

# DOLAYLI FAİLLİK (TCK. m. 37/2)

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ \*

## GİRİŞ

Ceza kanunlarında suçlar tanımlanırken genellikle bir kişi tarafından işlenebileceği esastan hareket edilmektedir. Ancak kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçlar, doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla kişinin değişik şekillerdeki katılımıyla gerçekleştirilebilmektedir. Suça iştirak olarak adlandırılan bu halde suçun işlenişine katılanlar, diğer ifadeyle bir suç tipinde öngörülen haksızlığın gerçekleşmesine illî değer taşıyan hareketleri gerçekleştirenler cezalandırılacaklardır. Birden fazla kişinin suça katıldığı hallerde meydana gelen haksızlıktan dolayı faillerin sorumluluklarının belirlenmesi suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde yapılmaktadır. İştirak, Türk Ceza Kanununun suç teorisine ilişkin ikinci kısmının dördüncü bölümünde 37-41. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu bölümde suça iştirak bağlamında faillik (m. 37), azmettirme (m. 38), yardım etme (m. 39), bağlılık kuralı (m. 40) ve iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme (m. 41) konularına yer verilmiştir. Aşağıda faillik kapsamında 37. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan “dolaylı faillik” konusu üzerinde durulacaktır.

## I- GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK

Yeni Türk Ceza Kanununa göre suça iştirak kavramı, faillik ve şerikliği kapsayan üst bir kavramdır<sup>1</sup>. Azmettirme ve yardım etmenin şerikliği oluşturduğu bu sistemde failliğin de birbirinden ayırt edilmesi gereken değişik görünüm şekilleri bulunmaktadır. Kanunun 37. maddesine göre, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi faildir. Suçun kanuni tanımındaki fiili bir kişi yalnız başına gerçekleştirebileceği gibi, birden çok kişi birlikte de gerçekleştirebilir. Eğer suçun kanuni tanımındaki fiili bir kişi bizzat ve yalnız gerçekleştirmişse “doğrudan faillik veya müstakil faillik” (m. 37/1), buna karşılık suçun kanuni tanımındaki fiili birden fazla kişi birlikte gerçekleştirmiş ise “müşterek faillik” söz konusudur (m. 37/1). Suçun kanuni tanımındaki fiil, başkası aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Eğer, kişi, suçun

\* DPÜ. Kütahya İİBF Kamu Yönetimi Bölümü.

<sup>1</sup> Bkz: **Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 232; **Kindhäuser Urs**, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxiskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, “Vorbemerkung zu den §§ 25-31”, kn: 1; **Tröndle Herbert/Fischer Thomas**, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004, Vor § 25, kn: 1a.

kanuni tanımındaki fiili başkası aracılığıyla gerçekleştirmiş ise, bu durumda “dolaylı faillik” vardır (m. 37/2). Görüldüğü gibi suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirenler ancak fail olabilmektedirler. Dolayısıyla, suçun kanuni tanımındaki fiilin gerçekleştirilmesine verilecek anlamın kimlerin fail, kimlerin şerik olduğunun belirlenmesinde etkili olacağına belirtmek gerekiyor.

## II- FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

### A- Genel Olarak

İştirak halinde işlenen suçlarda fail(ler) ile şerikler arasında cezalandırma bakımından ayırım yapılmış, ayrıca “dar fail anlayışı”ndan<sup>2</sup> hareketle suç tipindeki fiili gerçekleştiren kimseler fail olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmenin mahiyeti faillik ve şerikliğin ayırımı bakımından önemli hale gelmiş olmaktadır. Özellikle iştirak şekillerinden dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki yakınlık, yine somut olayda suçun işlenişine olan katkının yardım etme mi, yoksa fiili birlikte işleme mi kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacağı hususu, faillik ile şeriklik ayırımı çerçevesinde açıklanması gereken durumları oluşturmaktadır<sup>3</sup>. Faillik ve şerikliği ayırmaya yarayacak ölçütler somut suç tipleri dikkate alınarak tayin edilebilir. Zira; faillik ve şerikliğe ilişkin olarak bütün unsurları bünyesinde toplayan, bütün suçlar için geçerli zorunlu şartları tespit edilmiş genel ölçütler belirlemek mümkün ise de, herkes tarafından işlenebilen genel suçların yanı sıra mahsus suçlar gibi özellik gösteren suç tiplerinde faillik ve şeriklik konusunun ayrı-

<sup>2</sup> Dar fail anlayışı, suç tipindeki unsurları gerçekleştirenlerin fail olabileceği esasına dayanmaktadır. Buna göre; failliğin tespitinde neticenin oluşumuna doğrudan illî etkide bulunmak değil, özel suç tiplerinde kanunun tanımladığı somut hareket esas alınmalıdır. Suçun işlenişine katılmakla birlikte, suçun kanuni tanımındaki icra hareketlerini gerçekleştirmeyen suç ortaklarını fail olarak cezalandırmak mümkün değildir. Ancak bu suç ortaklarının gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Suçun işlenişine yaptığı katkı suç tipindeki icra hareketlerini oluşturmayan diğer suç ortakları şerik olarak nitelendirilmekte ve kanundaki suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılmaları sağlanmaktadır. Dolayısıyla ceza kanunlarındaki suça iştirake ilişkin hükümler cezalandırılabilirlik (sorumluluk) alanını veya suç tipini genişleten bir işlev görmektedirler. Hukukumuzda gerek 765 sayılı Kanunun gerekse 5237 sayılı yeni Kanunun, faillik için benimsemiş olduğu kriterler “dar fail anlayışı”ndan hareketle suça iştirakin düzenlendiğini göstermektedir. Esasen “geniş fail anlayışı” Kanunun lafzına bir çok yönüyle uymamaktadır. İlk olarak kanun koyucu 37. maddede faili “sebebiyet veren” olarak değil, “fiili gerçekleştiren” olarak nitelendirmiştir. Azmettiren ve yardım eden suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirmediklerinden, bunların fail olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İkincisi şeriklik kasten işlenen asıl fiilin varlığını gerektirmektedir. Buna göre kasti olmayan bir fiile azmettirme ve yardım etme, eğer dolaylı failliğin şartları oluşmamışsa, neticeye sebebiyet verme gerçekleşmiş olmasına rağmen cezalandırılmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, İn: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2001, kn: 6-7; **Joecks Wolfgang**, “Vorbemerkungen vor § 25”, in: Strafgesetzbuch –Studienkommentar-, 3. Auflage, München 2001, kn: 7; **Özgenç İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 487-488; **Bringewat Peter**, Grundbegriffe Des Strafrechts, Grundlagen- Allgemeine Verbrechenslehre- Aufbauschmeta, 1. Auflage, Baden-Baden 2003, s. 292; **Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 512-513; **Özbek Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C.: I, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 415; **Önder Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 435; **Dönmezer Sulhi/Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.: II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 449; **Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Bası, Ankara 2005, s. 275-276

<sup>3</sup> **Ebert Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001, s. 188-189.

ca değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>4</sup>. Faillik ve şerikliğin ayırımına ilişkin olarak genel bir takım ilkeler ortaya koymaya çalışan görüşleri subjektif teori, şekli objektif teori, maddi objektif teori ve fiil hakimiyeti teorisi olmak üzere dörde ayırmak mümkündür<sup>5</sup>.

“*Sübjektif teori*”, iştirak şekillerinin suça katılanın iradesi, kastı, saiki, zihniyeti ve yararı gibi subjektif kıstasların dikkate alınarak yapılmasını öngörmektedir. Geniş fail anlayışını<sup>6</sup> esas alan bu teoriye göre bir neticeyi meydana getiren şartlar arasında ayırım yapılamayacağından faillik ve şeriklik ayırımının subjektif esaslardan yararlanarak yapılması gerekir. Buna göre fail iradesiyle hareket eden (animus auctoris), fiili kendisi için isteyen kişi “fail”; başkasının fiiline şeriklik iradesiyle katılan (animus socii), fiili başkası için isteyen kişi ise şeriktir. Suça katılanın kastını esas alarak (kast teorisi) faillik ve şeriklik ayırımı yapıldığından, suçun işlenişine olan katkının dış görünüşü ve ağırlığı önemli değildir. Bu hususta belirleyici tek kriter suça katılanın subjektif durumudur. Bu görüşe göre suçun bütün unsurları bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, bu kişi eğer şerik iradesiyle hareket etmişse sadece yardım eden olabilecektir<sup>7</sup>.

Suçun neticesine duyulan ilgi, bundan sağlanacak yarar ve diğer subjektif amillerden değil, suç tipindeki unsurların kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesinden hareketle fail ve şerik ayırımının yapılmasını öneren görüş “*şekli objektif teori*”dir. Buna göre, tipe uygun icra hareketlerini gerçekleştirenler fail, suçun icrasına doğrudan katılmayanlar ise şeriktir<sup>8</sup>. Başka bir anlatımla şekli objektif teoriye göre hareketleriyle kanuni suç tipini objektif ve subjektif olarak tamamıyla gerçek-

<sup>4</sup> **Kühl Kristian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002, § 20, kn: 11; **Buaman Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003, §29, kn: 29-31; **Hauf Claus-Jürgen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s. 94; **Özgenç İzzet**, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 140.

<sup>5</sup> S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 52 vd.; **Buaman/Weber/Mitsch**, §29, kn: 33 vd.; **Hauf**, s. 96; **Tröndle/Fischer**, Vor § 25, kn: 1b; **Joecks**, “§ 25”, kn: 2..

<sup>6</sup> İliyet bağıni esas olarak iştirakin hukukî esasını açıklamaya çalışan geniş fail anlayışı suçun işlenişine bulunulan katkıların eşitliği prensibine dayanmaktadır. İştirak şekillerini “suçun işlenişine bulunulan katkıının hukukî değeri”nden hareketle değil, ceza normuyla korunan hukukî yarardan hareketle belirleyen bu görüşe göre, ceza hukukunun koruması altındaki bir hukukî yararın ihlâline hukuka aykırı ve kusurlu şekilde katılan herkes, bu katkıının mahiyeti ne olursa olsun faildir. Kanunun azmettirme ve yardımda bulunma olarak belirlediği iştirak şekilleri de bu geniş anlamda fail kavramının kapsamına girmektedir. Fiili işlemeyip kasten hareket edene yardım edenler bakımından kanunda daha hafif ceza öngörülmesinin nedeni, bu kimselerin hareketinin fiili gerçekleştirene oranla korunan hukukî yararı daha hafif bir şekilde ihlâl etmiş olmasıdır. Dolayısıyla, kanundaki iştirake ilişkin hükümler cezayı sınırlandıran bir işlev görmektedir. Kanun koyucu aynı neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareketler arasında, hukukî yararın ihlâli bakımından gösterdikleri ağırlıktan hareketle cezalandırma yönünden ayırım yapmıştır. Azmettirmeye suçun tam cezasının verilmesi öngörüldüğü için, bu anlayışta azmettirmenin şeriklik kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Ancak “manevi faillik” türü olan azmettirme, doktriner düzeyde suni olarak şeriklik kategorisinde değerlendirilmiştir. Bkz: **Özgenç**, Suça İştirakin, s. 52-54; **Buaman/Weber/Mitsch**, §28, kn: 31; S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 8. **Önder**, s. 434-435; **Joecks**, kn: 6; **Dönmezer/Erman**, C.: II, s. 449; **Toroslu**, 275-276; **Bringewat**, s. 292.

<sup>7</sup> S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 56-58; **Buaman/Weber/Mitsch**, §29, kn: 38; **Hauf**, s. 96; **Tröndle/Fischer**, Vor § 25, kn: 1b; **Kühl**, § 20, kn: 22; **Bringewat**, s. 294-295; **Freund Georg**, Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre, Marburg 1998, s. 331-332.

<sup>8</sup> S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 53; **Buaman/Weber/Mitsch**, §29, kn: 33; **Freund**, s. 330.

leştiren kişi fail, bunlar dışındakiler şeriktir<sup>9</sup>. Bu teori suçun işlenişine olan katkıyı harici olarak değerlendirerek faillik şeriklik ayrımında sonuca gidilmesini öngördüğünden objektiftir. Aynı zamanda ceza kanunlarının özel kısmındaki suç tiplerini esas alarak suçun unsurlarını tespit etmesi, buna uygun olarak da failliğin nerede bittiğini, nerede şerikliğin başladığını belirlemesi itibariyle de şeklidir<sup>10</sup>. Bu teori faillik ve şeriklik arasında kesin bir çizgi çizmede başarılı ise de, değişik katılma hallerini teorik olarak izah edememesi yönüyle, örneğin dolayısıyla failliği açıklamaması nedeniyle zayıftır<sup>11</sup>. Ayrıca bu teori müşterek faillik bakımından kabul edilebilir sonuçlar ortaya koymamaktadır. Zira faillik suç tipindeki unsurları kısmen veya tamamen gerçekleştirmeye yönelik faaliyetin bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre suç tipindeki unsurları kısmen veya tamamen birlikte gerçekleştiren kişiler bakımından müşterek faillik söz konusu olabilir. Böyle bir katkısı olmayan kişinin fail olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>12</sup>.

“*Maddi objektif teori*”, suçun icrasına bulunulan katkı ile netice arasındaki illî bağlantının esas alınarak faillik ve şeriklik ayrımı yapılmasını önermektedir. Buna göre, suçun işlenişine olan katkının neticenin oluşumundaki etkisi esas alınmalı, katkı objektif bir değerlendirmeye tabi tutulup suç tipi itibariyle gösterdiği öneme göre faillik şeriklik ayrımı yapılmalıdır<sup>13</sup>. Bu teoriye göre, sadece bizzat kendi eliyle suç tipini gerçekleştiren değil, bunun yanı sıra suçun oluşumuyla yoğun ilişki içinde olan katkıyı gerçekleştiren kişi de fail olabilecektir<sup>14</sup>.

Faillik ve şeriklik ayrımının suç tipindeki fiil üzerinde kurulan hakimiyetten hareketle yapılmasını öneren teori “*fiil hakimiyeti teorisi*”dir<sup>15</sup>. Fiil hakimiyeti,

<sup>9</sup> Bringewat, s. 294; Haft Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 2004, s. 198.

<sup>10</sup> Buaman/Weber/Mitsch, §29, kn: 35.

<sup>11</sup> S/S - Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 53; Freund, s. 330; Erdem, s. 205.

<sup>12</sup> Kühn, § 20, kn: 24; S/S - Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 54-55.

<sup>13</sup> Buaman/Weber/Mitsch, §29, kn: 48; Özgenç, Suça İştirakin, s. 83.

<sup>14</sup> S/S - Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 61.

<sup>15</sup> Fiil hakimiyeti teorisinin ilk izlerine 20. yüzyılın ilk yarısında rastlanmaktadır. Almanya’da Lobe fiil hakimiyeti teorisinin ilk formülasyonunu yapmış, daha sonra Welzel zamanın tartışma konularından final suç teorisinin esaslarına uygun olarak teoriyi geliştirmiştir. Ancak teoriyi objektif bir hareket noktasıyla Lobe ve Welzel’e göre somutlaştıran Gallas olmuştur (Bkz: Roxin, II, § 25, kn. 30-32). Teoriye son şekli veren ve ceza hukuku teorisinde hakim görüş haline gelmesini sağlayan ise Roxin olmuştur. Faillik konusunda merkeze suçun işlenişinde sürece hakim olmayı yerleştiren ve dolayısıyla suçun işlenişinde sürece hakimiyet kurmayı sağlayacak derecede önemli olmayan katkıda bulunanları şerik olarak nitelendiren Roxin suçları “hakimiyet suçları”, “yükümlülük suçları” ve “bizzat işlenebilen suçlar” şeklinde üçe ayırmaktadır. Kasten öldürme, yaralama, mala zarar verme ve hırsızlık gibi genel suçlarda, yalnız veya birlikte fiile hâkim olanlar faildir. Fiile hâkim olan herkesin fail olabildiği bu tür suçlara hakimiyet suçları denilmektedir. Buna karşılık bazı suçlar vardır ki, bu suçlarda suçun icrasında merkezde sadece belli kişiler (yükümlülük sahipleri) bulunabilir, herkes bu yükümlülüğü ihlâl edemez. Bu tür suçlarda hakimiyet suçlarında olduğu gibi belli harici bir hareketle suç gerçekleştirilemez, suç tipinde özelleştirilmiş yükümlülüğün ihlâli zorunludur. Suç tipinde belirlenmiş yükümlülüğü ihlâlî ise, ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle ilgili olanlarca gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla bu tür suçlarda, yükümlülük altında olmayıp suçun işlenişine ilişkin katkıda bulunanlar, katkılarının ağırlığı ne olursa olsun, şerik olacaktırlar. Failliğin üçüncü şeklini ise bizzat işlenebilen suçlar oluşturmaktadır. Sadece failin bedensel bir davranışıyla gerçekleştirilebilen suç tiplerine bizzat işlenebilen suçlar denilir. Bu tür suç tiplerinde müşterek faillik veya dolaylı faillik mümkün değildir. Suç tipinde öngörülen fiili gerçekleştirmeyen kişi sadece şerik olabilir. Bkz: Roxin, II, § 25, kn: 13-15.

neticenin gerçekleşmesine kadar kasti olarak tipe uygun oluşum sürecini elinde tutmak (vakıaların seyrine hükmedebilmek) şeklinde anlaşılmalıdır<sup>16</sup>. Kim fiile hâkim ise, suçun oluşumu kimin elindeyse, suçun işlenip işlenmeyeceğine veya nasıl işleneceğine kim karar veriyorsa, diğer deyişle kendi iradesine göre suçu engelleme ve devam ettirme imkanı kimin elindeyse, bu kişi suçun icrasında aktör konumundadır ve faildir. Buna göre tipe uygun hareket, yalnızca belli bir tasavvurla gerçekleştirilen hareket veya yalın bir dış dünya olayı olarak değil, bilakis objektif ve subjektif olarak anlam birliği içinde bir bütün olarak anlaşılmalıdır<sup>17</sup>. Fiil, olaya yön veren iradenin bir eseri olarak görülmekle birlikte, faillik için sadece bu yönlendirici irade yeterli görülmemekte, bilakis suçun işlenişine olan katkının nesnel ağırlığı da belirleyici olmaktadır. Bu nedenle, sadece suça olan objektif katkısının önemine göre de suçun oluşum sürecine hâkim olanlar faildirler<sup>18</sup>. Buna göre, suçun icrasının şekillendiricisi veya anahtar rol oynayanı olarak planlı bir şekilde yöneterek veya yön vererek kim fiile hâkim ise o faildir. Buna karşılık, fiile hâkim olmadan yardımcı aktör olarak suçun işlenmesine yol açan veya teşvik eden kişi ise şeriktir<sup>19</sup>.

## B- Türk Hukukundaki Durum

Ceza kanunları belirli fiilleri suç olarak tanımlayıp yaptırıma bağlarken, bu suç tipini gerçekleştiren kişiyi muhatap olarak almaktadır. Fail olarak adlandırılan bu kişi davranış normunun aslı muhatabı, suç tanımına uygun olayların ve ceza hukukunun ana figürü konumundadır<sup>20</sup>. Dolayısıyla, faillğe ilişkin kanuni düzenleme suça iştirak bakımından hangi esasın benimsendiğini belirleyebilmek bakımından hareket noktasını oluşturmaktadır. Ceza Kanununun 37. maddesinde fail(ler)in suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirenler olacağı belirtilmiş ve böylelikle açıkça faillik için bağlantı noktası olarak kanuni suç tipini ve bunun bizzat veya birlikte gerçekleştirilmesini arayan fiil hakimiyeti teorisi benimsenmiştir<sup>21</sup>. Esasen bu husus madde gerekçesinde “*Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir*” şeklinde ayrıca ifade edilmiştir. Buna göre, yeni Kanunun sisteminde, kural olarak, faillik fiil üzerinde kurulan hakimiyet aracılığıyla belirlenecektir.

Suç tipinin gerçekleşmesinde önemli bir etki ile oluşumda merkezi bir rol oynayan, anahtar göre üstlenen kişi fiile hâkimdir ve faildir. Bu şekilde faillik bakımından bir tanım yapılmamış, bilakis kılavuzluk yapacak kriter belirlenmiş olmaktadır<sup>22</sup>. Kanun koyucu 37. maddede, faillik bakımından yapmış olduğu düzenleme ile buna uygun olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, failliğin üç görünüm şeklini

<sup>16</sup> Buaman/Weber/Mitsch, §29, kn: 54; Bringewat, s. 296; Kühl, § 20, kn: 26.

<sup>17</sup> S/S- Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 62; Joecks, “§ 25”, kn: 5.

<sup>18</sup> S/S- Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 62; Bringewat, s. 296.

<sup>19</sup> Bringewat, s. 296.

<sup>20</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 139.

<sup>21</sup> Bringewat, s. 296.

<sup>22</sup> Roxin, II, § 25, kn. 27.

birbirinden ayırmıştır. Kanunun faillik bakımından yaptığı ayırım fiil hakimiyetinin görünüm şekillerine uymaktadır. Fiile hakimiyet, fiili bizzat gerçekleştirerek, hareketleriyle oluşumun merkezinde bulunarak sağlanabilir. Buna harekete hakimiyet, bu şekilde görünen faillik türüne ise *doğrudan faillik* denilmektedir (m. 37/1). Fiile hakimiyet, başkalarıyla yapılan işbölümü çerçevesinde bir suçun icrası sırasında, suçun başarıyla sonuçlanması bakımından fonksiyonel öneme sahip bir katkıda bulunularak sağlanabilir. Buna fonksiyonel hakimiyet, bu şekilde ortaya çıkan faillik türüne ise *müşterek faillik* denilmektedir (m. 37/1). Nihayet fiile hakimiyet fiilin işlenişinde bizzat hazır bulunmaksızın ve başkalarıyla birlikte gerçekleştirmeksizin, fiili gerçekleştiren üzerinde çeşitli yollarla hakimiyet kurularak sağlanabilir. Buna iradeye hakimiyet, bu şekilde görünen faillik türüne ise *dolaylı faillik* denilmektedir (m. 37/2)<sup>23</sup>. Suçun işlenişine katkısı olan kişi, suç üzerinde gerçekleştirdiği hareketiyle bu üç türden birine uygun düşen bir hakimiyet kurmuşsa fail, aksi halde şeriktir<sup>24</sup>.

### III- DOLAYLI FAİLLİK

#### A- Genel Olarak

Bir suçu, iradesine hakim olduğu bir başkası aracılığıyla gerçekleştiren kişi dolaylı faildir. 765 sayılı eski Kanunun aksine dolaylı failliği açıkça düzenleyen yeni Kanunun 37/2. maddesine göre; “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*” Dolaylı faillik, bir faillik türü olduğu için, aynen doğrudan faillikte olduğu gibi fiil hakimiyeti yoluyla karakterize edilebilir. Bir kimse suç tipini bir başkasını kullanmak, ondan yararlanmak suretiyle gerçekleştirebilir (aracı kılma) ya da bu kişi amacını diğerini aletleştirmek suretiyle (araç olarak faydalanma) dolaylı olarak olay üzerinde hakimiyet kurarak gerçekleştirebilir<sup>25</sup>. Suç tipini bu şekilde gerçekleştirenler, bir başkasını buna sevkettiği, suçun tipi bakımından zorunlu olan hareketler onun planı çerçevesinde icra edildiği için sorumludurlar<sup>26</sup>. Dolaylı faillikte arkadaki kişi hakim bir pozisyona sahiptir. Bu kişi aracı olarak (Tatmittler) kullanıldığı kişinin iradesine hakim durumdadır, bu sayede aracıyı elinde tutmaktadır<sup>27</sup>.

Dolaylı faillikte esas itibarıyla aracı durumundaki kişi bir suç işlemeye azmettirilmemekte, suç işlemeye sevk edilmektedir. Kişinin suç işlemeye sevk edildiği somut olayda dolaylı failliğin mi, yoksa azmettirmenin mi bulunduğu tespitinde de “fiil hakimiyeti” prensibinden hareket edilecektir<sup>28</sup>. Arkadaki kişi, fiilin icra safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde

<sup>23</sup> Roxin, II, § 25, kn. 28; Haft, s. 199; Bringewat, s. 196; Kühl, § 20, kn: 27; Erdem, s. 205.

<sup>24</sup> Hauf, s. 97.

<sup>25</sup> Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996, § 62, s. 664; Roxin, § 25, kn: 45; S/S- Cramer/Heine, § 25, kn: 6.

<sup>26</sup> Haft, s. 200; S/S- Cramer/Heine, § 26, kn: 6a.

<sup>27</sup> Haft, s. 200.

<sup>28</sup> Kühl, § 20, kn: 40; Yıldız Ali Kemal, “Dolayısıyla Faillik”, in: Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 1998, s. 235-236.

bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Buna göre, dolaylı faillikte kişilerden birisi diğerinin vasıtası durumundadır ve ortada suje-obje ilişkisi bulunmaktadır. Azmettirmede ise serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak azmettiren, azmettirdiği suçun işlenişi safhasında olayların seyrine hakim olamamakta, suçun işlenişi bakımından azmettirilene tabi olmaktadır<sup>29</sup>.

Dolaylı failin aracı olarak kullandığı kişi üzerindeki üstünlüğü bu kişideki bildiği ve faydalandığı bir eksiklikten kaynaklanmaktadır. Bu noksan aracı konumundaki kişinin cezalandırılabilirliğini doğrudan etkileyen bir unsurun yokluğuyla eşdeğer niteliktedir<sup>30</sup>.

Dolaylı failliği doğuran haller öğreti ve uygulamada ele alınmakta ve buna ilişkin esaslar açıkça belirlenmektedir<sup>31</sup>. Roxin'e göre hakimiyet suçlarında dolaylı faillik çoğunlukla üç ideal tipte görülmektedir: Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet, hatadan yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet ve nihayet organize suç örgütünün gücünden yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet<sup>32</sup>. Dolaylı failliği doğuran haller doktrinde genellikle aracı konumundaki kişinin cezalandırılabilirliğini doğrudan etkileyen unsurlarla bağlantılı şekilde açıklanmaya çalışılmaktadır.

## **B- Dolaylı Failliğin Görünüm Şekilleri (Dolaylı Faillikte Olay Grupları)**

### **1- Zorlama Yoluyla İradeye Hakimiyet**

Arka plandaki şahsın, doğrudan icra edeni suçu işlemeye zorlayarak fiil üzerinde hakimiyet kurduğu hallerde, zorlama yoluyla iradeye hakimiyet söz konudur. Bir kişi tehdit yoluyla bir diğerini suç işlemeye zorlarsa, işlenen suç bakımından zorlayan dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır. Bu olayda tek başına fiilin icrasında hakimiyet kuran zorlanan kişidir. Bu yüzden o aynı zamanda doğrudan faildir. Zora maruz kalanın üzerinde tehditle hakimiyet kuran kişi, aynı zamanda, buna maruz kalanın fiili üzerinde de hakimiyet kurmuş olmaktadır<sup>33</sup>. Burada tartışılacak husus, arkadaki şahıs tarafından icra edilen etkinin ne kadar kuvvetli olması gerektiridir. Failin iradesinin belli yönde motive olmasını sağlayacak şekilde baskı icra etmesine rağmen azmettirenin dolaylı failliğinden söz edilemediğine göre, her türlü etkinin dolaylı faillik için yeterli olmadığı aşikardır. Doktrinde, arkadaki şahıs tarafından icra edilen etkinin hakimiyet kurmaya elverişli olmak ve zorunluluk halinin şartlarını oluşturmak kaydıyla, zorlamaya maruz kalan kişinin cezai sorumluluktan kurtulacağı ve dolaylı failliğin gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Buna göre, arkadaki şahıs tarafından icra edilen zorlama, buna maruz kalanı zorunluluk haline sokmuş olmalıdır ki, dolaylı faillikten söz edilebilsin. Arkadaki şahıs suçun icrasını göze alarak, üzerinde zorlama icra ettiği şahsı sorumluluktan kurtarmakta ve sorum-

<sup>29</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 199-200; Roxin, § 25, kn: 45.

<sup>30</sup> Ebert, s. 194.

<sup>31</sup> Jescheck/Weigend, § 62, s. 665.

<sup>32</sup> Roxin, II, § 25, kn: 46.

<sup>33</sup> Roxin, II, § 25, kn: 47; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 310.

luluğu üzerine almaktadır (sorumluluk prensibi)<sup>34</sup>. Ancak bir suçun icrası sırasında “mutlak kuvvet” kullanılmak suretiyle kişi soyut bir araç durumuna indirgenmemiş olmalıdır. Eğer kişi mutlak kuvvet kullanımı yoluyla araç konumuna indirgenmişse, bu durumda kuvvet kullanan doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır<sup>35</sup>.

Zorunluluk halinin bizzat arkadaki şahıs tarafından mı oluşturulacağı, yoksa mevcut bir zorunluluk halinden yararlanılmasının yeterli mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bizzat oluşturulmayan mevcut bir zorunluluk halinden bir suçun işlenmesinde yararlanma yoluyla dolaylı failliğin gerçekleşebileceğini savunanlar olduğu gibi<sup>36</sup>, zorunluluk halinin bizzat arkadaki şahıs tarafından oluşturulması gerektiğini belirtenler de vardır<sup>37</sup>.

Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet yeni Ceza Kanununun 28. maddesinde “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; cebir ve tehdit, korkutma ve tehdidin etkisi altında kalarak suç işlemek zorunda kalan kişi kusurlu sayılmadığı için cezalandırılmayacak, buna karşılık cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Ayrıca maddede, cebir ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağı belirtilmek suretiyle, zorunluluk halinin mutlaka arkadaki şahıs tarafından oluşturulması gerektiğine işaret edilmiştir.

## 2- Aracının Hareketinin Tipik Olmadığı Hallerde İradeye Hakimiyet

Dolaylı faillik, aracının hareketinin suç açısından tipik olmadığı hallerde de söz konusu olabilir<sup>38</sup>. Burada arkadaki şahıs (dolaylı fail) aracının hatasının, zor altında olmasının ya da algılama veya irade gücünün azlığının sonucu olarak fiile hâkim durumdadır<sup>39</sup>. Örneğin başkasına ait olduğuna ikna ederek bir kişiye kendi malını tahrip ettirme olayı mala zarar verme suçu bakımından tipik değildir (m. 151). Zira bir kimsenin kendi malına zarar vermesi suç değildir. Bu olayda kişi kendi malının tahribinde vasıta olarak kullanıldığı için arkadaki kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır<sup>40</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi dolaylı failliğin bu türünün arkadaki kişinin bir kişiyi suçun işlenmesinde aracı olarak değil, bir araç olarak kullandığı hal ile karıştırılmaması gerekir. Örneğin arkadaki kişinin önündeki kişiyi zarar vermek istediği başkasına ait eşya üzerine itmesi halinde, itilen aracı değil, suçun icrasında kullanılan yalın bir eşya durumundadır. Bu hallerde iten kişi fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kuran doğrudan faildir<sup>41</sup>. Objektif olarak tipikliği

<sup>34</sup> Roxin, II, § 25, kn: 48; Jescheck/Weigend, § 62, s. 669; Kühl, § 20, kn: 62-63; S/S- Cramer/Heine, § 25, kn: 35.

<sup>35</sup> Özgenç, Gazi Şerhi, s. 404.

<sup>36</sup> Kühl, § 20, kn: 65.

<sup>37</sup> Jescheck/Weigend, § 62, s. 669.

<sup>38</sup> Kindhäuser, § 25, kn: 9; Blank Theodor, Strafrecht AT II, Köln 2001, s. 15.

<sup>39</sup> Jescheck/Weigend, § 62, s. 666.

<sup>40</sup> Hakeri, Ceza Hukuku, s. 308-309.

<sup>41</sup> Blank, II, s. 15-16; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 308; Yıldız, Dolayısıyla Faillik, s. 235.



gerçekleştirmeyen kişinin hareketinden faydalanılarak dolaylı faillik, daha ziyade bir kişinin kendisini öldürmesi veya yaralaması olaylarında gündeme gelir. Örneğin (A)'nın karşı konulmaz bir etkisiyle (B) kendisini öldürür. Kasten öldürme suçunun tipik olabilmesi için bir başkasının öldürülmüş olması gerekir. Oysa burada bizzat mağdur kendini öldürmektedir. Ancak mağdur, (A) tarafından araç olarak kullanıldığından burada dolaylı faillik söz konusu olacaktır<sup>42</sup>. Hemen belirtelim ki, Ceza Kanununda bu şekilde gerçekleşen ölüm olayları bakımından dolaylı faillığe ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmasına rağmen özel bir düzenleme getirildiği görülmektedir. TCK.'nın 84/4. fıkrasına göre “İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar”.

### 3- Hatadan Yararlanmak Suretiyle İradeye Hakimiyet

Aracı konumundaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet onun hatasından yararlanmak suretiyle de kurulabilir. Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyet dört farklı şekilde gerçekleşebilir<sup>43</sup>. İlk olarak *aracı olan kişinin kastı olmaksızın hareket ettiği* hallerdir. Dolaylı faillik kastsız olarak hareket eden aracının hareketleri vasıtasıyla da gerçekleşebilir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket eden kişinin kastının yokluğundan söz edilir (kastı kaldıran hata veya unsur yanılığı m. 30/1). Bir kişinin kastı kaldıran bir hata halinde bulunması suç teşkil eden fiil üzerinde hakimiyet kuramaması, dolayısıyla işlenen suç açısından fiili bir aktör ve aracı rolünde olması anlamına gelmektedir<sup>44</sup>. Böyle bir bilgi yokluğuyla hareket edenin bu durumundan (tipikliğin subjektif unsurlarını gerçekleştirmeden hareket eden aracından) faydalanılarak bir suçun işlendiği hallerde dolaylı faillik söz konusu olur<sup>45</sup>. Örneğin (A), uzağı iyi göremeyen (B)'ye bir ağaç kütüğü diye hasmı (C)'ye ateş ettirir ve (C) ölür. Olayda tipik fiil bakımından (B)'nin kastı yoktur. Başka bir anlatımla burada (B)'nin tipikliğin maddi unsurlarında yanılığı söz konusudur ve bu konuda yanılığı olmayan, konu hakkındaki bilgisiyle üstün durumda olan (A), (B) üzerinde hakimiyet kurmaktadır (bilgi hakimiyeti yoluyla fiile hakimiyet). Bu olay bağlamında (B) araç konumuna indirgeniğinden (A) dolaylı faildir, ancak (B)'nin taksirli fiilinden dolayı sorumluluğu saklıdır<sup>46</sup>.

Arkadaki kişinin fiili icra edenin hataya düşmesine sebebiyet vermediği, onda mevcut olan hatadan yararlandığı hallerde de dolaylı failliğin gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir. Örneğin (A) çılgınlık olsun diye bostan korkuluğuna ateş etmek ister. (B), (A)'nın bostan korkuluğu sandığı cismin aslında arazi sahibi (C) olduğunu görmesine rağmen silahını ona uzatıyor ve ateş sonucunda (C) ölüyor.

<sup>42</sup> Kühl, § 20, kn: 43; Ebert, s. 194; Blank, II, s. 16; Öztürk/Erdem, s. 239; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 126-129; Jescheck/Weigend, § 62, s. 666-667.

<sup>43</sup> Roxin, II, § 25, kn. 61, s. 29; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 133-136.

<sup>44</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 201-202.

<sup>45</sup> Blank, II, s. 17; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 308; Jescheck/Weigend, § 62, s. 667.

<sup>46</sup> Ebert, s. 195.

Burada (A)'nın hatasında (B)'nin bir etkisi yoktur. Ancak ondaki mevcut hatadan yararlanmıştır, onu hatası konusunda uyarmamak suretiyle iradeye hakimiyet dolayısıyla da fiile hakimiyet sağlamıştır<sup>47</sup>. Suç tipinin kastın dışında amaç ve saik gibi diğer subjektif unsurların varlığını gerektirdiği hallerde, arkadaki kişinin bu subjektif unsurları gerçekleştirmedeği takdirde dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır<sup>48</sup>.

Faillik suç tipleriyle ilgili olduğundan tek ve aynı hareketle bir suç tipi bakımından dolaylı fail, diğer suç tipi bakımından sadece azmettiren olmak mümkündür. Örneğin (A), (B) ve (C)'yi (D)'ye karşı yağmaya azmettiren ve onlara (D)'yi bayıltmalarını sağlayacak uyku ilacı veriyor. Ancak gerçekte uyku ilacı öldürücü etkiye sahip tuz ruhu ihtiva ediyor. Planın tatbik edilmesi sonucunda (D)'nin ölümü halinde (A) ölüm neticesi bakımından dolaylı fail, yağma bakımından ise azmettendir<sup>49</sup>.

Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyetin ikinci görünüm şekli icra edendeki *haksızlık yanılığısından yararlanılmasıdır* (m. 30/4). Bir diğerini kaçınılmazlık bir haksızlık yanılığısına düşürüp bundan yararlanan arkadaki kişi dolaylı fail olacaktır. Bu durumda fiili icra eden kusursuz hareket etmekte ve fiilin haksızlığın kavramasına ilişkin engelleri aşma imkanı bulunmamaktadır<sup>50</sup>. Ancak kaçınılabılır bir haksızlık yanılığının söz konusu olduğu hallerde dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır<sup>51</sup>.

Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyetin diğer görünüm şekli fiili icra edenin *kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin şartlarındaki yanılığısından yararlanılmasıdır*. Burada doğrudan fail tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketi gerçekleştirirken ceza sorumluluğunu kaldıran bir halin varlığını düşünmektedir. Başka bir anlatımla, aracı tipe uygun hukuka aykırı fiili gerçekleştirirken, ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiğini düşünmektedir, ancak gerçekte bu hususta kaçınılmaz bir yanılığ içerisindedir (m. 30/3). Burada fiili icra eden aracı kusurlu olmadığı için cezalandırılmamakta, fakat onu böyle bir hataya sevk eden veya onda bu yöndeki mevcut hatadan yararlanan arkadaki şahıs genel prensipler çerçevesinde dolaylı fail olarak sorumlu olmaktadır<sup>52</sup>. Haksızlık yanılığında olduğu gibi burada da hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı tartışmaya açıktır.

Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyetin son görünüm şekli doğrudan failin gerçekleştirdiği *fiilin sonucu olan zararın çeşidi ve ağırlığı hususundaki yanılığısından faydalanılmasıdır*. Burada fiili gerçekleştiren kişi ceza hukuku bakımından tamamıyla sorumludur. Ancak icra edilen fiilin yol açacağı zararın türü ve ağır-

<sup>47</sup> Roxin, II, § 25, kn. 64.

<sup>48</sup> Bu hususta bkz: Kindhäuser, § 25, kn: 12-14, 19-22.; Ebert, s. 195; Blank, II, s. 17; Roxin, II, § 25, kn. 153 vd.

<sup>49</sup> Roxin, II, § 25, kn. 66.

<sup>50</sup> Roxin, II, § 25, kn. 78; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 137-139.

<sup>51</sup> Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 139; Blank, II, s. 19-20.

<sup>52</sup> Roxin, II, § 25, kn. 61, 91-93.

lığı arkadaki şahıs tarafından faille nazaran daha iyi idrak edilmektedir. Bu gibi hal-lerde arkadaki şahsın faille birlikte sorumlu olup olmayacağı hususu ve bunun ma-hiyeti doktrinde tartışmalıdır<sup>53</sup>.

#### 4- Aracının Hukuka Uygun Hareketinden Yararlanıldığı Haller

Dolaylı faillik aracı olarak hareket edenin fiilinin hukuka uygun olduğu haller-de de gerçekleşebilir. Aracı kişi suç tipindeki objektif ve sübjektif unsurları gerçek-leştirmiştir, fakat olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Buna karşılık arkadaki kişi hukuka uygun hareket etmemiştir. Arkadaki kişi doğrudan hareket edeni bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda aldatmış veya bir kişinin hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı konusundaki yanılgısından faydalanmıştır<sup>54</sup>. (A) gerçekte olmadığı halde (B)'ye (C)'nin kendisine saldıracağını söyler, (B) sözde meşru savunmada bulunmak amacıyla hiçbir kusuru olmayan (C)'ye saldırır. (A) bu olayda gerçekleşen kasten yaralama açısından dolaylı faildir<sup>55</sup>. Bu olayda aracı ko-numundaki kişi objektif ve sübjektif yönden tipik bir hareket gerçekleştirmekte ve fakat somut olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Ancak fiil hukuka uy-gun hale getiren sebep gerçek değildir, aracı kişi bu hususta yanıltılmıştır. Diğer tipik örnek (A)'nın (B) hakkında asılsız ihbarda bulunarak onun polis tarafından yakalanmasına neden olması halidir. Asılsız ihbarda bulunarak (B)'nin haksız yere hürriyetinin tahdit edilmesine neden olan (A) dolaylı faildir<sup>56</sup>.

#### 5- Organize Güç Mekanizmasından Yararlanma Yoluyla İradeye Hakimiyet

İradeye hakimiyet örgüt organizasyonundan kaynaklanan zorlama gücünden yararlanılarak gerçekleştirilebilir. Dolaylı failliğin bu türünde örgüte dahil olan kişi, örgüte hakim olan hiyerarşideki emir-komuta zinciri çerçevesinde araç konumuna indirgenmektedir. Masa başı faillik olarak adlandırılan bu durumda örgütün gücü çerçevesinde hareket edeni kayıtsız şartsız yönetmekte ve onu adeta makinede bir dişli haline getirmektedir. Böyle bir örgüte üye olan kişi örgüt yapısı içerisinde ken-disinden istenileni yerine getirmeye şartsız hazır bir vaziyettedir. Bu durumda so-rumluluk tamamıyla dolaylı faildedir ve bu kişi de fiili icra edene emri veren arka-daki kişidir (fail arkasında fail görüşü)<sup>57</sup>.

Hemen belirtelim ki, organize güç mekanizmasından kaynaklanan dolaylı fail-lik, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlar bakımından otoma-tikman geçerliliği olan statü değildir. Organize güç mekanizması yoluyla suçun gerçekleştirilmesinde suçu işleyen ön plandaki kişi ne zorlanmakta ne de hataya

<sup>53</sup> Roxin, II, § 25, kn. 61.

<sup>54</sup> Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 130-132; Blank, II, s. 18; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 309.

<sup>55</sup> Roxin, II, § 25, kn. 67.

<sup>56</sup> Ebert, s. 196; Blank, II, s. 18; Öztürk/Erdem, s. 240; Roxin, II, § 25, kn. 68; Jescheck/Weigend, § 62, s. 667.

<sup>57</sup> Ebert, s. 198; Blank, II, s. 20; Öztürk/Erdem, s. 239; Kindhäuser, § 25, kn: 38-39. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: Roxin, II, § 25, kn. 105.

sevkedilmektedir. Ön plandaki kişi her şeyin farkında olarak suçu işlediğinden ve kusurlu da bulunduğundan cezalandırılacaktır. Ancak, bu halde suçu işleyen kişi serbest ve sorumlu hareket edebilen bir kişi olarak değil, daha ziyade değiştirilebilir bir figüran olarak ortaya çıkmaktadır. Ön plandaki kişi örgüt liderinin vermiş olduğu emrin gereğini yerine getirmeyi kabul etmese dahi, onun boşluğu doldurularak suç işlenmektedir. Bir örgütün faaliyeti çerçevesinde emredilen suçu yerine getirenin sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, bu kişi organize güç mekanizmasının çarkında sadece her zaman ikame edilebilir bir dişli durumundadır. Dolayısıyla arka plandaki emri veren örgüt lideri, suçu bizzat işleyen failin yanında, olayın merkez noktasına yerleşmekte ve dolaylı fail olmaktadır. Dolayısıyla ortada örgüt bulunmakla birlikte, bu organize güç mekanizmasını yönetenin bir suçun icrası yönünde verdiği emir otomatik olarak yerine getirilemiyorsa, suçun işlenişinde görevlendirilen her zaman ikame edilemiyorsa, emri veren kişi suçun icrası üzerinde hakimiyet kurmadığından fail olarak değil, diğer şartların gerçekleşmesi kaydıyla duruma göre azmettiren veya şerik olarak sorumlu olacaktır<sup>58</sup>. Sonuç olarak, örgütün işleyiş mekanizmasını kendi hakimiyeti altında tutan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, suçun işlenişine buldukları katkıya bakılmaksızın dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar<sup>59</sup>. Buna karşılık örgütün işleyiş mekanizmasına hakim olunamadığı durumlarda, ki bu hakimiyetin kurulup kurulmadığı yukarıda belirtildiği gibi ikame edilebilirlik prensibi çerçevesinde belirlenecektir, şeriklik statüsünden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Dolaylı faillığe ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilebilecek olmasına rağmen yeni Türk Ceza Kanununun suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı cezalandıran 220. maddesinin 5. fıkrasında örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Madde de örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlar bakımından örgüt yöneticilerinin, ikame edilebilirlik yoluyla fiile hakimiyet şartı aranmaksızın fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiş ve bu kişiler için adeta bir objektif sorumluluk öngörülmüştür<sup>60</sup>. Ancak, Türk Ceza Kanununun 20. maddesinde benimsenmiş olan ceza sorumluluğunun şahsiliği esası, yine suça iştirakte faillik için benimsenmiş olan fiile hakimiyet esası bu tür bir uygulamayı mümkün kılmamaktadır. Esasen 220/5. madde-

<sup>58</sup> Bkz: **İsfen Osman**, “Yeni TCK’da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK M. 220/5)” in: Hukuki Perspektifler Dergisi 2006/7, s. 54 vd.

<sup>59</sup> **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 500-501.

<sup>60</sup> Yeni Ceza Kanununun TBMM Adalet Komisyonundaki hazırlık çalışmasında katılan akademisyenlerden Özgenç düzenlemeyle ilgili olarak şu açıklamayı yapmaktadır: “Yeni TCK’nun TBMM Adalet Komisyonundaki hazırlık çalışmaları sırasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun tanımlandığı 220. maddenin beşinci fıkrasında bu hususla ilgili olarak şu şekilde düzenleme önerisinde bulundu: “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.” Aslında bu öneride bulunurken, tabir yerinde ise “dokuzu gösterip sekize razı olma”yı amaçlamıştık. Yani aslında kafamızda düşündüğümüz formülasyon “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca, duruma göre fail veya şerik olarak cezalandırılır.” Şeklinde idi. Fakat, önerdiğimiz fıkra metni Komisyon üyesi Milletvekilleri ve Komisyon toplantılarına katılan Yargıtay temsilcileri tarafından olduğu gibi kabul görünce; bilahare düşündüğümüz formülasyonu kabul ettirme yönündeki önerimizden sonuç alınamamıştır.” Bkz: **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 501.

de işaret edilmeyen ikame edilebilirlik esasına, madde gerekçesinde değinilmiştir. Dolayısıyla örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı örgüt yöneticilerinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi, ikame edilebilirlik prensibi çerçevesinde fiile hakim olması şartına bağlıdır<sup>61</sup>. Yanlış uygulamaların önüne geçilebilmesi bakımından 220. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemenin, ceza hukuku teorisine uygun bir şekilde yeniden formüle edilmesi yerinde olacaktır.

## 6- Kusur Yeteneğinin Yokluğundan Yararlanma Yoluyla İradeye Hakimiyet

İradeye hakimiyet yoluyla dolaylı faillik kusur yeteneğinin bulunmamasından kaynaklanabilir. Dolaylı faillik kusur yeteneği olmayanların bir suçun icrasında araç olarak kullanıldığı hallerde de söz konusu olmaktadır<sup>62</sup>. TCK.'da öngörülen kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı kusur yeteneğini kaldırmakta, bir kısmı ise kusur yeteneğini kaldırmamakta ve fakat azaltmaktadır. Örneğin 0-12 yaş grubuna giren yaş küçüklüğü (m. 31/1) ve 0-15 yaş grubuna giren sağır ve dilsizlik (m. 33), algılama yeteneğini kaldıran veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde azaltan akıl hastalığı (m. 32/1) ile geçici nedenler ve alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) kusurluluğu kaldıran haller arasında yer almaktadır. İştirakte bağlılık kuralını düzenleyen 40/1. maddede iştirakin varlığından söz edilebilmesi için asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı işlenmesi yeterli görülmüş, failin kusurlu olması aranmamıştır. Dolayısıyla, fail işlediği fiil bakımından kusurlu hareket etmemiş olsa bile azmettirme ve yardım etme şeklinde şeriklik söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kusur yeteneği olmayanların bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanıldığı hallerde, dolaylı faillik ile azmettirme ayırımında güçlkle karşılaşılabilmektedir. Bu gibi hallerde sorumluluk genel ilkelere göre belirlenmelidir. Eğer suça yönlendiren kişi aracının kusur yeteneğinin bulunmadığını biliyorsa, bu durumda arkadaki kişinin bu bilgisi nedeniyle irade hakimiyetine sahip olduğu ve dolayısıyla dolaylı fail olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, suça sevkeden kişi aracının kusur yeteneğinin bulunmadığını bilmiyorsa, yani bu durumundan faydalanmıyorsa azmettirmenin bulunduğu kabul edilir<sup>63</sup>.

Kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı ise kusur yeteneğini kaldırmamakta ve fakat azaltmaktadır. Kusur yeteneği az olan bir kişinin suçun icrasında aracı olarak kullanıldığı hallerde dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı hususu üzerinde yeterince durulmamış bir konuyu oluşturmaktadır. Almanya uygulamasında kusur yeteneği az olanların suça sevk edildiği hallerde dolaylı faillik tartışmasına girmeden şerikliğin söz konusu olduğu kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **İsfen**, s. 157 vd.

<sup>62</sup> **Roxin**, II, § 25, kn. 139 vd.

<sup>63</sup> **Blank**, II, s. 19; **Öztürk/Erдем**, s. 240.

<sup>64</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: **Roxin**, II, § 25, kn. 149-152.

### C- İhmalî Suçlarda Dolaylı Faillik

*İhmalî suçlarda dolaylı failliğin* mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Alman uygulamasında neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan kişinin yükümlülüğe aykırı düşen ihmalî sebebiyle dolaylı failliği, eğer aracı kişi ceza sorumluluğu söz konusu olacak şekilde hareket etmemiş ve arkadaki şahıs bu eksikliğin bertaraf edilmesi bakımından garantör durumundaysa kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Örneğin bir psikiyatri kliniğinde hasta bakıcı olan (A), kendi nezareti altındaki akıl hastalarından (B)'nin (C)'ye saldırdığını görür. Önleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen olaya müdahale etmeyerek (C)'nin ölümüne sebebiyet vermesi halinde, hastabakıcının ihmal suretiyle dolaylı fail olduğu belirtilmektedir<sup>66</sup>. Buna karşılık doktrinde ihmal suretiyle dolaylı faillik kabul edilmemektedir. Katıldığımız bu görüşe göre ihmal suretiyle dolaylı faillığe ilişkin olarak yukarıda verilen örnekte hasta bakıcı ihmal suretiyle doğrudan faillikten sorumlu olur, zira garantör olarak kendisi açısından mümkün olan ölüm neticesini önlemeyi ihmal etmiştir<sup>67</sup>.

İhmal çerçevesinde değinilmesi gereken diğer bir husus da *ihmalî dolaylı faillik* konusudur. Belli bir yönde hareket yükümlülüğü altında bulunan kişinin istemesine rağmen harekete geçmesi engellenerek neticenin gerçekleşmesinin sağlandığı hallerde ihmalî dolaylı faillikten söz edilmektedir. Örneğin, (B) boğulmak üzeredir ve garantör durumundaki (K) onu kurtarmak istemektedir. Kendisi yüzme bilmeyen ve (B)'yi kurtarmak için de hiçbir şey yapmayan (E), (K)'yı silahla tehdit ederek onun (B)'yi kurtarmasına engel olmaktadır. Burada (E)'nin dolaylı fail olarak (B)'yi kasten öldürmekten sorumlu olacağı belirtilmektedir. Bu olay çerçevesinde üzerine düşen görevi ihmal eden bir kişi vardır, ancak görev arkadaki şahsın fiili nedeniyle ihmal edilmiştir. Dolayısıyla bu olayda fiil üzerinde hakimiyet kuran kişi arkadaki şahıstır ve dolaylı faildir<sup>68</sup>.

İhmalî suçların aksine bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçlar bakımından dolaylı failliğin mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Taksirli suçların aracı vasıtasıyla işlenmesi mümkün olmadığından, bu tür suçlarda dolaylı faillik söz konusu olmaz. Zira, dolaylı faillikte bir suçun işlenişinde bir başkasının fiilinden yararlanmak gerekmekte, bunun için ise bilerek ve isteyerek hareket etmek gerekmektedir. Başka bir anlatımla arkadaki şahsın iradeye hakimiyet yoluyla bir suçun işleniş sürecini elinde bulundurması, ancak kasten hareket edilmesi halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle taksirli suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Kindhäuser, § 25, kn: 41; Tröndle/Fischer, § 25, kn. 3c; Ebert, s. 200-201.

<sup>66</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 254; Ebert, s. 200; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 118.

<sup>67</sup> Hakeri Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri –İcra- İhmal Ayrımı- İhmalî Suçların Unsurları, Ankara 2003, s. 285; Özgenç, Suça İştirakin, s. 254; Öztürk/Erdem, s. 241.

<sup>68</sup> Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 285. Karşı görüş için bkz: Özgenç, Suça İştirakin, s. 254.

<sup>69</sup> Bkz: Roxin, II, § 25, kn: 13-15.

<sup>70</sup> Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 120.

## D- Aracının Sınırı Aştığı Hallerde Dolaylı Failin Sorumluluğu

Aracı durumundaki kişinin işlediği suçta sınırı aşması halinde arkadaki kişinin kastının bu aşkın kısmı kapsayıp kapsamadığına bakılarak karar vermek gerekmektedir. Arka plandaki kişinin kastı aşkın kısmı kapsamıyorsa, bu kısma ilişkin sorumluluk ona yüklenemez. Buna karşılık eğer kanunda aşkın kısmın taksirle işlenebileceği öngörülmüş ise bu durumda taksirli sorumluluk gündeme gelir<sup>71</sup>. (A) iyiniyetli bir kişi olan (B)'yi (C)'de olan ve kendisinin olduğunu söylediği bir eşyayı almasını söylüyor. (B), (C)'den eşyayı alıyor ve fakat bu arada kuvvet kullanıyor. (A), kasten hareket etmeyen (B)'yi aracı olarak kullanarak dolaylı fail olarak hırsızlık suçunu işlemiştir. Ancak eşyanın alınması sırasında (B)'nin kullandığı kuvvet (A)'ya isnat edilemez<sup>72</sup>.

## E- Dolaylı Faillikte Hata Halleri

Dolaylı fail aracı konumundaki kişinin kusurlu olup olmadığı ya da kasten ve kastsız hareket ettiği hususunda yanılığa düşmüş olabilir. İlk ihtimalde arkadaki kişi aracının gerçekte kusur yeteneği olmamasına rağmen kusur yeteneği bulunan bir kişi olduğunu düşünerek hareket etmektedir. Örneğin arkadaki kişi kusur yeteneğine sahip bir kişiden faydalandığını düşünmektedir, ancak gerçekte aracı kusur yeteneğini kaldıracak derece akıl hastasıdır<sup>73</sup>. Bu durumda arkadaki kişi suç işlemeye sevk ettiği kişinin akıl hastası olduğunu ve dolayısıyla kusur yeteneğinin bulunmadığının farkına varmadığı için, fiil üzerinde hakimiyet kurabilmiş değildir. Aracı kişi her ne kadar kusur yeteneği yoksa da, kasten hareket etmiştir. Kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığı şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için yeterli olduğuna göre, arkadaki kişi kusur yeteneği bulunmayan kişinin işlemiş olduğu fiil üzerinde hakimiyet kuramadığından fail olarak değilse de, şerik olarak (azmettiren) olarak sorumlu olacaktır<sup>74</sup>.

İkinci ihtimalde arkadaki şahıs aracının kusursuzluğu hakkında yanılığa düşmektedir. Bu ihtimalde arkadaki şahıs gerçekte kusurlu hareket eden aracının kusursuz hareket ettiğini sanmakta, dolayısıyla kendisinin dolaylı fail olduğunu, aracının ise kusursuz hareket ettiğini düşünmektedir. Örneğin (A), akıl hastası sandığı (B)'yi (C)'yi öldürmeye ikna eder. Burada arkadaki kişi fiil üzerinde hakimiyet kurduğunu, fiili icra edenin kendi elinde araç olduğunu düşünmektedir. Gerçekte ise, fiili icra eden, sorumluluk bilinciyle hareket eden ve kusur yeteneği olan, fiilden tamamen sorumlu olan faildir. Bu bakımdan arkadaki kişinin fiili icra eden ve onun fiili üzerinde hakimiyet kurması mümkün değildir<sup>75</sup>. Suça katılanın iradesi çerçevesinde faillik ve şeriklik ayrımının yapılmasını savunan subjektif teori taraftarlarına göre burada arka plandaki şahıs faillik iradesiyle hareket ettiğinden dolaylı faildir. Oysa burada fiili icra eden ve onun fiili üzerinde hakimiyet kurulamadığından dolaylı

<sup>71</sup> Kindhäuser, § 25, kn: 40, s. 177.

<sup>72</sup> Blank, II, s. 22.

<sup>73</sup> Blank, II, s. 22-23.

<sup>74</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 255-256; Jescheck/Weigend, § 62, s. 671.

<sup>75</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 258; Ebert, s. 199; Blank, s. 23; Jescheck/Weigend, § 62, s. 671.

faillik söz konusu olmayacaktır. Fiil hakimiyetinden hareket eden diğer bir görüşe göre burada teşebbüs derecesinde kalmış dolaylı faillik söz konusudur. Ancak bas-kın görüş, arkadaki şahıs şerik olarak (azmettiren) sorumlu tutulmalıdır, zira her ne kadar arkadaki kişi fiil üzerinde hakimiyet kurduğunu düşünmekteyse de, bu haki-miyet objektif olarak gerçekleşmemiştir. Buna karşılık ön plandaki kişinin icra ettiği fiil, iştirak ilişkisindeki esas fiil için gerekli bütün unsurları taşımaktadır. Ayrıca faillik kastı eksisiyle azmettirme kastını da kapsamaktadır. Bu nedenle bu tür yanılığ hallerinde arkadaki şahsın şerik olarak sorumlu tutulması gerekmektedir<sup>76</sup>.

Arka plandaki kişi aracının kastı konusunda yanılığa düşmüş olabilir. Aracı kişinin gerçekte suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları bilmeden veya gerçekleştirmek istemeden hareket ettiği halde, arkadaki kişi onun kasten hareket ettiğini düşünmektedir. Burada objektif olarak dolaylı faillik gerçekleşmiştir; çünkü arka plandaki kişi objektif olarak kastsız hareket eden bir araçtan faydalanmıştır. Ancak bu arada arkadaki kişi failliğin kurucu unsurunun (aracının kastının bulunmadığını) bulunmadığını bilmemektedir, bu nedenle ona dolaylı faillik isnadiyetinde bulunulamaz. Arkadaki kişide sübjektif olarak şeriklik kastı bulunmaktadır. Ancak bununla da sadece azmettirme kastıyla hareket eden arkadaki kişinin dolaylı failliği ayrılabilir. Ortada kasten işlenmiş bir fiil olmadığı için tamamlanmış azmettirmeden cezalandırmada mümkün değildir. Bu durumda azmettirmeye teşebbüsün varlığından bahsedilmektedir. Ancak ortada kasten işlenen bir fiil olmadığı için ne azmettirmeden ne de azmettirmeye teşebbüsten cezalandırma mümkündür<sup>77</sup>.

Kast konusunda ortaya çıkabilecek diğer yanılığ hali, arkadaki kişinin aracı kişinin saf bir kişi olduğunu, kasten hareket etmediğini düşünmesine rağmen gerçekte o her şeyin farkındadır ve kasten hareket etmektedir. Burada objektif olarak şeriklik için aranan şartlar gerçekleşmesine rağmen arkadaki kişi dolaylı fail olduğunu düşünmektedir. Sübjektif fail teorisinin görüşleri esas alınacak olursa burada arkadaki kişi fiili kendisi için isteyerek hareket ettiğinden dolaylı fail olacaktır. Ancak burada kast alanından kaynaklanan bir problem bulunmaktadır, çünkü nesnel olarak nedensellik süreci tasavvur edilenden ayrılmıştır. Ancak bu ayrılma esaslı olmayabilir ve kastı kaldırmaz. Buna karşılık fiil hakimiyeti teorisine göre burada arka plandaki kişinin dolaylı fail sayılabilmesi için gerekli unsurlar oluşmamıştır, zira yalın olarak düşünülmüş bir fiil hakimiyeti gerçek bir fiil hakimiyeti anlamına gelmez. Bu noktada arkadaki kişinin sorumluluğu bakımından bir görüş teşebbüs aşamasında kalmış dolaylı faillikten hareket edilmesini önermektedir. Ancak bu görüş arkadaki kişinin gerçekte netice üzerinde herhangi bir etkisi olmadığından kabul edilemez. Ağırlıkta olan görüşe göre burada tamamlanmış şeriklik (azmettirme) söz konusudur<sup>78</sup>.

Hata kapsamında ortaya çıkabilecek diğer bir ihtimal, aracı durumundaki fiili icra edenin suçun konusu ve şahıs hakkındaki yanılığının arkadaki kişiye yüklenip

<sup>76</sup> Jescheck/Weigend, § 62, s. 671; Özgenç, Suça İştirakin, s. 258-259; Ebert, s. 199; Blank, s. 23.

<sup>77</sup> Blank, II, s. 23-24.

<sup>78</sup> Blank, II, s. 24-25.



yüklenemeyeceğidir. Bir görüşe göre, bu tür yanlıgılar suç tipinin sübjektif unsuru ile dolaylı fail durumundaki kişi arasındaki ilişkiyi doğrudan ilgilendirdiğinden dolaylı faile yüklenemez. Örneğin (A), dokuz yaşında olan ve bu nedenle kusur yeteneği olmayan (m. 31) oğlu (B)'yi, (C)'ye ait olan belli bir eşyayı almaya gönderiyor. (D) bu eşyayı yine (C)'ye ait olan diğer bir eşya ile değiştiriyor ve (B) değiştirilmiş eşyayı alıyor. Bu olayda (A) tamamlanmış hırsızlık suçunun dolaylı faili değildir, bilakis hırsızlığa teşebbüsten dolayı sorumluluğu gündeme gelir<sup>79</sup>. Diğer görüşe göre ise burada arka plandaki kişinin suç konusu bakımından ferdileştirmeyi yapma işini aracı konumundaki kişiye bırakıp bırakmadığından hareketle ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer arkadaki kişi suçun konusunu belirleme işini aracıya bırakmamış, bizzat yapmışsa aracı konumundaki kişinin yanlıgısı arkadaki kişi bakımından da suçun konusunda yanlıgı oluşturur. Örneğin Doktor (D) iyi niyetli bir hemşire olan (H)'ye içinde öldürücü bir ilaç olan iğneyi öldürmeyi düşündüğü kişiye (K)'ye zerketmesi için sıkı sıkı tembihleyerek verir. Ancak (H) oda numarasını karıştırır ve diğer bir hasta olan (M)'ye bu ilacı enjekte ederek onun ölümüne sebebiyet verir. İşte bu yanlıgı sonucu ortaya çıkan sonuç arkadaki kişiye isnat edilemez. Buna karşılık suç konusunu belirleme işini aracıya bırakmışsa bu durumda aracı durumundaki kişinin yanlıgısından dolaylı fail bütün kapsamıyla sorumlu olacaktır<sup>80</sup>.

## SONUÇ

Yeni Ceza Kanununda iştirak konusu faillik ve şeriklik ayırımı çerçevesinde düzenlenmiştir. Faillik ve şeriklik ayırımında bağlantı noktası olarak suçun kanuni tarifindeki fiilin işlenmesi, yani fiil üzerinde hakimiyet kurulması aranmıştır. Bir suçun işlenişine bulunulan katkı mahiyeti itibariyle fiil üzerinde hakimiyet kurulmasını sağlıyorsa, bunu gerçekleştiren kişi fail, bu nitelikte olmayan katkıyı gerçekleştirenler ise şerik sayılmıştır. Faillik fiil üzerinde kurulan hamiyetin mahiyetine göre; müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik şeklinde üçe ayrılmıştır. Dolaylı faillik, fiilin bizzat değil, iradesine hakim olduğu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirildiği hallerde söz konusu olmaktadır.

Dolaylı faillik statüsü 765 sayılı Kanundan farklı olarak 5237 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmiş, kusur yeteneği bulunmayanların suçun icrasında aracı kılındığı hallerde arkadaki şahıs bakımından ceza artırımı öngörülmüştür. Arka plandaki şahsın fail sayılmasının yanı sıra cezasında artırım yapılmasının izahı güç olduktan başka<sup>81</sup>, dolaylı failliğin gerçekleştiği diğer hallerle kusur yeteneği bulunmayanların suçun işlenmesinde aracı kılındığı hal arasında bir fark olmamasına rağmen, sadece kusur yeteneği bulunmayanlara suçun işlettirilmesi halinde arkadaki kişi bakımından ceza artırımının öngörülmüş olmasını da hukuken izah etmek mümkün değildir.

<sup>79</sup> Ebert, s. 200.

<sup>80</sup> S/S- Cramer/Heine, § 25, kn: 51-53; Blank, II, s. 25; Haft, s. 204.

<sup>81</sup> Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Ankara 2006, s. 442.

