

## FAİLLİĞİN ÜÇÜNCÜ BİR GÖRÜNÜŞ ŞEKLİ OLARAK MÜŞTEREK FAİLLİK

Dr. iur. İzzet ÖZGENÇ

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### PLAN

- § 1. Müşterek Faillğin Hukukî Mahiyeti
- § 2. Fiil Üzerinde Fonksiyonel, Müessir Hakimiyet Kurulması (Fonksiyonel -Müessir- Fiil Hakimiyeti)
  - I — Korrelatif Müşterek Faillik
  - II — Additif (Cem'i) Müşterek Faillik
  - III — Alternatif Müşterek Faillik
  - IV — Gözcülük Yapma ve Müşterek Faillik
  - V — Fonksiyonel Fiil Hakimiyeti ve Hazırlık Hareketleri
  - VI — Suç Teşekkülleri ve Müşterek Faillik
- § 3. Birlikte Suç İşleme Kararı
  - I — Genel Olarak
  - II — Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması
  - III — Müşterek Faillik ve Suçun Konusunda Yanılgı
  - IV — Müşterek Faillik ve Hedefte Sapma
  - V — Sonradan Oluşan Müşterek Faillik
  - VI — Birlikte Suç İşleme Kararında Yanılgı
- § 4. Yükümlülük Suçlarında Müşterek Faillik
- § 5. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik
- § 6. Taksirli Suçlar ve Müşterek Faillik

## § 1. Müşterek Faillığın Hukukî Mahiyeti

Ceza Kanunlarının Özel Hükümler başlığı altındaki suçlar kataloğunda yer alan suçların büyük bir kısmını hâkimiyet (=hareket) suçları oluşturmaktadırlar (1). Bu suçlarda doğrudan (müstakil), dolaylı veya müşterek faillik için, fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir. Doğrudan (müstakil) veya dolaylı fail olarak fiil üzerinde hakimiyet kurulmasına ilişkin daha önce ve ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştuk (2). Burada faillığın üçüncü görünüş şekli üzerinde açıklamalarda bulununacağız.

Müşterek faillik, suçun icraî hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek faillik, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrasına ilişkin işbölümü esasına dayalı ortak katılım sonucunda bunun icrası üzerinde kurulan müşterek hakimiyeti gerekli kılmaktadır. Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Öyle ki; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir ve bu itibarla da, fiil üzerinde müşterek hakimiyetin esasını teşkil etmektedir.

İştirak şekillerinin ayırımında sübjektif teoriden hareket eden bazı yazarlar, müşterek faillik halinde, "karşılıklı dolaylı faillik" in varlığını kabul etmektedirler (3). Buna göre, her müşterek fail, suçun işlenişine bulunduğu katkının öneminden bağımsız olarak (fiili diğer müşterek fail vasıtasıyla işlemektedir.

Fakat, bu düşünce eleştirilmiştir. Önce, bütün müşterek failler, prensip itibarıyla işlenen fiilin ve kendi sorumluluklarının şuurunda olarak suçun işlenişine iştirak etmektedirler. Bu suç ortaklarından hiçbirisi diğerini suçun işlenişinde bir vasıta, araç olarak kullanmamaktadır. Bu itibarla, müşterek faillikte suç ortaklarının birbirleri üzerinde hakimiyet kurmasından bahsetmek mümkün değildir (4).

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanısıra, fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail

(1) Bkz. Özgenç, İzzet : Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukukî Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik (-henüz yayınlanmamış- Doktora Tezi), İstanbul, 1990, sh. 128 vd.

(2) Özgenç, Doktora Tezi, 166.

(3) Lange Der moderne Täterbegriff, 55; Kohlrausch/Lange; StGB (43), 161; Cramer, Schönke/Echröder (23), § 25, kn. 45; Baumann/Weber, § 36 I 3a.

(4) Roxin, LK (10), § 25, kn. 109; Maurach/Gössel/Zipf II, 289; Baumann/Weber, 526; eleştirici için ayrıca bkz. Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 6ü2.

statüsündedir. İşlenen haksızlıkla doğrudan temas halinde olan müşterek faillerin bu haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık prensibine gerek yoktur. Başka bir ifadeyle, müşterek faillikte sorumluluğun esası bağıllık prensibine dayanmamaktadır. Müşterek failler, birlikte suç işleme kararının yanısıra, işbölümü esasına dayanan müşterek katılım dolayısıyla, işlenen haksızlıktan doğrudan doğruya ve karşılıklı olarak sorumlu tutulacaklardır (5).

Şerik olarak bir suça iştirak edebilmek için, esas fiilin haksızlık unsurunun gerçekleşmesinin yeterli olduğunu; buna karşılık, failin bu haksız fiilden dolayı cezai sorumluluğunun, bir başka ifadeyle, kusurunun varlığının gerekli olmadığını daha önce belirtmiştik (6). Buna göre, kusur yeteneği veya, genel bir ifadeyle, kusurlu olmayan bir kimsenin işleyeceği fiile şerik olarak iştirak mümkün olduğu gibi; bu kişiyle beraber müşterek fail olarak da aynı suç işlenebilir. Meğer ki, kusur yeteneği olan veya, genel olarak, kusurlu davranan kişi, diğeri üzerinde bir hakimiyet tesis etsin ve onu bu suçun işlenişinde bir araç olarak kullanmış olsun. Şöyle ki, örneğin A, bir akıl hastası B ile birlikte C'yi dövmek ister. B, C'nin kollarını tutar ve A da C'yi dövmeye başlar. Herne kadar bu olayda B, akıl hastası olması nedeniyle sorumlu tutulamayacaksa da, fiilin işlenişinde A ile birlikte müşterek hakimiyet kurmuşlardır (7).

## § 2. Fiil Üzerinde Fonksiyonel, Müessir Hakimiyet Kurulması (Fonksiyonel -Müessir- Fiil Hakimiyeti)

İşlenen haksızlıktan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmek için, suç ortaklarının fiil üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaları gerekir. Şu muhakkaktır ki, müşterek faillik halinde fiil üzerinde kurulan hakimiyetle, doğrudan (müstakil) veya dolaylı faillik halinde fiil üzerinde kurulan hakimiyet arasında bazı mahiyet farklılıkları mevcut olacaktır. Müşterek failler, suç teşkil eden haksızlık vakiasının bütünü üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaktadır. Bu itibarla, bunlardan her birisinin suçun genel oluşumu üzerinde müstakil bir hakimiyet kurduğundan bahsedilemez. Suçun işlenişinde kısmi bir hakimiyet kurulmayıp; bu vakianın bütünü üzerinde müşterek failler, ortak katılımlarıyla müşterek bir ha-

(5) Jescheck, Lb., 593, 612; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 86. Wessels, Allgemeiner Teil (19), 155.

(6) Bkz. Özgenc, Doktora Tezi, 126 vd.

(7) Aynı mealde bkz. Roxin, LK (10), § 25, kn. 117.

kimiyet tesis etmektedirler (8).

Aşağıdaki açıklamalarımızda, -korrelatif, additif (cem'i) ve alternatif müşterek faillik olmak üzere- müşterek faillğin üç şekli üzerinde duracağız.

### I — Korrelatif Müşterek Faillik

Müşterek failler, suçun işlenişine buldukları iştirak katkılarıyla suçun kanunî tarifinde yer alan objektif, maddî unsurların hepsini yalnız başına gerçekleştirmek zorunda değildirler; fakat, aralarındaki işbölümü gereğince, bu maddî unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmekle de fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurabilirler. Örneğin bir banka soygunu sırasında suç ortaklarından biri silahıyla bankadakileri etkisiz hale getirirken, diğeri kasadaki paraları almaktadır. Bu olayda her iki suç ortağının suçun işlenişine buldukları katkılar, sözkonusu suçun icrası açısından birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun icrası üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaktadır (9).

Müşterek hakimiyetin kurulup kurulmadığının tayininde suç ortaklarının suçun icrasındaki rol dağılımları ve suçun işlenişine bulunulan katkının arzettiği önem, zaruret gözönünde bulundurulacaktır. Öyle ki, fiilin icrası veya akim kalması müşterek faillerden herbirinin elinde bulunmaktadır (10). Müşterek failin suçun icrasına bulunduğu katkının arzettiği bu zaruret nedeniyle; burada, **fonksiyonel, müessir fiil hakimiyeti**, bir başka ifadeyle, icrai faaliyette bulunmayı gerekli kılan fiil hakimiyeti kavramı kullanılmaktadır (11).

(8) Welzel, ZStW 58 (1939), 549; Roxin, Täterschaft, 277; Maurach/Gössel/Zipf II, 291, 293. Bu nedenle, müşterek faillerin sadece suçun işlenişine buldukları iştirak katkısı üzerinde hakimiyet kurdukları; buna karşılık, suç teşkil eden haksızlığın bütünü üzerinde bir hakimiyetin sözkonusu olmadığı itirazı (Cramer, Schönke/Schröder (23), Vorbem. vor §§ 25 ff., kn. 66, 83; aynı yazar, Bockelmann - F., 402) isabetli değildir. Zira, burada aranan, müşterek faillerin herbirinin suçun bütünü üzerinde müstakil hakimiyeti değil; suç teşkil eden haksızlık vakıası üzerinde müşterek bir hakimiyet tesis etmeleridir: Roxin, Täterschaft, 276; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 110; Maurach/Gössel/Zipf II, 289; Bloy, Die Beteiligungs-form als Zurechnungstypus im Strafrecht, 370 vd.

(9) Roxin, Täterschaft, 278; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 108.

(10) Maurach/Gössel/Zipf II, sh. 294/295; Roxin, Täterschaft, 280.

(11) Kavramı ilk ihdas eden Roxin olmuştur. Ancak, bilahare doktrinde büyük ölçüde kabul görmüştür: Jescheck, Lb., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn: 823; Samson, SK (4), § 25, kn. 43; Rudolphi, Bockelmann - F., 347; Bloy, 376; fonksiyonel fiil hakimiyeti kavramını eleştirmekle birlikte, muhtevada hemfikir olan, Herzberg, Täterschaft, 61.

Buna göre, suçun icrasına bulunulan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir. Öyle ki, suçun işlenişine bulunulan her bir müşterek katkı, fiilin başarıyla tamamlanması açısından gereklilik arz ettiği gibi; müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi, fiili gerçekleşmeme, akim kalma tehlikesine maruz bırakır.

Ancak, bütün bu izahlardan, suçun işlenişine bulunulan katkının meydana gelen netice açısından illiyet bağı itibarıyla zorunluluk arz edip etmediği hususunun müşterek faillığın tayininde esas alındığı şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Aksi takdirde fiil üzerindeki müessir, fonksiyonel hakimiyet ile, suçun işlenişine bulunulan iştirak katkısının meydana gelen netice açısından zorunluluk arz edip etmediğine göre suç ortaklarının iştirak statülerini belirleyen “zorunluluk teorisi” (=“Notwendigkeitstheorie”) (12) birbirine karıştırılmış olur. Ex post bir araştırmayla suçun işlenişine bulunulan katkının, meydana gelen netice açısından illiyet bağı itibarıyla zorunluluk arz edip etmediğini reel olarak belirlemeye çalışmak isabetli değildir. Çünkü, böyle bir “tesbit”, farazi bir teşhisten öteye geçemez. Halbuki suçun işlenişine bulunulan bütün iştirak katkıları, illiyet bağlantısı itibarıyla gerçekte meydana gelen netice açısından zorunluluk arz ederler.

Burada bizi isabetli sonuca ulaştıracak olan kıstas, yine sağlıklı bir değerlendirmedir. Olayın müşahhas oluşum şartları dikkate alınmak suretiyle yapılacak sözkonusu değerlendirme, suçun işlenişine bulunulan katkının icra ettiği fonksiyonun objektif anlamını belirlememizi sağlayacaktır. Sonuç olarak diyebiliriz ki; suçun işlenişine bulunulan katkının meydana gelen haksızlığın işleniş açısından arz ettiği önemden, zarureten bahsederken, “bu katkıda bulunulmasaydı suç hiç bir surette işlenmeyecekti” şeklinde bir farazi fikir yürütümüne müracat etmemekteyiz. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi, böyle bir ex post tesbit mümkün değildir (13).

(12) Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 118 vd.

(13) Roxin Täterschaft, 283. Özellikle Müşterek Hukuk dönemi Ceza Hukukçularınca kabul edilen “zorunlu fer’i iştirak” müessesesine göre, mahiyet itibarıyla yardımda bulunma özelliği arz eden bir iştirak katkısı şayet suçun işlenmesi açısından zaruret arz ediyorsa, ilgili suç ortağı “fail” olarak sorumlu tutulmaktadır. Halbuki böyle bir durumda kişi, her ne kadar suçun işlenişini ilk defa mümkün kılmaktaysa da, fiilin işlenişinde henüz hakimiyet kurmuş değildir. Şöyle bir örnekle mesele daha iyi anlaşılacaktır; Parası olmayan bir antika eşya hırsızına müzeye giriş için gerekli parayı tedarik eden kişi, bu parayı vermekle hırsızlık suçunun işlenmesini mümkün kılmıştır. Başka bir ifadeyle, kişi bu parayı vermeseydi hırsızlık suçu işlenmeyecekti. “Zorunlu fer’i iştirak” düşüncesine

Suçun işlenişini üzerinde müşterek hakimiyet kurabilmek için, suç ortağının fiilin işlenişine doğrudan müdahalede bulunması gerekmez. Sözelimi suç işlemek için oluşturulmuş teşekküllerde, teşekkülün lideri durumundaki suç ortağının, işlenen suçlara doğrudan müdahalede bulunması zorunlu değildir. Teşekkül halinde işlenen suçlarda ancak emir ve kumanda durumundaki bu suç ortağının talimatları, planları sayesinde suçun icrası mümkün olmaktadır. Aksi takdirde suçun işlenmesi akim kalabileceği gibi, teşekkülün varlığının bir anlamı da olmaz (14).

Müşterek faillik için olay mahallinde bizzat bulunmak zorunlu değildir. Uzaktan da olsa, örneğin telsiz vs. ile fiilin işlenişini yönlendirmek suretiyle müşterek fail olarak suçun icrasına iştirak mümkündür. Suç vakiasının planlamasına ve tertiplenmesine iştirak eden suç ortağı, şayet bilahare fiilin icrasına iştirak etmemekteyse, fiilin icrası üzerinde fonksiyonel, müesser bir hakimiyet kurmuyorsa, müşterek fail olarak değil, şerik (yardımda bulunan) olarak sorumlu tutulacaktır.

Ancak, genel olarak Roxin'in izahlarına iştirak etmekle beraber, Stratenwerth, suçu tertipleyen, planlayan suç ortağının bilahare suçun icraî hareketlerine iştirak etmese dahi, müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir. Buna göre, suçun işlenişine bulunulan ktakinin ne zaman yapıldığına değil; ne tarzda yapıldığına bakmak gerekecektir. Suç vakiasının tertipçisi olan suç ortağı, bilahare suçun icrasını gerçekleştiren diğer suç ortaklarıyla bağlantı halinde bulunmasa bile, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (5). Buna karşılık, suçun işlenmesinde kullanılacak silah ve sair vesaitin suç mahalline nakledilmesi, müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirmez (16). Suçun icrasına ilişkin esaslı, ayrıntılı plan hazırlamak, suç vakiasını tertip etmek, müşterek fail olarak sorumluluk için esas alınmaz. Zira, suç planını hazırlayarak bir başkasını suç işlemeye azmettirme halinde, kişinin müşte-

---

göre, suçun icraî hareketlerine hiçbir katkısı olmayan ve sadece hırsızın müzeyeye girişi için gerekli parayı tedarik eden kişiyi "(müşterek) fail" olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Böyle bir düşünüş, fiil hakimiyeti kıstasıyla bağdaştırılamaz. Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 118-120.

(14) Roxin, Täterschaft, 280; ayrıca bkz. aşağıda sh.

(15) Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 824, 826; aynı şekilde Maurach/Gössel/Zipf II, 295; Jescheck, Lb., 616/617.

(16) Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 826; Jescheck, Lb., 616/617.

rek fail olarak değil; azmettiren olarak sorumluluğu cihetine gidilmektedir (17).

Buna karşılık, suçun icrası açısından müstakil bir fonksiyonu olmayan bir katkıda bulunulması halinde, müşterek hakimiyetten bahsedilemez. Müşterek faillik için, suçun icrası aşamasında bulunulsa bile, bir iştirak katkısı, suçun işlenişine açısından bir önemi haiz olmalıdır; başka bir ifadeyle, suç ortakları arasındaki işbölümü gereğince suçun icrası üzerinde müessir, fonksiyonel bir hakimiyet kurulmasını tedarik edecek ağırlıkta olmalıdır. Bu itibarla, örneğin sahte evrak tanzim eden kişiye mürekkep tedarik etmek, bu suçun işlenişinde müşterek fail olmayı gerektirmez (18).

## II — Additif (Cem'i) Müşterek Faillik

Herzberg, Roxin'in ihdas ettiği bu fonksiyonel fiil hakimiyeti kavramının müşterek faillikle alâkalı bütün hususlara yeterli açıklama getiremediği inancındadır. Şöyle ki, bazı durumlarda suçun işlenişine bulunulan katkının suçun icrası açısından önemli olup olmadığı, zorunlu olup olmadığı her zaman tatmin edici bir şekilde belirlenemez. Örneğin bir kasden adam öldürme suçunu işlemek için aralarında anlaşmış olan yirmi kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. (19).

Herzberg'e göre, bu olayda fiil o şekilde tertip edilmiştir ki, her bir suç ortağının fiilin işlenişine bulunduğu katkı bizatihi önemsizdir. Öyle ki, bu suç ortaklarından birisi suçu işlemekten geri kalsa bile, fiilin işlenişine başarıyla tamamlanacaktır (20).

Müşterek fallik, her zaman, yukarıdaki banka soygunu örneğinde olduğu gibi, suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı

(17) Roxin, LK (10), § 25, kn. 129; aynı şekilde Herzberg, Täterschaft, § 5 II 2a; Samson, SK (4), § 25, kn. 47. Nitekim, bizde Askeri Yargıtay, iştirak statülerinin belirlenmesinde bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu katkıyla suçun icrasında "mühim bir rol oynama"sını ölçü olarak almaktadır: ê Ask. Yarg. DKK. 26.3.1987, 61/58 (Ask. YKD 6 [1990], sh. 17 vd. [19]. Ancak, Yargıtay, öldürülenin kaçmasını engellemek suretiyle öldürme suçunun işlenişine iştirak eden şahsın "müzaharet ve muavenetle suçun icrasını kolaylaştıran", yani yardımda bulunan olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir: 1. CD. 27.6.1990, 1690/1988 (YKD Eylül 1990, s. 1384 vd.).

(18) Roxin, Täterschaft, 284; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 108, 131, 132; Jescheck, L., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 824; Samson, SK(4), § 25, kn. 47; Bloy, 369/370; Herzberg, Täterschaft, 69.

(19) Herzberg, Täterschaft, 56.

(20) Herzberg, Täterschaft, 58.

olarak birbirlerini tamamladığı klasik şekliyle, bir başka ifadeyle, korrelatif müşterek faillik olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bazı hallerde, müşterek faillerden her biri suçun bütün tipik unsurlarını tek başına gerçekleştirmeye gayret etmek üzere, bir müşterek anlaşmaya varılır. Böyle bir durumda müşterek harekte etmenin amacı, fiilin akim kalma ihtimalini mümkün olduğunca aza indirmektir. Fakat, bu demek değildir ki, böyle bir ihtimalde her bir suç ortağını nsuçun işlenişine bulunduğu katkı bizatihî önemsizdir. Aksine, suçun icraî hareketlerini gerçekleştirecek suç ortağı sayısının artırılması suretiyle, suç planının başarıya ulaşması ihtimalinin mümkün olduğunca artırılması, sağlama alınması amaçlanmaktadır (21).

Halbuki Herzberg, bu olayda her bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu müstakil katkıyı "önemsiz" olarak nitelendirirken, bu müstakil katkıların neticenin oluşumu açısından buldukları illi etkiyi nazarı itibara almaktadır. Fakat, mesele ex ante bir müşahedeye tabi tutulduğunda, her bir suç ortağının suçun işlenişine buldukları katkıların icra ettiği fonksiyonun, suç planının başarıyla sonuçlanması ihtimalini artırmak olduğu görülür. Bu durumda her bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu katkının eşdeğerde olduğu anlaşılır. Zaten bu nokta, müşterek faillik açısından aranan hususlardan birisidir. Neticenin gerçekleşmesi, iştirak statülerinin belirlenmesinde önemi haiz değildir. Örnek olayımızda müteaddit suç ortağı kanundaki tipik hareketleri bizzat gerçekleştirmeyi kararlaştırmakla ve müşterek hareket etmekle beraber, mermilerden bir kısmı mağdura isabet etmemiş olabilir. Böyle bir durumda mesele, bütün suç ortaklarının, şüpheden sanık yararlanır -in dubio pro reo- prensibi gereğince adam öldürmeye teşebbüsten dolayı mı, yoksa tamamlanmış adam öldürme suçundan dolayı mı sorumlu tutulmaları gerektiğidir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, örnek olayımızda bütün suç ortakları müşterek suç işleme kararına istinaden hareket etmektedirler ve suçun icraî hareketlerinin müşterek gerçekleştirmektedirler. Bu yirmi suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin hedefe isabet etmesi halinde dahi, bir tamamlanmış kasden adam öldürme fiilinin mevcut olduğunu, fakat, bu suçun süjesi, yani faili, bir tek kişi olmayıp, yirmi kişiden müteşekkil bir grup olduğunu kabul etmek gerekecektir (22). Nasıl ki bir kişi mağduru öldürmek için yirmi el ateş edip de bunlardan sadece bir tanesinin

(21) Bloy, 372/373.

(22) Bloy, 374.



hedefe isabet etmesi halinde, (hukuki anlamda) hareket birliğinin mevcudiyeti nedeniyle, bu kişiyi bir defa tamamlanmış kasden adam öldürmeden ve on dokuz defa kasden adam öldürme suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutmuyorsak; olayımızda da aynı düşünceden hareketle bütün suç ortaklarını bir tek tamamlanmış kasden adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir (23), (24).

Her bir suç ortağının ateşlediği merminin hedefe isabet etme ihtimalinin farklılık arzettiği durumlarda dahi, müşterek faillğin varlığını kabul etmek gerekecektir. Hedefe isabet etme ihtimali en az olan mermiyi ateşleyen suç ortağını bu sebeple şerik olarak sorumlu tutamayız. Zira, uzaklık ve saire gibi müşahhas olayın şartlarından kaynaklanan sebeplerle hedefe isabet etme ihtimalinin az olduğu suç ortağı da, silahını ateşlemekle korunan hukuki değere doğrudan tecavüz etmiştir. Bir başka ifadeyle, bu suç ortağını, bir başkasının gerçekleştirdiği haksızlığa bulunduğu katkıdan dolayı değil, haksızlıkla doğrudan temas halinde, ilişki içinde olduğu için sorumlu tutmaktayız (25).

### III — Alternatif Müşterek Faillik

Diğer bir husus da doktrinde Rudolphi tarafından müşahade edilmiştir. Rudolphi şöyle bir örnek vermektedir: A ve B, ortak düşmanları M'yi öldürmek için karara varırlar. Plana göre M'nin geçmesi muhtemel iki yoldan birisinde A, diğerinde ise B pusu kurar. M, A'nın pusu kurduğu yoldan geçerken, A tarafından vurularak öldürülür (26). Burda mesele, B'yi de bu kasden adam öldürme fiilinin-

(23) Nitekim Herzberg, Täterschaft, 57, 60; Jescheck, Lb., 255; Roxin, Täterschaft (4. bası), 619.

(24) Bu itibarla, Ceza Kanununun bu gibi ihtimallerde, yani mağdura isabet eden merminin hangi müşterek failin silahından çıktığının anlaşılacağı durumlarda, müşterek failerin cezasında belli oranda indirim yapılmasını öngören 463. madesi hükmünün adil bir çözüm getirdiğini iddia etmek mümkün değildir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç: Müşterek Faillik - Ceza Kanununun 463. madesi Hükmünün ve Buna İlişkin Uygulamanın Değerlendirilmesi, -henüz yayınlanmamıştır-). Arica, additif (cem'i) müşterek faillik halinde bütün müşterek failerin teşebbüs derecesinde kalmış suçtan dolayı sorumluluğu cihetine gidilmesini savunan fikir de (Schilling, Georg: Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Köln/Berlin/Bonn/München, 1975, sh. 111 vd.) isabetli değildir.

(25) Bloy, 375; aynı mealde Wessels, Allgemeiner Teil (19, bası), sh. 155. Ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf II, 296.

(26) Rudolphi, Bockelmann - F., 379.

den dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutabilip tutamayacağımız hususudur.

Rudolphi, bu ihtimalde müşterek failliğin mevcut olmadığı fikrindedir. Çünkü, müşterek faillik daima suçun kanunî tarifindeki icrai hareketlerin gerçekleştirilmesine katılmayı zorunlu kılar. Haksız bir neticenin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla suç ortakları arasında oluşan alternatif icraya dayalı karar birliği, müşterek fail olarak sorumlu tutulmak için yeterli bir sebep teşkil edemez (27).

Fakat, doktrinde kabul edilen genel görüşe göre, böyle bir ihtimalde müşterek failliğin mevcut olmadığını her zaman kesin bir şekilde söylemek mümkün değildir. Şu muhakkaktır ki, müşterek fail olabilmek için suçun icrası aşamasında önemli bir katkıda bulunmak gerekir. Bu itibarla, bu tür olaylarda müşterek faillikten bahsedebilmek için, birlikte suç işleme kararının yanısıra, alternatif katılım da olsa, suçun icrası aşamasında etkili olacak önemli bir iştirak katkısında bulunmak gerekecektir. Buna göre, örneğin bir siyasi şahsiyeti öldürmek için binanın her bir çıkış kapısında nöbet tutan suç ortaklarından sadece bir tanesinin ateş etmesi sonucu mağdurun ölmesi halinde, diğer suç ortaklarının iştirak katkıları da suçun icrası aşamasında önemli ölçüde etkili olduğu için, bütün suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Buna karşılık, örneğin yurt dışından ülkeye gelecek olan bir siyasi şahsiyeti öldürmek üzere anlaşılan suç ortakları, bu şahsiyetin ülkede gelebileceği bütün havaalanlarına dağılırlar. Ancak, X havaalanına gelmesi nedeniyle mağduru buradaki suç ortağının öldürmesi halinde, kasden adam öldürme suçunun faili olarak sadece bu suç ortağını sorumlu tutmak gerekecektir; diğer suç ortaklarını ise, suçun icrası aşamasında herhangi bir katkıları olmadığı için, bu suça ancak yardımcı bulunan olarak sorumlu tutabiliriz (28).

#### IV — Gözcülük Yapma ve Müşterek Faillik

Birer sorumluluk statüleri olan iştirak şekillerinin ayırımında fiil hakimiyeti kıstasını esas alan yazarlar, suçun işlenişi sırasında gözcülük yapılması halinde, bu suç ortağının iştirak statüsünü belirlerken, müşahhas olayın şartlarına göre bir ayırım yapılması gerektiği kanaatinde idirler. Buna göre, müşterek karar doğrultusunda

(27) Rudolphi, Bockelmann - F., 380.

(28) Roxin, Täterschaft (4. bası), 620; aynı yazar, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, sh. 524 vd.; Bloy, 376/377. Ancak, Maurach/Gössel/Zipf, bu ihtimalde de müşterek failliğin mevcudiyetini kabul etmektedirler: Maurach/Gössel/Zipf II, 296/297.

suçun icrasına bulunulan gözcülük yapma şeklindeki katkı şayet suçun icrası açısından zorunluluk arz ediyorsa, fiilin başarıyla tamamlanması için buna gerek hissediliyorsa; bir başka ifadeyle, işbölümü esasına dayalı suçun icrasında gözcülük, müstakil bir fonksiyon icra ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir. Buna karşılık, örneğin bir hırsızlık çetesine henüz yeni dahil olmuş olan bir kişiye, bu işin nasıl yapıldığını göstermek için, bir hırsızlık vakiasının işlenişi sırasında önem arzetmeyen bir noktada gözcülük görevi ifa ettirilmişse; bu gözcülük, suçun icrası açısından müstakil bir fonksiyonu haiz olmadığı için, suçun işlenişi açısından önem arzetmediği için, ancak yardımda bulunan sıfatıyla şerik olmayı gerektirir (29).

Bu itibarla, gözcülük yapan suç ortağının müşterek fail olarak mı, yoksa yardımda bulunan olarak mı sorumlu tutulması gerektiği meselesinin halli, tamamen muşahas olayın şartlarını gözönünde bulunduracak olan hakimnin görevidir (30). Fakat gözcülük faaliyetinin icrası halinde prensip olarak müşterek failliğin varlığını kabul etmek gerekecektir. Meğer ki bulunulan gözcülük faaliyeti, suçun icrası açısından gerekli olmayan, tali bir fonksiyonu haiz bulunan bir iştirak katısı mahiyeti arzetsin (31).

Bu nedenledir ki, fonksiyonel fiil hakimiyeti, muşahas olaylardan soyutlanarak, genel bir şekilde kapsamı tayin edilemeyen; daha ziyade, muşahas olayın şartlarının değerlendirilmesi sonucunda tesbiti kabil olan "açık" bir kavramdır (32).

(29) Roxin, Täterschaft, 282.

(30) Gallas, Beiträge, 67, 104, 140; Roxin, Täterschaft, 283; Maurach/Gössel/Zipf II, 297.

(31) Roxin LK (10), § 25, kn. 108, 133. Ancak, Samson, gözcülük halinde, prensip itibarıyla yardımda bulunan olarak sorumluluk cihetine gidilmesi gerektiği fikrindedir: SK (4), § 25, kn. 47. Türk doktrininde de yazarlar, gözcünün iştirak statüsünün belirlenmesinde muşahas olayın şartlarının gözönünde bulundurulması gerektiği fikrindeirler (Dönmezer/Erman II, no. 1288; Erem, Genel Hükümler I, 457). Ancak, Gözübüyük, gözcülük yapanın "doğrudan doğruya beraber işleyen" (yani, müşterek fail) olarak sorumlu tutulacağı kanaatindedir (Gözübüyük, A. Pulat: Türk Ceza Kanunu Açıklaması, cilt I, 4. bası [tarih yok], s. 283). Buna karşılık, Yargıtay, hırsızlık suçunda gözcülük yapılması halinde, "doğrudan doğruya beraber işleyen" (yani, müşterek fail) olarak değil; "müzaharet ve muavenetle suçun icrasını kolaylaştıran" (yani, şerik, yardımda bulunan) olarak sorumlu tutulması gerektiği fikrindedir (6. CD. 27.9.1988, 6500/10122: YKD Mart 1989, sh. 428).

(32) Roxin, Täterschaft, 122/123, 282; Bloy, 368, 375; ayrıca bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 123/124.

Ancak, bu tesbitte ex post illi bir mülahazadan hareket edilmemelidir. Bir başka ifadeyle, bu gözcülük faaliyeti icra edilmemiş olsaydı suçun yine de işlenip işlenmeyeceği konusunda yapılacak ex post araştırma sonucunda varılacak farazi yargıya göre kişinin müşterek fail olarak mı yoksa yardımında bulunan olarak mı sorumlu tutulacağı tayin edilemez. Daha ziyade, gözcülük yapan suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu bu iştirak katkısı suçun icrası açısından müessir bir rolü haiz ise, fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurulmasını sağlıyorsa, müşterek faillğin varlığını adeta bu gözcülük faaliyetine bağlılık arz etmektedir (33).

## V — Fonksiyonel Fiil Hakimiyeti ve Hazırlık Hareketleri

Almanya'da iştirak şekillerinin ayırımında genellikle subjektif teorinin etkisinde kalan yazarlar (34) ve hatta Federal Yüksek Mahkeme (35) müşterek suç işleme kararını bu ayırımında esas aldıklarından, hazırlık hareketlerini icra eden suç ortaklarını dahi teredütsüzce müşterek fail olarak sorumlu tutabilmektedirler.

Keza Bockelmann da, şayet müşterek suç işleme kararına dayanmakta ve suçun icrası da kararlaştırıldığı vechile gerçekleştirilseyse, mücerret bir destegin veya hazırlık hareketinin dahi müşterek fail olarak sorumluluk için yeterli olduğu kanaatindedir. Buna göre, profesyonel bir hırsızla bankayı soymak konusunda anlaşan banka görevlisi, anlaşma gereğince, profesyonel hırsıza kasanın ne zaman dolduğunu, hangi saatlerde bekçilere yakalanmadan bu işi gerçekleştirebileceğini haber verecektir; buna karşılık, profesyonel hırsız ise, soygunu yalnız başına gerçekleştirecektir. Bu olayda Bockelmann'a göre, banka görevlisi azmettiren ya da yardım eden olarak değil; aksine, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (36).

(33) Roxin, LK (10), § 25, kn. 108.

(34) Kohlrausch/Lange, StGB (43), sh. 174; aLnge, Der moderne Täterbegriff, 59/60; Baumann, Beiträge, 157; Schönke/Schröder (17), § 47, kn. 6; aynı şekilde Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 66 vd. Cramer'in görüşü açısından bkz. Özgenç, Doktora Tezi, sh. 58, dn. 173.

(35) 4. Senato, 10.3.1961 (BGHSt 16, sh. 12 vd.). Bu Kararda otomobil hırsızlığı gerçekleştirmek isteyen üç suç ortağından K ve St, tecrübesi olması ve otomobil kullanmaya ehliyetli olması nedeniyle, S'ye otoyolu çalması konusunda talimat verirler. Yüksek Mahkeme S'nin yanısıra, suçun icraf hareketlerine iştirak etmeyen K ve St'yi de müşterek fail olarak sorumlu tutmuştur (Karar hk. bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 66). Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesi Kararları hakkında toplu bir bakış için bkz. Roxin, LK (10), § 25, kn. 125; Maurach/Gössel/Zipf II, 292.

(36) Bockelman, Str. Untersuchungen, sh. 101.

Sorumluluk statüleri olarak iştirak şekillerinin ayırımına fiil hakimiyeti kavramıyla teorik olarak ilk izah getiren Welzel (37), fiil hakimiyeti kavramına daha ziyade sübjektif bir mahiyet kazandırarak, birlikte suç işleme kararına istinaden suçun işlenişine iştirak eden suç ortaklarının, suçun işlenişine buldukları iştirak katkısını dikkate almaksızın, müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği fikrindedir. Dolayısıyla, fiili işleme kararındaki müştereklik nedeniyle, suçun işlenişine bulunulan hazırlık hareketi mahiyetindeki iştirak katkıları da müşterek fail olarak sorumlu tutulmayı gerektirecektir (38).

Buna karşılık, müşterek faillikle yardım etme arasında öngörülen ayırimda, suçun işlenişine bulunulan katkının ifade ettiği maddi anlamın gözönünde bulundurulması gerektiği fikrindeki Gallas, fiilin planlamasına ve hazırlık hareketlerine iştiraki, müşterek fail olarak sorumluluk için yeterli görmemektedir. Müşterek faillik için, fiil üzerindeki hakimiyetin teşekkülüne katkıda bulunulması gerekir (39).

Aynı şekilde Roxin, müşterek faillğin yapısı gereğince, hazırlık hareketleriyle fiil üzerinde hakimiyet kurulamayacağı fikrindedir. Faillik için aranan fiil üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığını tesbit için, ilk önce Kanunda tanımı yapılan muayyen fiil gözönünde bulundurulmak gerekecektir. Bu itibarla, suçun işlenişine bulunulan katkı, Kanunda tanımlanan tipik hareketlere uymayıp, nitelik itibarıyla hazırlık hareketi mahiyetinde ise, ilgili suç ortakını müşterek fail olarak değil; ancak yardımda bulunan olarak sorumlu tutmamız gerekecektir. Hazırlık hareketi mahiyetinde bir katkıda bulunmakla suçun işlenişine iştirak eden kişi fiilin işlenişinde müşterek bir hakimiyet kuramamaktadır. Daha ziyade, suçun işlenmesini, bilahare suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirecek olan suç ortağına/ortaklarına havale etmektedir. Bu nedenle, sözkonusu suç ortağı, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren suç ortağına/ortaklarına bağımlı hale gelmektedir. Halbuki müşterek faillikte bütün suç ortakları, aralarındaki müşterek işbölümüne da-

(37) Bkz. Özgüç, Doktora Tezi, 72, 75 vd.

(38) Welzel, Lb. 110; aynı yazar, ZStW 58 (1939), 551/552; aynı yazar, SJZ 1947, 650; bu konuda ayrıca bkz. Özgüç, Doktora Tezi, 79, 81/82. Welzel'in müşterek faillik konusundaki görüşlerine ayrıntılı eleştiri için bkz. Roxin, Täterschaft, 295-298. Aynı şekilde, müşterek faillğin belirlenmesinde fiil hakimiyeti kıstasını benimseyen Maurach/Gössel/Zipf de, hazırlık hareketleriyle bir suçun işlenişinde müşterek hakimiyet kurabileceği ve dolayısıyla, müşterek fail olunabileceği fikrindedirler: Maurach/Gössel/Zipf II, 293/294.

(39) Gallas, Beiträge, 104; ayrıca bkz. Özgüç, Doktora Tezi, 88/89.

yanarak suçun icrasını gerçekleştirmektedirler. Bu ortak işbölümü gereğince, suçun icrası bütün müşterek faillerin katılımına bağlıdır. Öyle ki, bunlardan bir tanesi kendisine düşen görevi gerçekleştirmediği takdirde bütün plan akamete uğrayacaktır. Bu itibarla, Bockelmann'ın yukarıda zikrettiğimiz örneğinde banka görevlisi suçun icra edilip edilmeyeceğini tamamen profesyonel hırsızın takdirine bırakmıştır. Banka görevlisinin, suçun icraî hareketlerine herhangi bir katkıda bulunmadığı için, soygun ameliyesi üzerinde müşterek hakimiyet kurduğundan bahsedilemez (40), (41).

#### IV — Suç Teşekkülleri ve Müşterek Faillik

Suç işlemek için oluşturulan teşekkülün lideri durumundaki kişinin teşekkül halinde işlenen suçta müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için; suçun işlenişine bulunduğu katkının sadece suçun planlamasına münhasır kalmayıp, aynı zamanda suçun icrası üzerinde de etkide bulunması gerekir. Suçun işleniş planını yapmakla birlikte, icrasına herhangi bir katkısı bulunmayan teşekkül lideri, ancak azmettiren veya yardımda bulunan olarak sorumlu tutulabilecektir. Meğer ki bu lider, teşekkülün diğer üyeleri, mensupları üzerinde hakimiyet kurup, onları ilgili suçun işlenişinde bir araç olarak kullanmış olsun.

Teşekkül, çete liderinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, icra planlarını yapmak gibi işlenen suçun hazırlık hareketleri yanında, uzaktan da olsa, yönlendirmek, sevk ve idare etmek, talimatlar vermek suretiyle suçun icrasına katkıda bulunması gerekir. Yoksa teşekkülün sadece lideri olmak, teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına uygun olarak işledikleri suçlardan dolayı mutlaka müşterek fail olarak sorumlu tutulmayı gerektirmez (42).

(40) Ro/in, Täterschaft, 294/295, 302; aynı yazı, LK (10), § 25, kn. 127. Aynı şekilde Herzberg, Täterschaft, 65-67; Jescheck, Lb., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 825; Schmidhäuser, Lb., 14/22; Samson, Sk (4), § 25, kn. 47; Rudolphi, Bockelmann - F., 373/374; Hardwig, JZ 1965, 667; Bloy, 196 vd., 369.

(41) Araştırma konumuzu, bir sorumluluk tipi olan faillığın üçüncü görünüş şekli müşterek faillik oluşturduğu için; bu konunun sınırları içinde kalmak amacıyla hazırlık ve icra hareketleri ayırımına, bu ayırımda esas alınması gereken kıstasa çalışmamız çerçevesinde temas edilmeyecektir. Alman doktrini ve mahkeme kararları açısından bu konuya ilişkin çözüm şekilleri hakkında bkz. Kratzsch, Dietrich: Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin, 1985, sh. 35-85. Ayrıca, Yazarın bu konudaki özgün çözüm şekli açısından bkz. age., sh. 428 vd.

(42) Roxin, Täterschaft, 298-300; aynı yazı, LK (10), § 25, kn. 130; Herzberg, Täterschaft 68. Ancak, fiili planlamak, tertipleme şeklindeki hazırlık hareketleriyle de teşekkül liderinin fiil üzerinde hakimiyet kurduğu fikri için bkz. Jescheck, Lb., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 826.

Teşekkülün amacına uygun olarak işlenen suçun icrasına bulunduğu katkının niteliğine bakmaksızın teşekkül liderinin her halde bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği hususundaki iddia, teşekkül liderinin esas sorumlu kişi olduğu ve dolayısıyla, çete mensupları arasında en tehlikelisini teşkil ettiği düşüncesine dayanmaktadır. Fakat, bu düşünce isabetli değildir. Zira, teşekkül reisi de olsa, bir suç ortağını müşterek fail olarak sorumlu tutarken, muşahhas suç vakiasının işlenişine müteallik icra ettiği fonksiyon dikkate alınacaktır (43). (44).

(43) Roxin, Täterschaft, 299/300, 301.

(44) Ancak, doktrinde gizli servis gibi ya da sınıraşırı tedhiş fiillerini işlemek maksadıyla oluşturulmuş doğrudan veya dolaylı devlet destekli teşekküllerde hakim olan işleyiş mekanizması dikkate alınarak, iştirak şekillerinin izahında farklı bir usul izlenmektedir. Şöyle ki, bu teşekküller öyle düzenli, sistemli işlemektedirler ki, kendisine suç işlemek gibi teşekkülün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu sistemli işleyiş mekanizması nedeniyle, her ne kadar fiili icra eden kişi(ler) tamamen sorumlu fail(ler) olarak dikkate alınsa(lar) da; teşekkülün bu işleyiş mekanizmasını elinde bulunduran kişi(ler), "dolaylı fail" olarak sorumlu tutulacaklardır (= "mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate", "Organisationsherrschaft". Kavram, ilk defa Roxin tarafından ihdas edilmiştir: Täterschaft, 242-252, (4. bası) 612/613; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 88-90; aynı yazar, Lange - F., 173. Roxin'in bu izahını benimseyen yazarlar: Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 791-792; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 3; Herzberg, Täterschaft, 42 vd.; Wessels, Allgemeiner Teil (19), 159. Roxin'in ihdas ettiği bu kavram, çeşitli yazarlarca değişik perspektiflerle ele alınıp izah edilmeye çalışılmıştır: Schroeder, 166 vd.; Schmidhäuser, Lb., 14/50: "masabaşı faili" (= "Schreibtischtäter"). Jescheck, Lb., 607; Samsun, SK (4), § 25, kn. 36; kısmen Jakobs, 21/103: Müşterek failik. Bockelmann/Volk, § 24: Yanyana müstakil failik.

Bu tür konstellasyonlarda suç teorisinin verilerinden ve özellikle iştirake ilişkin genel prensiplerden ayrılmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, şayet teşekkülün işleyiş mekanizmasını elinde bulunduranlar suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren kişiler üzerinde ve dolayısıyla, işledikleri fiiller üzerinde bir hakimiyet kuruyorlarsa, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Buna karşılık, sadece fiilin işlenişine ilgili planı yapıp, fiili icra edecek diğer suç ortaklarına talimat vermekle yetiniyorlarsa ve fakat, fiilin icrası aşamasında herhangi bir etkisi olmaksızın, olayın seyrini tamamen bunlara bırakıyorlarsa, azmettiren olarak sorumlu tutulacaklardır (bu anlamda Jakobs, Lb., 21/103, dn. 190). Teşekkülün işleyiş mekanizmasını elinde bulunduranlar, fiilin işleniş planıyla yetinmeyip, diğer suç ortaklarına talimat verdikten sonra, ayrıca suçun icraî hareketlerinin gerçekleştirilişi sırasında, olay mahallinde olmamakla birlikte, diğer suç ortakların yönlendirmeleri, suçun işlenişini sevk ve idare etmeleri halinde, müşterek fail olarak sorumlut utulacaklardır (bu anlamda Jescheck ve Samson).

### § 3. Birlikte Suç İşleme Kararı

#### I — Genel Olarak

Müşterek failliğin zorunlu diğer şartı, müşterek failer arasında birlikte suç işleme kararının mevcudiyetidir. Bu karar, belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine müteallik olmalıdır. Öyle ki, müşterek failer arasında fiili müştereken işlemekte olduklarına dair, müşterek hareket ettiklerine dair bir bilginin, iradenin hakim olması gerekir. Müşterek suç işleme kararı, kast içinde mütalâa edilmelidir (45). Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının farklılık arzemesi (doğrudan, gayrimuayyen kast gibi), müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarını engellemez. (46).

Fiil üzerindeki fonksiyonel, müessir hakimiyeti, müşterek failer arasında üzerinde mutabakata varılmış bir suç planının varlığını gerekli kılmaktadır. Gerçi suçun icrası sırasında oluşan birlikte suç işleme kararı dahi müşterek faillik için kifayet etmektedir. Bu itibarla, daha suç planının hazırlandığı sırada karar oluşumuna iştirak etmek zorunlu değildir. Müşterek failerin birbirlerini şahsen tanımlarına da gerek yoktur. Yeter ki suçun işlenişine iştirak eden kişiler birlikte suç işleme kararına istinaden fiil üzerinde müşterek bir hakimiyet kursunlar (47).

Müştereken işlenmesi konusunda karar birliğine vardıkları suçun unsurları arasında kasdın haricinde meselâ maksat gibi ziyade bir manevî unsura yer verilmiş ise, bütün müşterek failerin bu maksatla hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde manevî unsur olarak kasdın haricinde maksadın araştırıldığı suça müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir (48). Meselâ bir kasden adam öldürme suçunda adam öldürmenin basit şekli açısından iki suç ortağı A ve B, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirler. Ancak, bu öldürme fiilinin belirli maksatla işlenmesine ilişkin kasden adam öldürme suçunun mevsuf şekli açısından, sadece bu maksatla hareket

(45) Maurach/Gössel/Zipf II, 297; Cramer, Schönke/Schröder (23) § 25, kn. 94.

(46) Maurach/Gössel/Zipf II, 299; Cramer, Schönke/Schröder (23) § 25, kn. 94.

(47) Maurach/Gössel/Zipf II, 298; BGH. 3. Senato, 13.3.1973 (GA 1973, 184/185). Bir hırsızlık suçunda faillerden birisi diğerini çalınan şeyin malikinin rızası olduğu hususunda aldatmak ister. Fakat, bu fail, çalınan şeyin malikinin rızasının bulunmadığını bilincinde olduğunu diğerine hissettirmez. Buna rağmen, hırsızlık suçunu gerçekleştirmeleri halinde, her ikisi de hırsızlık suçunun müstakil faili olarak sorumlu tutulacaklardır; müşterek fail olarak değil; BGH, MDR 1957, 526 (Dallinger).

(48) Jescheck, Lb., 287, 613.



eden suç ortağını fail olarak sorumlu tutabiliriz. Buna karşılık, bu maksatla hareket etmeyen suç ortağını, diğerinin bu maksatla hareket ettiğini bilmesi halinde dahi, adam öldürme suçunun bu mevzuat şekli açısından ancak yardımda bulunan olarak sorumlu tutabiliriz. (Kısmi Müşterek Faillik).

Aralarında birlikte suç işleme kararı olmaksızın birden fazla kişi tarafından aynı konu üzerinde aynı suçun aynı anda işlenmesi halinde, bu kişiler yan yana müstakil failer olarak sorumlu tutulacaklardır (=Nebentäterschaft). Örneğin, birbirinden habersiz A ve B, müşterek düşmanları C'yi öldürmek için, geçeceği yol üzerinde pusü kurarlar. A ve B, C'ye aynı anda ateş ederler.

Suçun faileri arasında böyle müşterek bir karar mevcut değilse, bütün failer müstakilen hareket ediyorlarsa, bunların müşterek fail olarak sorumlu tutulması sözkonusu değildir. Bu durumda müstakilen hareket eden kişilerin sorumluluğunu, bizzat kendi davranışlarını gözönünde bulundurmak suretiyle tayin etmek mümkün olacaktır. Örneğin, A'yı zehirlemek suretiyle öldürmek isteyen B'nin A'ya verdiği zehir müstakilen A'yı öldürecek nitelikte değildir. Fakat A, aynı zamanda S'nin verdiği çok daha etkili olan zehir nedeniyle ölmüştür. Bu durumda B'nin kasden adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğu cihetine gidilecektir (49). Meseleye C açısından bakarsak, şöyle bir ayırım yapmak gerekir: 1) C; B'nin A'ya zehir verdiğinden keza haberdar değildir. Bu durumda mesele yine müstakil (yanyana) faillik hükümlerine göre çözümlenecektir (50). 2) C, B'nin A'ya zehir verdiğinden haberdardır; fakat, aynı zamanda B'nin verdiği zehirin tek başına A'yı öldürecek nitelikte olmadığını da bilmektedir ve ilk defa kendi vereceği zehirle amaca ulaşmaktadır. Roxin'e göre, bu halde C, tamamlanmış kasden adam öldürme suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacaktır (51). Burada fikrimizce B'yi, yukarıda belirtildiği gibi, kasden adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Buna karşılık, C'yi ise, ancak tamamlanmış adam öldürme suçunun müstakil faili olarak sorumlu tutmamız mümkündür. Zira, C, B ve işlediği

---

(49) Jescheck, Lb., 255; Önder, Genel Hükümler II, 99/100.

(50) Nitekim Maurach/ Gössel/Zipf II, 299.

(51) Roxin, Täterschaft, 285/286.

fiil üzerinde bir hakimiyet kurmuş değildir (52).

Aynı şekilde, belli bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek tarafı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardımında bulunulması halinde müşterek faillik söz-konusu olamaz. Ancak, bu ihtimalde, tek taraflı iradesiyle failin fiili işleyişine katkıda bulunan kişiyi her zaman, suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyetine bakmaksızın, yardımında bulunan sıfatıyla, yani şerik olarak sorumlu tutmamız gerekecektir. Şerikliğin bir görünüş şekli olan yardımında bulunma için fail(ler)le yardımında bulunan arasında suçu işleme konusunda müşterek iradenin mevcudiyeti zorunlu değildir. Örneğin, bankanın önceden soyulacağından haberdar olan bekçi tarafından, soyguncuların suçu işlemelelerini kolaylaştırmak amacıyla ve fakat, onların bilgisi dışında, kapının açık bırakılması ve yine, bir hırsızlık suçunun hemen akabinde, takib edilen hırsızın yakalanmaması için, hırsızın bilgisi dışında takib edenin alıkonulması gibi durumlarda, bekçi ve takib edeni alıkoyan, ortada müşterek suç işleme kararı mevcut olmamasına rağmen, ancak yardımında bulunan sıfatıyla ilgili suç tiplerine şerik olarak sorumlu tutulacaklardır (53).

(52) Aynı mealde Maurach/Gössel/Zipf II, 299. Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin bir kararına (BGH. 2. Eeato, 27.1.1956: BGHSt 9, sh. 180-184) konu teşkil eden olay şöyledir : Bir baba kendisinden nefret ettiği çocuğunun boğazını boğmak üzere sıkır ve kafasına darbeler indirir. Amacına ulaştığını zannederek ve ancak, gerçekte ölmeyip baygın, şuursuz hale düşen çocuğu karısına bırakarak evi terkeder. Fakat, bilahare karısı çocuğun ölmeyişini farkeder ve çocuğu kendisi öldürür. Yüksek Mahkeme, bu olayda karısının işlediği kasden adam öldürme fiiline kocasının (çocuğun babasının) müşterek fail olarak iştirak ettiği görüşündedir. Adam öldürmeye ilişkin olarak karısının işlediği fiil, daha önce kocasının işlediği fiille bağlantılıdır. Bu itibarla, kocanın işlediği fiil, karısının işlediği adam öldürme suçuna etkide bulunmuş olup, meydana gelen netice açısından illi değeri haizdir : BGHSt 9, 182.

Ancak, doğru olarak Roxin, bu olayda, müşterek faillik için gerekli olan birlikte suç işleme kararının varlığından bahsedilemediği için, kocanın müşterek fail olarak sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği fikrindedir. Bu itibarla, kocanın ancak kasden adam öldürmeye tam teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir : Roxin, Täterschaft, 288; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 123.

(53) Bu husus bilahare şeriklik bahsinde tetkik edilecektir. Ancak, burada şu kadarını ifade etmemiz gerekir ki; müşterek failliğin bünyevi özellikleri hakkında yaptığımız bütün açıklamalar, aynı zamanda, bir şeriklik şekli olan yardımında bulunma açısından da değer ifade etmektedirler. Birden fazla suç ortağı arasında birlikte hareket etme doğrultusunda bir karar birliğine varılmış olsa bile, bunların hepsinin fiilin icrası üzerinde fonksiyonel, müessir bir hakimiyet kuramaması halinde, bunlar arasındaki ilişki bir tâbiyet (bağlılık) ilişkisi şeklinde tezahür edecektir. Şöyle ki,

## II — Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması

Müşterek faillerden biri kararlaştırılan suçun sınırını şuurlu olarak aşarsa, aşılan bu kısım açısından sınırı aşan suç ortağı, ya müstakil fail olarak; ya da, şayet aşılan kısmın icrasında diğer müşterek faili/failleri vasıta olarak kullandıysa, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır (54). Sözgelimi bir kasden müessir fiil veya yağma suçunu işlemeyi aralarında kararlaştırmış olan müşterek faillerden bir tanesi mağduru kasden öldürürse, bu suç ortağı meydana gelen neticeden müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Gerçi müşterek faillerin birbirlerinin suçun işlenişine buldukları katkıların tarz ve mahiyetini bütün ayrıntılarına kadar bilmesine gerek yoktur. Suçun kanuni tarifindeki muayyen hareketin sınırları içinde kalmak kaydıyla, müşterek suç işleme kararından, bazı sapmalar halinde dahi müşterek failliğin varlığını kabul etmek gerekecektir. Örneğin konuta girilerek altın ve sair mücevherlerin çalınması kararlaştırılmışken, eve giren müşterek fail, para ve daha başka eşyayı almış olabilir (55). Keza, illiyet bağındaki önemsiz sapmalar da müşterek failliğin kabulüne engel değildir (56). Açıkça kararlaştırılanın aksine, müşterek faillerden bir tanesinin kararlaştırılan suçun mevsuf şeklini ya da bir başka suç tipini gerçekleştirmesi halinde; diğer müşterek failer gerçekleşen bu ağır neticeden, ancak bunun gerçekleşeceğini en azından tahmin etmeleri, hesaba katmaları ve bunun gerçekleşmesine katlanmaları kaydıyla sorumlu tutulabilirler. Gerçekleşen ağır neticeden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için, suçun muşahhas işlenişini açısından bir belirlemeye gitmeyip, tamamen kayıtsız

---

bu ihtimalde, fiilin üzerinde (müstakil veya müşterek) hakimiyet kuran suç ortağı/ortakları, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmektedir(ler). Buna karşılık, suçun işlenişinde hakimiyet kuramayan, bir başka ifadeyle, suçun işlenişine bulunduğu katkı önemsiz olan suç ortağı ise, gerçekleşen haksızlıkla, doğrudan temas halinde olmayıp, fiilin işlenişinde hakimiyet kuran suç ortağı/ortakları vasıtasıyla, yani ancak dolaylı bir temas kurabilmektedir. Bu itibarla, suçun işlenişine yardımda bulunan suç ortağı, ancak fiil üzerinde hakimiyet kuran faile suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirirken hizmet etmektedir ve onun yardımcı durumundadır. Suçun işlenişine bulunan yardımın hazırlık veya icra aşamasında yapılmış olmasının, yardımda bulunmanın bu niteliği üzerinde herhangi bir etkisi sözkonusu değildir.

(54) Roxin, Täterschaft, 286, 289.

(55) Suçun objesinin muşahhaslaştırılması perspektifinden hareketle meseleye çözüm getiren bir karar: BGH. 5. Senato, 2.11.1965 (MDR 1966, 197 -Dallinger-).

(56) Jescheck, Lb., 614.

kalındığına dair sarih veya zımmî bir müşterek iradenin varlığı gereklidir (57).

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, suçun temel şekli açısından aralarında birlikte suç işleme kararı olan suç ortakları müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Ancak, meydana gelen ağır netice açısından suç ortaklarının nasıl sorumlu tutulacağı meselesi netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kabul edilen sisteme bağlı olarak halledilecektir. Önce ifade etmek gerekir ki, meydana gelen ağır neticeye müşterek failerden birisi kasden sebebiyet vermişse, gerçekleşen ağır netice açısından bu suç ortağını müstakil fail olarak sorumlu tutmak grekecektir. Bu netice dolayısıyla diğer suç ortaklarının sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir (58).

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kusursuz sorumluluğun kabul edildiği sistemde (Türk Hukukunda kabul edilen sistem; örneğin kasden müessir fiil suçu açısından TCK. mad. 452), meydana gelen ağır netice açısından bütün müşterek faileri taksir dolayısıyla kusurlu veya tamamen kusursuz olmaları halinde dahi sorumlu tutmak gerekecektir. Ancak, taksirli suçlarda müşterek failiğin sözkonusu olmadığını kabul etmemiz (59) nedeniyle, buradaki sorumluluk şekli birer müstakil sorumluluk şekli olarak anlaşılmalıdır.

Buna karşılık, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusursuz sorumluluğu kabul etmeyen, gerçekleşen ağır netice açısından en azından taksir dolayısıyla kusurluluğun varlığını gerekli gören sistemde ise (Alman Hukukunda Alm. CK. § 18), diğer müşterek failer bu

---

(57) Roxin, LK (10), § 25, kn. 121; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 62/63.

(58) Roxin, LK (10), § 25, kn. 122. Nitekim, bir olayda, sadece dövmek için aralarında anlaşmaya varan üç kişi (F, H ve C), mağduru döverlerken, F'nin silahıyla mağduru öldürmek istediği anlaşılır H ve C, F'yi engellemek için ellerinden gelen gayreti sarfederler; fakat, engel olamazlar. F, mağduru vuraak öldürür. Yargıtay, doğru olarak, F, H ve C'yi kasden müessir fiil suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutarken; mağdurun öldürülmesi fiilinden sadece F'nin sorumlu olduğu, buna karşılık, H ve C'nin sorumlu tutulamayacağı fikrindedir: CGK. 5.12.1988, 1-470/514 (YKD Mayıs 1989, 719-721). Ancak, Jescheck'e göre, suç ortağının meydana gelen ağır neticeyi kasden, taksirle veya kusursuz olarak gerçekleştirilmesi, diğer suç ortaklarının netice sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde gerçekleşen bu ağır neticeden sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmez: Jescheck, Lb., 517, 614, 625.

(59) Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 156 vd.; ayrıca aşağıda sh.

ağır netice açısından en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunmaları halinde sorumlu olacaklardır (60).

### III — Müşterek Faillik ve Suçun Konusunda Yanılgı

Suçun konusundaki önemsiz yanılgıların müşterek faillerin sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoktur (61). Ancak, bazı yanılgı hallerinde problemle karşılaşılmaktadır: Örneğin nası ızzar suçunun müşterek faillerinden birisi yanılarak, diğer bir müşterek failin malına zarar verirse, mal sahibi müşterek fail bu fiilden sorumlu tutulabilecek midir?

Bu hususa ilişkin Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bir kararına (62) esas teşkil eden olay şu şekilde cereyan eder: Üç silahlı kişi, bir gece soygun yapmak amacıyla, gıda maddesi satan bir markete girmek için teşebbüste bulunurlar. Bu üç suç ortağı arasında önceden varılan anlaşmaya göre, suçun icrası sırasında içlerinden birinin yakalanma tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi halinde silah kullanacaklardır. Bu üç müşterek fail, hırsızlık amacıyla markete girecekleri sırada farkedildikleri için, kaçmak zorunda kalırlar. Karanlıkta kaçarlarken suç ortaklarından M, arkasından gelen ayak sesleri duyar ve takib edilip yakalanacakları zehabına kapılır. Bunun üzerine, arkasından koşarak gelen kişiye öldürmek kasdıyla silahıyla ateş eder. Fakat, M'nin gerçekte ateş ettiği gibi, kendilerini takib eden sair bir kimse olmayıp, kendisi gibi kaçmakta olan diğer suç ortağı P'dir. M'nin silahından çıkan mermi P'nin kolunu hafifçe sıyrır.

Bu olayda ateş eden M'nin kasden adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı hususunda tereddüt edilememektedir. Aynı şekilde, üçüncü suç ortağı da, gerektiğinde silah kullanacaklarına dair karara iştirak etmesi ve suç planını birlikte icraya koymaları itibarıyla, bu suça müşterek fail olarak iştirak etmiştir. Fakat, mesele, aynı karara iştirak etmekle beraber, bu karar gereğince hareket eden M'nin yanılması sonucu, arkadan takib eden kişi değil de, diğer suç ortağı P'nin çok hafif bir şekilde isabet alması karşısında, P'nin sorumlu tutulup tutulamayacağı, sorumlu tutulacaksa, bu sorumluluk statüsünün ne olacağı hususunda ortaya çıkmaktadır.

Federal Yüksek Mahkeme, P'nin gerçekleşecek bütün neticeleri kendisine mal etmesi, bunları kabullenmesi itibarıyla, onun da kas-

(60) Roxin, LK (10), § 25, kn. 122; Maurach/Gössel/Zipf II, 300; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 18, kn. 7; Jakobs, Lb., 513.

(61) Maurach/Gössel/Zipf II, 300.

(62) BGH, 4. Senato, 23.1.1958 (BGHSt 11, 268-272).

den adam öldürme suçuna (elverişsiz) teşebbüsten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir. Yüksek Mahkeme, kararında bu sübjektif mülahazanın yanısıra, hakimiyet kistasına da yer vermektedir. Şöyle ki, Yüksek Mahkemeye göre, P de, M tarafından silahın ateşlendiği anda vakianın oluşumuna müştereken hakimdi. P, diğer suç ortaklarına yakın olması hasebiyle, onların hareketleri üzerinde yönlendirici etkide bulunabilir ve aralarındaki karar birliğine rağmen, M'nin bu defa ateş etmesini önleyebilirdi (63).

Roxin ise, bu olayda müşterek faillığın varlığını kabul etmemektedir. Suç ortakları gerçi yakalanma tehlikesinin mevcudiyeti halinde silah kullanacakları konusunda anlaşmaya varmışlardır. Fakat, bu halde ancak kendilerini takib eden kişiye öldürmek kastıyla ateş edeceklerini kararlaştırmışlardır; yoksa, herhangi bir kişiye veya diğer suç ortağına değil. O halde sorulması gereken, bu anlaşmanın, irade birliğinin ateş edilen kişi olarak mücerret bir şekilde herhangi bir insan oluşuna mı, yoksa muşahhas olayda kendilerini yakalamak için takib eden kişiye mi mütealik olduğudur.

Meseleyi Roxin ikinci ihtimale göre çözümlenmektedir. Olayımızda olduğu gibi bir anlaşmanın varlığı halinde dahi, bir suç ortağı alakasız herhangi bir şahsı veya diğer suç ortağını kasden öldürürse, bu fiilden sadece kendisi sorumlu olacaktır. Bu suç ortağının mağdurun şahsı açısından kasden değil de, taksirle hareket etmesi (M'nin kendilerini takib eden kişi zannıyla, diğer suç ortağı P'ye ateş etmesi) halinde dahi sonuç değişmeyecektir. Müşterek failler ancak birlikte suç işleme kararı çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı sorumlu tutulacaklardır; yoksa diğer müşterek fail(ler)in işlediği herhangi bir fiilden dolayı değil. Bu itibarla, gerçekleşen neticeden sadece M'yi sorumlu tutmak gerekecektir ve fakat, P'nin ve diğer üçüncü suç ortağının sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir.

Roxin, bu kanaatini pekiştirmek amacıyla şöyle bir örnek vermektedir: Bir siyasi şahsiyeti öldürmek amacıyla aralarında anlaşmaya varan birkaç kişi muhtelif yerlerde pusuya yatarlar. Bu suç ortaklarından bir tanesi, öldürmeyi hedefledikleri kişi zannıyla, yanlışlıkla beş alakasız kişiyi öldürür; ancak altıncı defasında amaçlanan kişiyi öldürebilir. Roxin, böyle bir ihtimalde, öldüren suç ortağının aksine, diğer suç ortaklarının altı defa kasten adam öldürme suçuna iştiraktan dolayı değil; ancak, bir kişiyi kasden öldürmekten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiği fikrinde-

---

(63) BGHSt 11, 272.

dir. Bu düşünce sadece müşterek faillik için değil; dolaylı faillik, azmettirme ve yardım etme için de geçerlidir (64).

Failliğin tayini için, kanunî tarifteki muayyen fiilin mücerret bir şekilde (örneğin, mağdurun kimliğinden soyut olarak) gerçekleştirilmesi yeterlidir (65). İster dolaylı faillik olsun, ister müşterek faillik olsun; failiğin tayininde suçun kanunî tarifindeki unsurların haricinde bir müşahhaslaştırmaya gidilmediği hususunda doktrinde fikir birliği hakimdir. Ancak, böyle bir müşahhaslaştırma azmettirme ve yardımda bulunma için gereklilik arzedecektir. Çünkü, azmettirme ve yardımda bulunma, muayyen bir suç açısından sözkonusudur (66).

Halbuki Roxin, bu olayda suç ortaklarının ancak kendilerini takib eden kişiyi öldürmek hususunda anlaşmaya vardıklarını; dolayısıyla, herhangi bir şahsı veya diğer suç ortağını öldürme halinde, müşterek faillikten bahsedilemeyeceğini iddia etmektedir. Bu iddia ile Roxin, müşterek faillikten bahsedebilmek için, bütün suç ortakları açısından suçun objesinin müşahhaslaştırılması fikrine taraftar olmaktadır. Ancak, bu görüş, yukarıda zikrettiğimiz gibi, doktrinde kabul görmemektedir. Roxin'in bu iddiasına göre, olayımızda ateş eden suç ortağının yanılarak, diğer müşterek faili değil de, herhangi bir şahsı öldürmesi halinde dahi, bu öldürme fiilinden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

Bu kanatini pekiştirmek amacıyla Roxin'in verdiği örnekteki çözüm şekli doğrudur. Ancak, bu olayla mezkûr Karara konu teşkil eden olay birbirinden farklı mahiyet arz etmektedirler. Roxin'in bu olayında, müşterek failer bir kişiyi öldürmek için anlaşmaya varmışlardır. Şayet suç ortaklarından biri, yanılarak, kastedilen kişiyi değil de, herhangi bir şahsı öldürmüş olsaydı; bu öldürme fiilinden diğer suç ortakları müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktı. Halbuki bu suç ortağı, kastedilen kişiyi öldürmek amacıyla, arka arkaya altı kişiyi öldürmüştür. Bu itibarla, sözkonusu beş ziyade adam

(64) Roxin, Täterschaft, 287; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 124; Herzberg, Täterschaft, und Teilnahme, 63.

(65) Özgenç, Doktora Tezi, 213, 214, 215. Ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf II, 300; MDR 1966, sh. 197/198.

(66) Bu itibarla, genel olarak herhangi bir kimseyi öldürmeye karar veren bir şahıs, muayyen birini öldürmek için azmettirilebilir. Bu husus, şerikliğın bağıllığı prensibinden kaynaklanmaktadır. Şeriklikten bahsedebilmek için, fail tarafından işlenen müşahhas bir esas fiile ihtiyaç vardır. Çünkü, şeriklik haksızlık muhtevasını ancak müşahhas bir esas fiilden almaktadır (Özgenç, Doktora Tezi, 214).

öldürme fiilinden sadece bu suç ortağını sorumlu tutmak gerekecektir.

Binaenaleyh, gerek yukarıdaki nası ızzar örneğinde, gerek Federal Yüksek Mahkemenin mezkür Kararına konu teşkil eden olayda, bütün suç ortaklarını müşterek fail olarak nitelendirmek gerekir. Ancak, nası ızzar suçunda malına zarar verilen, müşterek suç işleme kararının aksine, diğeri bir müşterek faildir. Bu nedenle, malına zarar verilen müşterek fail, nası ızzar suçuna (elverişsiz) teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır (67). Aynı şekilde, mezkür Karara konu teşkil eden olayda yanlışlıkla kendisine ateş edilen diğeri müşterek fail, adam öldürmeye (elverişsiz) teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır (68).

#### IV — Müşterek Faillik ve Hedefte Sapma

Yargıtay'ın müşterek faillikte hedefte sapmaya ilişkin şu Kararı ilginçtir: Sanıklar Yusuf, Zülfü, Halit ve Zeki, Mehmet'i korkutmak amacıyla geceleyin evine doğru hep birlikte ateş etmeye başlamışlardır. Suç ortaklarından "Zeki tabanca ile, yanındaki Halit av tüfeğiyle 20 metreden; ... Yusuf ve Zülfü ile, ... av tüfekleriyle 40 metre mesafeden ... ateş etmeye başlamışlardır". "... Yusuf ve Zülfü tarafından yapılan atışlar sırasında hangisinin av tüfeğinden çıktığı belirlenemeyen ... saçma tanesi, hedefte hafta sonucu Zeki'ye isabet ederek ölümüne neden olmuştur". "... Yusuf ve Zülfü'nün ... eylemlerinin müesir fiil sonucu ölüme neden olma şeklinde nitelendirilmesinde zorunluluk" vardır. Yani, bu iki suç ortağının Zeki'nin öldürülmesinden dolayı CK.nun 454. maddesinin 1. fıkrasına ve 463. maddesine göre cezalandırılmaları gerekir (69).

Önce belirtmek gerekir ki, bu dört suç ortağının müştereken işlemeye karar verdikleri suç, Mehmet'i korkutmaktır. Bu itibarla, Mehmet'i korkutmak açısından bu dört suç ortağı da müşterek faildir.

Ancak, Mehmet'i korkutmak için ateş eden dört suç ortağından Yusuf ve Zülfü'nün silahlarından birinden çıkan bir mermi Zeki'nin ölümüne sebebiyet vermiştir. Suç ortaklarının kasdı, adam öldürmeye veya müesir fiil suçunu işlemeye yönelik olmadığı için, burada meseleyi iştirak kurallarına göre çözümleyemeyiz. Çünkü, Ze-

(67) Jescheck, Lb., 612; Samson, SK (4), § 25, kn. 49; Cramer, Schönke/Schröder (23) § 25, kn. 89, 96.

(68) Jescheck, Lb. 612, Jakobs, 513; Maurach/Gössel/zipf II, 259; Baumann, Beiträge, 187/188.

(69) CGK. 5.10.1987, 1-229/440 (YKD Nisan 1988, sh. 545 vd.).



ki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verilmiştir. Dolayısıyla, Kararda olduğu gibi, Zeki'nin ölümünden Halit'in de sorumluluğu cihetine gidilip gidilmeyeceğinin tartışılmaması isabetlidir. Fakat, Zeki'nin ölümüne sebebiyet veren merminin, Yusuf ve Zülfü'nün hangisinin silahından çıktığı anlaşılamamıştır. Bu durumda, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, her iki suç ortağı Yusuf ve Zülfü'nün Zeki'nin öldürülmesinden dolayı Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmaması gerekir (70).

Bu itibarla, Ceza Genel Kurulu'nun görüşüne iştirak etmiyoruz. Şöyle ki; bir taraftan suç ortaklarının korkutmak maksadıyla ("kararından caydırmak amacıyla") ateş ettikleri kabul ediliyor; öteki taraftan "müessir fiil sonucu ölüme neden olma"ktan dolayı mahkûmiyet cihetine gidilmesi gerektiği fikri savunuluyor. Yani, bu durumda CK.nun 452. maddesinin 1. fıkrasının tatbik edilmesi gerektiği savunuluyor. Halbuki işlenmek istenen, kastedilen suç müessir fiil suçu olmadığı için, bu ihtimalde 452. maddenin tatbik kabiliyeti mevcut değildir.

Şayet suç ortaklarının kasdı, yani müşterek suç işleme kararı Mehmet'e karşı müessir fiil suçunu işlemek ise; bu durumda bütün suç ortaklarının kasden müessir fiil suçuna teşebbüsten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir. Bu ihtimalde Zeki'nin öldürülmesinden Halit'i sorumlu tutmak mümkün değildir. Yusuf ve Zülfü'den hangisinin eZki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verdiği sabit olsaydı, bu suç ortağı ayrıca taksirle müessir fiil suçundan sorumlu tutulacaktı. Ancak, müşahhas olayımızda ölümüne taksirle sebebiyet verilen Zeki'ye Yusuf ve Zülfü'den hangisinin silahından çıkan merminin isabet ettiği belli olmadığı için, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, her ikisinin de Zeki'nin ölümünden dolayı Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmaması gerekir.

Ceza Kanununun hiçbir mesruluk temeli olmayan 463. maddesinin de bu olaya tatbiki mümkün değildir (71).

Ancak, Esas Mahkemesi, gerek ilk kararında, gerek direnme kararında, bütün suç ortaklarının adam öldürmek kasdıyla hareket ettikleri görüşündedir. Bu durumda bütün suç ortakları Mehmet'i öldürmeye teşebbüsten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

---

(70) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgüç, Ceza Kanununun 463. maddesi..., Örnek Olay 6'ya ilişkin izahlar.

(71) Özgüç, Ceza Kanununun 364. maddesi..., Örnek Olay 6'ya ilişkin izahlar.

Olayda ayrıca suç ortaklarından Yusuf ve Zülfü'den birisinin silahından çıkan mermiyle hedefte sapma sonucu diğer bir suç ortağı Zeki ölmüştür. Burada Zeki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verilmiştir. Dolayısıyla, müşterek suç işleme kararının haricinde gerçekleşen bu neticeden Halit'i sorumlu tutmak mümkün değildir. Fakat, taksirle ölümüne sebebiyet verilen Zeki'ye isabet eden bir tek merminin Yusuf ve Zülfü'den hangisinin silahından çıktığı anlaşılamamıştır. Bu durumda **in dubio pro reo** kaidesi gereğince, Yusuf ve Zülfü'nün her ikisinin de Zeki'nin öldürülmesinden dolayı Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmaları gerekir.

Mağdurun kimliğinde veya suçun objesinde yanılma (error in persona vel in objecto) ve hedefte sapmanın (aberratio ictus) hallerine ilişkin müşterek bir çözüm getiren (tek suça göre sorumluluk) 52. madde düzenlemesinin isabetsizliği bu olay karşısında iyice anlaşılmaktadır (72). Başka bir ifadeyle, 52. madde düzenlemesi karşısında böyle bir olayda, yani Zeki'nin öldürülmesine ilişkin kastları olmayan Yusuf ve Zülfü'den hangisinin silahından çıkan merminin Zeki'ye isabet ettiğinin tesbit edilememesi halinde, bu iki şahsın sorumlulukları cihetine gidilmesi oldukça güçleşecektir. Bu itibarla, Esas Mahkemesinin bu olayda 52. madde hükmünün tatbik edilmesi ve dolayısıyla, Yusuf ve Zülfü'nün her ikisinin de kasden adam öldürme suçundan sorumlulukları cihetine gidilmesi gerektiği doğrultusundaki görüşünü, zorlama bir görüş olarak telâkki etmekteyiz.

463. maddenin bu halde de tatbik kabiliyeti olmadığını tekrarlamak isteriz.

Hedefte sapma, (şuurlu veya şuursuz) taksirle olmasının haricinde, gayrimuayyen kastla da gerçekleşebilir. Bu durumda mesele yoktur. Çünkü, suç ortaklarının doğrudan veya gayrimuayyen kastla hareket etmeleri müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmemektedir (73).

## V — Sonradan Oluşan Müşterek Faillik

İcrasına henüz başlanmış olan bir suçun işlenmesine bilahare müşterek fail olarak iştirak etmek mümkündür. Fakat, icrasına henüz başlanmış bir suçun işlenişine sonradan iştirak eden suç ortağının müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, müşterek suç işleme kararının yanısıra, bu suç ortağının suçun işlenişine bulun-

(72) Bkz. Özgenç, Ceza Kanununun 463. maddesi..., dn. 21.

(73) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Ceza Kanununun 463. maddesi..., dn. 21.

duğu katkının fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurmaya yetecek ağırlıkta olması gerekir. Sonradan suçun işlenişine müşterek fail olarak iştirak edebilmek için, diğer müşterek faillerin buna muvafakat göstermeleri gerekir. Buna göre, bir hırsızlık suçunda çalınan eşyanın nakledilmesine katılmak, müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirir (74). Ancak, suçun icrası tamamlandıktan sonra, olanların bilincinde olmaya rağmen, vakiyaya müdahale etmek, artık müşterek fail olmayı gerektirmez (75).

Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin bir Kararına (76) konu teşkil eden olay şu şekilde cereyan eder : Kapısını kırarak bir bakkalı soyan P, gıda maddelerinin bir kısmını alıp, arkadaşı N'nin evine götürür. P, N'ye bu maddeleri bir hırsızlık sonucunda elde ettiğini söyler ve, aralarında bilahare bölüşmek vaadiyle bakkalda kalan diğer eşyayı da beraberce almaların telkin eder. Bu defa her ikisi birlikte kalan eşyayı alır ve aralarında bölüşürler.

Federal Yüksek Mahkeme, P'nin yanısıra N'yi de hırsızlık suçunun mevsuf şekline (kapı kırarak hırsızlık suçuna) (77) müşterek fail olarak sorumlu tutmuştur. N, bilahare suçun işlenişine iştirak etmekle, P'nin daha önce işlediği fiillere muvafakat gösterdiğini beyan etmektedir. Bu sebeple, müşterek fail sıfatıyla N'nin de bir bütün olarak suçun mevsuf şeklinden sorumlu tutulması gerekecektir. Yüksek Mahkemenin fikrine göre, suçun işlenişine sonradan ve fakat nihai olarak tamamlanmadan önce iştirak eden kişinin, suça ilişkin daha önceden gerçekleşmiş olan mevsuf unsurlarının şuurunda olmak kaydıyla, müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Ancak, suçun işlenişine ilişkin bilgiye, tasvibe ve hatta suçun semerelerinden istifade etmeye rağmen, sözkonusu suç artık tamamlandıktan sonra müşterek fail olarak suça iştirak mümkün değildir (78). Yüksek Mahkeme, devamla gerekçesinde bir şeriklik türü olan yardımda bulunan olarak sorumluluk için yapılan yardımın suçun icrasının hangi aşamasında yapıldığının iştirak statüsüne herhangi bir etkisinin olmadığını ve dolayısıyla, müşterek faillik için farklı düşünmenin bir haklılık yönünün bulunmadığını ileri sürmüştür. (79).

(74) Roxin, LK (10), § 25, kn. 134.

(75) Bu ihtimallerde suç eşyasının saklanması vs. gibi suçların oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır.

(76) BGH 3. Senato, 24.4.1952 (BGHSt 2, 344-348).

(77) Alman CK. § 243, fıkra 1, bend 1.

(78) BGHSt 2, 346.

(79) BGHSt 2, 345/346.

Yüksek Mahkemenin bu Kararı, fiil hakimiyeti kıstasını kabul eden yazarlar da dahil, doktrinde oldukça fazla taraftar bulmuştur (80).

Fakat, Roxin, Yüksek Mahkemenin görüşünün aksine, suçun işlenmesine bilahare iştirak eden müşterek faili, iştirakinden önce gerçekleşmiş olan suçun mevsuf unsurlarından dolayı sorumlu tutamayacağımız fikrindedir (81). Müşterek fail, diğer müşterek, fail(ler)le birlikte suç işleme kararına istinaden gerçekleştirdiği fiilden sorumludur. Fakat, kendi iştirakinden önce, gerçekleşmiş olan kapı kırmak şeklindeki hırsızlık suçunun mevsuf unsuru, bu müşterek suç işleme kararına dahil olmayan bir vaktadır ve bilahare suçun işlenişine iştirak etmekle daha önce işlenen fiilleri muvafakat etmek, müşterek fail olarak sorumluluğa esas teşkil edemez (82). Bu şekildeki muvafakat, belli şartlarda hırsızlık suçunun bu mevsuf unsuru açısından önceki failin fiiline ancak yardımda bulunma olarak yorumlanabilir (83).

Buna göre, meseleyi şu şekilde düşünmek gerekir: N, P'nin işlediği mevsuf hırsızlık suçuna bilahare iştirak etmiştir. N'nin iştirak ettiği anda hırsızlık suçunun mevsuf unsuru olan kapı kırmak gerçekleşmiş bulunmaktadır. Hırsızlık suçunun bu mevsuf unsuru açısından N'nin iştiraki ancak yardımda bulunma olarak nitelendirilecektir. Ancak, kapı kırıldıktan sonra sair eşyanın alınmasına müteallik fiil açısından, başka bir ifadeyle, hırsızlık suçunun basit şekli açısından, P ve N, müşterek faildirler.

Sonuç olarak, hırsızlık suçunun basit şekli açısından P ve N, müşterek faildirler. Ancak, N'nin bilahare iştiraki hırsızlık suçunun mevsuf unsuru olan kapı kırma fiilini fail olarak gerçekleştiren P'nin fiiline sadece yardımda bulunma olarak nitelendirilebilir. N'yi hırsızlık suçunun mevsuf şeklinin müşterek fail olarak sorumlu tutamayız (84).

(80) Welzel, Lb., 107; Blei, Allgemeiner Teil (17), 247; Baumann/ Weber, 540; Kohlrausch/Lange (43), 174.

(81) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 289 vd.; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 136, 137.

(82) Aksi fikir, ancak iştirak şekillerinin ayırımındaki subjektif teoriyi benimsemekle savunulabilir.

(83) Aynı mealde Maurach/Gössel/Zipf II, 304; Wessels, Allgemeiner Teil (19), 153.

(84) Aynı mealde Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 71/72; Jescheck, Lb., 615 ve dn. 18; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 820, 873; Samson, SK (4), § 25, kn. 48; Schmidhäuser, Lb., 14/21; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 91; Wessels, Allgemeiner Teil (19), 153; Bockelmann/Volk, § 23, II, 1.

Bir suçun işlenişine sonradan iştirak eden kişinin, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, suçun işlenişine bulunduğu katkıyla bu suçun bütünü üzerinde müşterek bir fiil hakimiyeti sağlaması gerekir. Bir başka ifadeyle, suçun işlenişine sonradan iştirak eden şahıs, suçun işlenişine bulunduğu katkıyla önceden müstakil fail olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan şahsın gerçekleştirdiği vakıalar üzerinde de müşterek hakimiyet tesis etmelidir ki, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilsin (85). Önceden işlenen vakıları mücerret tasvip, bu vakılardan dolayı müşterek fail olarak sorumluluğu haklı kılmaz. Meselâ, mütemadî suçlarda suç tamamlanıncaya kadar temadî eden fiile müşterek fail olarak iştirak etmek mümkündür. Çok hareketli suçlarda bilahare suçun işlenişine iştirak eden şahıs, şayet fiilin bütünü üzerinde müşterek bir hakimiyet tesis edebiliyorsa, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (86). Meselâ X'i soymaya gayret eden A'ya karşı kendisini savunan X, bilahare olaya müdahale eden B tarafından tesirsiz hale getirilir. Ve bu suretle her ikisi birden yağma suçunu müştereken işleyerek, fiilin bütünü üzerinde müşterek hakimiyet tesis etmektedir. Çünkü, B'nin bilahare olaya müdahalesiyle fiilin işlenişini ancak imkân dahilinde olmuş veya en azından kolaylaşmıştır (87). Buna karşılık, meselâ şu olayda A, yağma suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacaktır: A ve B, X'i müştereken dövmeyi kararlaştırıp fiili icraya korkunç, B, A'nın haberi olmaksızın X'in cüzdanını da çalar. Müessir fiilin her iki müşterek faili X'i döverken, bu durumdan istifade eden B, ayrıca X'in cüzdanını alır. B, bilahare durumdan A'yi da haberdar eder ve A, B'nin yağmalamak maksadıyla cebir kullandığına dair fiilini tasvip ettiğini beyan eder (88).

#### VI — Birlikte Suç İşleme Kararında Yanılgı

Bu hususta iki ihtimal düşünülebilir:

a) Kişi yanlışlıkla birlikte suç işleme kararının varlığını zan etmiştir.

Bu durumda kişi, müştereken işlendiğini tasavvur ettiği suçun

(85) Gössel, Karl Heinz: Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Berlin, 1985, sh. 554 vd.; Maurach/Gössel/Zipf II, 304.

(86) Gössel, Jescheck - F., 556/557; Maurach/Gössel/Zipf II, 304.

(87) Maurach/Gössel/Zipf II, 302. Benzer bir örnek için bkz. Gössel, Jescheck - F., 555/556.

(88) Fakat, Federal Yüksek Mahkeme, A'nın da yağma suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir: JZ 1981, sh. 596.

teşebbüs derecesinde kalmış veya tamamlanmış olmasına göre, müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır (89).

b) Kişi, suç ortakları arasında gerçekte mevcut olan birlikte suç işleme kararının varlığından haberdar değildir.

Bu durumda kişi, muşahhas olayda suçun işlenişini üzerindeki fonksiyonu dikkate alınmak suretiyle, ya müstakil fail olarak, ya da diğer müşterek faillerin işlediği suça yardımda bulunan olarak sorumlu tutulacaktır (90).

#### § 4. Yükümlülük Suçlarında Müsterek Faillik

Daha önce yaptığımız bir çalışmada yükümlülük suçlarında failliğe ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştuk (91). Bu açıklamalarımızdan vardığımız sonuca göre, yükümlülük suçlarını ikiye ayırmamız gerekecektir: Sırf yükümlülük suçları ve hakimiyet + yükümlülük suçları.

Sırf yükümlülük suçlarında fail olabilmek için, kişinin Ceza Hukuku dışında, başka bir Hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olması, bir başka ifadeyle, objektif faillik vasfını taşıması yeterlidir (=intranus). Kanun bu yükümlülüğü ihlâl eden muayyen bir fiili tanımlamadığı için, fiilin işleniş üzerinde hakimiyet kurulması faillik açısından aranmayacaktır. Bu nedenle, birlikte suç işleme kararıyla hareket etmeleri kaydıyla, suçun işlenişine iştirak eden bütün özel yükümlülük altındaki suç ortakları, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır (92).

Buna karşılık, fail için özel yükümlülük şartının arandığı suçlarda, Kanun kural olarak ayrıca suç tipini oluşturacak muayyen bir fiili de tarif etmektedir. Bu tür suçlarda müstakil olarak özel yükümlülük vasfı faillik için yeterli değildir. Faillik için, objektif özel yükümlülük vasfının yanısıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir. Buna göre, örneğin Ceza Kanununun 339. maddesindeki resmî evrakta sahtekârlık suçunun işlenişine iştirak eden "memur" sıfatını taşıyan özel yükümlülük altındaki kamu görevlileri, resmî evrakta sahtekârlık suçunun bu mevsuf şekil açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için, birlikte suç işleme kararının yanısıra, ayrıca evrakta sahtekârlık fiili üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaları gerekir. Objektif özel yükümlülük vasfını ("memur") taşımakla birlikte, suçun işlenişine bulunduğu iştirak

(89) Maurach/Gössel/Zipf II, 300/301.

(90) Maurach/Gössel/Zipf II, 301.

(91) Kavram açısından ve ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 131 vd.

(92) Özgenç, Doktora Tezi, 136.

katkısı fiil üzerinde müessir, fonksiyonel bir hakimiyet kurulması için yeterli görülmeyen suç ortağı, bu suça ancak yardımda bulunan sıfatıyla, şerik olarak, sorumlu tutulacaktır (93).

Meseleyi şu şekilde de düşünmek mümkündür : Resmî evrakta sahtekârlık suçunu objektif özel yükümlülük vasfını ("memurluk") taşıyan kişi (A) ile herhangi bir şahıs (B) birlikte de işleyebilirler. Bu durumda her iki suç ortağı sahte resmî evrak düzenleme vakıası üzerinde müşterek hakimiyet kurmuş olabilirler. Ancak, özel yükümlülük altında olmayan B, resmî evrakta sahtekârlık suçunun basit şekli (CK. mad. 342) açısından A ile B arasında müşterek failliğin varlığını kabul etmek gerekecektir; fakat, mevsuf şekli açısından ise, özel yükümlülük vasfını taşıyan A'yı müstakil fail olarak sorumlu tutmak gerekecektir. B'yi ise, bu suçun mevsuf şekline ancak yardımda bulunan, yani şerik olarak sorumlu tutabiliriz (94).

### § 5. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik

Belli neticelerin önlenmesi açısından teminat yükümlülüğü, belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altındaki birden fazla kişinin, bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, kanuni tarifte yer alan muayyen neticenin gerçekleşmesini engellememeleri halinde, müşterek faillik sözkonusudur. Ancak, bunun için teminat yükümlülüğü altındaki suç ortaklarının aralarındaki müşterek karara istinaden, bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi gerekir. Şöyle bir örnek düşünebiliriz : Bu yoğun bakım istasyonunda veya acil serviste çalışan hasta bakıcıları maaşlarının azlığı nedeniyle, boykot maksadıyla, bir süre işi durdurmayı kararlaştırırlar. Bunun sonucunda, kendilerine gerekli bakım ve sağlık hizmeti sunulmadığı için, bir veya birkaç kişi ölmüş olabilir (95).

Fakat, mesele, işlenen icraî bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak edilebilip edilemeyeceği noktasındadır. Belli bir davranışta bulunma, kanuni tarifteki muayyen neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunması nedeniyle; kişi bir başkasının işlediği icraî suçun işlenişini önlememekle, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olmaktadır; dolayısıyla, bu yükümlülüğünü yerine ge-

(93) Özgenç, Doktora Tezi, 135.

(94) Bu mealde Roxin, "kısmî müşterek faillik" (= "teilweise Mittäterschaft") kavramını kullanmaktadır : LK (10), § 25, kn. 115. Şöyle ki, birlikte suç işleme kararıyla hareket eden iki suç ortağı belli bir suç (örneğin, suçun basit şekli) açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulurlarken; diğer bir suç (örneğin, bu suçun mevsuf şekli) açısından fail-şerik ilişkisi içinde bulunabilirler.

(95) Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 143 vd.

tirmeyen garantör, (görünüşte) ihmali bir suç işlemektedir. Bu kişi aynı zamanda bir başkasının icrai suçunun işlenmesini önlememekle, ona yardımda bulunmaktadır. Böyle bir durumda, failliğin şerikliğe göre asilik özelliği karşısında (96), asli-tali norm ilişkisine ilişkin prensip gereğince (97), kişiyi (görünüşte) ihmali suç faili olarak sorumlu tutmak gerekecektir (98). Bu ihtimalde icrai davranış fail(ler)i ile ihmali davranışta bulunan garantör şahıs arasında bir irade birliğinin bulunmasına da gerek yoktur. Ancak, aralarında irade birliği oluşsa bile, sırf teminat yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir.

### § 6. Taksirli Suçlar ve Müşterek Faillik

Dar veya geniş fail kavramı (99) benimsenmiş olsun, taksirli suçlarda müşterek failiğin sözkonusu olamayacağı fikri doktrinde hakim bulunmaktadır (100). Gerçi, özellikle Türk Hukukunda bazı yazarlar, her ne kadar netice öngörülmemişse de, icra edilen fiil açısından birlikte hareket etme kararının mevcudiyetini esas alarak, taksirli suçlar açısından müşterek failliğin mümkün olduğunu iddia etmektedirler (101). Fakat, birlikte hareket edilmesine ilişkin karar, mücerret bir harekete yönelik olmayıp; suç ortakları arasında bir haksızlık ifadesi olan suç teşkil eden fiile yönelik bir irade birliğinin mevcut olması lazımdır. Halbuki, örneğin Türk Doktrininde zikredilen ağaç kesme olayında suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştirme doğrultusunda bir irade birliği mevcut değildir. Bu itibarla, sözkonusu hallerde taksir dolayısıyla (102) kusur muhtevaları farklılık arzedeabilen birden fazla yan yana ve fakat, müstakil taksirli suç faili mevcuttur.

(96) Özgenç, Doktora Tezi, 124.

(97) İçel, Suçların İctimai, sh. 214.

(99) Taksirli suçlarda geniş fail kavramını esas alan görüş için bkz. Özgenç,

(98) Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 150 vd.

Doktora Tezi, 156 vd.; dar fail kavramını esas alan görüş hakkında age, sh. 159 vd.

(100) Bütün bu görüşler açısından bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 157, dn. 146.

(101) Dönmezer/Erman II, no. 1251, 1252; İçel, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, sh. 174; Erem, Genel Hükümler I, 415/416, Donay, İÜHF 35 (1970), sh. 517. Alman Hukukunda ise, Mezger, Moderne Wege, 32; Schmidhäuser, Lb., 14/30, 31; Roxin, Täterschaft, 2. bası (1967), sh. 531 vd.

(102) Bu ifade tarzımızla, taksirin bir kusurluluk şekli olmadığı; bilakis, aK-nun suç olarak tanımladığı muayyen bir haksızlık şekli olduğu kanaatinde olduğumuza işaret etmekteyiz. Buna göre, Kanunda suç olarak tarif edilen kasden veya taksirle işlenen haksızlıklarda, fail(ler)in kusurlu olup olmadıklarının, kusur muhtevalarının tesbiti farklı bir metodolojiyi gerekli kılmaktadır.