

Türk ve Alman Uygulaması Kapsamında TCK'da Bazı Suç Tiplerinde Yer Alan "Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi" Nitelikli Halinin Anlamı

Exploring the Meaning: the Aggravating Reason of "Committing the Crime by Multiple Perpetrator" in the Terms of Certain Crimes Codified in German and Turkish Criminal Law

Özge Apış 

Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi,
Adana, Türkiye
ozge.apis@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 25.12.2023
Kabul Tarihi/Accepted: 10.02.2024
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:
29.03.2024

Öz: 5237 Sayılı Kanun'un II. Kitabında bazı suç tipleri bakımından, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin cezayı artıran nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenleme, bazı suç tiplerinde suçun işlenmesini kolaylaştırmak ve mağdurun direncinin daha çabuk kırılmasını sağlamak gerekçeleriyle kabul edilmiştir. İştirak kurumu, genel anlamda her suç tipi bakımından böyle bir özellik gösterse de cezanın artırılmasının kimi suç tipleri bakımından kabul edilmesi kanun koyucunun benimsediği suç ve ceza politikasına ilişkin bir husustur. Türk Hukuku'nda suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek faillik şeklinde anlaşılmaktadır. Alman Hukuku'nda da bazı suçlar bakımından suçun müşterek faillik şeklinde işlenmesi, temel cezanın artırılmasını gerektirmektedir. Ancak Türk Hukuku'ndan farklı olarak bu hukuk sisteminde, suçun, suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi de kimi suçlar bakımından cezanın artırılmasını gerektirmektedir. Çalışmada iki hukuk sistemindeki düzenlemelerin karşılaştırılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Müşterek Fail, Yardım Eden, Suçun Birlikte İşlenmesi, Suçun Ortaklaşa İşlenmesi, İştirak

Abstract: In the 2nd Book of the Law No. 5237, in terms of some types of crime, "committing the crime together by more than one person" is regulated as a qualified form that increases the punishment. The regulation in question has been adopted for the reasons of making it easier to commit crimes and to break down the resistance of the victim more quickly in some types of crimes. Although the institution of participation has such a feature in general terms for all types of crimes, the acceptance of increased penalties for some types of crimes is a matter related to the crime and punishment policy adopted by the legislator. In Turkish Law, the commission of a crime by more than one person is understood as joint perpetration. In German Law, for some crimes, committing the crime as a joint perpetrator requires an increase in the basic penalty. However, unlike Turkish Law, in this legal system, committing the crime collectively with another person who participates in the crime requires increased punishment for some crimes. The aim of the study is to compare the regulations in two legal systems.

Keywords: Joint Perpetrator, Aider, Committing the Crime Collectively with Another Person, Joint Commission of the Crime, Participation

Extended Abstract

In the Turkish Penal Code (TPC), for some crimes, the "joint commission of the crime by more than one person" is envisaged as a qualified case that increases the penalty. In the doctrine, the inclusion of this qualification for these crimes is expressed as facilitating the commission of the crime,

Cite as (ISNAD): Apış, Özge. "Türk ve Alman Uygulaması Kapsamında TCK'da Bazı Suç Tiplerinde Yer Alan "Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi" Nitelikli Halinin Anlamı". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1) (2024), 1-16. <https://doi.org/10.56701/shd.1409938>

eliminating/reducing the possibility of self-defense of the victim, etc. When the article justifications are examined, it is stated in the justification for only the crime of plunder that "the coercive effect that the crime of plunder committed by more than one person together may have on the victim" is taken into consideration. The absence of such a statement in the justification of other types of offenses is not a deficiency. This is because the circumstances that increase the penalty of the crime are generally regulated by taking into account the moral refusal of the perpetrator, the reduction of the victim's possibility of defense, facilitating the execution of the crime, increasing the injustice or the danger posed by the act in terms of social order.

On the other hand, the justifications of some of the crimes in Law No. 5237, in which this qualification is accepted, stipulate that this provision is only valid for joint perpetrators. In other words, the justifications of the articles in question state that the qualified case will be applied if the executive acts of the crime are carried out by more than one person as a joint perpetrator, and that those who participate in the crime as instigators or aiders and abettors will not be punished only for this reason. In this case, if all of the participants in the crime are joint perpetrators, the qualified case of the crime committed by more than one person together will require an increase in the punishment of each perpetrator. However, in the concrete case, if the contribution of the person(s) who participated in the crime other than the perpetrator to the crime remained at the level of aiding or instigating, the punishment will be determined by considering the basic form of the crime for the perpetrator and the accomplices.

In Turkish Law, problems arise from time to time in the determination of joint perpetration, which leads to injustices in the punishment of crimes where the element of "joint commission of the crime by more than one person" is envisaged as a qualified circumstance that increases the penalty. For example, in a concrete case, if the contribution to the crime is at the level of joint perpetrator but is erroneously characterized as assisting, the penalty to be imposed on the participant will be less. In this case, the penalty to be imposed on the person will not be increased according to the basic form, but on the contrary, it will be reduced due to aiding.

The situation is slightly different in German practice. As a matter of fact, when the German Criminal Code is examined, it is seen that for some crimes, "committing the crime together with more than one person" and for others, "committing the crime jointly with another person participating in the crime" are accepted as qualified circumstances that increase the penalty. In German Law, "joint commission" and "joint commission" of a crime are different concepts. For this reason, in crimes where the "joint commission" of the crime is accepted as a qualified circumstance that increases the penalty, the penalty of the accomplices varies even if there is no contribution at the level of joint perpetrator.

There is no such practice in Turkish Law. In Turkish Law, there is no such distinction and "committing the offense together with more than one person" makes it obligatory to participate in the offense as a joint perpetrator.

In terms of serious crimes such as sexual assault, sexual abuse, encouragement of children to prostitution, obscenity, intentional homicide, aggravated forms of intentional injury, manufacture and trafficking of drugs or stimulants, or plunder, not only the participation as a joint perpetrator but also the participation as an aider and abettor should be regulated in a special way. In other words, it may be considered to regulate the "jointly committing" criterion in the German Law in terms of these crimes. At the very least, special ratios can be set for the qualified elements of each offense, which would allow for a reduction less than the reductions under Article 39 of the TPC. Just as the legislator punishes an agreement or even an attempt as a completed crime in order to protect the legal value in the crime of bribery, the legislator may accept the cases of complicity as a limit for the reduction of the penalty for some crimes.

In our study, firstly, information will be given about Turkish Law and joint perpetrators, and then explanations will be made regarding German Law.

Giriş

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), bazı suçlar bakımından suçun "*birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*" cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Doktrinde, söz konusu suçlar için bu nitelikli hale yer verilmesi, suçun işlenmesinin kolaylaşması, mağdurun kendini savunma ihtimalinin ortadan kaldırılması/azaltılması vs. olarak ifade edilmektedir. Madde gerekçelerine bakıldığında ise, yalnızca yağma suçuna için gerekçede, "*yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etkinin*" göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir. Diğer suç tiplerinin gerekçesinde bu nevi bir açıklamaya yer verilmemesi bir eksiklik değildir. Zira suçun cezasını artıran haller, genel olarak failin ahlaki redaeti, mağdurun savunma imkanını azaltması, suçun icrasını kolaylaştırması, haksızlığı artırması yahut eylemin toplum düzeni bakımından oluşturduğu tehlike göz önünde bulundurulmuş olarak düzenlenmektedir¹.

Diğer yandan, 5237 sayılı Kanun'da, söz konusu nitelikli halin kabul edildiği suçların bir kısmının gerekçeleri, bu hükmün ancak müşterek failer bakımından geçerli olacağını öngörmektedir. Bir başka ifadeyle, söz konusu maddelerin gerekçeleri, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından müşterek fail olarak gerçekleştirilmesi halinde nitelikli halin uygulanacağını, suça azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edenlere, sadece bu nedenle ceza artırımı yapılmayacağını ifade etmektedir. Şu hâlde, suça katılanların hepsi müşterek fail ise, işlenen suçun, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hali, her bir failin cezasının artırılmasını gerektirecektir. Oysa somut olayda, fail dışında suça katılan kişi/kişilerin suça katkısı yardım etme yahut azmettirme düzeyinde kaldıysa, fail ve şerikler bakımından suçun temel şekli göz önünde bulundurulmuş olarak ceza belirlenecektir.

Alman uygulamasında durum biraz daha farklıdır. Nitekim Alman Ceza Kanunu (StGB) incelendiğinde, bir kısım suç bakımından, suçun "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*" diğer bir kısım bakımından ise, suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*"nin cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edildiği görülmektedir. Türk Hukuku'nda böyle bir ayırım bulunmamakta ve suçun "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*", suça müşterek fail olarak katılmayı zorunlu kılmaktadır.

Çalışmamızda, önce Türk Hukuku ve müşterek faillik hakkında bilgi verilecek, ardından Alman Hukuku'na ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

I. Türk Hukuku

5237 Sayılı TCK kapsamında, "*suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*", bazı suç tipleri bakımından cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bunlar, Göçmen Kaçakçılığı (m. 79/3), Cinsel Saldırı (m. 102/2-d), Cinsel İstismar (m. 103/3-a), Tehdit (m. 106/2-c), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (m. 109/3-b), Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi, Kamu Kurumu veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Faaliyetlerinin Engellenmesi, Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme, Konut Dokunulmazlığının İhlali ile İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçları (m. 119/1-c), Nitelikli Yağma (m. 149/1-c), Görevi Yaptırmamak İçin Direnme (m. 265/3) ve Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması (m. 292/3) suçlarıdır.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli halinin ne şekilde uygulanması gerektiği, yukarıda sayılan suçların bir kısmının gerekçesinde açıklanmışken, diğer bir kısmında böyle bir açıklamaya yer verilmemiştir. Nitekim, 6.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 56. maddesiyle, göçmen kaçakçılığı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren bir hal olarak kabul edilmiş (m. 79/3), ancak bu değişikliğin gerekçesinde, söz konusu nitelikli halin nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Benzer şekilde, Cinsel İstismar (m. 103/3-a), Tehdit (m. 106/2-c), Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi, Kamu Kurumu veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Faaliyetlerinin Engellenmesi, Siyasi Hakların Kullanılmasının

¹ M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet Yayınevi, 2022), 393.

Engellenmesi, İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme, Konut Dokunulmazlığının İhlali ile İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçları (m. 119/1-c), Görevi Yaptırmamak İçin Direnme (m. 265/3) ve Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması (m. 292/3) suçlarında da kanun koyucu, herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.

Buna karşılık, Cinsel Saldırı (m. 102/2-d) suçunun gerekçesinde, “*Cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan söz konusu suçun, örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden ceza artırımı yapılamayacaktır*” ifadelerine yer verilmiştir.

Doktrinde de benzer şekilde değerlendirme yapılmıştır. Centel’e göre, suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesinden kasıt, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Kanun, “*birlikte hareket etmek*” ibaresini tercih etmiş olduğundan, azmettirme veya yardım etme halinde bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Birlikte hareket etme, önceden anlaşmayı gerektirmediği gibi birden fazla kişinin her birinin mağdura cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş olması gerekmez. Faillerden biri cinsel eylemi yaparken diğerinin mağdurun kollarını tutması halinde eylemi birlikte işlemiş kabul edilirler. Mağdur ve fail sayısının birden fazla olup da her bir failin diğer bir mağdura cinsel saldırıda bulunması ihtimalinde, bu nitelikli hal gereği ceza artırılamaz². Artuk/Alşahin’e göre, cezanın artırılabilmesi için, suçun en az iki kişi tarafından müşterek fail boyutunda iştirak edilerek işlenmesi gerekir³.

Yokuş Sevük’e göre ise, cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden anlaşılması gereken, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle suçun, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde cezanın artırılması söz konusu olmaz. Ancak, birden fazla failin, aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel saldırı suçu işlemeleri olasılığında, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık göz önünde tutularak, ceza, suçun nitelikli haline göre belirlenmelidir⁴. Son olarak Özen’e göre, TCK’nın m. 37/1’de kullanılan ifade sorunludur. Zira burada, “*suçun kanunda belirtilen unsurlarının işlenmesine*” ifadesi değil, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili*” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle cinsel saldırı suçunda, mağdurun elini tutan kişi ile ırza geçme fiilini gerçekleştiren kişi açısından değerlendirme yapıldığında, kanunda yer alan “*fiil*” kelimesinin suçtaki karşılığı “*ırza geçme*” olup, mağduru tutan kişi, ırza geçme suçunun kanunda yer alan fiilini işlememiştir. Elbette bu durum, suçun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kurulması nedeniyle müşterek faillik sayılacaktır fakat 765 sayılı Kanun’un 64. maddesi gibi bir düzenleme yapılması daha makul olacaktır⁵. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (m. 109/3-b) suçunun gerekçesinde konuya ilişkin olarak “*Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de bu fıkra kapsamında bir seçimlik nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işleniş açısından müşterek faillik durumunun varlığı halinde bu nitelikli unsur oluşur. Ancak suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması halinde bu fıkraya göre ceza arttırılamaz*” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Doktrinde Üzülmüş’e göre, bentte geçen “*suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*” ibaresi, müşterek faillik düzenleyen 37/1. maddedeki “*suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte gerçekleştirenler*” şeklinde anlaşılmalıdır. Bir başka ifadeyle, adı geçen nitelikli halin uygulanabilmesi için birden fazla kişinin suça müşterek fail olarak katılmış olması gerekir. Bu nedenle, somut olayın özelliğine göre her bir failin suçun işlenişine olan katkısı göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmelidir. Suça

² Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *TBB*, 99, (Mart-Nisan 2012), 280.

³ Mehmet Emin, Artuk- Mehmet Emin, Alşahin, “Sarkıntılık Fiili”, *AÜHF*, 65/4, (2016), 3265.

⁴ Handan Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *TBB Dergisi*, 57, (2005), 267.

⁵ Mustafa Özen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *TBB*, 70, (2007), 243, 244.

azmettiren veya yardım eden olarak katılımın bulunduğu sonucuna ulaşırsa bu nitelikli hal uygulanmamalıdır⁶. *Yenerer Çakmut*'a göre, suç tipinde "birden fazla kişi" denildiği için suçun en az iki kişi tarafından birlikte ve müşterek fail olarak işlenmesi gerekir. Suça iştirak edenler bakımından iki kişiden birinin yardım eden veya azmettiren sıfatına sahip olarak fiile katkıda bulunması halinde, bu nitelikli hal uygulanamaz⁷. *Aydın*'a göre ise, Kanun'da "Fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olması" şartına yer verilmiş olduğundan, fiilin iştirak halinde işlenmiş olması ağırlatıcı nedenin uygulanması için yeterli değildir. Fiilin en az iki kişi tarafından birlikte, müşterek faillik şeklinde işlenmesi gerekir⁸.

Nitelikli Yağma (m. 149/1-c) suçunun gerekçesine göz atıldığında da benzer ibarelere rastlanmaktadır: "Fıkranın (c) bendine göre, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir. Bu nitelikli halin varlığı için yağma suçunun iki veya daha fazla kişinin müşterek fail olarak işlemesi gerekir. İki veya daha fazla kişinin suçu birlikte işlemesi halinde bir iştirak ilişkisi vardır ve bu kişilerin hepsi müşterek faildir. Ancak yağma suçunun iştirak halinde işlenmesine rağmen müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hallerinde, bu nitelikli unsur dolayısıyla cezada arttırma yapılamayacaktır. Bu hükmün kabulünde yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etki göz önünde bulundurulmuştur."

Doktrinde *Tezcan/Erdem/Önok*, m. 149/1-c bakımından, birden fazla kişinin müşterek fail olarak suça katılmış olmaları gerektiğini, suça katılanın azmettiren veya yardım eden olması hallerinde, bu nitelikli halin uygulanamayacağını ifade etmiştir⁹. *Koca/Üzülmez*¹⁰ ve *Özbek/Doğan/Bacaksız*¹¹ da aynı görüştedir.

Burada TCK m. 188/5'e de değinmek gerekir. Bu hüküm, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini, cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Doktrinde, kanun metinde, "suçun birlikte işlenmesi" gerektiği belirtildiğinden, üç veya daha fazla kişinin suça müşterek fail olarak katılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, suça yardım eden veya azmettiren kişileri 188. maddenin 5 inci fıkrasındaki sayıya dahil etmek mümkün değildir¹². Benzer bir durum dolandırıcılık suçu bakımından da düşünülebilir. Zira TCK m. 158/3'e göre, "Bu madde ile 157 nci maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır."

Görüldüğü üzere, söz konusu maddeler açısından kanun koyucu, doktrin ve yargı içtihatları arasında bir ihtilaf söz konusu değildir. Buna göre, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek faillik olarak kabul edilmeli ve fakat işlenen suçun temel cezası artırılarak ceza belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle, müşterek faillik genel bir cezayı arttıran unsur olmayıp, bu nitelikli hal, ayrıca ve açıkça belirtilmediği suçlarda, cezayı arttırma özelliği göstermemektedir.

Burada sorulması gereken ilk soru, kanun koyucunun belli başlı suçlarda "suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi"ni, neden cezayı arttıran nitelikli hal olarak öngördüğüdür. Bu sorunun cevabını vermek nispeten kolaydır ve madde gerekçelerinde de bu hususa kısmen de olsa bir açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Nitekim yağma suçunun gerekçesinde, "suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etkinin" göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir. Yargı kararlarına bakıldığında da suçun tek başına işlenmesine nazaran daha kolay

⁶ İlhan Üzülmez, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", *GÜHFD XI/1,2*, (2007), 1195.

⁷ Özlem Yenerer Çakmut, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m.109)", *MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, 19/2, (2013), 595.

⁸ Devrim Aydın, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", *Suç ve Ceza*, 4, (2021), 737.

⁹ Durmuş Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2023), 724.

¹⁰ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 777.

¹¹ Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023), 687.

¹² Kerim Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 160.

işlenebilmesi, mağdurun çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi gibi hususların, cezayı artırmanın gerekçesi olarak görüldüğü anlaşılmaktadır¹³.

Diğer yandan, söz konusu cezayı artıran nitelikli halin hangi suçlar bakımından öngörüüleceği, kanun koyucunun suç ve ceza politikası kapsamında karar verdiği bir husustur. Bu açıdan bakıldığında ise sorduğumuz soru, nispeten zorlaşmaktadır. Zira “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi”, birçok ağır suçta o suçun daha kolay işlenebilmesi, mağdurun çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi gibi neticelere sebebiyet verebilir niteliktedir. Nitekim doktrinde, TCK'nın 82. maddesinde nitelikli hal olarak kabul edilmesi gereken bazı nedenlerin bu kapsama alınmadığı, bazı suçlar açısından nitelikli hal olarak düzenlenen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin (TCK m. 106, 102, 103, 109, 119, 149, 265), kasten öldürme suçu açısından kabul edilmemiş olmasının bir eksiklik olduğu ifade edilmiştir¹⁴. Hakkılık payı olan bu görüş kapsamında, söz konusu nitelikli unsurun, en azından belli ağırlıkta olan hayat ve vücut dokunulmazlığına karşı gerçekleştirilen suçları da içine alacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.

Konumuz bakımından ikinci sorulması gereken soru, bazı suçların gerekçelerinde yer alan “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi”nin müşterek faillik şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki açıklamanın ((Cinsel Saldırı (m. 102/2-d), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (m. 109/3-b) ve Nitelikli Yağma (m. 149/1-c)), gerekçelerinde “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” hakkında herhangi bir açıklamada bulunulmayan suçlar bakımından da uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Bu hususta kanun koyucu herhangi bir açıklama yapmamış olsa da doktrin ve yargı içtihatlarında aksi bir tartışma bulunmamaktadır.

Nitekim, *göçmen kaçakçılığı (m. 79/3)*, *cinsel istismar (103/3-a)*¹⁵, *tehdit (m. 106/2-c)*¹⁶, *eğitim ve öğretimin engellenmesi*, *kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi*, *siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi*, *inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme*, *konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları (m. 119/1-c)*¹⁷, *görevi yaptırmamak için direnme (m. 265/3)* ve *hükümlü ve tutuklunun kaçması*

¹³ “26. İtiraz konusu kuralla, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmektedir. 27. Kanun koyucu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, mağdurun, çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi nedeniyle suçun çok daha kolay işlenebileceğini de dikkate alarak bu hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsuru olarak tanımlamış ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını öngörmüştür. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, fiilin yol açması muhtemel zararları da göz önünde bulundurarak düzenlediği itiraz konusu kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. 28. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.” Any. Mh. 2015/108 E., 2016/46 K. 26.5.2016, R.G. Tarih - Sayı: 13.7.2016 - 29769. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-46-nrm.pdf>, (E.T. 4.12.2023).

“Tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin nitelikli hâl olarak ön görülmesi ise, tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ciddiliği ve yoğunluğu hususunda mağdurda ciddi kaygılar meydana getirmeye elverişli durumda olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nitelikli hâlde suçun “İcra hareketlerini gerçekleştiren kişi sayısının” birden fazla olması ve bu kişilerin birlikte hareket etmesi gerekmektedir.” YCGK, 2016/237 E., 2019/501 K., 25.06.2019. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

¹⁴ Berrin Akbulut, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, *Adalet Dergisi*, 65, (2020/2),107.

¹⁵ “...mağdure ile cinsel ilişkiye girme hususunda birlikte suç işleme kararına sahip olan sanıkların, birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirip mağdurenin direncini manevi olarak da kırarak suçun işleniş üzerinde ortak hakimiyet kurmaları nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçuna TCK'nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldıkları anlaşıldığından cezalarının TCK'nın 103/3. maddesi uyarınca artırılması gerektiği...” YCGK, 2016/1430 E., 2018/602 K., 04.12.2018. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

¹⁶ “TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi ile birlikte tehdit suçunun varlığı için faillerin birden fazla olması yeterli olmayıp, failler arasında birlikte suç işleme iradesine yönelik iştirak ilişkisi bulunması, dolayısıyla müşterek fail olarak hareket etmeleri gerekli olup, somut olayda dosya kapsamı ve yukarıda ayrıntıları ifade edilen delillere nazaran, sanık ... ve temyiz dışı sanık ...'in trafikte tartıştıkları katılan ...'i tehdit ettikleri, olayın ani gelişmesi karşısında sanıklar arasında iştirak iradesinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, müşterek fail sıfatı bulunmayan sanıkların eylemlerinin ayrı değerlendirilmesi gerektiği, somut olayda TCK'nın 106/2-c maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığının gözetilmemesi...” Yarg. 4. C.D., 2022/6450 E., 2022/14075 K., 17.10.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

¹⁷ “17.11.2013 günü gece 04:40 sıralarında müşteki ...'e ait ... Cafe isimli iş yerine suça sürüklenen çocuklar ... ve ...'ün fikir ve eylem birliği içinde, önceden aldıkları karar doğrultusunda yaptıkları görev paylaşımı gereği iş yerinin katlamalı camını birlikte açtıkları, suça sürüklenen çocuk ...'in içeriye girdiği, suça sürüklenen çocuk ...'in ise dışarıda bekleyerek gözcülük yaptığı, fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurarak ...'in ...'ün dışarıda gözcü olarak beklediğini bildiğinin rahatlığı içerisinde

(m. 292/3)¹⁸ suçları bakımından da “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli halinin müşterek faillik şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹.

Anlaşıldığı üzere, Türk Ceza Hukuku uygulaması bakımından “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli hali, suçun “müşterek fail” olarak işlenmesi olarak anlaşılmaktadır. Aşağıda değinileceği üzere, Türk Hukuku’ndan farklı olarak Alman Hukuku’nda işlenen suça göre yapılan düzenleme bakımından ikili bir ayırım bulunmaktadır. Bir başka anlatımla, bir kısım suç bakımından şerik olma, cezanın artırılmasına yeterli iken, bazı suçlarda cezanın artması, müşterek failliğin tespitine bağlıdır. O nedenle öncelikle aşağıda kısaca müşterek faillikle ilgili bilgiler verilecek, ardından Alman Hukuku’nun konuya yaklaşımı incelenecektir.

II. Müşterek Faillik

5237 Sayılı TCK’nın 37. maddesinin 1. fıkrasında, “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” ifadelerine yer verilmek suretiyle müşterek faillik tanımlanmıştır. Madde gerekçesi ise, müşterek failliğin şartlarını açıklamak suretiyle, her birden fazla kişi tarafından suç işlemenin müşterek faillik olamayacağını ortaya koymaktadır. Buna göre, suça katılanlar birlikte suç işleme iradelerini yani birlikte suç işleme kastını ortaya koymalı, fiil üzerinde ortak hakimiyetleri bulunmalıdır. Ortak hakimiyetin bulunup bulunmadığı ise, bu kişilerin suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı öneme yani fiilin icrasının veya sonuçsuz kalmasının ortak faillerden her birinin elinde bulunup bulunmadığına bağlıdır²⁰.

Şu hâlde müşterek faillik, birden fazla kişinin ortak suç işleme iradesine dayanan ve fiil üzerinde ortaklaşa şekilde hareket etmek suretiyle işlediği suçlardaki sorumluluğu düzenlemektedir. Bu nedenle müşterek faillikte, bir suç işleme kararı kapsamında, birden fazla kişinin her bir eyleminin birleşerek, işlenmek istenen suçun başarıya ulaşmasında müşterek kurucu unsur olma özelliği bulunmaktadır. Karşılıklı isnadiyet, birlikte işlenen suçta her bir failin gerçekleştirdiği eylemin diğerine de isnat edilmesini sağlar. Müşterek faillerin her birinin aynı eylemi gerçekleştirmesi beklenmez. Önemli olan, failler arasındaki koordineli ve iş birliğine dayalı görev paylaşımıdır²¹. Bu açıdan bakıldığında müşterek faillik, kişinin yalnızca kendi davranışlarından değil, aynı zamanda başka bir kişinin yaptığı fiilden de sorumlu tutulması anlamına gelir²². Yani burada, dolaylı faillikten farklı olarak, bir failin diğer suç ortağının iradesi üzerinde bu kişiyi araç olarak kullanacak nitelikte egemenliği söz konusu değildir²³.

50 -TL para çaldığı, Yargıtay ceza dairelerinin bu tür olaylarda iş bölümü gereği dışarıda gözcü olarak bekleyen sanık veya suça sürüklenen çocuğa da TCK’nın 119/1-c maddesinin uygulanacağı yönünde olduğu” Yarg. 17. C.D., 2019/8429 E., 2020/198 K., 08.01.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

¹⁸ “TCK’nun 292. maddesinin 3. fıkrasındaki, suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi şeklindeki nitelikli halin oluşabilmesi için sanıkların icra hareketlerini müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmeleri ve bir eylem birlikteliği içerisinde hareket etmeleri gerektiği kabul edilmelidir.

Bu bilgiler ışığından uyuşmazlık konusu olay değerlendirildiğinde; Hükümlülerin sosyal faaliyet çerçevesinde halı sahaya götürüldüğü sırada sanık U.Y.’in birden koşarak eğitim merkezinin kapısına doğru gittiği, sanık A.T.’nin ise diğer sanığın kaçtığına görmesi üzerine ani olarak verdiği bir kararla eğitim evinden kaçtığı olayda, sanıkların icra hareketlerini birlikte gerçekleştirdiklerine ve eylem birlikteliği içerisinde hareket ettiklerine ilişkin dosya içerisinde yeterli delil bulunmadığı anlaşıldığından, sanıkların üzerlerine atılı suçun müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmediklerinin kabulü gerekmektedir.” YCGK, 2013/467 E., 2014/89 K., 25.02.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

¹⁹ M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2022), 79, 396, 433, 451, 1160, 1262.

Sinan Bayındır, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)”, *DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21/Özel Sayı*, (2019), 186, 187. Murat Aksan, “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)”, *NEÜHFD,5/1*, (2022), 274.

²⁰ Bkz. madde gerekçesi.

²¹ Urs Kindhäuser vd, Schild/Kretschmer, StGB § 25 Täterschaft, Rn 110. *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, (6. Auflage 2023), <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 09.07.2023). Sascha Sebastian- Henning T. Lorenz Halle, “Übungsfall: Jacqueline und der Fluch der Damenhandtasche, Zeitschrift für das Juristische Studium” - https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017_1_1082.pdf, (E.T. 09.07.2023), 88.

²² Urs Kindhäuser, “Pflichtverletzung bei gemeinschaftlicher Tatbegehung: Semantische Probleme der Beteiligungslehre”, <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748908692-9.pdf>, 23, (E.T. 14.11.2023).

²³ Myoungsu Ko, “Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip”, (2020), https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/22935/dissertation_ko_myoungsu.pdf?sequence=5, (E.T. 09.07.2023), 21.

Fiil üzerinde ortak hakimiyet bulunmaktadır. Ayrıca müşterek faillik, suçun işlenmesinde önemli bir ağırlığa sahip olan ve suçun ortak sorumluluğunu haklı çıkarabilecek nitelikteki katkıları gerektirir²⁴.

Türk Hukuku'nda müşterek failliğin tespitinde zaman zaman sorunlar ortaya çıkmakta bu da "suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" unsurunun cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörüldüğü suçların cezalandırılmasında adaletsizliklere sebep olmaktadır. Şöyle ki örneğin somut olayda, suça sunulan katkı müşterek faillik düzeyinde olup da hatalı olarak yardım etme olarak nitelendirilmişse, iştirak eden hakkında hükmedilecek ceza daha az olacaktır. Bu ihtimalde, kişi hakkında hükmedilecek ceza, temel şekline göre artırılmayacağı gibi bilakis yardım etme nedeniyle azaltılacaktır.

Yargıtay bir kararında, "sanık... 'un, 11 yaşının içinde bulunan mağdureyi tehdit, cebir veya hile olmaksızın arkadaşı olan sanık... 'in ailesiyle yaşadığı eve götürüp burada mağdure ile birlikte bir hafta kaldığı olayda; mağdurenin aşamalarda beyanları, sanık... 'in savunmaları ve tüm dosya kapsamından, inceleme dışı sanık... ile birlikte suç işleme kararı bulunmadığı anlaşılan sanık... 'in, inceleme dışı sanık... 'un fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurduğunu gösterir herhangi bir davranışının da olmaması karşısında, sanık... 'in kalacak yer sağlamak suretiyle sanık... 'un işlediği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icrasını kolaylaştırdığı ve buna bağlı olarak TCK'nun 39/2-c maddesi kapsamında suça yardım eden olarak iştirak ettiği kabul edilmelidir." ifadelerine yer vermiştir²⁵.

Yargıtay'ın bu kararda, müşterek faillik olarak kabul edilmesi gereken eylemleri, yardım etme olarak nitelendirdiği görülmektedir. Bu durum ise, "fiil üzerinde müşterek hakimiyet" şartının hatalı yorumlanmasıdır. Nitekim fiil üzerinde müşterek hakimiyet, müşterek failliğin objektif şartı olarak, fiilin ortaklaşa icra edilmesi, suça objektif bir katkı sağlanmasıdır. Bunun için söz konusu katkıya ilişkin olan hareketlerin aynı zamanda işlenmesi yahut her failin mutlaka tipiklikte yer alan hareketleri gerçekleştirilmesi zorunlu değildir²⁶. Yani fiili hakimiyet, suç teşkil eden fiile doğrudan katkı sunulmasını zorunlu kılmadığı gibi²⁷ olay mahallinde bizzat bulunmak da zorunlu değildir²⁸. Ayrıca, müşterek faillik için suça sunulan katkının zorunlu olması da gerekmez. Yani, müşterek katkı olmaksızın fiilin başarıyla tamamlanmasının mümkün olmamasından ziyade bu katkının somut olaydaki ağırlığı önem arz eder. Buradaki zorunluluk, "söz konusu katkı olmasaydı, suç hiçbir surette işlenemeyecekti" kıstasından ziyade, yapılan iş bölümü gereğince müşterek failerin suça sunduğu katkının "ekili, önemli ve fonksiyonel hakimiyeti kurabilecek ağırlıkta olması" kıstasıdır²⁹. Doktrinde müşterek failin suça olan katkısının, bu katkıya duyulan ihtiyaç ve bu katkı olmaksızın yapılabileceklerin tespitiyle mümkün olduğu da belirtilmektedir³⁰.

Sonuç olarak, failerin hareketleri, tipik olarak tek başına cezalandırılması mümkün görünmese bile müşterek faillik, söz konusu hareketlerin bir bütünün parçası olarak değerlendirilmesini ve bu hareketlerin tamamından sorumlu tutulup cezalandırılabilir hareketler olarak kabul edilmesini sağlar³¹.

Yargıtay kararına dönersek, somut olayda mütemadi bir suç vardır. Mütemadi suçlarda, eğer suç başlamış fakat henüz bitmemişse, devam etmekte olan mütemadi suça müşterek fail olarak katılmak mümkündür³². Somut olayda, suç başlamış, henüz bitmemiş ve ikinci sanık, birinci sanık ile birlikte 11 yaşındaki mağdurenin bir hafta kendi evinde kalmasını sağlamıştır. Mağdurenin 11 yaşında olması, ikinci sanığın, ailesine haber vermeksizin mağdureyi bir hafta boyunca kendi evinde kalmasını sağlaması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanmasından sonra, ikinci sanığın suçun devam etmesini sağlayan etkili ve belli ağırlıktaki katkısı hem suça katılma iradesi hem de fiil üzerinde

²⁴ Wilfried Küper, "Zur Problematik der sukzessiven Mitt?terschaft", *JuristenZeitung*, 36. Jahrg., Nr. 17, (4. September 1981), 573, <https://www.jstor.org/stable/20815336>, (E.T. 13.11.2023).

²⁵ YCGK, 2014/635 E., 2017/250 K., 25.04.2017. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

²⁶ Zahit Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları", *ABÜHFD*, 11/21, (2023), 116.

²⁷ Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları", s. 117.

²⁸ İzzet Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", *SÜHFD*, 4/1-2, (1994), 164.

²⁹ Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", 163-165.

³⁰ Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, 127.

³¹ Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları", s. 117.

³² Faruk Erem, "Suça İştirak", *AÜHFD*, 3/1, (1946), 77. Ayhan Önder, "Mütemadi Suç", *İÜHFM*, 29/1-2, (1963), 110.

ortak hakimiyeti ortaya koymaktadır. Bu kararda ikinci sanık, müşterek fail olarak cezalandırılması gerekirken, sorumluluğu yardım eden olarak belirlenmiştir.

Fiil üzerinde ortak hakimiyet şartı bakımından bir başka Yargıtay kararında, müşterek faillik için *fili katılımın* olmasının gerektiği³³ ifade edilmiştir. Bu görüşe de katılmanın mümkün olmadığını söylemek gerekir. Zira örneğin, telefon, telsiz vs. ile fiilin işlenişini yönlendirerek suça müşterek fail düzeyinde katkı sunulabilir. Müşterek faillik, olay mahallinde bizzat bulunma zorunluluğunu gerektirmez.³⁴

Bir Yargıtay kararında göze çarpan bir diğer hususta, *ani gelişen olaylarda* iştirak iradesinin olmadığı³⁵ şeklindeki tespittir. Ani gelişen olaylarda iştirak iradesinin olamayacağını peşinen kabul etmek mümkün olmamalıdır. Zira birlikte suç işleme iradesi, suç ortaklarının iradelerinin, muayyen bir suçun birlikte işlenmesi hususunda birleşmesidir. Burada failer, işledikleri suça iştirak ettiklerini bilmiş ve bunu istemiş (kast) olmalıdır. Faillerden birinin kastı öldürmeye, diğerininki ise sadece yaralamaya yönelikse, ortada iki ayrı suçun müstakil faileri vardır³⁶. Zira böyle bir olasılıkta, iştirak iradesinin belli bir hareketin icrası ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca birlikte suç işleme iradesi olmadan, fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyetin kurulması ve müşterek failerin üzerinde mutabakata vardıkları bir planın olması da mümkün değildir³⁷. İcrasına henüz başlanmamış bir suça bilahare iştirak edilebileceği gibi, suçun icrası sırasında da iştirak iradesi oluşabilir. Müşterek faillikte önemli olan, suça sunulan katkının “*müşterek fonksiyonel hakimiyet*” olarak nitelendirilebilecek ağırlıkta olması ve tüm müşterek failerin buna muvafakat göstermesidir³⁸. Bir suç planı yapılmışsa, iştirak iradesinin belirlenmesinde bu planın düşünülmüş olması yeterlidir. Planın, ayrıntılarıyla aşırı hassas bir şekilde tartışılmış olması yahut mağduru tamamen savunmasız bırakacak bir planın yapılmış olması aranmaz³⁹.

Tüm bu anlatılanlar kapsamında, 765 Sayılı TCK'nın 64/1 maddesindeki müşterek faillik tanımının daha açık ve yol gösterici olduğunu söylemek mümkündür: “*Birkaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiille mahsus ceza ile cezalandırılır*” ibaresindeki “*fiili irtikap edenler*” veya “*doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar*” doğrudan müşterek failliği ifade etmektedir. Ayrıca m. 65/son gereği de (yardım etme bakımından) “*bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifada edemez.*”

III. Alman Hukuku

Türk Hukuku'ndan farklı olarak Alman Hukuku'nda, birden fazla kişinin suça katılması iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan biri, suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” diğeri ise, suçun “*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*”dir. Alman Hukuku'nda da birden fazla kişinin suça katılması, TCK'da olduğu gibi, sadece belli başlı suçlarda cezayı artıran nitelikli bir hal olarak yer

³³ “*Oluş ve kabule göre, sanık ...'nın azmettirmesi sonucu sanık ...'ün sanık ... ile birlikte olay yerine gelip mağdurenin eve gelmesini bekledikleri, mağdure geldiğinde dışarıda bulunan sanık ...'nın durumu cep telefonuyla apartmanın içinde beklemekte olan sanık ...'e bildirmesi üzerine bu saniğin mağdureyi zorla kaçırılmaya çalıştığı, mağdurenin direnmesi ve etraftan gelenler olması üzerine eylemini tamamlamadığının anlaşılması karşısında, sanık ...'nin mağdurenin kaçırılma olayına fiili katılımı olmaması nedeniyle TCK'nın 109. maddesi 3. fıkrasının “b” bendinde eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte işlemeleri koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeyerek sanıkların cezalarının anılan fıkra ve bentle artırılması...*” (Kapatılan)14. Ceza Dairesi 2011/4073 E., 2012/9323 K., 02.10.2012. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

³⁴ Özgenç, “Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, 164.

³⁵ “*...TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi ile birlikte tehdit suçunun varlığı için failerin birden fazla olması yeterli olmayıp, failer arasında birlikte suç işleme iradesine yönelik iştirak ilişkisi bulunması, dolayısıyla müşterek fail olarak hareket etmeleri gerekli olup, somut olayda dosya kapsamı ve yukarıda ayrıntıları ifade edilen delillere nazaran, sanık ... ve temiz dışı sanık ...'in trafikte tartıştıkları katılan ...'ı tehdit ettikleri, olayın ani gelişmesi karşısında sanıklar arasında iştirak iradesinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, müşterek fail sıfatı bulunmayan sanıkların eylemlerinin ayrı değerlendirilmesi gerektiği, somut olayda TCK'nın 106/2-c maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığının gözetilmemesi...*” Yarg. 4. C.D., 2022/6450 E., 2022/14075 K., 17.10.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

³⁶ Erem, “Suça İştirak”, 66.

³⁷ Özgenç, “Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, 174.

³⁸ Özgenç, “Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, 174, 184.

³⁹ Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Faillğin Şartları”, 125.

almaktadır. Bu açıdan iki ülke ceza kanunları arasında benzerlik olduğu ifade edilebilir. Nitekim, aşağıda daha ayrıntılı ifade edileceği üzere, suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” Alman Hukuku’nda kişilerin suça “*müşterek fail*” olarak katılmasını gerektirmektedir. Suçun “*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*” ise, müşterek faillik dışındaki iştirak şekillerini kapsamına almaktadır. StGB’de suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”, cinsel istismar, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları bakımından öngörülmüşken, suçun “*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*” tehlikeli bedensel yaralama ve görevi yaptırmamak için direnme suçları bakımından öngörülmüştür.

Suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”nin cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edildiği ve ilk olarak incelemek istediğimiz suç tipi “*cinsel istismar*” suçudur. Bu suç, StGB’nin 176. maddesinde, “*çocukların cinsel istismarı*”, 176a maddesinde “*çocukla fiziksel temas kurulmadan çocukların cinsel istismarı*”, 176b maddesinde “*çocuğun cinsel istismarına hazırlık*”, 176c maddesinde “*çocuk istismarının nitelikli halleri*”, 176d maddesinde “*çocuklara yönelik ölümlerle sonuçlanan cinsel istismar*” ve 176e maddesinde, “*müstehcenlik*” şeklinde düzenlenmiştir.

Çocuk istismarının nitelikli hallerinden suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”, StGB’nin 176c maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, “*176. maddenin 1. fıkrasının 1 ve 2 numaralı bendi kapsamına giren hallerde, çocuklara yönelik cinsel istismar fiilinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*⁴⁰”

Söz konusu maddedeki suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” ibaresi, müşterek faillik şeklinde anlaşılmaktadır. Müşterek faillik, StGB’nin 25. maddesinin 2. fıkrasında “*bir suçun birden fazla kişi tarafından müştereken işlenmesi halinde, her bir kişi fail olarak cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre doktrinde, adı geçen suçun nitelikli halinin uygulanabilmesi için, en az iki failin, aynı suçu işlemeye yönelik olarak, mağdur üzerinde hakimiyet kurmak veya zihinsel veya fiziksel olarak birbirlerini aktif olarak destekleyerek aynı amaçla birlikte hareket etmelidir. Yardım etme, azmettirme veya yan yana faillik, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için yeterli değildir⁴¹. Nitekim, Alman Federal Yüksek Mahkemesi de (BGH) StGB’nin 176c maddesinde yer alan suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesini, en az iki kişinin aynı suç işleme kararına dayalı olarak ve bir araya gelerek cinsel istismar niteliğindeki fiilleri beraber işlemeleri yahut zihinsel veya fiziksel olarak birbirlerini aktif olarak destekleyecek şekilde birlikte hareket etmeleri olarak anlamıştır. Bunun için, faillerden birinin StGB m. 176 (1) ve diğerinin StGB m. 176 (2) kapsamında suç işlemiş olması yeterlidir⁴². Örneğin, failin fiziki güç kullanarak çocuğu tutması veya üçüncü kişiye teslim etmesi gibi davranışlardan kaynaklanmış olmasıdır⁴³.

Söz konusu nitelikli hal, StGB’nin “*cinsel saldırı*” suçunu düzenleyen 177 maddesinde de yer almaktadır. Bu maddede de suçun ortaklaşa işlenmesinden değil, “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”nden bahsedilmiştir. Alman Ceza Kanunu’nun 177. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” nitelikli hali de aynı şekilde anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu nitelikli hal bakımından, ortak bir suç planı çerçevesinde, birden fazla kişi, aralarından yalnızca biri cebir veya tehdit kullanıp diğeri mağdurla cinsel temasta bulunsa bile, bu kişiler müşterek fail olarak sorumludurlar. Bu olasılıkta, birkaç suç ortağından biri cinsel eylemi tamamlarsa, hepsi tamamlanmış cinsel saldırı nedeniyle cezalandırılacaktır. Cinsel saldırı eylemini gerçekleştiren kişi, cebir yahut tehdit kullanmamış olsa bile, m. 177/6-1,2 kapsamında faildir. Zira müşterek faillik kuralları bunu gerektirir⁴⁴.

⁴⁰ StGB, https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_176.html, (E.T. 10.12.2023).

⁴¹ Karl Lackner vd., Heger, StGB § 176c Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, Rn.3, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage 2023).

⁴² Bundesgerichtshof Beschluss, 2 StR 501/19, 4. März 2020, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=04.03.2020&Aktenzeichen=2%20StR%20501/19>, prg. 8, (E.T. 03.06.2023).

⁴³ Bernd Heintschel Heinegg, Ziegler, StGB § 176c Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, IV. Gemeinschaftliche Begehung (Abs. 1 Nr. 3), Rn. 12, *BeckOK StGB*, (57. Edition, 2023).

⁴⁴ Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, 251, *Leipziger Kommentar StGB* (Band 10, De Gruyter, 2023), Schönke/Schröder, Eisele, StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, Strafgesetzbuch, 3. Von mehreren gemeinschaftlich begangen (Nr. 2), Rn. 108, *Strafgesetzbuch: StGB*

Burada, her failin cinsel eylemi kendisi gerçekleştirmesine gerek kalmadan, suça katılanların, ortak bir suç planına göre aktif olarak birlikte hareket etmesi ve aynı anda olay yerinde bulunması gerekmektedir. Çünkü cezanın artırılmasının nedeni, mağdurun kendini savunma yeteneğinin azalması ve failerin birbirini tahrik etme tehlikesinin artmasıdır⁴⁵. Ancak olay yerinde iki kişinin birlikte hareket etmesi şartıyla, orada bulunmayan kişi de ortaklaşa yapılan saldırıda müşterek fail olabilir⁴⁶. Bununla birlikte, iki suç ortağından biri yalnızca hazırlık faaliyetleriyle sınırlıysa veya etkin olmayan bir şekilde suçun gerçekleşmesinde bir garantör rolündeyse yahut suçun işlenmesi sırasında olay mahallinde bulunmuyorsa, o suçun müşterek bir biçimde işlenmesinin ağırlığı ve tehlikesi eksiktir⁴⁷.

Şu hâlde, 176c ve 177 kapsamında, Alman Hukuku'nda "*birden fazla kişi tarafından birlikte işleme*" nitelikli hali, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurma olarak anlaşılmaktadır⁴⁸. Bu kapsamda, çocuğun cinsel eyleme ikna edildikten sonra, ikna eden bulunmaksızın istismara maruz kalması, suçta müşterek hakimiyetin kurulduğu anlamına gelmez⁴⁹. Müşterek hakimiyetin ön koşulu, suç mahallinde aynı anda bulunan en az iki kişinin birlikte fail olarak hareket etmesidir. Her ne kadar bu durumda, her failin mağdur üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirmesi veya bu tür eylemleri gerçekleştirmesi için mağduru zorlanması gerekli değilse de Alman Ceza Kanunu'nun 25/2 maddesi kapsamında, suça sunulan katkı, müşterek fail olarak her iki faile de yüklenebilir olmalıdır⁵⁰.

Son olarak, StGB'nin "*Cinsel Taciz*" başlıklı 184i maddesinin 2. fıkrasında da suçun "*birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*"nin cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörüldüğü ifade edilmektedir. Bu madde açısından da suça katılma, 224. maddeden daha geniş anlaşılmakta, katkının müşterek faillik düzeyinde aranması gerektiği düşünülmektedir⁵¹.

Değınmek istediğimiz diğer bir suç tipi, StGB'nin 224. maddesinde düzenlenen "*tehlikeli bedensel yaralama*" suçudur. Zira tehlikeli bedensel yaralama suçunun düzenlendiği maddede, suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*" (m 224/1-4), cezanın artırılmasını gerektiren bir haldir. Bu hüküm kapsamında doktrinde, söz konusu ibarenin nitelikli hal olarak kabul edilmesinin temelinde, mağdurun saldırıya direnme, saldırıdan kaçma yahut savunma şansının azalması olduğu ifade edilmektedir⁵².

Görüldüğü üzere, 224. maddede "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*", 177/6 ve 176c/1-3 maddelerinde ise, "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*" ifadeleri kullanılmıştır. Bu kapsamda, Alman doktrininde "*ortaklaşa hareket etmek*" ifadesinin de müşterek faillik olarak anlaşılıp anlaşılmadığının tespiti gerekir.

Doktrinde, 224. madde bakımından, tehlikeli bedensel yaralama suçunun müşterek fail olarak işlenmesinin değil, herhangi bir türden başka bir iştirak türüyle işlenmesinin cezalandırıldığı savunulmuştur. Bu görüşe göre, ortak suç işleme iradesi olsa bile, pasif davranan ikinci bir kişinin varlığı

Kommentar, (30. Auflage 2019), <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 07.07.2023). Volker Erb- Jürgen Schäfer, Renzikowski, StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, *Münchener Kommentar zum StGB*, (4. Auflage 2021), Rn. 16, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 08.07.2023).

⁴⁵ Bernd Heintschel Heinegg, 2. Gemeinsame Tatbegehung (Abs. 6 S. 2 Nr. 2), Rn. 51, *BeckOK StGB Beck'scher Online-Kommentar StGB*, (57. Edition, München, 2023), <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 14.11.2023).

⁴⁶ Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, Täterschaft und Teilnahme an Nr. 4., Rn. 11d, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 14.11.2023).

⁴⁷ Schönke/Schröder, Eisele, StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, Strafgesetzbuch 3. Von mehreren gemeinschaftlich begangen (Nr. 2), Rn. 108.

⁴⁸ Urs Kindhäuser vd., Konstantina Papathanaslou, StGB §176c Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, 3. Die Qualifikation der Nr. 3 (gemeinschaftliche Begehung), Rn. 17.

⁴⁹ Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, 155.

⁵⁰ Nikolai Odebralski, *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren, Ein Praxishandbuch*, (Springer, 2020), 141. Volker Erb- Jürgen Schäfer, Renzikowski, Rn. 16, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 08.07.2023).

⁵¹ Wolfgang Mitsch, "Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)", <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/mitsch-sexuelle-belaestigung-und-straftaten-aus-gruppen.pdf>, (E.T. 08.07.2023), s. 357.

⁵² Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224 Gefährliche Körperverletzung, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b, *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, (30. Auflage 2019), <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 07.07.2023). s.1. Mark Zoller, "Neue Straftatbestände zum Schutz vor Gewalt gegen Polizeibeamte?", https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/ISP/Z%C3%B6ller_ZIS_2015_445_DB.pdf, (E.T. 08.07.2023), s. 453.

yeterli olmadığı gibi, bireysel olarak failin suçu işlediği sırada yalnızca diğerlerinin kendisini destekleyeceğine güvenmesi de yeterli değildir. Burada, StGB'nin 25. maddesinde iştirak türlerini düzenleyen her iştirak türü cezanın artırılmasını sağlamaz. Zira suça katılım, üstün bir güç oluşturarak ve savunma şansını azaltarak mağdur için tehlikeyi artıran bir katılım olmalıdır. Burada, suçun kendine özgü yapısı dikkate alınarak, suç mahallinde en az iki kişinin bulunması ve ayrıca mağdur üzerinde üstünlük kurulmasının, tehlikeyi objektif olarak artıran bir suç ortaklığı olup olmadığına bakılır. Örneğin, bir güvenlik görevlisinin bağlanması, faili uyarmak için beklenmesi, komşu mülkten mağdurun ortaya çıktığının cep telefonu ile bildirilmesi, happy salapping⁵³ eyleminde, tokat atıldığı sırada bunu videoya kaydetme gibi⁵⁴. Saatler sonra bir başkası tarafından yaralama suçuna maruz kalacak mağduru kilitlemek, yaralamanın işlendiği sırada mağdur iki veya daha fazla kişiyle doğrudan karşı karşıya gelmesi de savunma şansını azaltır⁵⁵.

BGH'ye göre de suç mahallinde yalnızca bir suç ortağı varsa, ceza artırılmaz. Suç mahallinde birden fazla suç ortağının bulunduğu hallerde, genellikle suça katkıları konusunda özel bir gereklilik de yoktur. Hatta olay yerinde bulunan suç ortağının, suçu doğrudan kendi iradesiyle işleyen faili suçu işlemeye teşvik etmesi dahi yeterli olacaktır. Suçu teşvik eden böyle bir psikolojik etkinin, suça yapılan fiziki katkıyla eşdeğer olması gerekir. Bu nedenle azmettirme ya da harekete geçme kararını pekiştiren veya bu kararın istikrarını sağlayan manevi yardım da mağdur için tehlikeyi artıran bir katılım olarak kabul edilmez. Aynı husus, suç mahallinde birden fazla kişinin bulunması nedeniyle mağdurun korkması ve fakat ikinci kişinin orada bulunmasının objektif olarak tehlikeyi artıran bir katılım olarak kabul edilemediği durumlar için de geçerlidir⁵⁶.

Kişi suça iştirak etmekle birlikte, suça katkısı faillik derecesinde değilse müşterek fail olarak nitelendirilemez. Bu sadece 224 I No. 4'e bir yardım olarak cezalandırılabilir. Müşterek faillik, fail ve suça katılanın uyum ve iş birliği içinde hareket etmesi halinde ortaya çıkar.⁵⁷

Alman Hukuku'nda hâkim görüş, yardım etmenin 176c/1-3 kapsamında değerlendirilemeyeceğidir⁵⁸. Zira StGB'nin 224/1-4 maddesinin aksine 176/1-3 maddesinde "*ortaklaşa hareket etmek*" ifadesi kullanılmamaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Dairesi Kararı kapsamında (BGHSt 47 383), yaralanan kişi için durumu kötüleştirecek şekilde eylemin etkisini bilinçli olarak arttıran bir yardımcının varlığı gereklidir. Yardım edenin sağladığı desteğin, haksızlığın boyutunu etkilemediği durumlarda, örneğin yardımcının yaklaşmakta olan kişileri uyarmak için kapının önünde durması halinde, m. 176c (1) no.3 uygulanmaz. Ayrıca ihmal yoluyla yardımın da 176c 1-3 uyarınca suçu nitelendirmek için yeterli olmadığı da düşünülmektedir. Diğer yandan, iki kişinin çocuğu birlikte ikna etmesi örneğinde olduğu gibi, 176c,1-3 numaralı fıkrası uyarınca herkes için cezai sorumluluk oluşturan müşterek hakimiyet, 176, 1-2 numaralı maddesine göre tespit edildiğinde de mümkün görülmektedir⁵⁹. StGB'nin "*görevi yaptırmamak için direnme*" suçunun düzenlendiği 113. maddesinin 2. fıkrasının 3. bendinde de suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*" nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buradaki düzenlemenin de 224 maddedeki gibi uygulanabileceğini söylemek mümkündür⁶⁰.Yasa

⁵³ Sokak ortasında korunmasız görünen insanlara tokat atıp, afallayan kurbanı cep telefonuna kaydettikten sonra görüntüyü yayma. Oxford Reference, bullying, <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095535112?rskey=rrfBKW&result=17>, (E.T. 11.07.2023).

⁵⁴ Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b.

⁵⁵ Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b.

⁵⁶ Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b..

⁵⁷ Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b.

⁵⁸ Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung,155, *Leipziger Kommentar StGB*.

⁵⁹ Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung,155, *Leipziger Kommentar StGB*.

⁶⁰ Karl Lackner vd., Heger, StGB § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, Rn. 26, c) Nr. 3: Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage 2023), <https://beck-onl#ne.beck.de>, (E.T. 29.05.2023). Zoller, s. 453.

koyucunun cezanın artırılmasını kabul etmesinin gerekçesi, birkaç saldırganın ortak saldırısının polis memurları için tehlikeyi önemli ölçüde artırmasıdır⁶¹.

Sonuç

İştirak, bir kimse tarafından kasten işlenebilen bir suçta birden fazla kişinin katıldığı durumlarda, katılan kişilerin suçta sunduğu katkının ağırlığı göz önünde bulundurularak, kişilerin sorumluluklarının (faillik-şeriklik) belirlenmesini ve cezaların buna göre tespitini sağlamaktadır. Bu kurum, TCK kapsamında cezayı artıran genel bir nitelikli hal olarak yer almaz. Ancak, 5237 sayılı Kanunda bazı suçlar bakımından öngörülen “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli hali, kanun koyucunun geliştirdiği suç-ceza politikasının gereği olarak, bu genel kuralın istisnasıdır.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, Türk Ceza Hukuku’nda, doktrin ve yargı içtihatları da dahil olmak üzere “müşterek faillik” olarak anlaşılmaktadır. Zira TCK’nın 37/1 maddesinde, suçun kanuni tanımında yer alan “fiili birlikte gerçekleştiren” kişiler ibaresindeki, fiili birlikte gerçekleştirme, fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurma şeklinde yorumlanmaktadır. Aslında burada müşterek faillikten ziyade iştirak tanımının yapıldığı ifade edilebilir. Bu ise uygulamada müşterek failliğin oldukça geniş yorumlanmasına neden olmaktadır.

Buraya kadar anlatılanlar kapsamında, “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” aslında lafzi olarak suçun iştirak halinde işlenmesi anlamına gelmesine rağmen, bu ibare, suçun, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulmak (müşterek faillik) suretiyle işlenmesi olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, örneğin TCK m. 109 maddenin gerekçesinde, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin müşterek faillik olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş, doyurucu değildir. Aslında bu hususta 765 Sayılı TCK’nın 64/1 maddesindeki müşterek faillik tanımı ve 65/son’daki yardım etmeye ilişkin istisnai düzenleme, daha açık ve yol göstericidir. Zira 5237 sayılı Kanun’da kullanılan “suçun birlikte işlenmesi” ibaresi, aslında iştirak ve şeriklik türlerinin tümünü kapsayıcı bir ibaredir⁶².

Bazı suçlarda “suçun birlikte işlenmesi” ölçütünün anlamı Alman ve Türk Hukuku’nda benzerlik göstermektedir. Özellikle gerek TCK gerek ise StGB’deki cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının nitelikli haline ilişkin düzenlemelerin örtüştüğü söylenebilir. Zira her iki kanun kapsamında da bu suçların müşterek faillik şeklinde işlenmesi, cezanın artırılmasına neden olmaktadır. Alman doktrininde müşterek faillik için aynı anda olay yerinde en az iki kişinin bulunması aranmaktadır. Dolayısıyla olay yerinde bulunmayan üçüncü bir kişinin müşterek fail olabilmesi, olay yerinde en az iki kişinin birlikte hareket etmesi şartına bağlıdır. Burada yukarıda incelediğimiz Yargıtay kararındakine benzer bir yaklaşım⁶³ tarzı benimsendiği anlaşılmaktadır. Yani olay yerinde “fiili katılım”ın Alman doktrin ve uygulamasında benimsendiği görülmektedir. Halbuki, müşterek failliğin bu şekilde sınırlandırılması, somut olay çeşitliliği göz önüne alındığında mümkün olmamalıdır. Zira müşterek faillik, olay mahallinde bizzat bulunulsun yahut bulunulmasın, “fiil üzerinde ortak hakimiyet” kurulması şartı üzerine inşa edilen bir kurumdur. Bu nedenle önemli olan, somut olayda suçta sunulan katkının ağırlığıdır. Burada Alman Hukuku’nda savunulanın aksine, “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli halinin, dolaylı faillik şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmek gerekir. Bir başka ifadeyle, doğrudan failin, birden fazla kişiyi suçta araç olarak kullanması halinde de bu nitelikli hal gereği cezanın artırılması gerekir⁶⁴.

Bir diğer husus, Alman Hukuku’nda yer alan “suçta katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi” şeklinde cezayı artıran bir nitelikli hale Türk Hukuku’nda yer verilmemiş olmasıdır. Yukarıda da anlatıldığı gibi Alman Hukuku’nda, suçun “birlikte işlenmesi” ile “ortaklaşa işlenmesi” birbirinden ayrı kavramlardır. Bu

⁶¹ Bernd Heintschel Heinegg, Dallmeyer, StGB § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, Rn. 31, BeckOK StGB, (58. Edition, 01.08.2023).

⁶² Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları”, 38, 39.

⁶³ (Kapatılan)14. Ceza Dairesi 2011/4073 E. , 2012/9323 K., 02.10.2012. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

⁶⁴ Zahit Yılmaz, Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 254.

nedenledir ki suçun “*ortaklaşa işlenmesi*”nin cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edildiği suçlarda, müşterek faillik düzeyinde bir katkı sunulmamış olsa da suç ortaklarının cezası değişiklik göstermektedir. Türk Hukuku’nda ise böyle bir uygulama yoktur.

Bir şeriklik türü olan yardım etmenin, müşterek faillikten temelde ayrıldığı nokta, müşterek faillikten farklı olarak, yardım etme halinde, fiil üzerinde hakimiyetin söz konusu olmamasıdır⁶⁵. Fakat bu durum, somut olayda yardım etmenin, suçun işlenmesini kolaylaştırmadığı yahut mağdurun kendisini savunma olasılığını azaltmadığı anlamına gelmemektedir. Gerçi iştirak bir suçun işlenmesini genellikle kolaylaştıran bir kurumdur. Ancak suçun iştirak halinde işlenmesi, özellikle cinsel saldırı, cinsel istismar, çocuğun fuhsa teşviki, müstehcenlik, kasten öldürme, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlanmış halleri uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti yahut yağma gibi ağır suçlar bakımından, sadece suça müşterek fail olarak katılma halinin değil, aynı zamanda yardım eden olarak katılımın da özel bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir. Yani Alman Hukuku’nda yer alan “*ortaklaşa işleme*” kriterinin, bu suçlar bakımından düzenlenmesi düşünülebilir. Bu, daha çok maddi yardım ve özellikle, “*suçun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak*” bakımından zaruri görünmektedir. Burada en azından, her suç için öngörülen nitelikli unsurlar kısmında, TCK’nın 39. maddesindeki indirimlerden daha az bir indirimin uygulanmasını sağlayacak özel oranlar belirlenebilir. Kanun koyucu, rüşvet suçundaki hukuki değer korunmasında nasıl ki anlaşmayı yahut teşebbüsü dahi tamamlanmış suç gibi cezalandırıyorsa, bazı suçlar bakımından da şeriklik hallerini, cezanın indirilmesinde bir sınır olarak kabul edebilir. Yardım etme bakımından, faile bu nitelikli halin uygulanması, kendisine yardım edildiğinin bilinmesine bağlı olmalıdır. Eğer fail kendisine yardım edildiğini bilmiyorsa, suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi kastı bulunmamaktadır. Hem fail hem de yardım eden suçun işlenmesi konusunda bir anlaşma doğrultusunda hareket ediyorlarsa, her ikisi de bu nitelikli hal gereğince cezalandırılmalıdır. Son olarak, azmettiren, suçun nitelikli hali olan “*suçun birden fazla kişiyle işlenmesi*”ne azmettirmişse, bu nitelikli halin kendisine sirayet edeceği tartışmasızdır.

⁶⁵ M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.775.

Kaynakça

- Akbulut, Berrin. "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)", *Adalet Dergisi*, 2/65 (2020), 99-165.
- Aksan, Murat. "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)", *NEÜHFD*, 5/1, (2022), 236-301.
- Artuk, M. Emin vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, M. Emin vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, Mehmet Emin – Alşahin, Mehmet Emin. "Sarkıntılık Fiili", *AÜHFD*, 65/4, (2016), 3243-3270.
- Bayındır, Sinan. "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)", *DEÜHFD*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21/Özel Sayı, (2019), 157-195.
- Centel, Nur. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *TBB*, 25/99, (Mart-Nisan 2012), 269-290.
- Çakır, Kerim. *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Erb, Volker - Schäfer, Jürgen - Renzikowski, Joachim. *StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*, Münchener Kommentar zum, StGB, 4. Auflage 2021, Rn. 16, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 08.07.2023).
- Erem, Faruk. "Suça İştirak", *AÜHFD*, 3/1, (1946), 62-107.
- Heintschel Heinegg, Bernd. *BeckOK StGB Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 57. Edition, München, 2023, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 14.11.2023).
- Heintschel Heinegg, Bernd - Dallmeyer, Jens. *StGB § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*, Rn. 31, *BeckOK StGB*, 58. Edition, 01.08.2023.
- Hilgendorf, Eric vd. *§ 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*, 251, *Leipziger Kommentar StGB*, Band 10, De Gruyter, 2023.
- Kindhäuser, Urs vd. Schild/Kretschmer, *StGB § 25 Täterschaft*, Rn 110. *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 6. Auflage, 2023, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 09.07.2023).
- Kindhäuser, Urs. "Pflichtverletzung bei gemeinschaftlicher Tatbegehung: Semantische Probleme der Beteiligungslehre", <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748908692-9.pdf>, 23, (E.T. 14.11.2023).
- Ko, Myoungsu. "Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip", (2020), https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/22935/dissertation_ko_myoungsu.pdf?sequence=5, (E.T. 09.07.2023).
- Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Küper, Wilfried. "Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft", *JuristenZeitung*, 36. Jahrg., Nr. 17, (4. September 1981), 573, <https://www.jstor.org/stable/20815336>, (E.T. 13.11.2023).
- Lackner, Karl vd. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, 2023, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 29.05.2023).
- Mitsch, Wolfgang. "Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)", <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/mitsch-sexuelle-belaestigung-und-straftaten-aus-gruppen.pdf>, (E.T. 08.07.2023).

- Odebralski, Nikolai. *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren, Ein Praxishandbuch*, Springer, 2020.
- Önder, Ayhan. "Mütemadi Suç", *ÜHFM*, 29/1-2, (1963), 75-120.
- Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özen, Mustafa. "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", *TBBD*, 70, (2007), 239-257.
- Özgenç, İzzet. "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik", *SÜHFD*, 4/1-2, (1994), 159-190.
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst. *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 30. Auflage, 2019, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 07.07.2023).
- Sebastian, Sascha – Lorenz, Henning T. "Übungsfall: Jacqueline und der Fluch der Damenhandtasche, Zeitschrift für das Juristische Studium" – https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017_1_1082.pdf, (E.T. 09.07.2023).
- Tezcan, Durmuş vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Üzülmez, İlhan. "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", *GÜHFD XI/1,2*, (2007), 1183-1210.
- Yenerer Çakmut, Özlem. "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m.109)", *MÜHFHAD*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19/2, (2013), 587-602.
- Yılmaz, Zahit. "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müsterek Failliğin Şartları", *ABÜHFD*, 11/21, (2023), 107-142.
- Yılmaz, Zahit. *Türk Ceza Kanunu Bakımından Müsterek Failliğin Şartları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yokuş Sevük, Handan. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *TBB Dergisi*, 57, (Mart/Nisan 2005), 243-282.
- Zöller, Mark. "Neue Straftatbestände zum Schutz vor Gewalt gegen Polizeibeamte?", https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/ISP/Z%C3%B6ller_ZIS_2015_445_DB.pdf, (E.T. 08.07.2023).