeni en üst bir çerçeve değere sahip olduğu ve normal durumlarda hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesini ve böylece arka plandaki kişinin irade gücünü önlediği için ön plandaki kişinin davranışına egemen olmayı gerektirecek bir etkiye sahip değildir²⁰. Şu halde bu tür bir fiile

¹⁵ BGHSt 18, s. 89 vd.; ("Staschinskj olayı")

¹⁶ BGHSt 18, s. 94 vd.; ("Staschinskj olayı")

¹⁷ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 no.198

¹⁸ *Roxin*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 2006, § 25 no.128

¹⁹ *Roxin*, in: LK § 25 no.129

²⁰ *Roxin*, in: LK § 25, no.129

egemenlik, bizatihi devlet otoritesi bir suç örgütü haline gelmiş ise ya da çok fazla üyeye sahip terör örgütleri ya da mafya tarzı örgütler gibi hukuk düzenini hedef alan “devlet içinde devlet” gibi faaliyet gösteren organizasyonlar bakımından mümkündür. Ayrıca yabancı güçlerin istihbarat örgütleri de bu kapsamda değerlendirilebilir²¹.

Bununla birlikte *Roxin*, son zamanlarda “suç örgütlerinde ikame edilebilirlik değişik ölçülerde ortaya çıkacağı için” önerdiği koşullara bir yenisini eklemiştir. Öyle ki, dolaylı failliğin tek başına ikame edilebilirlik ölçütüne dayandırılmaması gerekir²². *Roxin*’in önceki görüşünden farklı olarak arka plandaki kişinin fiile egemenliğine dayanan durumlar tek başına “ikame edilebilirlik” ve “hukuktan sıyrılmış olma” ölçütlerine dayandırılmaz²³. *Roxin*, organizasyona egemenlik nedeniyle dolaylı faillik için diğer bir kurucu unsurdan söz etmektedir: Buna göre hukuktan sıyrılmış organize güç ilişkisi içerisinde tipikliği gerçekleştirmeye yönelik son hareketi icra eden kişi, organizasyon açısından spesifik olan çok sayıda etkilenmeye maruz kalmaktadır. Gerçi bu durum, onun sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, ancak onu diğer potansiyel failere göre “fiile daha hazır” hale getirmekte ve bir bütün olarak ele alındığında neticenin gerçekleşmesi olasılığını artırmakta, böylece arka plandaki kişinin fiile egemenliğine katkıda bulunmaktadır²⁴. Böylece *Roxin*’in görüşünün bir ölçüde aşağıda ele alacağımız *Schroeder*’in görüşüne yaklaştığını söyleyebiliriz.

4. Schroeder’in Görüşü

Schroeder, “Fail Arkasında Fail” adlı kitabında²⁵ organizasyona egemenlik nedeniyle arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul etmiş olmakla birlikte, bunu başka bir gerekçe ile açıklamaya çalışmıştır. Yazara göre, dolaylı faillik, doğrudan failin fiili işleme konusunda koşullu kararından arka plandaki kişinin yararlanmasına dayanmaktadır. Eğer suç işleme kararının uygulamaya geçirilmesi, arka

²¹ *Roxin*, in: LK § 25, no.129

²² *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS 2006, s.297

²³ *Roxin*, ZIS 2006, s.298

²⁴ *Roxin*, ZIS 2006, s.298

²⁵ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, s. 167 vd.

plandaki kişinin yarattığı koşula bağlı ise, bu tür bir yararlanmadan söz edilebilir. Bir başkasının fiili işleme kararının varlığını bilmek, arka plandaki kişi için netice bakımından tipik bir haksızlık meydana getirmektedir. *Roxin*'de olduğu gibi fail arkasında fail öğretisi de organizasyon içerisinde arka plandaki kişiyi dolaylı fail olarak kabul etmektedir. Ondan farklı olarak bu alternatif model, arka plandaki kişinin failliğini, ön plandaki kişinin önceden mevcut fiili işleme kararlılığına dayandırmaktadır. Öyle ki, arka plandaki kişinin somut fiile ilişkin emir ve talimatları yalnızca ön plandaki kişinin faaliyete geçmesi için tetikleyici bir etki göstermektedir²⁶. Arka plandaki kişi, ön plandaki kişinin kural olarak koşulsuz olarak fiili işlemeye hazır olma durumundan yararlanmaktadır²⁷. Organizasyonun hiyerarşik yapısı içinde üst düzeyde bulunan arka plandaki kişinin failliği de işte organizasyon içinde fiili işlemeye hazır ve hiyerarşi içerisinde üstte bulunan arka plandaki kişilerce de varlığı bilinen kişilerden yararlanılmasından kaynaklanmaktadır²⁸. Neticenin ortaya çıkmaması rizikosunun bulunduğu azmettirmeden farklı olarak, arka plandaki kişinin fail sayılmasının nedeni, tam olarak fiili işlemeye hazır olan bir kişiden yararlanmak suretiyle yüksek ölçüde neticenin gerçekleşeceğine yönelik güvendir²⁹. Ön plandaki kişinin fiili işlemeye hazır olmasına sıkı bağlılık nedeniyle, bu konseptin uygulama alanı, zorunlu olarak hukuk düzeni dışında faaliyet gösteren suç organizasyonları ile sınırlıdır: Hukuk düzenini hedef almayan organizasyonlarda henüz ön plandaki kişiye etkide bulunmadan önce bu kişinin fiili işlemeye hazır olmasından da söz edilemez³⁰.

5. Görüşlerin Öğreti ve Uygulamadaki Yansımaları

İzleyen yıllarda organize otorite ilişkilerinden kaynaklanan iradeye egemenlik yoluyla dolaylı faillik figürü, Alman öğretisinde bir-

²⁶ *Schroeder*, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995, s.178.

²⁷ *Schroeder*, JR 1995, s.178.

²⁸ *Schroeder*, Der Täter..., s. 168

²⁹ *Schroeder*, JR 1995, s.178

³⁰ *Schroeder*, Der Täter..., s. 168

çok yazar tarafından benimsendiği gibi³¹; yabancı mahkeme kararlarında da geniş bir kabul görmüştür³². Uluslararası ceza hukukunda da tamamen sorumlu olan ön plandaki failin arkasında dolaylı failin söz konusu olabileceği, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 25/3-a'da da kabul edilmiştir. Çünkü söz konusu düzenleme arka plandaki kişinin ceza sorumluluğunu doğrudan failin cezalandırılmaması koşuluna bağlı tutmamıştır. Bu nedenle doğrudan ve dolaylı failin yan yana sorumluluğu Statüye göre mümkündür³³. Bu da, Statünün, organizasyona egemenlik ölçütünden hareket etmiş olduğunu açıkça göstermektedir³⁴. Nitekim Uluslararası Ceza Mahkemesi Ön-soruşturma Dairesi de *Lubanga Dyilo*³⁵, *Katanga ve Ngudjolo Chui*³⁶ ve *El-Beşir kararlarında*³⁷ arka plandaki kişilerin fiile egemenliğini, organizasyon üzerinde egemenliğe sahip olmalarına dayandırmıştır. Söz gelimi güvenlik güçleri üzerinde emir verme yetkisine sahip olan Sudan Devlet Başkanı El-Beşir, hiyerarşik devlet yapısı içerisinde kontrolü *de jure* ve *de facto* elinde tutmaktadır. Bu kontrolden, bilinçli olarak söz konusu suçları işlemek için yararlanmış olması nedeniyle tam sorumlu olan doğrudan failerin gerçekleştirdiği davranışlar kendisine yüklenebilir³⁸.

Bunun gibi Peru Yüksek Ceza Mahkemesi de organize bir yapı içerisinde irade üzerindeki egemenliğine dayanarak Peru'nun önceki Devlet Başkanı Alberto Fujimori'nin dolaylı fail olarak mahkumiyeti-

³¹ *Kühl*, § 20 no.73 vd.; *Joecks*, § 25 no.123 vd.; *Cramer/Heine*, in: S/S, § 25 no. 25a; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2007, no. 541; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1992, § 48 no.88; *Lackner/Kühl*, § 25 no.2

³² Bkz. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, s. 704 vd.; *Roxin* II, § 25 no.107.

³³ *Radtke*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, GA 2006, s. 352

³⁴ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 7 no.27

³⁵ UCD'nun 29.1.2007 tarihli kararı (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), § 326-339

³⁶ UCD'nun 30.9.2008 tarihli kararı (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), § 484 vd.

³⁷ UCD'nun 4.3.2009 tarihli kararı (El-Beşir, Pre-Trial Chamber I), § 147

³⁸ *Burghardt/Geneuss*, Der Präsident und sein Gericht Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir, ZIS 2009, s. 138 vd.

ne karar vermiştir³⁹. Yine Arjantin’de askeri diktatörlük döneminde işlenen suçlarda uygulama tamamen olmasa bile *Roxin*’in öğretisini dayanak almıştır⁴⁰.

Aslında Nasyonal Sosyalist iktidar döneminde işlenen suçlar açısından sorumluluğun belirlenmesinde yararlanılabilecek bir görüş olmasına rağmen, bu görüş uzun bir süre Alman uygulamasında yansımaları bulamamıştır. Bunun nedeni, *Roxin*’in organizasyona egemenliğin bir bütün olarak suçu işlemede “*hukuktan sıyrılmış*” bir otoritenin varlığını aramasıdır. “*Öyle ki, hukuk devleti kurallarına uygun olarak teşkilatlanmış bir devlet düzeninde organizasyona egemenliğin bu tür bir görünüş biçimi ile karşılaşmak nerdeyse olanaksızdır*”⁴¹.

Ne var ki Alman Federal Mahkemesi, devlet içinde emir komuta zinciri içerisinde arka planda faaliyet gösteren daha önceki Demokratik Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin “*duvar koruma olaylarında*” dolaylı failliğini kabul etmiştir. İki Almanya arasındaki sınırı kaçak olarak geçmeye çalışan kişilere ateş açılması olaylarında, doğrudan fiili işleyen (ateş açan) sınır bölgesinde görevli askerler yanında Ulusal Savunma Konseyi üyeleri de organizasyonu yönlendiren arka plandaki kişiler olarak dolaylı fail sayılmıştır⁴². Esas itibarıyla Alman Federal Mahkemesi, Konsey üyelerini Doğu Almanya’da güvenlik tedbirleri için merkezi yetkili organların bir parçası olarak görmüştür. Üyeler, hukuka aykırı emirlerinin kendilerinin egemen olduğu sınır birliklerince yerine getirileceğinden emindiler. Bu anlayış, organize egemenlik ilişkilerine dayanan dolaylı faillik kavramının ekonomik yaşama da uzanması yönünde sonraki gelişmelere ze-

³⁹ Bkz. *Rotsch*, Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus, ZIS 2009, s. 549; *Ambos*, Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori, ZIS 2009, s. 552 vd.; *Roxin*, Das Urteil gegen Alberto Fujimori Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, ZIS 2009, s. 565 vd.; *Herzberg*, Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates, ZIS 2009, s. 576 vd.

⁴⁰ *Schünemann*, Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, ZIS 2006, s. 301

⁴¹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 252

⁴² BGHSt 40, s. 218 vd.

min hazırlamıştır. Nitekim Alman Federal Mahkemesinin, daha sonraki kararlarında organizasyona egemenlik nedeniyle dolaylı failliğin kapsamını oldukça genişlettiği dikkat çekmektedir⁴³. Mahkeme, fail arkasında fail öğretisini, aksi takdirde fiile olan katkının objektif ağırlığının göz önünde bulundurulmamış olacağı gerekçesine dayandırmaktadır. Öyle ki, arka plandaki kişinin fiilin işlendiği yerle olan mesafesi, sorumluluğunu azaltmamakta, aksine artırmaktadır. Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin ceza sorumluluğuna ilişkin bu kararda, Mahkemenin *Roxin*'in organize egemenlik ilişkilerine dayalı dolaylı faillik kavramından mı hareket ettiği, *Schroeder*'in asıl failin suç işlemeye hazır olması ölçütüne mi dayandığı, yoksa "*masa başı failin*" doğrudan sorumluluğu için tamamen yeni bir ölçüt mü ortaya koyduğu belirsiz kalmaktadır⁴⁴.

Alman Federal Mahkemesi 90'lı yılların ortalarından bu yana pek çok kez doğrudan failin tümüyle sorumlu olduğu olaylarda, işletme yöneticilerinin fail olarak cezalandırılmasını sağlamak için fail arkasında fail öğretisine dayanmıştır⁴⁵. Tüm bu kararlarda ortak olan nokta, totaliter devletlerin güvenlik güçlerindeki karar süreci bakımından geliştirilen ve uygulanan bu *yeni* dolaylı faillik figürünün, esas itibariyle legal düzeyde faaliyet gösteren ekonomik işletmeler açısından da uygulanmasıdır. Federal Mahkeme kararlarında organizasyona egemenlik yoluyla pratik olarak her türlü organizasyon ve özellikle de ticari işletmeler bakımından araç olarak kullanılan kişinin tam ceza sorumluluğuna rağmen, eğer organizasyonun yapısı içerisinde tipikliğin gerçekleşmesi için belirli çerçeve koşullardan yararlanılmış ise, yönetici durumundaki kişinin dolaylı fail olduğu kabul edilmiştir. Özellikle öğretilerdeki bütün eleştirilere rağmen son zamanlarda ekonomik suçluluğa ilişkin verilen kararlardan sonra Alman Federal

⁴³ NStZ 2008, s. 90=wistra 2008, s. 57

⁴⁴ *Rotsch*, Der ökonomische Täterbegriff -Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik, ZIS 2007, s. 260. Mahkemenin *Roxin*'in mi, yoksa *Schroeder*'in mi görüşünü mü dayanak aldığı konusundaki tartışmalar için bkz. *Rotsch*, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft, ZStW 112 (2000), s. 537

⁴⁵ *Rübenstahl*, Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH -zugleich Besprechung von BGH, Urt. vom 3.7.2003, HRRS 2003, s. 2011 vd.

Mahkemesinin başlangıçtan bugüne kendine özgü başka bir yol izlemek istediği belirtilmektedir⁴⁶. Örneğin Federal Mahkeme “*veteriner uygulaması kararı*”nda⁴⁷ yine failin fiile egemenliğine dayanak olarak “*organizasyon yapısının yarattığı çerçeve koşulları oluşturma ve bundan yararlanma*”yı esas almıştır⁴⁸. Yine çevreyi tehlikeye düşürecek biçimde atıkların etkisiz hale getirilmesine ilişkin başka bir olayda Alman Federal Mahkemesi, bir anonim şirkette işletme yöneticisi durumunda olan kişinin faillik sıfatını gerekçelendirmek için sanığın tek tek hangi tür davranışları gerçekleştirdiğine ilişkin somut bir tespitte bulunmaksızın tipikliğin gerçekleşmesine “*yol açtığı ve izlenecek yolu gösterdiğini*” belirtmiştir. Mahkeme, işletme yöneticisinin atıkların kurallara uygun olarak etkisiz hale getirilmesi bakımından taşıdığı yükümlülük ve fiile ilişkin yararlarını göz önünde bulundurularak fail olarak cezalandırılacağını belirtmiştir⁴⁹. Kararda işletmenin büyüklüğüne, organizasyon yapısına ve karar verme süreçlerine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi ilginçtir⁵⁰. Bu yeni anlayışta organizasyonu yönetenler (dolaylı) faildir⁵¹.

Öncelikle Federal Mahkeme, ticari işletmelerde yönetici durumunda olan kişilerin dolaylı failliğinden hareket ederken, Demokratik Almanya’ya egemen olan yapı içerisinde arka plandaki kişiler ile doğrudan fail arasında çok sayıda ara elemanı gerektiren ve tespiti olanaksız uzun bir emir komuta zinciri bulunduğunu gözden kaçırmıştır. Ulusal Savunma Konseyi soyut ve genel bir karar almakta, bu karar savunma bakanı tarafından emre dönüştürülmekte ve askeri hiyerarşi içinde birçok aşamadan geçerek son aşamada sınır bölgesindeki askere ulaştırılmaktadır. Burada Ulusal Savunma Konseyi üyeleri ile sınır bölgesinde ateş açan asker arasında ortak suç işleme kararı için gerekli olan türde doğrudan bir entellektüel ilişki, mevcut

⁴⁶ *Rotsch*, ZIS 2007, s. 262

⁴⁷ BGH JR 2004, s. 245. Bu kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Rübenstahl*, HRRS 2003, s. 210 vd.

⁴⁸ Aynı yönde BGHSt 48, s. 331 vd.; BGH NStZ 2004, s. 559 vd.

⁴⁹ BGHSt 43, s. 231 vd.

⁵⁰ *Rübenstahl*, HRRS 2003, s. 212

⁵¹ *Rotsch*, Federal Mahkeme kararlarında ortaya konan bu yeni faillik figürünü, *ekonomik faillik* olarak nitelendirmektedir (*Rotsch*, ZIS 2007, s. 264).

fiili durum nedeniyle tamamen gündem dışıdır. Nitekim Mahkeme de ön plandaki kişinin yanılığdan uzak ve tamamen kusurlu bir davranışta bulunması durumunda arka plandaki kişinin „kural olarak” dolaylı fail sayılamayacağını tespit etmektedir. Bununla birlikte araç kişinin tamamen sorumlu bir davranışına rağmen arka plandaki kişinin katkısının tipikliğinin „hemen hemen otomatik olarak” gerçekleşmesine yol açtığı durumlar ise farklı değerlendirilmelidir. Eğer arka plandaki kişi, fiile olan katkısının otomatik olarak gerçekleştiği organizasyonun yapısından kaynaklanan belirli çerçeve koşullardan yararlanmış ise ön plandaki kişinin fiili üzerinde egemenliğe sahiptir. Bu, özellikle „resmi, ticari ya da işletme benzeri organizasyon yapılarında” gündeme gelir. Ticari bir işletme içerisinde arka plandaki kişi ile araç kişi arasında „yer, zaman ve hiyerarşi bakımından mesafe olması”, işbölümüne dayalı birlikte faillikten söz etme olanağını ortadan kaldırır. Mahkeme, dogmatik gerekçe olarak, kökeni *Roxin*’e dayanan araç kişinin „ikame edilebilirliği” ölçütünden yararlanmışır. Ayrıca Mahkeme, doğrudan failin fiili işlemeye koşulsuz hazır olması durumundan yararlanma ölçütüne de gönderme yapmıştır. Bu bakımdan Mahkeme, organizasyona egemenlik için arka plandaki kişinin önceden oluşturduğu, ancak yalnızca direktif üzerine ortaya çıkan suç işleme kararının mevcudiyetine özel bir önem vermiştir. Mahkemeye göre, bu tür durumlarda arka plandaki kişi, eğer doğrudan fail tarafından alınacak ve –önceden çerçevesi belirlenmiş- kararın tipikliğinin gerçekleştirilmesinde bir engel oluşturmayacağını biliyorsa, fiile egemenlik için gerekli iradeye de sahiptir.

Görüldüğü üzere, Federal Mahkeme *Roxin* ve *Schroeder*’in ortaya koyduğu görüşten yararlanmış olmakla birlikte, tamamen farklı bir dolaylı faillik figürü yaratmıştır⁵². Mahkemeye göre dolaylı faillik ve yardım eden ayırımı, açıkça bir “değerlendirme sorunu”dur ve “her ikisi arasındaki geçiş akışkandır”. Bu nedenle de ayırım konusunda “sert

⁵² Öğretide bazı yazarlar Federal Mahkemenin tamamen yeni bir dolaylı faillik durumu yarattığından söz etmektedir. *Rotsch*, Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, 16 vd. Daha temkinli *Radtke*, ZStW 119 (2007), s. 81 vd. Mahkemenin burada yeni bir dolaylı faillik durumu yarattığını söylemek bizce de mümkün görünmemektedir (aynı yönde *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auflage 2010, § 25 no.44)

kurallar” geçerli olmayıp, “*her somut olayın özelliğine göre*” bir değerlendirmeye gidilmesi zorunludur.

Organizasyona egemenlik yoluyla dolaylı failliğin kapsamının ticari işletmeler bakımından genişletilmesi öğretide eleştiri ile karşılaşmıştır⁵³.

Alman Federal Mahkemesi Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin organizasyona egemenlik nedeniyle dolaylı failliğine ilişkin içtihadını artık ekonomik suçlara da uygulamaya başlamasına rağmen, bu kararlara konu olan olayların Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi kararına konu olan olaydan önemli ölçüde farklılık gösterdiği ortadadır. Gerçekten işletme yöneticilerinin işletmede bağımlılık ilişkisi içerisinde çalışan kişiler üzerinde egemenlik kurması, söz konusu işletmenin daha küçük çaplı olduğu göz önünde bulundurulduğunda kolay değildir. Aslında içtihatlarla dolaylı failliğin kapsamının giderek genişlemesi, bağımlılık ilişkisi içerisinde çalışan doğrudan fail ile işletme yöneticilerinin ortak suç işleme kararına dayanarak işbirliği içerisinde hareket ettiği konusunda ortaya çıkan ispat güçlüklerini aşma kaygısına dayanmaktadır. Mahkemeye göre dolaylı failliğin varlığı, doğrudan failin kusurlu hareket etmesinden bağımsızdır. İşletme içerisinde arka plandaki kişiler (yöneticiler) organize bir yapı içerisinde suçun işlenmesi için belirli çerçeve koşulları yaratmış ve bundan da yararlanmış ise, dolaylı failliğin kabul edilmesi gerekir. Tüm bu kararlarda arka plandaki kişinin, somut bir eyleminden söz edilmeksizin, “*suçun işlenmesine yol açtığı*” biçiminde götürü bir gerekçeden hareket edildiği görülmektedir.

Organizasyona egemenlik nedeniyle fail arkasında fail öğretisi, en azından devletin içinde olduğu bir haksızlık (veya en azından sıkı hiyerarşik yapıya sahip suç örgütleri çerçevesinde) söz konusu olduğunda kabul görmektedir. Öğretide çoğunluk görüşü, otorite ilişkisi ve doğrudan failin ikame edilebilirliği ölçütlerinin mafya ve terör örgütleri ba-

⁵³ *Joecks*, in: MK, § 25 no.131 vd.; *Roxin* II, § 25 no. 129 vd.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), s. 553 vd.; *Rotsch*, NStZ 2005, s. 13 vd.; *Rotsch*, ZIS 2007, s. 260 vd.; *Cramer/Heine*, in: S/S, § 25 no.25a; *Koch*, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt.2 StGB, JuS 2008, s. 498; *Rübenstahl*, HRRS 2003, s. 215 vd.; karşılaştırınız *Stratenwerth*, § 12 no.67

kımından da uygulanabileceğini düşünmektedirler⁵⁴. Bu görüşe şu yönden itiraz edilebilir: Bu tür örgütlerde arka planda örgütü yönetenler, içinde devletin yer aldığı bir haksızlıkla karşılaştırıldığında, doğrudan failin suçu işlemesini garanti edebilecek bir konumda değildirler.

6. Koşulları

Bugüne kadar organizasyona egemenlik nedeniyle dolaylı faillik altında ele alınan olaylarda hangi ölçüt ya da ölçütlerin arka plandaki kişinin dolaylı failliğine dayanak oluşturacağı konusunda bir görüş birliği olduğunu söylemek olanaksızdır⁵⁵. Tartışma, daha çok fiil üzerindeki egemenliğin somut fiil ya da fail üzerinde mevcut bir fiili egemenlik olarak mı, yoksa organizasyon içinde ya da organizasyon üzerinde normatif bir egemenlik olarak mı anlaşılması gerektiği konusunda ortaya çıkmaktadır. Teorinin kurucusu olan *Roxin*, egemenliği doğal ve fiili anlamda algılamaktadır. Buna uygun olarak da organizasyona egemenliğin devlet içerisindeki otorite ilişkileri dışında mafya türü suç örgütleri ve hatta ekonomik işletmeler içerisinde işlenen suçlar bakımından da geçerli olup olmadığı tartışmaktadır. *Roxin*'e göre organizasyona egemenlik nedeniyle dolaylı faillik, şu üç koşulun⁵⁶ gerçekleşmesini gerektirir⁵⁷:

1. hiyerarşik olarak teşkilatlanmış otoriter yapı içerisinde karar verme gücü,
2. doğrudan fiili işleyen kişinin değişebilirliği,
3. otoriter yapının hukukun dışında hareket etmesi.

Bu üç koşula bağlı olarak arka planda faaliyet gösteren organizatörün fiil üzerinde egemenliği kabul edilmektedir. Arka plandaki kişi,

⁵⁴ *Joecks*, in: MK, § 25 no.132; *Roxin* II, § 25 no. 129; *Cramer/Heine*, § 25 no.25a; *Wessels/Beulke*, no. 541; *Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage 2000, § 12 no.67; karşılaştırınız *Koch*, JuS 2008, s. 497

⁵⁵ *Radtke*, GA 2006, s. 350-351

⁵⁶ *Roxin*, yakın zamanda tamamlayıcı dördüncü ölçüt olarak "icrada bulunan kişinin önemli ölçüde yüksek oranda fiili işlemeye eğilimli olmasını" eklemektedir (*Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag (hrsg. Andreas Hoyer), 2006, s. 397 vd.

⁵⁷ Bkz. *Rotsch*, ZIS 2007, s. 260; *Radtke*, GA 2006, s. 354

kendi iradesine göre olayı dilediği gibi yönlendirmektedir; fiili icra eden kişi ise her an yerine başkasının ikame edilmesine olanak bulunan çarkın yalnızca bir dişlisidir. Organizasyon açısından bu çark *otomatik* olarak işlemektedir⁵⁸. Arka plandaki kişi, emri alan kişi beklentilere aykırı olarak bunu yerine getirmeyi reddetse bile, emrin yerine getirileceğinden kesinlikle emindir. Arka plandaki kişinin organizasyona egemen olması yeterlidir, emir komuta zincirinin son halkasını oluşturan kişinin davranışına da egemen olması gerekmez. Organizasyona egemenlik, sonuçta suç örgütüne dönüşen bir devlet içerisinde hukuka aykırı emirler için sorumluluğun arka plandaki kişiye aktarılmasından başka bir şey değildir⁵⁹.

III. ORGANİZE YAPI İÇERİSİNDE OTORİTER İLİŞKİLERDE ARKA PLANDAKİ KİŞİYİ BİRLİKTE FAİL OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞLER

Bilindiği üzere birlikte faillik için ortak suç işlememe kararı ve suçun birlikte işlenmesi biçiminde iki koşulun bir araya gelmesi gerekmektedir⁶⁰. *Roxin* ve *Schroeder*'in başını çektiği dolaylı faillik nedeniyle sorumluluk modelinden farklı olarak öğretilde bazı yazarlar arka plandaki kişi ile fiili doğrudan işleyen kişiyi, organizasyona egemenlik durumunda işbirliğinin önemine dayanarak birlikte fail olarak nitelendirmektedir⁶¹. Bu görüşe göre organize bir otoriter yapı içerisinde doğrudan fiili icra eden kişi ile hiyerarşik olarak onun üzerinde bulunan kişiler arasında ortak suç işleme kararı iki biçimde ortaya çıkmaktadır:

İlk durumda suç planı, arka plandaki kişi tarafından fiili icra edecek olan kişiye eksik biçimde iletilmekte ve o kişi tarafından ta-

⁵⁸ *Roxin*, GA 1963, s. 200

⁵⁹ *Radtke*, GA 2006, s.354

⁶⁰ *Öztürk/Erdem*, § 6 no.624; *Seher*, Grundfälle zur Mittäterschaft, JuS 2009, s. 304 vd.

⁶¹ *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2003, § 29 no. 147; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21/103; *Otto*, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 2004, § 21 no. 92; *Otto*, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, s. 753 vd.; *Haas*, ZStW 119 (2007), s. 542 vd.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II 8; *Lampe*, ZStW 119 (2007), s. 508 vd.

mamlanmaktadır. Fiili doğrudan icra eden kişinin plana yapmış olduğu katkı, onu, hiyerarşik olarak üstte bulunan kişinin suç planına ortak hale getirmektedir. Çünkü arka plandaki kişi, suç planına ilişkin bazı ayrıntıları doğrudan faile bırakmaktadır. Birlikte failliğin kabulü için ise, faillerin diğer failin davranışlarını tüm ayrıntıları ile bilmesine gerek yoktur⁶². Diğer durumda ise, suç planı eksiksiz biçimde doğrudan faile iletilmektedir. Burada önemli olan, fiili icra eden kişinin itaati değil, fonksiyonel bir yapı içerisinde “aracı fonksiyonunun” fiili belirleyici bir unsur olmasıdır. Fiili icra eden kişinin organize yapıya dahil olması ve onun amacını soyut olarak benimsemesi, onu bu yapının ayrılmaz bir parçası haline getirmektedir. Fiili işlemeye yönelik talimatla birlikte, soyut suç işlemeye hazır olma, arka plandaki kişinin suç işleme kararıyla örtüşen somut bir suç işleme kararına dönüşmektedir⁶³. Birlikte failer arasında doğrudan ve kişisel bir bağlantı bulunmasına gerek yoktur.

Öte yandan “*fiilin birlikte işlenmesi*” koşuluna ilişkin olarak da, arka plandaki kişinin doğrudan fail tarafından fiilin icrasına olan katkısı, bir suçun henüz planlanması aşamasında da söz konusu olabilir. Fail iradesiyle hareket etmiş olmak koşuluyla henüz suçun icra hareketleri başlamadan gerçekleştirilen bir katkı da birlikte failliğin kabulü için yeterlidir⁶⁴. Organize bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin suçu işlemeye yol açan alt yapıyı hazır tutması “*fiili birlikte işleme*” niteliğindedir⁶⁵. Henüz hazırlık aşamasındaki bu katkı, tipikliğin gerçekleşmesi bakımından önemli bir ağırlığa sahiptir⁶⁶.

Ne var ki, bize göre de burada emri veren ile *olay yerinde* emri yerine getirenin birlikte fail sayılabilmesi için gerekli olan *ortak suç işleme kararı* ve suçun birlikte işlenmesi koşulları gerçekleşmemektedir. Ortak suç işleme kararı, eşit derecede kişiler arasında işbölümüne dayalı olarak belirli bir fiili işleme konusunda fiilin icrası sırasında mevcut bulunan bir anlaşmayı ifade etmektedir⁶⁷. Bu açıdan ba-

⁶² *Otto*, Strafrecht, § 21 no.60

⁶³ *Otto*, Jura 2001, s.758; *Otto*, Strafrecht, § 21 no. 92; *Jakobs*, Strafrecht 21/103

⁶⁴ *Baumann/Weber/Mitsch*, § 29 no. 147; *Jescheck/Weigend*, § 63 III 1.

⁶⁵ *Otto*, Jura 2001, s. 759; benzer *Jescheck/Weigend*, § 62 II 8

⁶⁶ *Otto*, Jura 2001, s. 759; *Seher*, JuS 2009, s. 308.

⁶⁷ *Kühl*, § 20 no. 99; *Cramer/Heine*, in: S/S § 25 no.70; *Seher*, JuS 2009, s. 304-305

kıldığında ön plandaki kişinin, verilen bir emri yerine getirmesi ortak suç işleme kararı olarak nitelendirilemez. Bu görüşte olan yazarlardan *Otto*, bu nedenle olsa gerek “*ortak bir amacın güdülmesi*”ni ortak suç işleme kararının bir belirtisi olarak değerlendirmiştir⁶⁸. Bununla birlikte *ortak amaç*, tek başına ortak suç işleme kararına ve dolayısıyla da birlikte faillığe dayanak oluşturmaz. Çünkü doğrudan fail, arka plandaki kişiden tamamen farklı bir saikle de hareket etmiş olabilir. Askerlik yükümlülüğü altında olan bir kişinin suç örgütüne dönüşmüş bir devletle aynı amacı izlediği bir varsayımdır. Kaldı ki, azmettiren veya yardım eden ile fail arasında da aynı amacı izleme durumu söz konusu olabilir⁶⁹. Burada söz konusu olan emir ve itaat-tir, yoksa ortak suç işleme kararı değil⁷⁰. *Jescheck/Weigend*’in ileri sürdüğü fiilin “*yönetimin direktiflerine uygun olarak*” gerçekleştirildiği yönündeki bilinç de⁷¹, tek başına ortak suç işleme kararının varlığına dayanak oluşturmaz. Birlikte faillik, direktif alanın yalnızca tek yanlı bağlılığına değil, değişken karşılıklı “*yükümlülüğe*” dayanır⁷². Birlikte faillik için karakteristik olan, kararın alınmasında eşit konumda bulunma özelliği burada söz konusu değildir. Direktif veren ve direktifi yerine getiren kişinin birbirlerini çoğu zaman hiç tanımadıkları göz önünde bulundurulduğunda, ortak suç işleme kararının varlığı bir varsayım olmanın ötesine geçmez⁷³. Bazı yazarlar⁷⁴, bu gibi durumlarda ortak suç işleme kararı aranmasından vazgeçebileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü suçun “*birlikte*” işlenmesi Alman CK § 24/2 ve TCK m. 37/1’in aradığı bir koşuldur.

Öte yandan burada birlikte faillik için aranan fiilin birlikte işlenmesi durumu da mevcut değildir. Çünkü direktif veren kişinin, bunun yerine getirilmesine hiçbir katkısı yoktur. Fiilin icrasına başlanması ile tamamlanması aşaması arasında gerçekleşen bir katkı fiil

⁶⁸ *Otto*, Jura 2001, s.759

⁶⁹ *Roxin*, ZIS 2006, s. 293; *Koch*, JuS 2008, s. 497

⁷⁰ *Koch*, JuS 2008, s. 497

⁷¹ *Jescheck/Weigend*, § 62 II 8

⁷² *Roxin*, ZIS 2006, s. 293

⁷³ *Koch*, JuS 2008, s. 497

⁷⁴ *Jakobs*, Strafrecht, 21/43

üzerinde egemenliğe dayanak oluşturabilir⁷⁵. Gerçekten de birlikte faillikte aktörler gerek zaman ve gerekse yer bakımından sıkı işbirliği içerisinde⁷⁶. Bilindiği üzere birlikte işleme, işbölümüne dayalı olarak fiil üzerinde etkide bulunmayı gerektirir. Burada işi başkasına ihale eden ve ellerini kire bulaştırmayan arka plandaki kişi bakımından böyle bir durumdan söz etmek olanaksızdır⁷⁷.

IV. ORGANİZE YAPI İÇERİSİNDE OTORİTER İLİŞKİLERDE ARKA PLANDAKİ KİŞİYİ AZMETTİREN OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞLER

TCK m. 38/1'de "başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır" denilmiş, ancak azmettirmenin bir tanımı yapılmamıştır. Azmettirme, bir başkasında kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil işleme düşüncesi uyandırmaktır⁷⁸. Öğretide bazı yazarlar arka plandaki kişiyi masa başı fail değil, azmettiren olarak değerlendirmektedir⁷⁹. Organizasyon içerisindeki bir talimatla doğrudan failde fiil işleme kararı uyandırılması bu gerekliliği karşılamaktadır. Genel olarak fiili icra edenin arka plandaki kişiyi tanması ve bu kişinin failin hangi çevreden geldiğini bilmesi yeterli görülmektedir⁸⁰. Doğrudan failin organizasyon yapısını ve bu organizasyon içerisindeki zincirin halkalarını tüm ayrıntılarıyla bilmesine gerek yoktur⁸¹. Otorite ilişkilerinin egemen olduğu organizasyon yapısı içerisinde hiyerarşik olarak üstte bulunan kişilerin doğrudan fail tarafından istedikleri

⁷⁵ *Roxin*, § 25 no. 198 vd.

⁷⁶ *Lampe*, ZStW 119 (2007), s. 472

⁷⁷ *Roxin*, ZIS 2006, s. 293. *Schlösser*'e göre de, dolaylı faillik, ön plandaki kişi ile arka plandaki kişi arasında birlikte faillik olanağını ortadan kaldırır (Bkz. *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004, s. 363; benzer yönde *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004, s. 45)

⁷⁸ Bkz. *Öztürk/Erдем*, Ceza Hukuku, no.648

⁷⁹ *Herzberg*, in: Individuelle Verantwortung, s. 33 vd.; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, s. 510 vd.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, s. 87 vd.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), s. 518 vd.; *Rotsch*, NSTZ 2005, s. 13 vd.

⁸⁰ *Fischer*, § 26 no. 3a; *Lackner/Kühl*, § 26 no. 5

⁸¹ *Lackner/Kühl*, § 26 no. 8

fiilin kesin olarak işleneceğini garanti etmeleri de her zaman söz konusu değildir⁸². Sözcülemi sınır bölgesinde görev yapan bir askerin kaçaklara ateş etmeme olanağı da vardır.

Ne var ki bu görüş, direktifin ağırlığını ve hukuktan sıyrılmış biçimde faaliyet gösteren otorite ilişkisi içerisinde fiilin emre uygun olarak yerine getirildiğini ve bu nedenle de masa başı failin merkezi rolünü göz ardı etmektedir⁸³. Gerçekten azmettiren kararın merkezinde olmayıp, yalnızca suç işleme kararı uyandırmakla yetinmekte; olayın daha sonraki gelişimini ise doğrudan faile bırakmaktadır. Organizasyona egemenlikte ise durum tam tersidir: Fiilin “işlenip işlenmeyeceğine” arka plandaki kişi karar vermektedir; doğrudan fail, olayın oluş biçimine büyük ölçüde müdahale edebilme durumunda değildir. Organizasyonun yarattığı çerçeve koşullar, her durumda kararın yerine getirilmesini güvence altına almaktadır⁸⁴. Başka bir deyişle arka plandaki kişi oldukça geniş bir yetkiye ve çerçeveyi belirleme egemenliğine sahiptir. Varılan bu sonuç, azmettirme görüşünü benimseyen yazarlarca da yadsınmayan önemli bir ağırlığa sahiptir. Örneğin Herzberg’e göre “failliği, yönlendirme gücüne göre belirleme çabasından vazgeçilmelidir”. Dolaylı fail olarak cezalandırılmak suretiyle, suçun, arka planda faaliyet gösteren organizatörlerin bir eseri olduğu açığa kavuşturulmuş olmaktadır.

V. GÖRÜŞÜMÜZ

Bize göre arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilebilmesi için ikna edici gerekçeler ortaya koymak gerekir. Biz, organize güç ilişkisine dayalı bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin, tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği fiile egemen olduğundan hareket ediyoruz. Bu nedenle arka plandaki kişinin birlikte fail ya da azmettiren olduğu görüşüne katılmıyoruz. Bununla birlikte bu tür bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin dolaylı fail sayılabilmesi, neticenin gerçekleşmesini ne ölçüde kesin olarak güvence altına aldığına belirlenmesine bağlıdır. *Roxin*, bunu, doğrudan fiili işleyen kişinin

⁸² Herzberg, in: Individuelle Verantwortung, s.39; Rotsch, NStZ 2005, s. 14-15

⁸³ Otto, Jura 2001, s. 758; Roxin II, § 25 no.127; Koch, JuS 2008, s. 498

⁸⁴ Roxin, ZIS 2006, s. 294

ikame edilebilirliği ve organizasyonun faaliyetlerinin *hukuktan sıyrılmış olmasına*; Schroeder ise, doğrudan failin suç işleme kararından arka plandaki kişinin yararlanmasına dayandırmaktadır. Doğrudan failin tam sorumluluğuna rağmen, arka plandaki kişinin fiile egemen olduğundan söz edilebilmesi için, hem örgütün yapısı ve hem de bu kişinin örgüt içerisindeki konumu belirleyici olacaktır. Doğrudan failin istendiği zaman yerine başkasının ikame edilebilmesi ve o kişi yerine bir başka kişinin de örgütün amaçları doğrultusunda suçu işleyebilecek durumda olması, ancak sıkı organizasyon yapısına sahip mafya tipi örgütler ile terör örgütleri bakımından söz konusu olabilecek bir durumdur. Sıkı hiyerarşik yapıya sahip olmayan örgütler bakımından da TCK m. 220'nin uygulanabileceği göz önünde bulundurulduğunda⁸⁵, *örgüt yapısı içinde*, doğrudan failin yerine bir başkasının *rahatlıkla ikame edilebilmesi* nedeniyle örgüt yöneticilerinin örgütün işlediği tüm suçlardan sorumlu tutulacağına ilişkin peşin bir varsayımın da gerçekçi olmadığı ortaya çıkmaktadır. Biz örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı (dolaylı) *fail* sayılabilmesi için neticenin gerçekleşmesini ne ölçüde kesin olarak güvence altına aldıklarının her somut olay bakımından –yukarıda ortaya koyduğumuz ölçütler çerçevesinde- ayrıca ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Sıkı hiyerarşik yapıya sahip olmayan örgütlerde, doğrudan suçu işleyen kişinin yerine bir başkasının ikame edilmesi, -gerekçedeki bu açıklamalara rağmen- mümkün değildir. Bu nedenle TCK m. 220/5'in kaldırılarak, her somut olay açısından doğrudan failin işlediği fiillerin hangi koşullar çerçevesinde arka plandaki kişilere yükleneceğinin olaya bakan hakim tarafından değerlendirilmesine olanak sağlanması daha yerinde olacaktır.

⁸⁵ Nitekim Yargıtay, üyeler arasında *gevşek* hiyerarşik ilişki bulunan örgütleri de TCK m. 220 kapsamında değerlendirmektedir. Birçoğu yerine bkz. Yar. 10. CD., 3.2.2011, 41378/1746; Yar. CGK 20.10.2009, 8-152/245 (www.kazanci.com.tr)