

SUÇ ÖRGÜTÜ LİDERİNİN CEZAİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HUKUKİ ANALİZ VE ÖNERİLER (TCK m. 220/5)¹

*Strafrechtliche Würdigung und Vorschläge Zur Strafbarkeit Des Anführers
Einer Kriminellen Vereinigung (Art. 220 tStGB)*

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY²

Geliş Tarihi: 17.09.2018 Kabul Tarihi: 28.01.2019

ÖZET

TCK m. 220/5, örgüt liderinin örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen tüm suçlardan fail olarak sorumlu tutulmasını öngörür. Kanunkoyucu bu hükümlerle birlikte ilk olarak Roxin tarafından ortaya atılan, akabinde Alman Hukuku doktrini ve uluslararası içtihatlarda takip edilen organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını örgüt yöneticileri bakımından yasalaştırmıştır (TCK m. 220/5). Mevcut düzenleme, Kanunilik ilkesi açısından ileri bir adım olmakla birlikte, içeriğinde önemli eksiklikler barındırmaktadır. Somut olayın özelliklerinden bağımsız ve iştirakin diğer görünüm şekillerinin önüne geçen bu hükmün yeniden ele alınması hukuken isabetli olacaktır. Kanunkoyucu tarafından yapılması beklenen değişiklikte sadece içerikle sınırlı kalınmamalı, metnin düzenleniş yeri de ayrıca değerlendirilmelidir.

Anahtar kelimeler: Suç örgütü, örgüt lideri, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik, ikame edilebilirlik, TCK m. 220/5

ZUSAMMENFASSUNG

Nach Art. 220 Abs. 5 tStGB wird der Anführer einer kriminellen Vereinigung für alle Straftaten, die im Rahmen der Tätigkeiten solcher Vereinigung begangen werden, als Täter bestraft. Die Rezeption der Roxins Theorie, der im Verlauf der Zeit in der deutschen Literatur überwiegend zugestimmt sowie von der deutschen und internationalen Rechtsprechung gefolgt wird, entspricht zwar einer wichtigen Facette des Gesetzlichkeitsprinzips, allerdings setzt die Vorschrift selbst keine Kriterien voraus. Die aktuelle Regelung erfordert die Überprüfung des Einzelfalls nicht und damit dehnt sich auf die anderen Beteiligungsformen auf. Daher bedarf es einer Neufassung des Art. 220 Abs. 5 tStGB, in der die erforderlichen Merkmale und ebenso die gesetzgeberische Kategorisierung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate in Betracht gezogen werden sollen.

Schlüsselwörter: kriminelle Vereinigung, Anführer einer kriminellen Vereinigung, mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate, Fungibilität, Art. 220 Abs. 5 tStGB

I. GİRİŞ

Suç örgütü, temel olarak TCK m. 220'de düzenlenmiştir. Kanunkoyucu, bu madde kapsamında suç örgütünün tanımını yapmış (TCK m. 220/1) ve seçimlik hareketlere yer vermiştir. Örgütü kuran, yöneten (TCK m. 220/1), örgüte üye

¹ Bu eser, esasen Almanya Bochum Ruhr Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlanan "Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik" adlı doktora tezinin hazırlanması sürecinde elde edilen bilimsel verilere dayanmaktadır.

² Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: emre_tulay@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0002-7828-8302

olan (TCK m. 220/2), üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen (TCK m. 220/6), örgüte yardım eden (TCK m. 220/7) ve örgüt propagandası yapan (TCK m. 220/8) kişiye ilişkin ceza sınırları ilgili fıkralarda öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki; TCK m. 220'de düzenlenen seçimlik hareketler ve ceza sınırları, sadece "suç örgütü" veya bu yapıya sunulan katkı ile ilişkilidir. Başka deyişle; örgüt kapsamında bir suç işlenmesi halinde, somut suçun doğurduğu cezai sorumlulukta ilgili kanun maddeleri devreye girer.

Örgüt tarafından işlenen suçlar bakımından; hukuka aykırı fiilde rol oynayan her fail, somut olaydaki etki ve rolü nispetinde Ceza Kanununun ilgili hükümlerine göre sorumludur. Bu durumda failler, TCK m. 220/4 gereğince hem TCK m. 220 kapsamında bir yaptırımla, hem de somut suçun gerektirdiği cezayla karşı karşıya kalacaklardır. Bu hususta Kanunkoyucu, TCK m. 220/5'te örgüt yöneticisi hakkında özel bir düzenleme gereği duymuş ve lider kişinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağını öngörmüştür.

TCK m. 220/5'te yasalaşan durum; teorik olarak Alman Hukuku'na, saygın hukukçu Roxin'in *hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik (mittelbare Täterschaft Kraft organisatorischer Machtapparate)* kuramına dayanır.³ Alman Hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen⁴, hatta uluslararası hukukta

³ ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", GA 1963, s. 193 vd.; aynı yazar *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B. II, München 2003, § 25 Rn. 105 vd.; "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218)", JZ 1995, s. 49 vd.; "Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft", Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, Stuttgart 2010 (FS-Krey), s. 450 vd.; "Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft", GA 2012, s. 395 vd.

⁴ Roxin'in öne sürdüğü teori, Alman Hukuku içtihadında ilk olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH)'nin anılı kararıyla tanınmıştır, bkz. BGHSt 40, 218. Yüksek Mahkeme'nin tutumu istikrarlı şekilde devam etmiştir, bkz. BGHSt 42, 65; 45, 270; 47, 100; 48, 77. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını doktrinde benimseyen yazarlar için bkz. AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 4. Aufl., München 2014, § 7 Rn. 25 vd.; aynı yazar "Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", GA 1998, s. 233 vd.; BOTTKE, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg 1992, s. 71 vd.; CONDE, Muñoz, "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen ‚nichtrechtsgelöster‘ Organisationen?", Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag (FS-Roxin), Berlin 2001, s. 618; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 64. Aufl., München 2017, § 25 Rn. 11 vd.; FREUND, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin 2009, § 10 Rn. 90 vd.; GRECO, Luís, "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", ZIS 1/2011, s. 9 vd.; HERZBERG, Rolf Dietrich, "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", JuS 1974, 375; aynı yazar, "Abergläubische Gefährdung und mittelbare Täterschaft", Jura 1990, s. 23 vd.; HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Tübingen 2015, Rn. 503; HÜNERFELD, Peter, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland", ZStW 1987, s. 242 vd.; ISFEN, Osman, "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK Md. 220/5)",

benimsendiği görülen bu görüşün⁵ ülkemizde kanunlaştırılması şüphesiz dikkat çekici ve dahi takdir edilecek bir gelişmedir. Ne var ki, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı ile TCK m. 220/5'in ne derece örtüştüğü hukuken ele alınması gereken bir sorundur.

Aşağıda öncelikle organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı incelenmiş ve ihtiva etmesi gereken kıstaslar üzerinden mevcut yasal düzenleme irdelenmiştir. Tespit edilen eksikliklerin giderilmesi ve doğacak sorunların çözümü için Kanunkoyucu'ya somut öneriler sunulmuştur.

HPD 7/2006,s. 55 vd.; **JÄGER**, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Heidelberg 2015, § 6 Rn. 249; **KASISKE**, Peter, *Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil*, München 2011, Rn. 190; **KÜHL**, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., München 2017, § 20 Rn. 73 vd.; **LACKNER**, Karl / **KÜHL**, Kristian/**HEGER**, Martin, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., München 2014, § 25 Rn. 2; **MAURACH**, Reinhart/**GÖSSEL**, Karl Heinz/**ZIPF**, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B. II, 5. Aufl., Karlsruhe 1978, s. 210 vd.; **STRATENWERTH**, Günter/**KUHLEN**, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 Rn. 59 vd.; **WESSELS**, Johannes/**BEULKE**, Werner/**SATZGER**, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., Heidelberg 2016, § 16 Rn. 782. Ayrıca bkz. vgl. **HEINRICH**, Bernd, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stuttgart 2014, Rn. 1255; **RADTKE**, Henning, "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht", GA 2006, s. 350 vd.; **SEELMANN**, Kurt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Basel 2005, s. 139; **TULAY**, M. Emre, *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen/Obb. 2018, s. 115 vd.; **URBAN**, Carolin, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen 2004, s. 55 vd.; **ZIESCHANG**, Frank, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stuttgart 2014, Rn. 690 vd.

⁵ Türk Ceza Hukuku öğretisinde *Roxin*'in teorisini destekler nitelikteki görüşler için bkz. **ERDEM**, Mustafa Ruhan: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, s. 30 vd.; **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 59 vd.; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 458 vd.; **ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)", EÜHFĐ 2006, B. I, Nr. II, s. 89 vd.

Cezaî sorumluluğu tam olan fail arkasındaki fail hakkında dolaylı faillik kuramı, 17 Haziran 1998 tarihi itibarıyla Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü 25/3-a maddesine eklenmiştir. Bu hüküm ışığında verilen ilk kararlar için bkz. *Milosevic* (Prosecutor v. Slobodan Milosevic et al., IT-02–54-T, Second Amended Indictment, Bosnia, amended on 21 April 2004) and *Stakic* (Prosecutor v. Milonir Stakic, IT–92–24-T, Judgement of 31 July 2003, Nr. 439). Benzer yönde sonraki tarihli kararlar için bkz. *Katanga and Chui* (ICC-01/04-01/07 176/226), *Al Bashir* (ICC, 4.3.2009, 214). Anılı kararlar için ayrıca bkz. **KRESS**, Claus, "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", GA 2006, s. 306 vd.; **ROXIN**, Claus, "Bemerkung zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", ZIS 11/2009, s. 567 vd.

II. ORGANİZE HAKİMİYET MEKANİZMALARINA DAYALI DOLAYLI FAİLLİK KURAMI

A. Genel Olarak

Kendi içinde disiplinli, emir-komuta zincirine oturan güçlü yapılanmalarda, emri veren organ ile icra aşamasında rol oynayan failler farklılık gösterebilir. Özellikle, yapıları gereği amacı suç işlemek olan ve hiyerarşik biçimde ve elverişli araç-gereçlerle donatılmış suç örgütlerinde bunun örneklerini görmek mümkündür. Kanunun suç saydığı bir fiili planlayan lider kişi veya kişiler ile planı gerçekleştirecek olanlar, başka deyişle masa başındakiler ile sahada görünenler farklı kişilerdir. Böylelikle masa başı fail (*Schreibtischtäter*) olarak nitelendirilen kişinin (*fail arkasındaki fail*) elleri temiz kalırken, ön planda yer alıp aktif rol oynayan kişiler emri uygulamaktadırlar.⁶ Burada dikkat çeken iki önemli husus vardır: Birincisi, *fail arkasındaki failin* sahip olduğu konum ve gücü kullanarak öndeki failerin iradelerine yön vermesidir.⁷ İkinci husus, önde yer alan icracı faillerin cezai sorumluluğunun tam olmasıdır.⁸

Alman Ceza Hukukunun önemli isimlerinden *Roxin*, olayın icrası sırasında dahili olmamakla birlikte masa başında bulunan, arkadaki fail olarak eylemi planlayan ve diğer failerin iradesi üzerinde hakimiyet kuran lider kişinin cezai sorumluluğu hakkında belli şartlara bağlı kıldığı *organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını* ortaya atmıştır.⁹ *Roxin*, masa başı failin cezai sorumluluğu tam olan icracı failer üzerinde mutlak bir irade hakimiyeti tesis ettiği ve bu nedenle verilen emrin uygulanması noktasında kendisini güvende hissettiği durumlarda lider kişinin cezai sorumluluğunun, mevcut iştirak türleriyle açıklanamayacağını belirtmiştir.¹⁰ Teori zaman içinde

⁶ **ROXIN**, FS-Krey, s. 454

⁷ **ROXIN**, Claus, “*Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*”, ZIS 7/2006, s. 296; **aynı yazar**, FS-Krey, s. 459; ZIS 7/2006, 296.

⁸ İcra failerinin cezai sorumluluğunun tam olmasına rağmen, masa başı failin dolaylı faillik kapsamında sorumlu tutulması, doktrinde *Roxin*'e yöneltilen eleştirilerin ağırlık noktasını oluşturur. Bu noktada en net ifadeler *Krey/Esser* tarafından dile getirilmişti, bkz. **KREY**, Volker/**ESSER**, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Stuttgart 2016, § 27 Rn. 880 (935 vd.); ayrıca bkz. **KREY**, Volker/**NUYS**, Marcel, “*Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel*”, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, s. 203–223

⁹ **ROXIN**, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., Berlin 2015, s. 242 vd; **aynı yazar** GA 1963, s. 193 vd.

¹⁰ **ROXIN**, GA 1963, s. 193 vd.; **aynı yazar** *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 242 vd.

öğretide ağırlıklı olarak benimsenmiş¹¹, mahkeme içtihatlarında kabullenilmiş¹², uluslararası hukukta paylaşılan bir görüş halini almıştır.¹³ *Roxin*'in teorisi, ülkemizde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte 220. maddesinin 5. fıkrasında yasal bir görünüme kavuşmuştur.

Roxin, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin ancak belirli şartlar dahilinde kabul edilebileceğini ifade etmektedir.¹⁴ Bu nedenle, yazarın ortaya koyduğu şartların bilinmesi ve her somut olay bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

B. Failler

1. Fail arkasındaki fail

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının dikkate alınacağı olayın iki önemli aktöründen ilki, *fail arkasındaki fail*dir. Bu kişi, *masa başı fail* olarak da adlandırılan lider kişidir. Lider, bulunduğu konum ve gücü kullanmak suretiyle eylemi planlar ve fiile icracılar üzerindeki iradi hakimiyetiyle yön verir.¹⁵

Planlanan olayda lider (*Anführer*) ve liderin emirlerini yerine getirecek kişiler (*Vordermänner*) yer almaktadır.¹⁶ Burada dikkat çeken husus, failer arasında bir eşitliğin değil, emir-komuta zincirinin varlığı¹⁷ ve eylemi gerçekleştiren kişilerin cezai yönden sorumlu olmalarıdır.¹⁸

2. İcracı Fail

Masa başı failin emir ve komutlarıyla hareket eden, amacın gerçekleşmesi uğruna bizzat faaliyet gösteren kişi icracı faildir. Organize hakimiyet mekanizmasının kullanıldığı hallerde bu kişi belli özellikler gösterir. Öncelikle fail, lider kişinin emir ve amacı doğrultusunda kullanılan bir araçtan ibarettir.

¹¹ **AMBOS**, § 7 Rn. 25 vd.; **aynı yazar** GA 1998, s. 233 vd.; **BOTTKE**, s. 71 vd.; **CONDE**, s. 618; **FISCHER**, StGB, § 25 Rn. 11 vd.; **FREUND**, § 10 Rn. 90 vd.; **GRECO**, s. 9 vd.; **HERZBERG**, JuS 1974, s. 375; **HOFFMANN-HOLLAND**, Rn. 503; **HÜNERFELD**, ZStW 1987, s. 242 vd.; **ISFEN**, s. 55 vd.; **JÄGER**, § 6 Rn. 249; **KASISKE**, Rn. 190; **KÜHL**, § 20 Rn. 73 vd.; **KÜPER**, s. 941 vd.; **LACKNER/KÜHL/HEGER**, § 25 Rn. 2; **MAURACH/GÖSSEL/ZIPF**, s. 211; **STRATENWERTH/KUHLEN**, § 12 Rn. 59 vd.; **WESSELS/BEULKE /SATZGER**, § 16 Rn. 782; vgl. **HEINRICH**, Rn. 1255; **RADTKE**, s. 350 vd.; **SEELMANN**, s. 139; **URBAN**, s. 55 vd. (s. 263); **VEST**, s. 492 vd.; **ZIESCHANG**, Rn. 690 vd.

¹² BGHSt 40, 218; ayrıca bkz. 42, 65; 45, 270; 47, 100; 48, 77.

¹³ Bkz. I, Dipnot Nr. 3.

¹⁴ **ROXIN**, GA 1963, s. 200; Täterschaft und Tatherrschaft, s. 245; ayrıca bkz. **AMBOS**, § 7 Rn. 26; **MAURACH/GÖSSEL/ZIPF**, s. 210 vd.

¹⁵ **ROXIN**, ZIS 7/2006, s. 296; **TULAY**, s. 119 vd.

¹⁶ **ROXIN**, Claus, "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität", Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, s. 556.

¹⁷ **ROXIN**, FS-Grünwald, s. 556; **aynı yazar** GA 2012, s. 413; **TULAY**, s. 120.

¹⁸ **ROXIN**, GA 2012, s. 413; **TULAY**, s. 120.

Bu yönüyle icracı failler, adeta makinenin dişlileri gibi tasvir edilmişlerdir. Yani her fail, yerine bir başkasının ikame edilebileceği pozisyondadır.¹⁹

İcracı fail bakımından diğer kayda değer nokta, failin cezai sorumluluğunun tam olmasıdır. Gerçekten, emri yerine getiren failin kusur yeteneğinde hata, hile veya cebir yoluyla sınırlama söz konusu değildir.²⁰ Bu husus, aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, teoriyi diğer iştirak türlerinden farklılaştırır.

C. Teorinin iştirakin diğer görünüm şekillerinden farkı

1. Dolaylı Faillik altında ayrıca incelenmesi

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliği diğer iştirak türlerinden ayıran ve bu noktada *Roxin*'i yeni bir arayışa sevk eden temel neden, icracı failin özelliğidir. Öncelikle bu kişinin cezai bakımdan tam sorumlu olması dikkat çekicidir. Cebir, tehdit, hata veya hile ile elde edilmiş dolaylı faillikte icracı kişinin cezai sorumluluğu sınırlıdır. Oysa burada failin cezai sorumluluğu tamdır. O halde dolaylı failliğin diğer görünüm şekilleri ile lider kişinin cezai sorumluluğu açıklamak, ancak münferit olaylarda mümkün olabilir.

2. Azmettirmeden farkı

Ön planda yer alan failin diğer bir özelliği, ikame edilebilir şekilde ve araç olarak kullanılmasıdır. “*makinenin dişlileri*” benzetmesi, “*o olmazsa bir başkası*” düşüncesinin hakim olduğu örnekler için kullanılmıştır. Öyle ki failin kimliği, emri veren açısından bir önem taşımaz. Çünkü lider kişi, icracı kimsenin kimliğinden bağımsız olarak amacına ulaşacağından emindir. Bu özellik, azmettirme kurumunun bu tür olaylarda masa başı failin cezai sorumluluğunu açıklamakta yetersiz kalması demektir. Azmettiren kişi için azmettirdiği failin kimliği önemlidir ve nihayetinde olayın gerçekleşip gerçekleşmemesi azmettirenin değil, (doğrudan) failin elindedir.²¹

3. Müşterek failden farkı

Masa başı fail için kullanılan diğer bir benzetme “*ellerinin temiz kalması*”dır. Fail arkasındaki fail, planlayıp emri veren kişidir; ancak olay yerinde bizzat yer almaz. Oysa müşterek failliğin en önemli esası, birlikte hareket hakimiyeti üzerine gelişmesidir. Fakat organize hakimiyetin kullanıldığı durumlarda öne çıkan hareket değil, irade hakimiyetidir.²² Bu nedenle, lider kişi somut olay mahallinde bilfiil yer almış veya diğer faillerle birlikte eş zamanlı hareket imkanı tanıyacak şekilde iletişim ağı kurulmuşsa artık müşterek faillik ilişkisin

¹⁹ ROXIN, FS-Grünwald, s. 556; aynı yazar GA 2012, s. 413.

²⁰ ROXIN, FS-Krey, s. 457; TULAY, s. 121.

²¹ AMBOS, GA 1998, s. 233; HEINRICH, Rn. 1257; ROXIN, JZ 1995, s. 49 vd.

²² ROXIN, FS-Krey, s. 454. Ayrıca bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, s. 400 vd.

varlığı kabul edilecektir.²³

Diğer bir fark; müşterek faillikte failer arasında eşit çizgide bir ilişki bulunurken, organize hakimiyet mekanizmalarında lider ve uygulayıcılar arasında dikey ilişki görünmesidir.²⁴

D. Teorinin Kabulü İçin Aranan Şartlar

1. İrade Hakimiyeti

Dolaylı failliği belirleyen esas, doğrudan failin iradesi üzerinde hakimiyet tesis edebilmektir (*Willensherrschaft*).²⁵ Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kurumu da, masa başı failin, eylemi icra eden failerin iradelerini yönlendirebilen bir güce sahip olmasını ifade eder.²⁶ Belirtmek gerekir ki; bu hakimiyet, dolaylı failliğin tipik görünümüleri olan “cebir” veya “tehdit” yöntemlerinin sonucu değildir.²⁷ Elbette münferit olaylarda icracı failer üzerinde bu yöntemlerin kullanılması söz konusu olabilir. Ancak bu örneklerde dahi ağır basan hakimiyet *organize hakimiyet mekanizmalarına* dayanan irade hakimiyetidir.²⁸

2. İkame Edilebilirlik

Roxin'in teorisinin en önemli şartlarından biri, olayın icrasında doğrudan rol oynayan failerin ikame edilebilir olmasıdır (*Fungibilität*).²⁹ Örgüt faaliyeti kapsamında amaçlanan eylemin ifasında doğrudan rol oynayan failer, adeta bir makinenin dişlileri gibidirler.³⁰ Bu bağlamda, icracı failin kimliği örgüt lideri için bir önem taşımaz. Çünkü X şahsının emri reddetmesi ihtimalinde dahi Y şahsının verilen direktifi yerine getirileceği öngörülmektedir.³¹

İkame edilebilirlik esasında ilk akla gelen, icracı failerin sayıca çok olması halidir. Somut olay bakımından, eylemin gerçekleşmesinde çok sayıda failin oynaması elbette failerin birbiri yerine geçebilmesini temin eder. Ancak niceliği tek başına bir kriter olarak yeterli görmek yanlış olur. Mesela

²³ ROXIN, JZ 1995, s. 50

²⁴ ROXIN, FS-Krey, s. 453; aynı yazar FS-Grünwald, s. 554; AT II, § 25 Rn. 122 vd.; ZIS 7/2006, s. 295; ZIS 11/2009, s. 566.

²⁵ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 126; aynı yazar GA 2012, s. 395; ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukukî Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 103 vd.

²⁶ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, s.242 vd.

²⁷ ROXIN, FS-Grünwald, s. 549.

²⁸ Bkz. AMBOS, § 7 Rn. 26; ROXIN, JZ 1995, s. 50.

²⁹ ROXIN, GA 1963, s. 200; aynı yazar Täterschaft und Tatherrschaft, s.242 vd.; JZ 1995, s. 50. Ayrıca bkz. JÄGER, § 6 Rn. 249; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 16 Rn. 782.

³⁰ ROXIN, GA 1963, s. 201; AT II, § 25 Rn. 107. Ayrıca bkz. AMBOS, § 7 Rn. 26; HERZBERG, Jura 1990, s. 23 vd.; HOFFMANN-HOLLAND, AT, Rn. 498 vd.; SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17. Aufl., Gresberg bei Bremen 2017, Rn. 977; STRATENWERTH/KUHLEN, § 12 Rn. 67; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 16 Rn. 782.

³¹ Bkz. AMBOS, § 7 Rn. 26; ROXIN, FS-Krey, s. 457.

planlanan ve yüzlerce kişinin aktif rol oynayabileceği bir eylemde bomba düzeneği gerekiyor ve bunu gerçekleştirebilecek kişi sayısı bir-iki kişi olarak ifade ediliyorsa, burada ikame edilebilirlikten bahsetmek mümkün değildir. O halde; somut olayın özellikleri, icracı faillerin nicelik ve niteliği birlikte değerlendirilerek “ikame edilebilirlik” kriterinin sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmelidir.³² Neticede faillerin hedeflenen eylemi gerçekleştirmeye önemli/yüksek seviyede hazır halde bulunmaları gerekir.³³

Sonuç olarak; organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının dayandığı bu iki esas – irade hakimiyeti ve ikame edilebilirlik –, örgüt liderini vermiş olduğu emrin gerçekleşeceğinden emin bir pozisyona taşır.³⁴

3. Teorinin Uygulanma Alanı

Roxin, teorisinin ancak hukuk alanından sıyrılmış oluşumlar hakkında uygulanabileceğini ifade eder (*Rechtsgelöstheit*).³⁵ Bu bağlamda; devlet mekanizmasının illegal şekilde kullanılmasında – Hitler veya Doğu Almanya rejimlerinde olduğu gibi – veya görünüm şekli ne olursa olsun suç örgütü teşkil eden yapılarda organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillikten

³² **ROXIN**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 251; benzer yönde **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 59. Alman doktrininde özellikle *Hezberg* ve *Rotsch*, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının, failin eylemin neticesinden dolayı kendini emin hissetmesinin neredeyse her olay açısından genel bir kriter gibi sunulmasının hukuken yanlış neticelere sebebiyet vereceği kanaatindedir, **HERZBERG**, *Rolf Dietrich: “Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgabers an den Verbrechen seines Machtapparats”*, ZIS 11/2009, s. 577; **ROTSCH**, *Thomas: “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft”*, ZStW 112/2000, s. 530 vd. Doktrinde getirilen bu eleştiriler karşısında *Roxin* teorisini “Neticeye hakim olma- *Erfolgsherrschaft*” kriteri ile güçlendirmiştir, **ROXIN**, ZIS 7/2006, s. 299. Oysa ikame edilebilirlik kriteri, her somut olay bakımından hakimin değerlendirme yapmasını ve failin neticeden emin pozisyonda olup olmadığının değerlendirilmesini şart koşar, bkz. **TULAY**, s. 127.

³³ *Roxin*’in vurguladığı ikame edilebilirlik kriteri Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlarda paylaşılmıştır, bkz. BGHSt 40, 218; 48, 331. Ne var ki Yüksek Mahkeme’nin benimsemiş olduğu ikame edilebilirlik şartının esasında organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının örgüt yapısı teşkil etmeyen oluşumlar hakkında da uygulanmasının kapısını açtığı bizzat *Roxin* tarafından dile getirilmiş ve eleştirilmiştir, **ROXIN**, JZ 1995, s. 50; ayrıca bkz. **MURMANN**, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, 3. Aufl., München 2015, s. 328. Alman doktrinde *Zieschang* ise, Federal Mahkeme’nin ikame edilebilirlik kıstasını somut olayda çok sığ yorumladığı ve bu yüzden dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki sınırın kalktığı görüşündedir, **ZIESCHANG**, Frank, “*Gibt es den Täter hinter dem Täter?*”, *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Berlin 2007, s. 509.

³⁴ **ROXIN**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 251; ZIS 7/2006, s. 299. Benzer yönde **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 59.

³⁵ **ROXIN**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 249; FS-Krey, s. 459; ZIS 7/2006, s. 297 vd.; GA 2012, s. 410.

bahsedilebilir.³⁶ Alman Hukuku öğretisinde bu görüş bir kesim tarafından kabul edilirken³⁷, bir kesim tarafından eleştirilmiştir.³⁸ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, organize hakimiyet mekanizmasına dayalı dolaylı faillğin, şayet teorisinin varlığı için zorunlu şartlar tamamlanmışsa ticari şirketlerde de uygulanabileceğini kabul etmiştir.³⁹

Yukarıdaki açıklamalarımızda değinildiği üzere; organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının esası, fail üzerindeki iradi hakimiyet ve doğrudan faillerin ikame edilebilirliğiyle birlikte ortaya çıkan “*sonuçtan emin olma*”ya dayanır. Bu durum devlet mekanizmasının illegal şekilde kullanılması veya suç işleme amacıyla kurulmuş örgütlerdeki genel işleyişle ortaya çıkabilir. Fakat organize hakimiyet mekanizmasını bu oluşumlarla sınırlamamak gerekir. Çünkü özellikle günümüzdeki imkanlarla birlikte son derece disiplinli çalışan ticari şirketlerde, planlanan işin yapılmasında tereddüt yaşanmamaktadır. Elbette ticari şirketlerin kuruluş amacı suç işlemek değildir. Ama amacın değişmesi veya daha fazla kar elde gayesiyle şirket lehine suç işlenebilir. Son zamanlarda Avrupa gündemini meşgul eden “Volkswagen Skandalı” bu konuya örnektir.⁴⁰ Üretilen araçların değerlerinin farklı gösterilerek şirket lehine kar elde edilme çabası, şirket adına suç işlenerek menfaat elde edilmeye çalışıldığının göstergesidir. Burada şirketi yöneten grubun planları doğrultusunda hareket eden failler (mühendis, teknisyen vs.), suç teşkil eden eylemlerinde doğrudan fail olarak sorumludurlar. Fakat bu kişilerin iradesini yönlendirebilir konumda olan, elindeki imkanlarla faillerin ikame edilebilirliği konusunda tereddüt yaşamayan ve neticesinde meydana gelecek sonuçtan emin konumda olan yönetici grubunu dolaylı fail olarak sorumlu tutmak gerekir. Ticari şirketlerin esasen hukuk kurallarına uygun olarak kurulmuş

³⁶ **ROXIN**, FS-Krey, s. 459.

³⁷ **HOFFMANN-HOLLAND**, Rn. 506; **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 55; **URBAN**, s. 183.

³⁸ Alman doktrininde *Ambos*'a göre; lider kişinin sahip olduğu organize hakimiyet, hukuk alanından tamamen sıyrılmış veya belli yönleriyle hukuk dairesinden çıkmış yapılar arasında farklılık göstermez. Bu yönüyle, söz konusu şart önemli olmakla birlikte kaçınılmaz olarak değerlendirilemez, **AMBOS**, GA 1998, 243 vd. Benzer yönde bkz. Ayrıca bkz. **MARLIE**, Marcus, *Unrecht und Beteiligung; Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, Baden-Baden 2009, s. 147; **LANGNEFF**, Katja, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Aachen 2000 *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern*, Aachen 2000, s. 157; **TULAY**, s. 126. Doktrinde *Rotsch*, *Roxin*'in teorisinin merkez noktasında yer alan ikame edilebilirlik kistasının söz konusu şart ile birbirine bağımlı şekilde ele alınamayacağı görüşündedir, **ROTSCH**, ZStW 2000, s. 533. *Herberg* ise, hukuka aykırı emrin yerine getirildiği her durumda hukuk dairesinin dışına çıkıldığını ve bu halin ayrı bir koşul olarak belirlenmesinin tutarsız olduğunu ifade eder, **HERZBERG**, ZIS 11/2009, s. 577.

³⁹ BGHSt 40, 218; 43, 219; 48, 331; BGH NStZ 2008, 89 vd.

⁴⁰ **ISFEN**, Osman, “*Mehr Schein als Sein – die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht*”, JA 1/2016, s. 5

olması veya yönetici-çalışan arasında bir suç örgütünde olduğu gibi emir-komuta zincirinin olmaması, teorinin reddi için yeterli sebepler değildir. Çünkü hukuk kurallarının dışına çıkmış ve işlenen eylemde teorinin şartları sağlanmıştır.

Sonuç olarak; eylemin gerçekleşmesinde doğrudan rol oynamamasına rağmen, icracı kişiler üzerinde irade hakimiyeti tesis eden, etkin rol oynayan kişilerin ikame edilebilirliği nedeniyle hedefinin gerçekleşeceğinden emin olan faili organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına göre sorumlu tutmak gerekir.

III. KANUNİ DÜZENLEME (TCK m. 220/5)

A. Cezai Sorumluluğun Esası

Suç örgütü liderinin örgüt faaliyetlerinden dolayı cezai sorumluluğunu düzenleyen TCK m. 220/5 şu şekildedir: “*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılır*”.

İlgili düzenlemeyle birlikte Kanunkoyucu, *Roxin*'in ortaya attığı organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını yasalaştırmıştır.⁴¹ Çünkü liderin “fail” olarak sorumlu olacağı belirtilerek, şerikliğe ait ihtimaller (Azmettirme ve Yardım etme) devre dışı bırakılmıştır. Örgüt liderinin bizzat ve aktif şekilde eylemin gerçekleşmesinde rol oynadığı hallerde zaten fail olarak sorumlu tutulacağı açıktır. Ancak diğer hallerde, TCK m. 220/5 gereğince dolaylı faillik kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Burada dolaylı failliğin öteki görünüm şekillerine göre bir sorumluluk getirilmiş olsaydı; cebir, tehdit veya hata ile oluşturulacak irade hakimiyetine ilgili metinde ayrıca yer verilmesi gerekirdi. Nitekim Gerekeç’de “... *Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar*” ifadesiyle, *Roxin*'in teorisinin benimsendiği açıkça belirtilmiştir.

B. TCK m. 220/5'in içerik yönüyle incelenmesi

Kanunkoyucu, örgüt liderinin örgüt faaliyetleri kapsamında işlenen suçlardan cezai sorumluluğunu TCK m. 220/5'te tanımlamıştır. Burada kanuni bir tanımlamaya gidilmesi; Ceza Hukukunun en temel ilkesi olan Kanunilik ilkesi bakımından son derece isabetlidir. Karşılaştırmalı Hukuk bakımından, teorinin kaynağı olan Alman Hukukundan daha ileri bir adım atıldığını da ifade etmek gerekir. Çünkü Alman Ceza Kanunu (StGB), ne suç örgütünü düzenleyen § 129 StGB'de, ne de iştirak kurumuna ilişkin genel hüküm olan § 25 StGB

⁴¹ TULAY, s. 145.

vd. maddelerinde organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına yer vermiştir.

TCK m. 220/5 düzenlemesi, kanunilik ilkesi bakımından ileri ve kuramı kabul eden diğer ülkeler nezdinde örnek bir adım olmakla birlikte, yasa metninde dikkat çeken husus, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının hiçbir şart belirtilmeksizin kabul edilmiş olmasıdır. Oysa *Roxin* tarafından ortaya atılan, Alman doktrini ve içtihatlarıyla kabul edilmiş ve uluslararası hukuku etkileyecek seviyeye ulaşmış bu teorinin, somut olay bakımından ancak belli şartlar dahilinde kabul edilebileceği bizzat *Roxin* tarafından dile getirilmiştir.⁴² Böyle olmasına rağmen Kanunkoyucu, madde metninde hiçbir koşul zikretmemiştir.⁴³

Madde gerekçesinde yer alan “... Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir” ibaresi, uygulayıcı bakımından bağlayıcı değil, ancak yol göstericidir. Diğer yandan, Gerekçede yer alan ibare, “Örgüt varsa ikame edilebilirlik de vardır” varsayımına dayanmaktadır. Oysa bu kıstas her somut olayda, verilen emre ve emri uygulayacak kişilerin nicelik/niteliğine göre başlı başına değerlendirilmesi gereken bir husustur. Nihayet ikame edilebilirlik kriteri tek başına yeterli değildir. İcracı faillerin emri yerine getirmeye yüksek seviyede hazır bulunmaları, bunun varlığıyla beraber örgüt liderinin failler üzerinde irade hakimiyeti tesis etmesi ve emrin yerine getirileceği noktasında emin bir pozisyonu haiz olması gerekir. Oysa TCK m. 220/5, sayılan hususların hiçbirisine yer vermemiş ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen eylemlerde örgüt liderini somut olayın özelliklerinden bağımsız şekilde fail olarak kabul etmiştir.⁴⁴

C. Kanuni düzenlemenin ortaya çıkardığı sorunlar

1. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının iştirakin diğer görünüm şekillerinin önüne geçmesi

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının varlığı, masa başı failin icracı failler üzerinde bir irade hakimiyeti tesis etmesine bağlıdır. İrade hakimiyeti; faillerin ikame edilebilirliği, emri yerine getirme konusunda yüksek seviyede hazır olmaları ve böylelikle emri veren kişinin neticeye yönelik kendini emin hissetmesinin sonucunda oluşur.⁴⁵

⁴² Bkz. II D vd.

⁴³ Ayrıca bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet, *Suç Örgütleri*, 9. Bası, Ankara 2017, s. 26 vd.; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 395; **ÜZÜLMEZ**, EÜHFD 2006, s. 90

⁴⁴ Doktrinde *İsfen*, Kanunkoyucunun TCK m. 220/5'teki düzenlemeyle adeta tek fail prensibini benimsemiş görüldüğü düşüncesindedir, **İSFEN**, HPD 7/2006, s. 61.

⁴⁵ Bkz. II D vd.

Kanunkoyucunun TCK m. 220/5'te anılan kıstasların hiçbirine yer vermemesi, teorinin diğer iştirak şekillerinin önüne geçmesine yol açmıştır.⁴⁶ Esasen somut olay bakımından; masa başı failin kendi emin konumda hissedecek bir pozisyonu ve buna dayalı irade hakimiyeti söz konusu değilse, cezai sorumluluğun "Azmettirme" çerçevesinde çözümlenmesi gerekecektir. Eylemin icrası sırasında lider kişi failer ile birlikte iş bölümü çerçevesinde hareket etmişse artık irade hakimiyetten ziyade hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet değerlendirilecek ve fail için "Müşterek Faillik" esasına göre sorumluluk doğacaktır. Yine münferit olaylarda örgüt lideri vasfını taşıyan kişinin olaya katkısının sadece araç-gereç tayini gibi daha sınırlı alanlarda gerçekleşmesi halinde "Yardım Etme" gündeme gelecektir. Diğer yandan; sadece örgüt yapısından yola çıkarak, örgüt faaliyetlerinde lider kişinin irade hakimiyetini örgüt mekanizmasına bağlı kılmak her zaman geçerli olacak bir varsayım değildir. Somut olayda icracı failer ikame edilebilir olmayabilir. Ancak örgüt lideri cebir, tehdit veya yanıltma yöntemiyle failerin iradesi üzerinde hakimiyet kurmuş olabilir. Bu halde örgüt lideri, işlenecek suç bakımından yine dolaylı fail olarak sorumludur; ama bu sorumluluğun esası organize hakimiyet mekanizmalarından doğmaz.

Görüldüğü üzere örgüt liderinin cezai sorumluluğunun esası, somut olayın özelliklerine göre farklılık göstermektedir. Neticede kararın hakime bırakılması gerekirken Kanunkoyucunun adeta diğer tüm ihtimalleri kapatıp yalnızca organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramını esas alması hukuken isabetli olmamıştır.⁴⁷

2. Objektif Sorumluluk tehlikesi

TCK m. 220/5'te yer alan "*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılır*" ifadesi, yukarıda yer verdiğimiz organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının uygulama alanını genişletmesinin yanısıra başka bir sorun daha barındırır.

Kanunkoyucu, örgüt liderinin fail olarak sorumluluğunun örgüt faaliyet kapsamında işlenen bütün suçlarda söz konusu olacağını belirtmiştir. Burada kullanılan "bütün suçlar" ibaresi, hukuken problemlidir. Çünkü örgüt liderinin olaydaki irade veya hareket hakimiyetini sorgulamadan fail olarak cezalandırılacağını öngörmek, objektif sorumluluğun kabulüdür.⁴⁸ Suç örgütü;

⁴⁶ Bkz. ERDEM, CHKD 2/2014, s. 30; ISFEN, HPD 7/2006, s. 59 vd.; ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, s. 26.

⁴⁷ ERDEM, CHKD 2/2014, s. 30; ISFEN, HPD 7/2006, s. 59 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 467. TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında ilgili fıkra metnine ilişkin "...duruma göre fail veya şerik olarak cezalandırılır" şeklinde öneri ve takip edilen süreç hakkında bkz. ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, s. 27.

⁴⁸ ÜZÜLMEZ, EÜHFD 2006, s. 90; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 467. Karşı görüş için bkz. ÖZGENÇ, *Suç*

suç işlemeyi amaçlayan, hiyerarşik ilişkiyi esas alan, güçlü ve disiplinli bir yapıdır. Ancak bu özellik, örgüt üyelerinin işlediği her suçta örgüt liderinin emirlerini yerine getirdiği anlamına gelmez. Örgüt üyeleri, örgüt faaliyeti kapsamında görünmekle birlikte, örgütün plan veya amacı dışında, özünde kendi nam ve faydalarına eylemler gerçekleştirebilirler. Böylelikle örgüt liderinin emri ve hatta bilgisi dışında vakalarla da karşılaşılabilir. Bu olasılıkta örgüt liderini gerçekleştiren somut olayda “fail” olarak sorumlu tutmak, objektif sorumluluğun kabulü anlamına gelir, hukuken büyük bir sorun teşkil eder. Özenle belirtelim ki; çekincemiz, failin cezasız kalması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü örgüt lideri, elbette “yönetici” vasfı gereğince TCK m. 220/1’ye göre sorumludur. Ancak bu suç, anılan olasılıkta “örgüt lideri” olunmasından kaynaklanır ve bununla sınırlı kalması gerekir.

IV. KANUNKOYUCUYA ÖNERİLER

TCK m. 220/5 ile ilgili dile getirilen çekincelerin hukuki olarak ortadan kaldırılması için kanun metninde yapılması gereken değişiklikler düşünülmelidir.

TCK m. 220/5’in doğurduğu hukuki problemler, ilgili fıkranın yürürlükten kaldırılması ve bu alanın uygulamaya bırakılmasıyla giderilebilir mi?⁴⁹ Nitekim Alman Ceza Kanunu’nda organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı kabul görmüş olmasına rağmen kanunen açık şekilde düzenlenmiş değildir. Failliği düzenleyen 25. madde (§ 25/1 StGB) bir failin bizzat veya başkası aracılığıyla işlenmesi şeklinde doğrudan ve dolaylı failliği tanımlarken, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı da bu ibare altında konumlandırılmıştır. Oysa doktrin ve uygulamada üzerinde tam konsensüs oluşan durum, dolaylı failliğin cebir, tehdit veya hile ile elde edilmiş olmasıdır. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı ise, her ne kadar büyük oranda kabul görmüşse de, Ceza Hukukunda Kanunilik ve onun gerektirdiği Belirlilik ilkeleri gereğince cezai sorumluluğun esası şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmalıdır. Bu sebeple Alman Ceza Hukukundaki mevcut durum açık şekilde Kanunilik ilkesi ile çelişmektedir.⁵⁰ Bu yönüyle; Türk Ceza Hukukunda *Roxin*’in teorisinin kanuni dayanağının bulunması son derece isabetli ve ileri bir adımdır. İlgili fıkranın yürürlükten kaldırılması, anılan sıkıntıların çözümü olmayacağı gibi, atılan olumlu adımlardan geri dönmek anlamına gelecektir.

Türk Hukuk doktrininde TCK m. 220/5 ile ilgili çekinceler dile getirilmekle birlikte hukuken tatmin edici nitelikte somut bir öneriye rastlanılmamaktadır.⁵¹

Örgütleri, s. 27.

⁴⁹ İlgili fıkranın yürürlükten kaldırılması yönünde bkz. ERDEM, CHKD 2/2014, s. 30; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 404.

⁵⁰ TULAY, s. 143 vd.

⁵¹ *İsfen*, örgüt liderinin “yönetici”lik vasfının, diğer seçimlik hareketlere göre daha ağır şekilde

Oysa *Roxin*'in Alman ve Türk Hukuk doktrindeki görüşler ve Alman Hukuku içtihatları başta olmak üzere mahkeme kararlarıyla benimsenen teorisinin olmazsa olmaz şartlarını açık şekilde içerecek bir düzenlemenin yapılması zaruri görünmektedir.

Yapılması gereken değişikliğin içeriği kadar kanundaki yeri de önem taşımaktadır. Değişikliğin TCK m. 220/5 içinde yapılması, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının suç örgütleriyle sınırlı kalması sonucunu doğuracaktır. Oysa bu teori, günümüzde sadece suç örgütlerinde değil, suç örgütü olarak nitelendirilemeyecek yapıların kamu gücü kullanarak işledikleri fiillerde ve hatta ticari şirketler bünyesinde işlenen suçlarda dahi kabul edilmiştir. Mühim olan, suç işleyen yapının niteliğinden ziyade teoriye münhasır şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Böylelikle *Roxin*'in teorisi üzerinde yapılacak kanuni değişiklikte birlikte, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının suç örgütü dışındaki yapılarda da uygulanmasının mümkün kılınması isabetli olacaktır. Bu nedenle dolaylı failliğin diğer bir görünüm şekli olan organize hakimiyet kuramı, failliği düzenleyen temel madde olan TCK m. 37'de açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmelidir. Yapılacak değişikliğin TCK m. 37 hükmü içinde ele alınması halinde, TCK m. 220/5'in yürürlükten kaldırılması gerekir. Çünkü hakim somut olayda failliğin tespitini TCK m. 37'ye göre yapacaktır.

TCK m. 37, faillik kurumunu düzenleyen madde olup, ilk fıkrasında doğrudan ve müşterek fail, ikinci fıkrada ise dolaylı faillik düzenlenmiştir. İkinci fıkradaki dolaylı faillik, doktrinde de benimsendiği üzere cebir, tehdit veya hileye dayanan irade hakimiyetini yansıtır. Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin ise ayrıca ve açık şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu bağlamda Kanunkoyucu'ya önerimiz, TCK m. 37'ye yeni bir fıkranın eklenmesidir. İçerik olarak şöyle bir metin düşünülmeli isabetli olacaktır: *"Kendi yokluğunda; ikame edilebilir şekilde eylemi gerçekleştirmeye hazır bulunan ve sınırlı olmayan şekilde cezai sorumluluk taşıyan başka kişileri, irade hakimiyeti tesis ederek ve verilecek emrin yerine getirileceğinden emin şekilde kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur"*.

Önerilen tanımın yasalaşması halinde, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı ancak belli şartların oluşması halinde gündeme gelecek ve böylelikle somut olayın özelliklerine göre iştirakin diğer görünüm

cezalandırılmasa gerektiği görüşündedir. Nitekim Alman Hukukunda suç örgütü suçunun düzenlendiği temel madde olan 129. madde (§ 129/5 StGB) örgüt yöneticisi için daha ağır ceza öngörmektedir. **ISFEN**, HPD 7/2006, s. 60. Örgüt liderinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardaki etkisi, irade hakimiyet ve gücü dikkate alındığında yazarın bu görüşüne katılmamak mümkün değildir. Ancak bu yönde bir değişiklik, sadece "suç örgütü"nden dolayı verilecek cezaları etkileyecek, somut olay bakımından hukuken tespit edilen sorunlar devam edecektir.

şekilleri de uygulanabilecektir. Diğer yandan, eylemin icrasında kullanılan araç kişinin cezai sorumluluk sahibi kişi olduğu vurgulanarak, münhasır cebir, tehdit, hile veya hataya dayanan dolaylı faillik ile farklılık belirginleşecektir. Kuramın özel hükümde değil, Genel Hükümlerde düzenlenmesi ile birlikte, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik esasının yalnızca suç örgütü teşkil eden yapılarda uygulanması ortadan kalkacak ve şartların tekemmül ettiği başka oluşumlarda da masa başı faili “dolaylı fail” olarak sorumlu tutmak mümkün hale gelecektir.

V. SONUÇ

Örgüt liderinin, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda fail olarak sorumlu tutulacağı hususu, TCK m. 220/5’te düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmü, esasen doktrinde ilk kez Alman Ceza Hukukçusu *Roxin* tarafından savunulan organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına dayanır.

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı temel olarak icracı faillerin ikame edilebilirliği ve lider kişinin bu kişiler üzerindeki irade hakimiyetiyle birlikte neticeden emin pozisyonda olması durumunda geçerlidir. Bu kuram, diğer iştirak şekillerinden ayrıldığı gibi, icracı faillerin cezai sorumluluklarının tam olmasıyla diğer dolaylı faillik türlerinden de ayrılır. *Roxin*’in teorisi Alman Ceza Hukuku’nda açık bir kanuni düzenleme olmamasına rağmen doktrinin büyük çoğunluğu ve istikrar kazanmış şekilde içtihatlarda destek görmüştür. Türk Kanunkoyucu bu kuramı TCK m. 220/5’te yasalaştırmıştır.

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının hukukumuzda yasal dayanağının bulunması kanunilik ilkesi bakımından örnek ve ileri bir adımdır. Ne var ki mevcut düzenleme, teoriye ait şartların belirtilmemesi dolayısıyla sorunlu görünmektedir. Güncel düzenleme karşısında, somut olayda diğer iştirak türlerinin tartışılması mümkün değildir. Bu sebeple, konuyla ilgili TCK’da somut bir değişiklik yapılmalıdır. Önerimiz doğrultusunda “*Kendi yokluğunda; ikame edilebilir şekilde eylemi gerçekleştirmeye hazır bulunan ve sınırlı olmayan şekilde cezai sorumluluk taşıyan başka kişileri, irade hakimiyeti tesis ederek ve verilecek emrin yerine getirileceğinden emin şekilde kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur*” şeklinde bir düzenleme, teorinin uygulanırlığına ilişkin çekinceleri giderecektir. Bu değişikliğe TCK Genel Hükümler kitabında, 37. maddede yer verilmesi ise, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin örgüt dışı yapılarda da tartışılmasını mümkün kılacaktır.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, 4. Aufl., München 2014
- Ambos, Kai*: "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", GA 1998, S. 226–245
- Bottke, Wilfried*: Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Heidelberg 1992
- Conde, Muñoz*: "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen ‚nichtrechtsgelöster‘ Organisationen?", Festschrift für Claus Roxin zum 70.Geburtstag, Berlin 2001, S. 609–624
- Erdem, Mustafa Ruhan*: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, S. 11–30
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 64. Aufl., München 2017
- Freund, Georg*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 2009
- Greco, Luis*: "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", ZIS 1/2011, S. 9–13
- Heinrich, Bernd*: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2014
- Herzberg, Rolf Dietrich*: "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparats", ZIS 11/2009, S. 576–580
- Herzberg, Rolf Dietrich*: "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", JuS 1974, S. 374–379
- Herzberg, Rolf Dietrich*: "Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft", Jura 1990, S. 16–26
- Hoffmann-Holland, Klaus*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 2015
- Hünerfeld, Peter*: "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland", ZStW 1987, S. 228–250
- Isfen, Osman*: "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK Md. 220/5)", HPD 7/2006, S. 53–61
- Isfen, Osman*: "Mehr Schein als Sein – die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht", JA 1/2016, S. 1–6
- Jäger, Christian*: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Heidelberg 2015
- Kasiske, Peter*: Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, München 2011
- Kühl, Kristian*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018

Kreß, Claus: "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", GA 2006, S. 304–310

Krey, Volker/Esser, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart 2016

Krey, Volker/Nuys, Marcel: "Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel", Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 203–223

Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014

Langneff, Katja: Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Aachen 2000

Marlie, Marcus: Unrecht und Beteiligung; Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Baden-Baden 2009

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, B. II, 5. Aufl., Karlsruhe 1978

Murmann, Uwe: Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., München 2015

Özgenç, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996

Özgenç, İzzet: Suç Örgütleri, 9. Bası, Ankara 2017

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016

Radtke, Henning: "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht", GA 2006, S. 350–356

Rotsch, Thomas: "Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft", ZStW 112/2000, S. 518–562

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., Berlin 2015

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, B. II, München 2003

Roxin, Claus: "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", GA 1963, S. 193-207

Roxin, Claus: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218), JZ 1995, S. 49–52

Roxin, Claus: “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität“, Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 549–561

Roxin, Claus: “Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft“, Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 449–464

Roxin, Claus: “Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft“, GA 2012, S. 395–415

Roxin, Claus: “Bemerkung zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru“, ZIS 11/2009, S. 565–568

Roxin, Claus: “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit“, ZIS 7/2006, S. 293–300

Schmidt, Rolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., Gresberg bei Bremen 2017

Seelmann, Kurt: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Basel 2005

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2011

Tulay, M. Emre: Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik, Holzkirchen/Obb. 2018

Urban, Carolin: Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen, Göttingen 2004

Üzülmöz, İlhan: “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)“, EÜHFD 2006, B. I, Nr. II, S. 79–95

Wessels, Johannes/Beulke, Werner / Satzger, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., Heidelberg 2016

Zieschang, Frank: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2014

Zieschang, Frank: “Gibt es den Täter hinter dem Täter?“, Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 505–524