

## 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNA GÖRE İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERİN DİĞER SUÇ ORTAKLARINA GEÇİŞİ SORUNU

Seydi KAYMAZ\*

### ÖZET

*Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, suç ortaklarından birine bağlı cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı; uygulanacak ise hangi koşullarda uygulanacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.*

*TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağluluk kuralına ilişkin hükümlerin bu sorunu çözdüğü düşüncesiyle kanunda ayrıca bu konuda bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır. Ancak öğretide TCK'nın 40. maddesinde yer alan hükümlerin sorunu çözmekten uzak olduğu belirtilerek, nitelikli hallerin geçişiyle ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Nitelikli hallerin geçişi konusundaki Yüksek Mahkememizin uygulaması da kararlı değildir.*

*Bu çalışmada bağluluk kuralından ne anlaşılması gerektiği, TCK'da yer alan bağluluk kuralından ne anlaşılması lazım geldiğine ve bağluluk kuralının gereklerine değinilecektir. Daha sonra TCK'nın mevcut düzenlemesi ışığında iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli hallerin geçişine ilişkin sorunun çözümüne ilişkin değişik görüşler ve Yüksek Mahkememiz Yargıtay'ın uygulaması aktarıldıktan sonra görüşlerimize ve bazı önerilerimize yer verilecektir.*

**Anahtar Kelimeler :** Bağluluk kuralı, iştirak halinde işlenen suç, özgü suç, iştirak, şerik, nitelikli haller, kişiye bağlı nitelikli haller, fiile bağlı nitelikli haller.

### **THE PROBLEM REGARDING EFFECT OF QUALIFIED CASES ON THE OTHER ACCOMPLICES IN CRIMES COMMITTED JOINTLY, ACCORDING TO TURKISH PENAL CODE NO. 5237**

*On the condition that a crime which can be committed by only one person is committed jointly, the problem is whether the qualified case which mitigates or aggravates the punishment for one of the accomplices will also be applied for the other accomplices or not, and in which conditions it shall be applied if it is to be applied.*

---

\* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

**Seydi KAYMAZ**

*Considering that the provisions regarding dependency rule arranged in the Article 40 of Turkish Penal Code solve this problem, it has not been considered that a new arrangement must be done in this issue. However, in the doctrine, it is claimed that the provisions specified in the Article 40 of Turkish Penal Code are far from finding a solution for the problem, and different opinions have been put forward for passing the qualified cases. Regarding passing the qualified cases, the application of our Supreme Court is also not determined.*

*In this study, what dependency rule means, what dependency rule which take part in Turkish Penal Code should mean and the requirements of the dependency rule as well as the responsibility in the cases special crimes are committed jointly shall be handled. Then, after giving various opinions regarding the solution to the problems of passing the qualified cases for the crimes committed jointly, under the light of current arrangement of Turkish Penal Code and giving the applications of the Supreme Court of Appeals, we will also give opinions and some suggestions.*

**Key Words** *Dependency rule, jointly committed offences, specific offences, participation, accomplice, qualified cases, person-dependent qualified cases, action-dependent qualified cases.*

## I. GİRİŞ

İştirak, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin aralarındaki anlaşma ve işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda, nitelikli hallerin diğer ortaklar hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise hangi koşullarda uygulanacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen hükümlerin iştirak halinde işlenen suçlarda, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikli hallerin geçişi sorununu çözdüğü düşüncesiyle bu konuda bir hüküm koyma gereği duymamıştır. Ancak doktrinde önemli bir kesim TCK'nın 40. maddesinin nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi sorununu çözmediği görüşünde olup, bu konudaki tartışmalar halen devam etmektedir. Nitelikli

---

<sup>1</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 481; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 321; İÇEL/EVİK, s. 263.

### 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

hallerin geçişi konusundaki Yüksek Mahkememizin uygulamasının kararlı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Aşağıda önce iştirak halinde işlenen suçlarda sorumluluğun genel esasları, bağlılık kuralı ve gerekleri, konularına değinilecektir. Nitelikli hallerin geçişi başlığı altında, nitelikli hallerden ne anlaşılması gerektiği, nitelikli hallerin geçişinin koşulları ve bağlılık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli hallerin geçişiyle ilişkisi irdelenecektir. Daha sonra ise mevcut yasal düzenlemeye göre nitelikli hallerin geçişi sorununun çözümü üzerinde durulacak, buna ilişkin çeşitli görüşler ve Yargıtay uygulaması ile görüşümüze yer verilecektir. Suç ortakları<sup>2</sup> hakkında cezanın ne şekilde belirlenmesi gerektiği sorunu incelendikten sonra, sonuç kısmında bazı tespit ve önerilerimize yer verilecektir.

## II. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA SORUMLULUĞUN GENEL ESASLARI

### A. Genel Olarak

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde iştirak halinde işlenen suçtan söz edilir. İştirakten söz edilebilmesi ve iştirak halinde işlenen suçtan dolayı sorumluluk için, suç ortaklarında suça iştirak iradesinin mevcut olması, suç ortakları bakımından aynı olan bir suçun işlenmiş veya işlenmesine teşebbüs edilmiş olması, birden suç ortağı tarafından yapılmış suç sayılan hareketlerin mevcut olması ve nihayet hareketlerle netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması lazımdır. Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekli ve yeterlidir; failin kusurlu olmaması ve cezalandırılmaması halinde de suça iştirak mümkündür.

İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılan suç ortaklarının iştirak statülerinin ve meydana gelen suçtan ne şekilde sorumlu tutulmaları gerektiğinin tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. 5237 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin hükümleri ve gerekçeleri nazara alındığında, "suçun kanuni

<sup>2</sup> Suç ortakları terimi, suça fail, müşterek fail, yardım eden veya azmettiren şeklinde şerik olarak katılanların tümünü ifade etmek için kullanılmıştır. Buna göre, suç ortağı kapsamına, fail, müşterek fail, yardım eden, suç işlemeye teşvik eden ve azmettiren dâhildir.

*Seydi KAYMAZ*

*tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişi*” faildir.<sup>3</sup> Fail, davranışı ile tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını tek başına gerçekleştiren kişi olarak da tanımlanmış<sup>4</sup> olup failin sorumluluğuna gidilebilmesi için iştirake ilişkin hükümlere ve bağıllık kuralına ihtiyaç yoktur.

Bir kişi (fail) tarafından işlenebilen suçun “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” ise müşterek faillik olarak tanımlanmıştır. Müşterek faillik için suç ortakları olan failer arasında birlikte suç işleme kararı bulunmalıdır. “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*”<sup>5</sup>. Müşterek failerin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmeleri için iştirake ilişkin hükümlere ve bağıllık kuralına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirmeyen, ancak suçun gerçekleşmesi için nedensel değeri bulunan hareketleri icra eden suç ortakları şerik olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun işlenişine bulunduğu katkı suçun kanuni tanımındaki haksızlığı gerçekleştirmeyen kişiler şerik olarak nitelendirilmektedir.<sup>6</sup> Kanunumuza göre şeriklik statüsü “yardım etme” ve “azmettirme”den ibarettir.

Kanunilik ilkesi uyarınca, suça katılan ancak davranışları suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirmeye elverişli bulunmayan kişilerin cezalandırılması mümkün değildir. Doktrindeki hâkim görüş

<sup>3</sup> 5237 sayılı TCK. nun 37. madde gerekçesi.

<sup>4</sup> ERDEM, s. 206.

<sup>5</sup> TCK’nın 37. madde gerekçesi.

<sup>6</sup> ÖZGENÇ, s. 472. “İştirake bağıllık kuralından geniş kapsamlı olarak anlaşılan şudur: Bir suça katılmak isteyen ve buna yönelik maddi veya manevi nitelikte katkıda bulunmuş olanın bu katkısı suça katılmış olarak kabul edilebilmesinde yeterli değildir ve iştirak kurallarının harekete geçmesi bakımından daha başka bir şartın da gerçekleşmesi gerekir. Bu şart, asli failin bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmasıdır. Bu şartın gerçekleşmiş olması gerekir ki, suça katılanlar işlenmiş olan bu suçtan sorumlu tutulabilsinler. Daha başka bir ifade ile iştirak bağımsız bir niteliğe sahip bir müessese değildir ve varlığını asli failin bir suçu gerçekleştirmiş olması halinde kazanabilir.” ÖNDER, s. 487-488. Yazar, 765 sayılı TCK’da asli ve feri fail ayırımı yapılması, şahsi ve fiili nedenlerin sirayetinin düzenlenmesi ve suça katılanların cezalarının asli faille göre belirlenmesinden, 765 sayılı TCK’da da bağıllık kuralının kabul edildiği sonucuna varmaktadır. Bkz. ÖNDER, s. 487.

### 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

“fail”in dar yorumlanması gerektiği yönündedir;<sup>7</sup> kanunumuzun benimsediği görüş de budur.<sup>8</sup> Fail, suçun kanuni tanımından öngörülen fiili gerçekleştiren kişi olup, hareketleri ile suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmemekle birlikte buna katkıda bulunan kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için cezalandırılmalarına olanak tanıyan hükümlere ihtiyaç vardır. 5237 sayılı TCK bakımından bu genişletici işlev TCK’nın 37-40. maddelerinde düzenlenen iştirake ve bağlılık kuralına ilişkin hükümlerle yerine getirilmektedir.<sup>9</sup> Özetle, iştirak ve bağlılık kuralına ilişkin hükümler sorumluluk alanını dar anlamdaki failden, suça şerik olarak katılanlara genişleten hükümlerdir. Buradan şeriklerin katkılarının değersiz olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Gerçekten şeriklerin hareketleri de korunan hukuksal değere bir saldırı niteliği taşımaktadır; ancak cezai sorumluluğun doğması fail tarafından suçun kanuni tanımında yazılı fiilin gerçekleştirilmesine veya en azından buna teşebbüs edilmesine bağlıdır.

Özgü suçlar, ilgili suç tanımında failin özel bir niteliği sahip olmasının arandığı suçlardır.<sup>10</sup> Herkes değil, ancak bazı özel vasıfları taşıyan kişiler bu suçun faili olabileceğine göre, bu özel vasıfları taşımayanların bu tür suçların işlenmesine katılmaları halinde sorumluluk statülerinin ne olacağı, ne şekilde sorumlu tutulmaları gerektiği sorunu ortaya çıkmıştır. TCK’nın 40/2 maddesinde, “*özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir*” denilmektedir. Böylece, suça katkı dereceleri ne olursa olsun, özel faillik niteliklerini taşımayan kişilerin bu tür suçların faili olamayacakları kabul edilmiştir. Kanunumuza göre, özel faillik niteliklerini taşımayan kişiler bu suçlara ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler. “*Örneğin, zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, özü suça iştirak etmeleri halinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur.*”<sup>11</sup> Kanunumuzun bu çözüm şekli eleştirilmiş ve sadece kanunun aradığı

<sup>7</sup> MAHMUTOĞLU, s. 59, DÖNMEZER/ERMAN, s. 486; EREM, s.536; TOROSLU, s. 204; DEMİRBAŞ, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 499.

<sup>8</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 502; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 358; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 444;

<sup>9</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 481-482.

<sup>10</sup> ERDEM, s. 206.

<sup>11</sup> TCK’nın 40. madde gerekçesi.

*Seydi KAYMAZ*

nitelikleri taşıyan kişilerin değil, bu nitelikleri taşımayan kişilerin de bu suçlara iştirak edebileceği belirtilmiştir.<sup>12</sup>

## **B. Bağlılık Kuralı ve Gereklere**

### **1. Bağlılık Kuralı**

Kanunumuz, suçun işlenmesine olan katkıları suçun kanuni tanımına uymayan suç ortaklarını şerik olarak kabul etmektedir. Kanunumuza göre, suça azmettiren ve yardım edenler şeriktir. Şeriklerin cezalandırılabilmesi için, bir kişinin (failin) suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmiş olması lazımdır. Yani ancak bu halde şeriklerin gerçekleşen fiilden sorumlu tutulabilmeleri mümkün olur. İşte şeriklerin gerçekleşen kanuni tarife uygun fiilden dolayı sorumlu tutulabilmelerinin bağlılık kuralı ile mümkün olduğu ifade edilmektedir.<sup>13</sup> Örneğin, fail veya müşterek failer tarafından hırsızlık suçu işlenmediği sürece gözcülük yapan kişinin eylemi cezai sorumluluğu doğurmaz. Yine suç işlenmediği sürece azmettirmenin cezalandırılması mümkün değildir. Kanunumuzda başarıya ulaşmamış azmettirme yaptırım altına alınmamıştır. Örneğin, (A)'nın (C)'yi öldürmesi için (B)'yi azmettirmekten cezalandırılabilmesi için (B) nin bu fiili gerçekleştirmesi lazımdır; aksi halde (A) cezalandırılmaz.

*“Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı... için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.”*<sup>14</sup> Diğer bir ifadeyle, bağlılık kuralı, fail olarak sorumlu tutulabilmek için suçun kanuni tanımına göre gerekli koşulların bulunmaması halinde, bu koşulların yerine ikame edilmekte ve bu suretle suça iştirak edenlerin sorumluluğu sağlanmaktadır. Örnek olayımızda (A)'nın eylemi, başlı başına suç teşkil etmediği ve bu katkısı nedeniyle (A)'yı kasten öldürme suçunun faili veya müşterek faili olarak kabul etmek mümkün olmadığı halde, bağlılık kuralı sayesinde şerik

<sup>12</sup> TOROSLU, s. 223; İÇEL/EVİK, s. 272; DEMİRBAŞ, s. 485; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 521.

<sup>13</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482.

<sup>14</sup> Bkz. 5237 sayılı TCK.nun 40. madde gerekçesi.

### 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

olarak sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir. Özetle, bağlılık kuralı, şeriklik halinde cezalandırılabilirliğin dayanağını oluşturmaktadır.<sup>15</sup>

Bu söylenenlerle, suça azmettirme veya yardım etme şeklindeki iştirakin değerinin bulunmadığı değil, fail veya müşterek failer tarafından suçun işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesi halinde şeriklerin cezalandırılabilceği ifade edilmek istenmiştir. Yoksa şeriklerin cezalandırılmasının nedeni, suça iştirak iradesiyle katılmaları ve fail veya faillerin hukuka aykırı eylemlerine nedensel değeri de olan hareketlerle destek olmaları ve bu konuda bizzat kusurlu olmalarıdır.<sup>16</sup>

Bazı suçlar, ancak kendisinde bazı özel nitelikler bulunan kişiler tarafından işlenebilir. Bu suçlara özgü suçlar denilmektedir. Örneğin rüşvet suçu veya görevi kötüye kullanma suçu ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir; diğer kişiler bu suçun faili olamazlar. Bu kişiler yaptıkları katkının niteliğine göre yardım eden veya azmettiren olarak meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilirler. Bunun için de özel faillik niteliğini taşıyan fail veya failer tarafından özgü suça ilişkin kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmesi lazımdır. Bu sığata sahip olmayan yardım eden veya azmettiren ise bu sığata sahip fail dolayısıyla meydana gelen suçtan sorumlu tutulabilmekte; diğer bir ifadeyle bağlılık kuralı özel faillik niteliğinin yerine ikame edilmektedir.<sup>17</sup>

## 2. Bağlılık Kuralının Gereklere

Bağlılık kuralı başlığını taşıyan TCK'nın 40/1. maddesine göre, “suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı” gerekli ve yeterlidir. Buna sınırlılığı bağlılık kuralı da denilmektedir. Buna göre, iştirak halinde işlenen bir suçtan ve bu suçtan sorumluluk için öncelikle bir suçun işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesi lazımdır. TCK'nın 40/3. maddesinde de, “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” denilmektedir.

<sup>15</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 379.

<sup>16</sup> ERDEM, s.210. Bir görüşe göre, şerikliğin haksızlığı, failin gerçekleştirdiği asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

<sup>17</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 380.

*Seydi KAYMAZ*

İkinci olarak iştirak edilen fiilin kasten işlenmesi lazımdır. Buna göre, eğer fail kasten hareket etmemiş ise şeriklerin meydana gelen sonuçtan sorumlulukları söz konusu olmaz. Sorumluluk için kastın dışında başka subjektif unsurların da gerçekleşmesi gereken hallerde fail bakımından bu unsurlar da gerçekleşmiş olmalıdır. Örneğin, saik suçlarında failin kasten hareket etmesi yetmeyecek, ilgili suçun kanuni tanımında yazılı saikle hareket etmesi de aranacaktır.<sup>18</sup> Ancak şeriklerin sorumluluğu için failin ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur; herkes kendi kusuruna göre sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, bağlılık kuralı uyarınca, şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için fail veya müşterek faillerin, kanuni tanıma uyan bir suçu işlemesinin şart olması, şeriklerin işlenen suç bakımından kendisinden kaynaklanan kişisel nedenden dolayı sorumlu tutulmalarına engel değildir. Şerikin cezalandırılabilmesi için failin kanuni tanımındaki fiilleri gerçekleştirmesi gerekli ise de, bu durum, şerikin, failin kişisel durumunun dikkate alınmamasını ve şerikin kişisel durumuna göre hakkında uygulanacak kanun hükümleri ile cezalandırılmasına mani teşkil etmez.

Fail veya şeriklerden kaynaklanıp cezanın artırılması, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması sonucunu doğuran kişisel nedenlerin diğer suç ortaklarına geçişi konusunda kanunumuzda bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa bu konuyu düzenleyen Alman Ceza Kanununun 28/2 maddesinde, “*kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır*”<sup>19</sup> denilerek kişisel nedenlerin yalnızca bu nedenler kendisinde bulunan fail veya şerikler hakkında uygulanacağı belirtilmektedir. Aşağıda çeşitli görüşler ışığında bu konu ele alınacaktır.

Nihayet fiilin hukuka aykırı olması lazımdır. Buna göre, fiilin diğer unsurları gerçekleşmesine rağmen olayda hukuka uygunluk nedenleri mevcut ise, fail meydana gelen neticeden sorumlu olmayacağı gibi bu suça iştirak edenler de sorumlu olmayacaklardır. Örneğin, kendisine yönelik haksız bir saldırıyı defetmek isteyen faile yardım edilmesi halinde, failin fiili

---

<sup>18</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

<sup>19</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347.



hukuka uygun olması nedeniyle suç teşkil etmediğinden bu suça iştirak eden kişilerin de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

### III. NİTELİKLİ HALLERİN GEÇİŞİ SORUNU

#### A. Nitelikli Hallerden Ne Anlaşılması Gerektiği

##### 1. Genel Olarak

Bir suçun daha ağır veya daha hafif olarak nitelendirilmesini sağlayan ve dolayısıyla suçun temel şekline nazaran faile daha az veya daha çok ceza verilmesini gerektiren haller, nitelikli haller olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenler, suçun varlığı için zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve dolayısıyla cezanın daha ağırlaştırılmasını veya daha az ceza verilmesi sonucunu doğuran, ancak mevcut olmamaları halinde ise suçun varlığına etki etmeyen nedenlerdir.<sup>20</sup> 765 sayılı TCK döneminde, cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğurmalarından yola çıkılarak suça etki eden nedenler ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler olarak adlandırılmıştır. Bu nedenlerin de fiilden veya failden kaynaklanmasına göre fiili veya kişisel nedenler ayrımı yapılmıştır.<sup>21</sup>

Kanunumuz “nitelikli hal” terimini tercih etmiştir. Gerçekten, 5237 sayılı TCK’nın 61/4 maddesinde, “bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hal” ifadesi kullanılmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 40. maddesinin gerekçesinde de, ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin fiili veya kişisel olarak ayırımı tabi tutulmasının bilimsel olmadığı ve uygulamada duraksamalara neden olduğu belirtilerek “*kışisel ağırlatıcı nedenlerin*” ve “*fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması*” hükümlerine yer verilmediği belirtilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 366; AYDIN, s. 221. Bazı kanunlarda bizatihi suçun iştirak halinde işlenmesi bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Ancak kanunumuzda, bizzat suçun iştirak halinde işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemiştir. KESKİN, s. 221.

<sup>21</sup> Ayırımılar konusunda bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 370-37; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 579-580; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 361-362 vd; ÖNDER, s.513-515; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 358 vd; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 762; TOROSLU, s. 177-178.

<sup>22</sup> TCK’nın 40. madde gerekçesi

*Seydi KAYMAZ*

Belirtelim ki kanun koyucunun fiili ve kişisel nedenlerin ayırımının duraksamalara neden olduğu şeklindeki tespiti doğrudur. Ancak aşağıda belirtileceği üzere, bağlılık kuralı bu sorunu çözmekten uzak görünmektedir. Gerçekten bağlılık kuralı, eylemleri suçun kanuni tanımına uymayan, yardım eden ve azmettiren gibi şeriklerin cezalandırılmasının temelini oluşturmakla birlikte, görüşümüze göre, bağlılık kuralı, en azından TCK'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasına ilişkin bir hüküm öngörmemektedir. Nitelikli hallerin geçişi konusunda ulaştığımız sonuçlar bu nedenlerin fiili veya kişisel olmasına göre farklılık göstermektedir Alman hukukunda da durum bu merkezdedir. O nedenle, biz, kişisel ve fiile bağlı nitelikli haller ayırımı yapmayı uygun görmekteyiz. Bu konuda ileri sürülen görüşlere bir zemin hazırlamak bakımından fiili ve kişisel nedenlerden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması lazımdır.

## **2. Cezanın Ağırlaştırılması ve Hafifletilmesi Sonucunu Doğuran Fiili ve Kişisel Nedenler**

Cezayı etkileyen kişisel ve fiile bağlı nedenlerden ne anlaşılması gerektiği hususundaki görüşlerde birlik yoktur. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu kanun 66. maddesi kapsamına giren kişisel hallerin neler olduğu, hangi hallerin fiile ilişkin olduğu konusu tartışma konusu olmuştur. Örneğin, adam öldürmenin canavarca bir hisle, kan gütmeye veya töre saikiyle işlenmesinin fiile bağlı bir ağırlatıcı neden mi yoksa kişisel bir ağırlatıcı neden mi olduğu hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Dönmezer/Erman, tasarlama ve canavarca hissin kişisel birer ağırlatıcı neden olduğu görüşündedirler.<sup>23</sup> Erem/Danişman/Artuk'a göre, failin mağdurla usul- furu ilişkisi içinde bulunulması hem fiili hem de kişisel bir nitelik taşımakta, ancak fiili unsurun daha ağır basmaktadır.<sup>24</sup>

Suçun işleniş biçiminden, mağdurun sıfatından, suçun işlendiği yer veya zamandan, suçun maddi konusundan veyahut meydana gelen zarar

<sup>23</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 557; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 414.

<sup>24</sup> EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 414. Halen Yargıtay 1. Ceza Dairesi üyesi olarak görev yapan İskender'de bu halin fiile bağlı bir nitelikli hal olduğu görüşündedir. İSKENDER, s. 146.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

veya tehlikenin ağırlığından kaynaklanıp cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran halleri fiile bağlı nitelikli hal olarak kabul etmek gerekir.

Kıyafet değiştirerek veya silahla gasp suçunun işlenmesi (TCK 149/1-a-b md), kasten yaralama fiilinin silahla işlenmesi, (TCK 86/3-e), adam öldürmenin, yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle işlenmesi, suçun işleniş biçiminden kaynaklanan nitelikli hallere örnek gösterilebilir. Hırsızlık suçunun geceleyin işlenmesi (TCK 143 md) veya bina dâhilinde veya kamu kurum veya kuruluşlarına veyahut ibadet yerlerinde işlenmesi, (TCK 142/1-a md) suçun işlendiği yer ve zamandan kaynaklanan fiile bağlı nitelikli hale örnek olarak gösterilebilir. Adam öldürmenin, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı veya gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi ise mağdurdan kaynaklanan fiili bir nitelikli hal olarak kabul edilmelidir.

Suçta etki eden kişisel nedenlerden, failin şahsından veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiden veya saikten kaynaklanan nedenler anlaşılmalıdır.<sup>25</sup> Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre, failin kişisel bir vafına ve saikine ilişkin nedenler kişisel nedenlerdir. Nitelikli adam öldürmek suçuyla ilgili yapılan bir ayırımda bu suçun işlenme nedenleri ve biçimleri üç kategoride değerlendirilmiştir.<sup>26</sup> 1) Zevk, cinsel tatmin, mal ve öteki temel güdüler; 2) Sinsice, zalimce ve kamu için tehlikeli olacak şekilde; 3) Diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya onu gizlemek için.<sup>27</sup> İşte yukarıda gösterilen 1 ve 3. kategoride yer alan öldürme fiillerinin

<sup>25</sup> ERMAN, s. 54

<sup>26</sup> BOHLANDER, , s. 189.

<sup>27</sup> Birinci kategoride yer alan öteki temel güdülerle adam öldürmekten maksat; kişinin derin ahlaki çöküntüsünü, temel moral değerlerden yoksun olduğunu gösterecek şekilde fiilin işlenmesidir. Kendisiyle cinsel ilişkide bulunmayı reddeden mağdurenin öldürülmesi, başkasının eşi ile daha çok ve rahat ilişkide bulunmak için onun eşinin/sevgilisinin öldürülmesi, ailenin şerefini kurtarmak amacıyla kızını öldürmek, dini veya etnik bir gruba mensup olması nedeniyle birini öldürmek gibi fiiller buna örnek olarak gösterilmektedir. Arkadan vurmak suretiyle, uyumakta iken, umulmadık ve savunmasız

*Seydi KAYMAZ*

failin kişiliği ve onun saikiyle ilgili bulunduğu ve bu nedenlerin kişisel nedenler olduğu kabul edilmektedir.<sup>28</sup> TCK'nın 82/1-d maddesinde düzenlenen failin mağdurla olan altsoy ve üst soy ilişkisi ile eş ve kardeş ilişkisinin cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran kişisel bir neden olduğunda tereddüt edilmemelidir.<sup>29</sup>

Failin şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanmamakla beraber, saikinden kaynaklanan canavarca his, kan gütme ve töre saikinin de kişisel bir nitelik olduğunu ve bu nedenlerin cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran kişisel bir nitelikli hal olduğunu düşünmekteyiz.<sup>30</sup> Doktrinde büyük ölçüde kabul gören ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği soğukkanlılık teorisine göre, failin önceden suç kararını verip, vazgeçmek için yeterli bir zamana sahip olmasına rağmen suç işleme kararında sebat etmesi gereklidir. Bu ise failin zihinsel bir faaliyetine ilişkindir ve dolayısıyla kişisel bir nitelik arz etmektedir. Plan kurma teorisine göre ise tasarlamadan; failin suç işleme kararını vermesi ile suçu işlemesi arasında geçen sürede suçu ne şekilde işleyeceğine dair plan yapması anlaşılmalıdır. Plan yapma süreci yalnızca zihinsel bir faaliyetten ibaret olmayıp, çoğu kez saldırı mahallinin tespiti ve burada bir keşif yapılması, saldırı araçlarının ve pusu yerinin hazırlanması, mağdurun savunmasını imkânsız kılacak veya zorlaştıracak tedbirlerin alınması gibi maddi hareketlerin yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla tasarlama yalnızca

---

bir halde iken yapılan saldırılar sonucu adam öldürmek fiilleri de sinsice adam öldürmek suçlarına örnek olarak gösterilmektedir. BOHLANDER, s. 190.

<sup>28</sup> BOHLANDER, s. 189.

<sup>29</sup> *Maddi olayda sanık, babası ile birlikte amcasını yaralamıştır. Diğer sanık ile mağdurun kardeş olduklarına kesin vakıftır, bilmektedir. Bu nedenle diğer sanık hakkındaki "şahsa bağlı cezayı ağırlaştırıcı sebebi" bilen sanık hakkında, TCY'nin 66, 457/1'nci maddeleri uygulanmalıdır.*

*Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile sanık D. hakkındaki Özel Daire onama kararının kaldırılarak hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir. (CGK. 13.12.1993; E. 1/319 - K. 322)*

*Sanık A.'nin maktul B.'in sanık N.'in eşi olduğunu suç işlemesi nedeniyle TCY'nin 66. maddesi nazara alınarak TCY'nin 449. maddesi uygulanarak ceza tayini gerekirken 448. madde uygulanmak suretiyle karar verilmesi. ( 1. CD. 31.03.1998; E. 816 - K. 962)*

*Sanık B.'in birlikte suç işleyen babası olan sanık M.'in mağdurun kardeşi olduğunu bildiğinin ve TCY'nin 66. maddesi uyarınca bu ağırlatıcı nedenini kendisine bulaştırarak TCY'nin 457/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi. (4. CD. 09.10.1997; E. 7851 - K. 8219)*

<sup>30</sup> Benzer görüş için bkz. BOHLANDER, s. 189.

### 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

failin zihni faaliyetine ilişkin kişisel bir nitelikten ziyade fiilin işlenme biçimini de kapsamakta, diğer bir ifadeyle fiile ilişkin hususları da içermektedir. Esasen her tasarlama da bir plan yapma veya en azından bir hazırlık yapma aşaması bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında tasarlamayı yalnızca failin zihinsel bir faaliyeti olarak kabul etmek güçtür.<sup>31</sup> Yüksek Mahkememiz de 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararda tasarlamayı kişisel bir neden olarak kabul etmemiştir.<sup>32</sup> Kuşkusuz ki, bir nedenin kişisel bir neden mi yoksa fiile bağlı bir neden mi olduğunu belirlemek her zaman kolay değildir.

Eğer failin şahsından kaynaklanan bir sebep suçun unsuru ise artık cezayı ağırlaştırıcı bir kişisel nedenden söz edilemez. Örneğin, zimmet ve rüşvet suçunda, failin memur sıfatını taşıması suçun unsurudur; o nedenle bu hal cezayı ağırlaştırıcı kişisel bir hal olarak değerlendirilemez.<sup>33</sup>

Hafizoğulları/Özen'e göre, kast kuralı<sup>34</sup> geçerli olduğuna göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nedenlerin kişisel mi yoksa fiili mi olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Çünkü kast kuralı geçerli olduğuna, burada tartışılacak bir sorun yoktur, bu sebepler ister kişiye isterse de fiile bağlı olsunlar bilindiklerinde sirayet edecek aksi halde sirayet etmeyeceklerdir.<sup>35</sup>

Suçu etkileyen nedenlerle, kişisel hafifletici nedenleri, şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı ortadan kaldıran kişisel sebeplerle karıştırmamak gerekir. Gerçekten, suçu etkileyen nedenler cezayı da etkilerler, ancak cezayı etkileyen her neden suçu etkileyen neden değildir. Bu sebeplerden şahsi

<sup>31</sup> Tasarlamının fiile bağlı cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olduğu konusunda bkz. Aydın, s. 235.

<sup>32</sup> TCK'nın 66. maddesi, bir cürüm ve kabahati beraber işleyenlerden birinde cezayı artıracak "şahsa merbut daimi veya arızî ahval ve evsafı" diğer sanıklara sirayetini öngören cezayı artırıcı bir hüküm olup, TCK'nın 450/1. maddesiyle birlikte sanıklara **şahsa bağlı olmayan**, idam cezasını gerektiren ve 66. maddesinin uygulamada alanı dışında kalan **450/4. maddesinin** de uygulandığı göz önünde tutulmaksızın, sanık M.H.Ö.'e 66'nci maddenin uygulanması suretiyle noksan ceza verilmesi, yasaya aykırıdır. (1. CD. 23.12.1994, 4121/ 4640)

<sup>33</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 552.

<sup>34</sup> Hafizoğulları/Özen'in kast kuralı ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin suç ortağının iradesinin kapsamında bulunmasını ve bu suretle kusurlu olmasını kastettiği anlaşılmaktadır.

<sup>35</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 363.

*Seydi KAYMAZ*

cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler, suça etki etmeyip, diğer bir ifadeyle suçun daha ağır veya daha hafif olması sonucunu doğurmayıp, çeşitli düşüncelerle faile ceza verilmemesini veya cezasından indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir.<sup>36</sup>

## **B. Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Geçişinin Koşulları**

### **1. İşlenen Suçun Bütün Suç Ortakları Bakımından Aynı Olması**

Ağırlatıcı nedenlerin şerikler hakkında uygulanması, ancak şeriklerin iştirak iradesinin üzerinde birleştiği suça, yani aynı suça ilişkin olması ve şeriklerin bu ağırlatıcı nedeni bilmeleri halinde mümkün olabilir. Şeriklerden biri, iştirak iradesinin dışında kalan bir suçu işlemiş ise, örneğin, şeriklerin iradesi öldürmeye yönelik olduğu halde, şeriklerden biri ayrıca ölenin üzerindeki parayı da almış ve hırsızlık suçunu da işlemiş ise hırsızlık suçundan diğer şeriklerin sorumlu tutulması mümkün olmaz. Zira sirayet ve bağlılık kuralı bakımından, işlenen suç bütün şerikler bakımından aynı olmalıdır. Örneğimize dönersek, öldürmek suçu bakımından işlenen suç bütün şerikler bakımından aynı olmakla birlikte hırsızlık suçu bakımından aynı şey söylenemez. Bağlılık kuralı uyarınca icrasına başlanılan suçun tüm şerikler bakımından aynı olması ile anlatılmak istenen de budur.<sup>37</sup> Bazen, failin şahsından kaynaklanan bir durum suçun vasfını değiştirebilir; fiil başka bir suça vücut verebilir. Örneğin, kamu görevlisi olmayan bir kişinin muhafaza etmek veya belli bir şekilde kullanmak üzere verilen bir malı inkâr etmesi ve mal edinmesi, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur (TCK 155 md). Buna karşılık, failin memur olması halinde suçun vasfı değişir, fiil zimmet suçuna dönüşür. Bu durumda artık failin şahsından kaynaklanan ağırlatıcı bir nedenin sirayeti söz konusu olmaz; çünkü burada artık fiil bir başka suçu oluşturmaktadır.<sup>38</sup>

Cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli haller ise suçun aynı sayılmasına engel değildir. Burada, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli halin diğer suç ortaklarına yüklenebilip yüklenemeyeceği

<sup>36</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 579; ÖNDER, s. 423 vd; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.540 vd; DÖNMEZER/ERMAN, s. 554; ERDEM, s. 214; HAKERİ, İştirak, s.102-103

<sup>37</sup> Bu konuda bkz. DEMİRBAŞ, s. 476.

<sup>38</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 526, 552.

sorunu ortaya çıkar ki, bu da ağırlaştırıcı nedenlerin sırayetiyle hükümlerine göre çözümlenir.<sup>39</sup> Adam öldürme suçunda failin mağdurla olan yakınlığı cezanın artırılmasını gerektiren suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Dikkat edilmelidir ki yukarıda görevi kötüye kullanma-zimmet suçundan farklı olarak burada suçun vasfı değişmemektedir. Suç, bütün şerikler bakımından aynıdır; yine adam öldürmek suçu olarak kalmaktadır. Ancak suç ortaklarından birinin mağdurla olan yakınlığı cezayı ağırlaştırır bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İşte bu gibi hallerde, suç ortaklarından birinin mağdurla yakınlığından dolayı cezayı ağırlaştırılan nedenin diğer şeriklere sirayet edip etmeyeceği veya ne şekilde sirayet edeceği sorunu gündeme gelir.

## **2. Bilme Koşulu**

İştirakte sorumluluğun sınırını iştirak iradesi belirler. Buna göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli halden suç ortağının sorumlu tutulabilmesi için bu hususun iradesinin kapsamında bulunması, yani bunu bilmesi ve buna rağmen suça katılmayı istemesi lazımdır.<sup>40</sup> Bilme, kasta ilişkin genel hükmün özel bir uygulama şeklinden ibarettir.<sup>41</sup> Bir Ceza Genel Kurulu Kararında da özlü bir şekilde ifade edildiği üzere, “*şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesi ile çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır*”.<sup>42</sup> Dolayısıyla cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli halin varlığından haberdar olmayan suç ortağı hakkında bu nitelikli halin uygulanması ve cezasının ağırlaştırılması mümkün değildir. Bu, kusur ilkesinin de bir gereğidir. Gerçekten, cezanın ağırlaşması sonucuna yol açan nitelikli haller bakımından da herkes kendi kusuru nispetinde sorumlu tutulacağına göre, bu nitelikli hali bilen kusurlu olduğu kabul edilerek bu nitelikli hal hakkında uygulanacak, bu nitelikli hali bilmeyenin ise kusurundan söz edilemeyecek ve cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli hal bu durumdan haberi olmayan suç ortağı

<sup>39</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 526.

<sup>40</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 556; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 356-357.. “Vukuf gerçekleşeceğini kesin olarak bilmektir. Yoksa meydana gelebilirliğini veya gelebileceğini öngörmek vukuf sayılmaz.” (CGK. 27.10.1986; 1/293-466)

<sup>41</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 301

<sup>42</sup> CGK, 27.10.1986, 1/293-466.

*Seydi KAYMAZ*

hakkında uygulanmayacaktır.<sup>43</sup> Aksi hal, kusursuz ceza olmaz ilkesinin ihlali anlamına gelir. Kusursuz ceza olmaz ilkesi uyarınca kusurun ağırlaştırıcı nedenleri de kapsamı şarttır.<sup>44</sup>

Bilmekten, ağırlaştırıcı nedenin gerçekleşeceğinin kesin olarak bilinmesi anlaşılmalıdır. Bu halin gerçekleşebileceğinin tahmin edilmesi, bilmek sayılmaz ve dolayısıyla cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli halin sirayetini neden olmaz.<sup>45</sup>

### **3. Suçun İşlenmesini Kolaylaştırması Koşulu**

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde ve uygulamada, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli hallerin sirayeti için bunların varlığının bilinmesi yeterli kabul edilmiş, ayrıca suçun işlenmesini kolaylaştırmaları aranmamıştır. Esasen bu nedenler suçun işlenmesi üzerinde etkili olan ve kolaylaştıran nedenler olduğundan, (örneğin, yaralama suçunun silahla işlenmesi, (765 sayılı TCK 457/1 md) öldürmenin zehirle gerçekleştirilmesi, (765 sayılı TCK 449/2 md) bu nedenlerin ayrıca suçun işlenmesini kolaylaştırması aranmamıştır. Mevaz kanundan farklı olarak, 765 sayılı TCK'nın 66. maddesinde cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran kişisel nedenin uygulanması için bu ağırlaştırıcı nedenin suçun işlenmesini kolaylaştırması koşulu aranmamıştır. Ancak doktrinde, suçun işlenmesini kolaylaştırmayan kişisel neden dolayısıyla cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak kabul edilmesi haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>46</sup>

5237 sayılı TCK'nın, iştirak halinde işlenen suçlarda cezanın ağırlaştırılması ve hafiflemesi sonucunu doğuran nitelikli hallerin sirayeti sorununu çözmediği görüşünde olan yazarlar, kusurluluk ilkesi uyarınca bu nedenlerin bilinmesi koşuluyla suç ortakları hakkında uygulanması gerektiğini belirtmekte, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran kişisel hallerden dolayı cezanın artırılabilmesi için ayrıca bu halin suçun

---

<sup>43</sup> HAKERİ, İştirak, s. 103.

<sup>44</sup> İÇEL/EVİK, s. 271

<sup>45</sup> HAKERİ, İştirak, s. 103; DÖNMEZER/ERMAN, s. 559; ÖNDER, s. 515, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 363.

<sup>46</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 556, ÖNDER, s. 514,



### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

işlenmesini kolaylaştırması gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>47</sup> Bu görüşte olan yazarlardan Hafizoğulları/Özen'e göre, kişiye bağlı suç u ağırlaştırıcı nedenlerin diğ er suç ortakları bakımından uygulanabilmesi için bu nedenin sadece diğ er suç ortakları tarafından bilinmesi yetmez, ayrıca o nedenin suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması lazımdır.<sup>48</sup>

Aşağıda açıkladığımız üzere, kişisel kanaatimiz, 5237 sayılı TCK'da açık bir hüküm bulunmadığından kişisel nedenlerin suç ortaklarına sirayet etmesi mümkün değildir; o nedenle bu konuda bir görüş belirtmeyi gereksiz görmekteyiz. Ancak eğer kişisel nedenlerin diğ er suç ortaklarına sirayet etmesi kabul edilecek ise, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğurmaları için bu nedenlerin suçun işlenmesinde etkili olması, suçun işlenmesini kolaylaştırması aranmalıdır.

#### **IV. BAĞLILIK KURALININ İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERİN GEÇİŞİYLE İLİŞKİSİ**

##### **A. Genel Olarak**

İştirak halinde işlenen suçlarda, fiile bağlı veya suç ortaklarından birinden kaynaklanan cezayı artıran veya azaltan kişisel veyahut fiili veya kişisel nedenler mevcut olduğu halde diğ erlerinde bulunmayabilir. Örneğin, kanunumuzda başkasını kasten öldürmek TCK'nın 81/1. maddesi ile yaptırım altına alındığı halde, failin kardeşini, eşini, alt soy veya üstsoyundan birini öldürmesi nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.(TCK 82/1-d md) Bu suçun, ölenin belirtilen niteliklere sahip yakını olan suç ortağı ile birlikte bu niteliklere sahip olmayan suç ortağı veya ortakları ile iştirak halinde işlenmesi durumunda, TCK'nın 82/1-d. maddesindeki nitelikli halin diğ er suç ortakları hakkında uygulanıp uygulanamayacağı veya hangi hallerde uygulanacağı tartışmalı bir konudur.

Bu konunun tartışmalı olmasının nedeni 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi kişisel ve fiile bağlı nedenlerin sirayeti konusunda bir düzenleme yapılmamış olmasıdır. Gerçekten, 765 sayılı TCK'nın 66 ve

<sup>47</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362; AYDIN, s. 234.

<sup>48</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 342.

*Seydi KAYMAZ*

67. maddelerinde şahsa ve fiile bağlı kişisel nedenlerin geçişi sorunu konusu açıkça düzenlendiği halde, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde bu konuda bir hüküm yer almamaktadır. Bu konuda bir hüküm öngörülmemesi unutkanlıktan kaynaklanmamaktadır. Kanun koyucu bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin bu sorunlara cevap verdiği düşüncesiyle bu konuda bir düzenleme yapmayı gereksiz görmüştür. Kanun koyucuya göre, “*bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır*”<sup>49</sup>

Acaba 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesi, gerekçede iddia edildiği gibi nitelikli hallerin geçişi sorununu çözmekte midir? Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

### **B. Bağlılık Kuralının Nitelikli Hallerin Geçişi Sorununu Çözdüğü Görüşü**

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralıyla suça iştirak edenlerin hangi koşullarda sorumlu olacakları açıkça belirtilmiş olduğundan, ayrıca nitelikli hallerin şeriklere geçişine ilişkin bir hükme yer verilmesine gerek yoktur. Buna göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanması sorunu bağlılık kuralına ilişkin hükümler ile çözümlenecektir.<sup>50</sup>

Baglılık kuralının, iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanması sorununu çözdüğü görüşünde olan Özgenç, kanunda bağlılık kuralına yer verilmesi nedeniyle, 765 sayılı TCK'da veya Hükümet Tasarısında olduğu gibi kişisel ağırlaştırıcı edenlerin ve fiili ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmesine gerek kalmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu 765 sayılı TCK'da ve Hükümet Tasarısında yer verilen bu hükümler bağlılık kuralının bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin bir ürünü olup, bağlılık kuralı kabul edildiğine göre bu hükümlere yer verilmesi gereksizdir.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> TCK 40. madde gerekçesi.

<sup>50</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382-383.

<sup>51</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 484.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

Aynı görüşü paylaşan Koca/Üzülmez'e göre, bağıllık kuralı, bir suçun işlenişine katkıda bulunan şeriklerin cezalandırılmalarının ortak şartını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralı, meydana gelen suç nedeniyle şeriklerin hangi şartlarda sorumlu tutulabileceklerini belirlemekte olup, azmettiren veya yardım edenin iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık kuralının gereklerinin gerçekleşmesi lazımdır. Yazarlara göre, 5237 sayılı TCK'da bağıllık kuralıyla bir suçu işlenmesine iştirak edenlerin hangi şartlarda sorumlu olacakları açıkça belirtilmiş bulunduğundan nitelikli hallerin diğer şeriklere uygulanmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.<sup>52</sup>

Dikkat edilirse, sorun yalnızca şerikler bakımından ele alınmış, müşterek faillerden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir halin diğer müşterek faillere sirayeti konusuna değinilmemiştir. Bunun nedeni, bağıllık kuralının, suçun işlenmesine azmettirme veya yardım etme suretiyle katılan şeriklerin sorumlu tutulmalarını sağlayan bir kurum olarak kabul edilmesidir. Bu görüş sahiplerine göre, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen bağıllık kuralı ile suça iştirak edenlerin hangi şartlarda sorumlu tutulacakları açıkça belirtildiğinden, nitelikli hallerin şeriklere geçişine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Nitelikli hallerin şeriklere etkisi konusunda sadece bağıllık kuralı esas alınacaktır.<sup>53</sup>

### **C. Bağıllık Kuralının Nitelikli Hallerin Geçiş Sorununu Çözmediği Görüşü**

Doktrinde önemli bir kesim, TCK'nın 40. maddesindeki düzenlemenin iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı geçiş konusunu düzenlemediğini savunmaktadır.<sup>54</sup> Bizim kişisel görüşümüz de bu yöndedir.<sup>55</sup> Bağıllık kuralının nitelikli hallerin geçiş sorununu çözmediğini savunan yazarlardan Roxin/İsfen, Türk kanun koyucusunun, cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerin diğer şeriklere sirayet etmeyeceğini belirttiğini,

<sup>52</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

<sup>53</sup> Buna katı bağıllık kuralı denilmektedir. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

<sup>54</sup> ÜNVER, Kusurluluk, s. 70; AYDIN, s. 231-232.

<sup>55</sup> Mevcut düzenlemeye göre, nitelikli hallerin geçiş konusundaki görüşlerimiz bazı yönlerden diğer yazarlarından görüşlerinden farklılık arz etmektedir. Bu konuda aşağıda "Görüşümüz" başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

*Seydi KAYMAZ*

ağırlaştırıcı veya hafifletici özel kişisel niteliklerin sirayeti konusunda ise bilinçli olarak, ancak herhangi detaylı bir dogmatik gerekçelendirmede bulunmadan, bağlılık kuralı ilkesinin sirayete ilişkin problemleri çözmeyi mümkün kılacağını ifade ettiğine işaret etmekte ve bu düşüncenin tam anlamıyla doğru olmadığını belirtmektedirler. Yazarlara göre, bağlılık kuralı ilkesinin, faillik için özel bir yükümlülük konumunun ihlalinin gerekli olduğu suçlarla sınırlandırılması lazımdır.<sup>56</sup>

Bağlılık kuralı, bir suçtan sorumlu tutulabilmek için suçun kanuni tanımına göre gerekli koşulların bulunmaması halinde, bu koşulların yerine ikame edilmekte ve böylece, eylemleri suçun kanuni tanımına uymayan, yardım eden ve azmettiren gibi şeriklerin cezalandırılmasının temelini oluşturmaktadır. Ancak, bağlılık kuralı, en azından TCK'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasına ilişkin bir hüküm öngörmemektedir. Bağlılık kuralına yer verilen Alman Ceza Kanununda da ayrıca nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişine ilişkin hükümlere yer verilmesi ihtiyacı duyulmuştur (Alman CK 28/2 md).

Bağlılık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı ve hafifletici nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasına ilişkin sorunu çözmediği görüşünde olan yazarların mevcut durumda sorunun ne şekilde çözümleneceğine ilişkin görüşlerinde birlik olmayıp, bu konuya aşağıda değinilecektir.

## **V. MEVCUT DÜZENLEMELERE GÖRE İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERİN GEÇİŞİ SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ**

### **A.Genel Olarak**

Bağlılık kuralından yola çıkarak, bağlılık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumluluğuna ilişkin hükümler içerdiğini savunan bu görüş sahiplerinin şerikler ve müşterek failer bakımından ulaştıkları sonuçlar farklıdır. Buna karşılık, bu görüş sahipleri, cezanın artırılması sonucunu doğuran nitelikli halin kişisel veya fiile bağlı olması

---

<sup>56</sup> ROXİN/İSFEN, s. 289-290. Aynı yönde bkz. İÇEL/EVİK, s. 271.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

arasında bir ayırım yapmadan her iki hal bakımından aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Bağlılık kuralının sorunu çözmediğini savunanlar ise, ağırlaştırıcı nedenlerin fail veya şerikten kaynaklanması veya ağırlaştırıcı nedenlerin fiile veya kişiye bağlı olması bakımından bir ayırım yapmadan, bilmeleri halinde bu nedenlerin diğer suç ortakları bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. O nedenle, bağlılık kuralının, cezayı ağırlaştıran nedenlerin diğer suç ortakları bakımından uygulanması sorununu çözdüğünü savunanların görüşleri, fail ve şeriklerin katılımı ile işlenen iştirak halinde işlenen suçlar ile müşterek faillik hali bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Hafifletici nedenlerin diğer suç ortakları hakkında uygulanması sorunu bakımından ise her iki görüş sahipleri arasında bir fark bulunmamaktadır.

#### **B. Cezanın Ağırlaştırılması Sonucunu Doğuran Nitelikli Haller Bakımından**

##### **1. Bağlılık Kuralının Sorunu Çözdüğünü Savunanların Görüşleri**

###### **a. İştirak Halinde İşlen Suçlar Bakımından**

###### **aa. Ağırlaştırıcı Nedeninin Failden Kaynaklanması**

Bu görüş sahiplerine göre, şeriklerin sorumluluğu faile göre belirlenecektir. Buna göre, yardım eden ve azmettiren şeklindeki şeriklerin sorumluluğu, azmettirdikleri veya yardım ettikleri esas fiile göre tespit edilecektir.<sup>57</sup>

Buna göre, (A)'nın suç delillerini gizlemek maksadıyla kasten öldürme suçunu işlediği, (B)'nin de (A)'ya silah temin ederek iştirak ettiği olayda, (B) kasten öldürme suçunun nitelikli halinden (TCK 82/1-h), eğer bu durumu biliyorsa şerik olarak katılan (A)'da bu nitelikli hale iştirak etmekten TCK'nın 82/1-f ve 39. maddelerine göre sorumlu olacaktır.<sup>58</sup> Eğer, (B) nitelikli hali bilmemekte ise TCK'nın 81/1, 39. maddesine göre cezalandırılacaktır. Yine babasını öldürmeye karar vermiş olan bir kişiye

<sup>57</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382-383.

<sup>58</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487.

*Seydi KAYMAZ*

zehir sağlayan, kasten öldürme suçunun nitelikli şekline yardım etmekten sorumlu tutulacaktır.<sup>59</sup>

#### **bb. Ağırlaştırıcı Nedenin Şeriklerden Kaynaklanması**

Bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğunun faile göre belirleneceğini savunan görüş sahiplerine göre, yardım eden ve azmettiren şeklindeki şeriklerin sorumluluğu, azmettirdikleri veya yardım ettikleri esas fiile göre tespit edilecektir.<sup>60</sup> Bunun sonucu olarak ağırlaştırıcı nedenin şerikten kaynaklandığı hallerde, bağlılık kuralı uyarınca şerikin sorumluluğunun faile göre belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle, şerikten kaynaklanan ağırlatıcı neden diğer suç ortakları bakımından uygulanmayacaktır. Buna göre, (A) ile (B)'nin evli olduğunu, (C) isimli şahsın, (A)'nın eşi olan (B)'yi öldürdüğünü, (A)'nın da bu fiilin gerçekleşmesinde (C)'ye yardım ettiği olayda, (C), (A)'nın işlemiş olduğu niteliksiz adam öldürmek suçuna iştiraktan cezalandırılacaktır. Diğer bir ifadeyle (A) TCK'nın 81/1 maddesi uyarınca, (C)'de TCK'nın 81/1 ve 39. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.<sup>61</sup>

#### **b. Müşterek Failler Bakımından**

Doktrinde bağlılık kuralının müşterek faillik bakımından bir özellik taşımadığı, müşterek faillerin birinden kaynaklanan cezayı ağırlandıran nitelikli bir halin diğer müşterek failler hakkında uygulanmayacağı ileri sürülmüştür. Esasen, TCK'nın 40. maddesindeki bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin iştirak halinde işlenen suçlarda, cezayı ağırlandıran nitelikli hallerin sirayeti sorununu çözdüğünü savunan yazarlar da soruna müşterek failler bakımından değil, şerikler açısından yaklaşmışlardır. Çünkü bu görüş sahiplerine göre, bağlılık kuralı, azmettiren veya yardım eden şeklinde suça katılan şeriklerin sorumluluğunun koşullarını düzenlemekte olup, bu kurum müşterek faillikle ilgili bir hüküm içermemektedir. Özetle, müşterek faillerin işlenen suçtan sorumlu olmaları için bağlılık kuralına gerek

<sup>59</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487.

<sup>60</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382-383.

<sup>61</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s.383. Yazarlar TCK'daki düzenlemenin teorik olarak bir hata içermediğini belirtmekle beraber, bu benzeri örneklerin adalet duygusunu rencide ettiğini kabul etmektedirler. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383, dipnot.1385.

*5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

olmadığı düşüncesiyle nitelikli hallerin sirayet konusu da yalnızca şerikler bakımından ele alınmıştır.<sup>62</sup>

Bu görüş sahiplerine göre, (A) ve (B) isimli faillerin, birlikte (B)'nin babasını öldürmeleri halinde, müşterek faillerden (A) suçun basit şekli olan kasten adam öldürmek suçundan TCK'nın 81. maddesine, (B) ise suçun nitelikli şekli olan kasten babasını öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d. maddesine göre cezalandırılacaktır.<sup>63</sup>

Sorunu bağıllık kuralı ile ilişkilendiren ve bağıllık kuralının müşterek failer bakımından bir özellik taşımadığını belirten Koca/Üzülmez'e göre, eğer (A) isimli kişi, (B)'nin, kendi babasını (B'nin babası) öldürmesi eylemine yardım etmek suretiyle katılmış ise, (B) kendi babasını öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d maddesiyle, bu suça iştirak eden (A) da TCK'nın 82/1-d ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmalıdır.<sup>64</sup>

Bağıllık kuralının, iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına sirayetine ilişkin bir hüküm içermediğini savunan Hakeri'de bu ihtimal bakımından aynı sonuca ulaşmaktadır.<sup>65</sup> Ancak yazar, yukarıda verilen örnekte, B'nin hem azmettiren, hem de müşterek fail olması durumunda, farklı sonuca ulaşmaktadır.<sup>66</sup>

Müşterek fail, fiil üzerinde hâkimiyet kurduğundan kuşkusuz ki, fiilin haksızlık içeriği daha fazladır. O nedenle de eylemi daha ağır bir yaptırım ile karşılanmaktadır. Örneğimize dönersek, (A) isimli kişi müşterek fail olarak, (B)'nin babasını öldürmek için daha çok şey yapmakta, ölümün meydana gelmesi bakımından nedensel değeri daha fazla eylemlerde bulunmaktadır. Ancak, müşterek fail olarak gerçekleştirdiği eylem bakımından hakkında diğer müşterek failin şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden uygulanmaz iken, haksızlık içeriği ve nedensel değeri daha az eylemlerle bu suça yardım etmek suçu bakımından bu ağırlaştırıcı

<sup>62</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s.382-383.

<sup>63</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487.

<sup>64</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s.383.

<sup>65</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338

<sup>66</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338

*Seydi KAYMAZ*

neden uygulanmaktadır ki bu durumu izah etmek güçtür. Bu şekilde bir uygulama ceza adaleti bakımından haksız sonuçlara neden olacaktır.

## **2. Bağlılık Kuralının Sorunu Çözmediğini Savunanların Görüşleri**

Bu görüş sahiplerine göre, kanunda cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nedenlerin suç ortakları bakımından uygulanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, kusurluluk ilkesi uyarınca bu sorunun çözümü mümkündür.

Erdem, 5237 sayılı TCK'da Alman Ceza Kanununun 28/2. maddesine benzer bir hüküm yer almasa da, suç ortakları kusurları ölçüsünde cezalandırılacaklarına göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli hallerin ancak bunları bilen suç ortakları hakkında uygulanabileceğini belirtmektedir.<sup>67</sup>

TCK'nın 40. maddesinde yer alan bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin ağırlatıcı ve hafifletici diğer suç ortakları hakkında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ortaya çıkacak sorunlara bir çözüm getirmediğini belirten Aydın'ın, kusurluluk ilkesine göre sorunu ele alıp çözüm üretmeye çalıştığı görülmektedir.<sup>68</sup>

5237 sayılı TCK'nın 40. maddesi hükümlerinin bu sorunu çözmeye elverişli olup olmadığı hususunda bir değerlendirmede bulunmamakla beraber, 40. maddenin bu konuyla ilgisi olmadığı görüşünde olduğu anlaşılan Demirbaş'a göre, iştirak halinde işlenen suçlarda, faillerden veya suç ortaklarından birinde suça tesir eden neden, bilmeleri koşuluyla diğer fail veya şerikler bakımından da uygulanacaktır. Buna göre, (A) isimli kişinin (B) isimli kiralık katili karısını ((A)'nın karısı) öldürmesi için azmettirmesi halinde, eğer (B), (A)'nın karısını öldürdüğünü biliyorsa (B) eş öldürmek ağırlatıcı nedeninden sorumlu olacak ve 82/1-d maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.<sup>69</sup> Görüldüğü üzere, Demirbaş, ağırlatıcı nedenin failden veya şerikten kaynaklanması arasında bir ayırım yapmadan, bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, faillerden veya suç ortaklarından birinden

---

<sup>67</sup> ERDEM, s. 214.

<sup>68</sup> AYDIN, s.231 vd.

<sup>69</sup> DEMİRBAŞ, s. 493.



*5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

kaynaklanan ağırlatıcı nedenin bilmesi koşuluyla diğer fail veya suç ortakları hakkında uygulanacağını belirtmektedir.<sup>70</sup>

Hafizoğulları/Özen, 5237 sayılı TCK'da cezanın ağırlaştırıcı ve hafifleten hallerin sirayetinin düzenlenmediğini, bu durumun da kanunu yorumlayan ve uygulayan hâkimi bağlamayacağını belirtmektedirler. Yazarlara göre, hâkim kast kuralını uygulayarak sorunu çözmeye imkânına sahiptir. Bu durum kanunilik ilkesini de ihlal etmez; çünkü kast kuralı kanunda mevcuttur.<sup>71</sup> Buna göre, suç ortaklarından birinden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı bir neden bilmeleri koşuluyla diğer suç ortakları hakkında da uygulanacaktır.<sup>72</sup> Bir suç ortağının şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal bilinmesine rağmen, diğer suç ortağı veya ortakları suça katıldığına göre, cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli halin suç ortaklarının iradesinin, daha doğrusu kastlarının kapsamında olduğu ve dolayısıyla cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli hal, bu hal kendilerinde bulunmayan suç ortaklarına da uygulanacaktır.<sup>73</sup>

Nitelikli hallerin şerikler bakımından uygulanması konusunda kanunumuzda bir hüküm öngörülmediğini, sorunun genel kurallara göre çözümlenmesi gerektiğini belirten Hakeri'nin bu konudaki görüşleri ve çözüm önerileri Hafizoğulları/Özen ve 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddesi hükümlerinin çözüm tarzı ile örtüşmektedir. Yazara göre, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu faile göre belirlendiğinden, bağlılık ilkesi uyarınca, bilmeleri koşuluyla failden kaynaklanan ağırlatıcı nitelikli hal<sup>74</sup> azmettiren ve yardım eden, yardım edenden kaynaklanan ağırlatıcı neden de fail bakımından uygulanacaktır. Buna göre, (A) isimli bayan, sevgilisi (B)'ye kendi babasını (yani A'nın babasını) öldürmesi için teşvik ettiğinde (A)'dan kaynaklanan ağırlaştırıcı neden (B) hakkında da

<sup>70</sup> DEMİRBAŞ, s.493.

<sup>71</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 360. Benzer bir düşünceyi dile getiren Yaşar/Gökcan/Artuç da cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin kast kapsamında bulunması koşuluyla şerikler hakkında uygulanacağını belirtmektedirler. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Cilt.II, s. 2743.

<sup>72</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362

<sup>73</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 363.

<sup>74</sup> Yazar nitelikli hal ifadesini kullanmaktadır. Bkz.HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 337.

*Seydi KAYMAZ*

uygulanacaktır.<sup>75</sup> Buna göre, (A) 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d, 39. maddeleri uyarınca, (B)'de 82/1-d maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Bununla birlikte yazarın ağırlaştırıcı nedenlerin müşterek faillere sirayeti konusundaki yaklaşımı farklıdır. Yazar, müşterek faillikte, ağırlaştırıcı nedenin yalnızca kendisinde bu kişisel hal bulunan müşterek fail hakkında uygulanabileceği görüşündedir. Yazara göre yukarıdaki örnek biraz değiştirildiğinde farklı bir sonuca ulaşılır. Örneğin, (A) babasını öldürmesi için (B)'yi hem azmettirmiş, hem de (B) birlikte ateş ederek öldürmüş ise, (B)'de mevcut olan nitelikli hal, bu durumu bilen (A) hakkında tatbik olunacaktır. Dolayısıyla müşterek faillikte uygulanmayan nitelikli hal, suç ortağının aynı zamanda şerik olarak suça katılması durumunda uygulanmış olacaktır.<sup>76</sup>

Hakeri, her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralına ilişkin hükümlerin, iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı nitelikli nedenlerin diğer suç ortaklarına uygulanması sorununa çözüm getirmediğini belirtmekte ise de, ağırlaştırıcı nedenlerin müşterek failler hakkında uygulanması konusundaki görüşlerinden bağıllık kuralına ilişkin hükümleri, en azından bağıllık kuralının ağırlaştırıcı nedenlerin müşterek failler bakımından etkisi(sizliği)ne ilişkin açıklamaları dikkate aldığı anlaşılmaktadır.<sup>77</sup>

### **B. Cezanın Hafifletilmesi Sonucunu Doğuran Nitelikli Haller Bakımından**

Bağıllık kuralının nitelikli hallerin geçişi sorununa çözüm getirdiğini savunan yazarlar şeriklerin sorumluluğunun asıl faile göre belirleneceğini belirtmekte, ancak sorumluluğun belirlenmesinde şeriklerin kastı, yani iradesinin de belirleyici olduğunu belirtmektedirler. Yazarlara göre, fail ile mağdurun kardeş olduğunu bilmeyen şerik hakkında fail ile mağdur arasındaki kardeşlik ilişkisinden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal (TCK 86/3 md) uygulanmayacaktır.<sup>78</sup> TCK'nın 40. maddesindeki

<sup>75</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 337-338.

<sup>76</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338

<sup>77</sup> Gerçekten, bağıllık kuralının, müşterek failler bakımından bir özellik taşımadığı, o nedenle müşterek faillerden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenlerin sirayeti bakımından bir role sahip olmadığı belirtilmektedir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.488.

<sup>78</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

düzenlemeden bu konuda bir sonuca ulaşmanın zor olduğunu belirten Özbek, TCK'nın 40/1. maddesindeki hükmün ters anlamından ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin diğer şeriklere etki edeceği sonucuna ulaşılabilirliğini belirtmektedir. Yazara göre, fiile bağlı hafifletici nedenlerden bilse de bilmese de tüm şerikler yararlanacaklardır.<sup>79</sup>

TCK'nın 40/1 maddesindeki düzenlemenin soruna bir çözüm getirmediğini savunan yazarlardan Hafizoğulları/Özen ve Aydın kişiye bağlı hafifletici nedenlerin diğer şerikler hakkında uygulanamayacağı, buna karşılık fiile bağlı hafifletici nedenlerin ise bilinsin veya bilinmesin tüm şerikler bakımından uygulanacağını savunmaktadırlar.<sup>80</sup> Akbulut'da kişisel nedenlerin ancak kendisinde bu nedenler bulunan kişiler hakkında uygulanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>81</sup>

Yalnızca fail veya faillerin şahsından kaynaklanan nitelikli hallerin yalnızca ilgililer bakımından etki yapacağını ve diğer fail veya faillere etki etmeyeceğini belirten Erman'a göre, şeriklerin sorumluluğu faile göre belirleneceğinden, fail bakımından söz konusu olan ağırlaştırıcı nedenler şeriklere de etki edecektir. Ancak burada şerikler kastlarına göre sorumlu tutulabilecektir; yani kişisel veya fiile bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin şerikler bakımından uygulanabilmesi için şeriklerin bu nedenleri bilmeleri gereklidir.<sup>82</sup>

#### **D.Yargıtay'ın Uygulaması**

##### **a. Genel Olarak**

Yüksek Mahkememizin ve özellikle de nitelikli hallerin geçişine ilişkin hükümlerin uygulanma alanı bulunduğu suçlara bakmakta olan Yargıtay 1. Ceza Dairesinin yıllar içinde vermiş olduğu kararlara bakıldığında, Yüksek Mahkemenin bu konudaki görüşünün net olmadığı, bazen yakın tarih aralıklarında aynı konuda farklı kararlar verdiği görülmektedir. Doktrinde üzerinde halen tartışmalar devam eden ve çok çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi konusundaki kafa

<sup>79</sup> ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/ TEPE, s. 494.

<sup>80</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362, AYDIN, s. 232-233; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347.

<sup>81</sup> AKBULUT, s.213.

<sup>82</sup> ERMAN, s.61-62.

*Seydi KAYMAZ*

karışıklığının uygulamaya yansması doğal karşılanmalıdır. Biz Yüksek Mahkememizin kararlarını çeşitli başlıklar altında irdelemeye çalışacağız.

#### **b. Failden Kaynaklanan Kişisel Nitelikli Haller**

İnceleme imkânı bulduğumuz Yüksek Mahkememizin bir kararında, sanıklardan biri (Faysal) babaannesini öldürmeye azmettirme, diğer bir sanık (Kemal) ise babaannesini öldürme suçunu işlemiştir. İki sanık da (Ömer ve Serkan) yardım etmek suretiyle bu suça iştirak etmişlerdir. Dikkat edilirse kişisel nitelikli hal hem azmettiren konumundaki şerik Faysal'dan hem de fail konumundaki Kemal'den kaynaklanmaktadır. Yüksek Mahkememiz, *“Sanık Faysal'ın babaannesini öldürmeye azmettirme, sanık Kemal'in babaannesini öldürme, sanıklar Ömer ve Serkan'ın bu suça yardım suçlarından kurulan hükümlerde; sanıkların eylemi olay tarihinden haftalar önce kararlaştırdıkları, yaptıkları planı sebat ve ısrarla uygulamaya koydukları, tasarlanan eylem ile icrası arasında geçen sürede kararlarından vazgeçmedikleri anlaşılmalı, suç vasfında kazanılmış hak olmayacağı da gözetilerek, eylemlerine uyan “5237 sayılı TCK.nun 82/1-d” maddesine aynı maddenin “a” bendinin de eklenmesine karar verilmesi suretiyle”* hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiş ve böylece gerek şerik, gerekse de failden kaynaklanan kişisel nitelikli halin şerikler hakkında uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur (1.CD.,21.10.2009, 2009/6225 E, 2009/6198 K).

Yüksek Mahkememiz vermiş olduğu bir başka kararda da *“suça yardım eden olarak katılana, katıldığı suçun asıl failinin şahsına bağlı ağırlatıcı nedenler sirayet edeceğinden tebliğnamede yardımcı fail olarak mahkûmiyetine karar verilen sanıklar Nurdoğan ve Yakup'un hüküm fıkralarından 82/1 maddenin d bendinin çıkarılmasına dair”* Yargıtay C. Başsavcılığının görüşünü benimsemiştir (1. CD., 12.6.2008, 2008/489 E, 2008/4996 K).

#### **c. Şeriklerden Kaynaklanan Fiile Bağlı Nitelikli Haller**

Açık bir ifade yer almasa da kararlarından anlaşıldığı kadarıyla Yüksek Mahkememiz, adam öldürme suçlarında kan gütme ve töre saikini fiile bağlı nitelikli bir neden olarak kabul etmekte ve şeriklerden kaynaklanan bu nitelikli halin failer hakkında uygulanması gerektiğine karar

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

vermektedir. Yargıtay'ın kararına konu olayda, sanıklar Hasan ve Mehmet fail aralarında kan davası bulunan maktul Yalçın'ı öldürmesi için fail İbrahim'i azmettirmişlerdir. Fail tasarlama koşulları oluşacak şekilde Yalçın'ı öldürmüştür. Yerel Mahkeme, faili tasarlayarak ve kan gütme saikiyle adam öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-a-j maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar vermiş, failin azmettirenlerin ortaya çıkarılmasına katkı sağladığı gerekçesiyle faile verilen cezayı TCK'nın 38/3 maddesi uyarınca indirim tabi tutmuştur (Gaziantep 3. Ağır Ceza Mahkemesi, 15.11.2007, 2007/35 E, 2007/377 K). Kararı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi TCK'nın 38/3 maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle fail hakkındaki hükmü bozmakla beraber, azmettirenlerden kaynaklanan nitelikli hal olan kan gütme saikine ilişkin hükümlerin fail hakkında uygulanmasını hukuka aykırı bulmamıştır (Yargıtay 1. CD. 1.7.2009, 2009/5808 E, 2009/4145 K).

Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan bir başka olayda sanıklardan biri, amcasının çocukları ile birlikte kardeşini töre saikiyle öldürmeye teşebbüs etmiştir. Yargıtay amca çocukları olan sanıklar bakımından akrabalıktan kaynaklanan kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı neden olan TCK 82/1-d maddesinin uygulanamayacağına hükmetmiş, sanıklar hakkında töre saikine ilişkin nitelikli halin uygulanmasını hukuka aykırı görmemiştir (1. CD., 18.5.2011, 2010/7365 E, 2011/3231 K).<sup>83</sup>

#### **d. Şeriklerden Kaynaklanan Kişisel Nitelikli Haller**

Aykırı bazı kararları bulunsa da Yüksek Mahkememiz vermiş olduğu birçok kararda, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralını gerekçe göstererek şeriklerden kaynaklanan kişisel nedenlerin diğer suç

<sup>83</sup> *Sanıklar Turan, Salih ve Musa'nın mağdur Leyla ile amca çocukları oldukları, 5237 sayılı TCK.nun 40.maddesindeki bağlılık kuralı koşullarının olayımızda bulunmadığı TCK.nun 82/1-d maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmekte ise de bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, sanıklar Turan, Salih ve Musa yönünden hüküm fıkrasından 5237 sayılı TCK.nun 82/1.maddesinin "d" bendi çıkarılarak, sanıkların 5237 sayılı TCK.nun 82/1.maddesinin e-k bentleri ile cezalandırılmasına karar verilmesi suretiyle CMUK.nun 322.maddesiyle tanınan yetkiye dayanılarak DÜZELTİLEN hükümlerin ONANMASINA* (1. CD., 18.5.2011, 2010/7365 E, 2011/3231 K) Bu olayda, nitelikli halin geçişi nedeniyle değil, töre saikinin bizatihi maktulenin amcasının çocukları olan sanıklardan kaynaklanması nedeniyle haklarında bu nitelikli halin uygulanması muhtemeldir.

*Seydi KAYMAZ*

ortakları hakkında uygulanamayacağına karar vermektedir. Yüksek Mahkemenin kararına konu olan bir olayda maktul ile bir akrabalığı bulunmayan fail, maktülü öldürmüş, maktulün eşi de yardım etmek suretiyle bu suça iştirak etmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, “ sanık Ramazan yönünden; sanığın maktulle akrabalık bağının bulunmadığı anlaşılma, TCK.nun 82/1-d maddesinin uygulanması kanuna aykırı ise de, ceza miktarı dikkate alındığında, bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, CMUK.nun 322. maddesindeki yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasının mahsus bölümünde yer alan, “5237 Sayılı Yasanın 82/1,a,d-son maddesindeki” (d) bendinin çıkartılmasına karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN, hükümlerin ONANMASINA” karar vermiştir (1.CD., 23.02.2010, 2009/3865 E, 2010/1054 K).<sup>84</sup>

Az da olsa Yüksek Mahkememiz tersine kararlar da vermiştir. Örneğin Yüksek Mahkeme, “bilme” unsuruna da işaret ederek “sanık Halil İbrahim’in, eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık Adem’i azmettirdiği, sanık Adem’in de, maktulenin sanık Halil İbrahim’in eşi olduğunu **bildiği anlaşılma**, azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı sebebin sirayetinin kabulü ile, sanık Adem hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK’nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığına” karar vermiştir (1. CD., 1.2.2010, 2010/438 E, 2010/493 K). Buna karşılık Yüksek Mahkeme bir başka kararında “bilme” unsuruna işaret

<sup>84</sup> Yüksek Mahkememizin benzer bir kararı da şu şekildedir:

B-a) Sanık Gülistan’ın, tahrik altında suçu tasarlayarak, uyku halinde olup “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunan eşini öldürttüğü anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 38. maddesi delaletiyle 82/1-a-d-e, 29 ve 62. maddeleri gereğince,

b) Sanık İsmet’in, tasarlayarak uyku halinde olup “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunan maktülü öldürdüğü anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a-e ve 62. Maddeleri gereğince,

c) Sanık Dudu’nun, tasarlayarak uyku halinde olup “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunduğu bildiği maktülü yeğeni İsmet’e öldürttüğü anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a-e ve 62. Maddeleri gereğince,

d) Sanık Hasan’ın, tasarlayarak, suç işleme kararını kuvvetlendirdiği ve fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaadettiği anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a, 39/2-a ve 62. Maddeleri gereğince,

Cezalandırılmaları gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi, (1. CD., 7.4.2009, 2008/9190 E, 2009/1928 K).

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

etmesine rağmen azmettiren kaynaklanan kişisel nitelikli halin fail hakkında uygulanmayacağına hükmetmiştir.<sup>85</sup>

#### **e. Müsterek Faillerden Kaynaklanan Kişisel Nitelikli Haller**

Yargıtay müsterek fail olarak adam öldürmek suçunu işleyen faillerden birinden kaynaklanan kişisel nitelikli halin diğer sanık hakkında da uygulandığı bir yerel mahkeme kararını hukuka aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, *“sanık Gökhan'ın, sanık Zeliha'nın eşi olan maktülü Zeliha ile birlikte tasarlayarak öldürdükleri anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK.nun 40/2 maddesi de dikkate alındığında, Gökhan'ın aynı Yasanın 37/1 maddesi delaletiyle 82/1-a maddesi uyarınca tasarlayarak adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, 82. maddenin 1-d bendinin de uygulanması(nı) yasaya aykırı”* bulmuştur (1. CD., 25.11.2009, 2009/5242 E, 2009/7257 K).

Yargıtay 1.Ceza Dairesinin incelemiş olduğu bir dosyada, sanık Hamdullah ve Durdu, birlikte sanık Durdu'nun eşi olan Cahit'i öldürmüşlerdir. Yerel Mahkeme, sanık Hamdullah'ın da TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar vermiştir (Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 10.4.2008, 2007/104 E, 2008/51 K). Temyiz üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi *“5237 sayılı TCK.nun 40/1-2 maddesi uyarınca, sanık Durdu'dan kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı neden suçun faili olan sanık Hamdullah'a sirayet etmeyeceğinden, bu sanık hakkında TCK.nun 82/1-d maddesi ile uygulama yapılamayacağına düşünülmemesi”* nedeniyle hükmü bozmuştur (1. CD., 10.11.2010, 2008/10570 E, 7354 K)<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> *“Sanık (Sevgi Ü)'nin oğlu olduğunu bildiği (Kenan Ü)'yi öldürmekten sanık (Ali A), işbu suça sanık (Ali A)'ı azmettirmekten sanık (Sevgi Ü)'nin yapılan yargılanmaları sonunda:(... )5237 sayılı Yasanın 40. maddesinde öngörülen bağlilik kuralı gereğince şahsa bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin asli fail için uygulanamayacağı nazara alınarak, sanık Ali hakkında kurulan hükümle ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 82. maddesinin "d fıkrasının" hüküm fıkrasından çıkartılarak DÜZELTİLEN..hükmün ONANMASINA”* (1.CD., 25.10.2007, 2006/4960 E, 2007/7805 K. Aynı yönde bkz 1. CD., 28.9.2009, 2008/1045 E, 2009/5418 K).

<sup>86</sup> Yüksek Mahkeme; *“maktule Besime'nin, sanık Orkide'nin babaanesi olduğu, olay tarihinde sanıklar Gökhan ve Orkide'nin maktule Besime'nin evinde gizlice buluştukları, birlikte esrar içtikten sonra maktulenin sanıkları uygunsuz vaziyette gördüğü, maktule tarafından olayın ailesine anlatılacağı endişesi ile sanık Orkide'nin korktuğu ve sanık*

### E. Görüşümüz

Öncelikle belirtelim ki TCK'nın 40. maddesindeki düzenlemenin, bu maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğuran nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi sorununu çözmediği görüşündeyiz. Gerçekten TCK'nın 40/1 maddesinde düzenlenen bağlılık ilkesi, ancak kanuni tanıma uygun olmayan fiillerin cezalandırılabilmesi noktasında bir fonksiyon icra etmekte olup ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin geçişine ilişkin bir hüküm içermemektedir. TCK'nın 40. maddesinin 2 ve 3. fıkralarının konumuzla ilgili olmadığı ilk bakışta anlaşılmaktadır. "...suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" şeklindeki 40. maddenin 1. fıkrasındaki hükmün sorunu çözebileceği düşünülebilir. Cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı kaldıran şahsi sebeplerdir. Maddedeki hüküm de cezalandırmayı önleyen bu sebeplerle ilgili olup, hükme göre, şeriklerden biri hakkında cezalandırmayı önleyen şahsi bir sebep veya şahsi cezasızlık sebebinin bulunmaması diğer şeriklerin sorumluluğunu etkilemeyecek; diğer şerikler eylemlerinden dolayı sorumlu olacaklardır. Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesine

---

Gökhan'ı, maktuleyi öldürmesi için azmettirdiği, bunun üzerine her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; 5237 sayılı TCK'nın 40/1-2. maddesi göz önüne alındığında, sanık Orkide'den kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık Gökhan'a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 81/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulması'nı yasaya aykırı bulmuştur. (1.CD, 10.2.2010, 2009/2844 E, 2010/758 K) 1.CD., 23.7.2008, 2007/9263 E, 2008/6219 K; 1.CD, 25.11.2009, 2009/5242 E, 2009/7257 K) Yüksek Mahkeme yakın bir zamanda vermiş olduğu bir karar ile bu yöndeki uygulamasını sürdürmüştür. "*Oluşa ve dosya içeriğine göre; mağdur Zeynep'in, sanık Bura'nın annesi olduğu, Amasya Çocuk Yetiştirme Yurdu'nda kalan sanıkların olay günü alkol aldıktan sonra, mağdur Zeynep'in köydeki evine gittikleri, kapıya çalarak beklemeye başladıkları, mağdurun kapıyı açmasıyla, yanlarında getirdikleri bıçaklarla mağdura saldırarak, göğüs, karın ve sol bacağından bıçakladıkları mağduru, midede kesi oluşturarak hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde birlikte yaradıkları olayda; 5237 sayılı TCK.nun 40/1-2. maddesi gözönüne alındığında, sanık Bura'dan kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık Aykut'a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürmeye teşebbüs suçundan 5237 sayılı TCK.nun 81/1, 35 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK.nun 82/1-d, 35 maddeleri uyarınca hüküm kurulması"* (1.CD, 20.02.2012, 2011/7541 E, 2012/1005 K)



### 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

başlandığı anda mevcut olan sebeplerdir. Örneğin, hırsızlık mala zarar verme, güveni kötüye kullanma suçlarının kanunda yazılı belli akrabalık derecesine sahip kişiler aleyhine işlenmesi halinde failin cezalandırılması mümkün değildir (TCK 167/1 md). Cezayı kaldıran şahsi sebepler ise, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşirler ve suç tamamlandıktan sonra kişiye ya hiç ceza verilmemesi veya daha az ceza verilmesi sonucunu doğururlar. Örneğin etkin pişmanlık cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir<sup>87</sup> ve bu sebep yalnızca ilgili şerik hakkında uygulanır. Kanunun düzenlemesi, yalnızca cezayı kaldıran şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerle ilgilidir. Çoğu kapsayanın azı da kapsayacağı kuralı düzenlemenin ters anlamından yola çıkılarak şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı azaltan şahsi sebeplerin de düzenlemenin kapsamında kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de maddenin açık olan lafzı karşısında bu şekilde bir yoruma katılmak mümkün değildir.

Bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40. maddesi bakımından örnek alındığını düşündüğümüz Alman Ceza Kanununun 28/2 maddesinde; *“kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır”* denilmektedir.<sup>88</sup> Dolayısıyla Alman Ceza Kanununda cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğuran kişisel nedenlerin geçişi açık bir hükümle düzenlenmiştir. O nedenle Alman Ceza Kanunundaki bu hükümden yola çıkılarak 5237 sayılı TCK'nın 40 maddesinin de benzer yoruma tabi tutulması mümkün değildir.<sup>89</sup>

Cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğuran nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorununa çözüm aranırken aşağıdaki hususların göz önünde bulundurulması lazımdır.

1) Ceza hukukunda objektif sorumluluk kabul edilmediğinden, herkes kendi fiilinden sorumlu olacaktır. Ceza hukukundaki, kusursuz ceza olmaz ilkesi uyarınca kişi ancak kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Ayrıca bu

<sup>87</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552.

<sup>88</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347, dipnot.1306.

<sup>89</sup> ERMAN, s. 58.

*Seydi KAYMAZ*

ilke uyarınca kişi ancak kendi kusuru kadar sorumlu tutulabilir. Buna göre kişi, ancak kendi kusurlu fiilinden ve kusuru kadar sorumlu tutulabilir.<sup>90</sup>

2) Ceza kanununda kanunilik ilkesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller bakımından da geçerlidir. O nedenle, fiile ilişkin olmayıp, suç ortaklarından birine ilişkin kişisel bir nedenle cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran bir nitelikli halin diğer suç ortaklarına yüklenebilmesi için bu hususun kanunda açıkça yazılı olması lazımdır.

3)TCK'nın 61/son maddesi uyarınca, kanunda açıkça yazılmadıkça, cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilir.

4) Cezayı hafifleten veya ağırlaştırıcı kişisel nedenler subjektif nitelikte olup, kişisel nedenler belirli bir kişinin kişiliği ve mağdur ile ilişkisi dikkate alınarak kabul edilen nedenlerdir. Fiili nedenler ise fiilin işlenişinden kaynaklanan nedenler olup objektif niteliktedir.

Buna göre, cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran fiile bağlı nitelikli haller bütün şerikler hakkında uygulanacaktır; bu nedenlerin uygulanması için şerikler tarafından bilinmesine gerek yoktur. Zira fiile bağlı hafifletici nedenler objektif olup, bütün suç ortakları hakkında sonuç doğururlar.<sup>91</sup> Örneğin, hırsızlıkta malın değerinin az olması fiile bağlı bir hafifletici neden olup bütün suç ortakları bakımından uygulanır. Bu nedenin suç ortakları hakkında uygulanması için suç ortaklarının bunu bilip bilmemeleri bir öneme sahiptir.<sup>92</sup>

Kişisel nedenler belirli bir kişinin kişiliği ve mağdur ile ilişkisi dikkate alınarak kabul edildiğinden bu nitelikli haller yalnızca ilgili kişi bakımından sonuç doğururlar ve diğer suç ortakları hakkında uygulanmazlar. 5237 sayılı TCK'da kişisel sebeplerin diğer fail veya şeriklere geçişine ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, cezanın ağırlaştırılması sebebi olarak düzenlenen hallerde bu sebepler yalnızca ilgili kişi veya kişiler hakkında uygulanabilir.

O nedenle (A) isimli bayanın, sevgilisi (B)'ye kendi babasını (yani A'nın babasını) öldürmesi için teşvik ettiği örnek olayda, yardım eden

<sup>90</sup> ÜNVER, Objektif Sorumluluk, s. 121.

<sup>91</sup> ERDEM, s.214; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362.

<sup>92</sup> HAKERİ, İştirak, s. 86; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362, AYDIN, s.233.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

konumundaki (A)'nın sorumluluğuna gidilebilmesi için (B)'nin (A)'nın babasını öldürmesi veya bu suça teşebbüs etmesi gerekli ise de, suç işlendikten (A)'nın kişisel durumunun dikkate alınmamasını gerektirmez. Bu durum, bağlılık kuralı uyarınca suçun, suç ortakları bakımından aynı olması gerektiği şeklindeki kuralı ihlal etmez. Gerçekten, suç fail ve şerik bakımından da öldürme suçu olup, suç aynıdır; (A)'nın şahsından kaynaklanan cezayı ağırlaştıran bir nedenin varlığı bu durumda bir değişiklik yaratmaz. Esasen bu durum, 82/1-d maddesinde yer alıp cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli halin kabul edilmesindeki amaç ile de çelişir. Kanun koyucu fiilin haksızlık içeriği, failin tehlikeliliği bakımından daha ağır bir fiil olarak kabul ettiği içindir ki, bu hal bakımından daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. Suçu fail olarak gerçekleştirmek bakımından nitelikli halin gerektirdiği ceza tayin edilmesine rağmen, bu suça iştirak etmek bakımından temel halinden ceza tayin edilmesini izah etmek güçtür. Örneğimizdeki olayda (A)'nın niteliksiz adam öldürme suçuна yardım etmekten sorumlu tutulması, kişinin kendi eyleminden sorumlu olması gerektiği şeklindeki kural ile de çelişir. Gerçekten, bu olayda (A)'nın fiili, babasını öldürmeye teşvik etmektir. Kaldı ki 5237 sayılı TCK'nın 61/10. maddesine göre, kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir. Fail ile mağdur arasındaki kişisel ilişki cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli hal kabul edilmesine rağmen, bu nitelikli halin suç ortağı hakkında uygulanmaması, ona kanunda yazılı olmayan bir ceza muafiyeti sağlamak anlamına gelir. Bu şekilde bir uygulama kusur ilkesine de aykırı olur. Ceza hukukunda sorumluluk kusura dayanmakta olup, suça iştirak eden her kişi de kusuru oranında sorumlu olur. TCK'nın 40/1 maddesindeki her bir suç ortağının kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır şeklindeki hüküm yalnızca kişisel cezasızlık nedenleriyle ilişkili gibi görünse de cezayı ağırlaştıran veya hafifleten nitelikli haller bakımından da geçerlidir.<sup>93</sup>

<sup>93</sup> Alman Ceza Kanununun 29. maddesinde, her bir suç ortağının, diğerlerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılacağı belirtilerek, sorumluluğun her bir suç ortağının kendi kusuruna göre tespit edilmesi gerektiği ayrı bir maddede düzenlenmiştir. (The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander) [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/german\\_criminal\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf) (Erişim Tarihi: 12.9.2011) Bu hususa dikkat çeken Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, benzer hükmün bağımsız bir

*Seydi KAYMAZ*

5237 sayılı TCK'nın 61/10. maddesindeki hüküm ağırlaştırıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet etmesi bakımından da öneme sahiptir. Bilindiği üzere, 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddesinde ağırlatıcı nedenlerin bilmesi halinde diğer suç ortaklarına sirayet edeceği belirtilmekteydi. Dolayısıyla, kendi şahsından kaynaklanmayan ağırlatıcı bir nedenden dolayı failin sorumlu tutulması bu kanun hükümlerine göre mümkün olmaktadır. 5237 sayılı TCK'da bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, şahsından kaynaklanan ağırlatıcı bir neden bulunmayan fail veya şerikler bakımından bu ağırlatıcı nitelikli halin uygulanmasının, kanunda açıkça yazılı olmadıkça ceza ne artırılabilir, ne de eksiltilebilir şeklindeki hükme ve kanunilik ilkesine aykırı olacağını düşünmekteyiz.<sup>94</sup> Zira kanunilik ilkesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller bakımından da geçerlidir.<sup>95</sup>

Failin mağdurla yakınlığından kaynaklanan şahsi ilişkinin kanunda cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlendiği, o nedenle kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiği düşünülebilir. Ancak bu, mağdurla yakınlığı bulunan suç ortağı bakımından doğru olmakla birlikte, diğer suç ortakları bakımından doğru değildir. Diğer suç ortaklarının, cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi, yani cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halin geçişi için 765 sayılı TCK'nununda olduğu gibi kanunda bu hususta açık bir düzenleme bulunmalıdır. O nedenle, yukarıda verilen, (A) ile (B)'nin evli olduğu, (C) isimli şahsın, (A)'nın eşi olan (B)'yi öldürdüğü, (A)'nın da bu fiilin gerçekleşmesinde (C)'ye yardım ettiği olayda; (C)'nin, kasten öldürme suçundan TCK'nın 81. maddesi uyarınca,

---

şekilde düzenlenmeyip 40/1 maddesinde düzenlenmesi nedeniyle TCK'da cezanın faile göre belirlenmesi ilkesinin kabul edildiğinin söylenemeyeceğini belirtmektedirler. (ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/ TEPE, s.485) Sorumluluğun her bir suç ortağının kusuruna göre belirlenmesi gerektiği şeklindeki hükmün Alman Ceza Kanununda olduğu gibi ayrı ve bağımsız bir maddede düzenlenmesinin gerekli ve yararlı olduğunu belirtmekle beraber, mevcut hükümlere göre de farklı bir yorum yapmanın isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

<sup>94</sup> Kusurluluk ilkesine göre, bilmesi koşuluyla (C)'nin TCK'nın 82/1-d maddesine göre sorumlu tutulması gerektiği düşünülebilir. Eğer bu düşüncede haklılık payı olmuş olsaydı, 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddesindeki düzenlemelere ihtiyaç olmazdı. Bu maddeler ihtiyaç duyulduğuna göre bu düşüncenin paylaşılmadığı sonucuna ulaşılır.

<sup>95</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 371; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 540; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 762.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

(A)'nın ise, TCK'nın 82/1-d, 39. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği görüşündeyiz.<sup>96</sup> Ayrıca, kendisinden kaynaklanan kişisel bir nedene sahip olan yardım eden veya azmettiren şeklindeki şerikten kaynaklanan bu nitelikli halin yalnızca ilgili şerik hakkında uygulanması gerektiğine, fail veya müşterek fail hakkında uygulanmayacağına ilişkin Yargıtay kararlarını isabetli bulmaktayız.<sup>97</sup>

İştirak halinde işlenen suçlarda, iştirak iradesinin, diğer suç ortaklarının eylemini kendi eylemi haline getirdiği, o nedenle, bilmesi koşuluyla diğer suç ortaklarının fiilinden veya bir suç ortağının mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanıp cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin, bilmeleri koşuluyla diğer suç ortakları bakımından da uygulanması gerektiği iddia olunabilir. Bu görüş, fiili ağırlaştırıcı nedenler bakımından doğrudur. Çünkü cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran fiili nedenler objektif nitelikte olup, suça bağlı ve suçta saklı nedenlerdir.<sup>98</sup> Suç ortağı cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran fiili bir nedenin varlığını bilmekte ise, yani bu husus iştirak iradesinin kapsamında ise suça ilişkin bu nedenin o suç ortağı hakkında uygulanması kusur ilkesi ile de uyumlu olacaktır. Zira iştirak iradesi bu nitelikli hali kapsamına almaktadır. Tam tersine, bildiği halde suç ortağı hakkında cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halin uygulanmaması, kişiye kanunda bulunmayan bir muafiyet tanımak anlamına gelir ve TCK'nın 61/10. maddesi hükümlerine de aykırı olur.<sup>99</sup> Buna karşılık, suç ortaklarından birinin şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanan subjektif nitelikteki cezayı artıran nitelikli haller bakımından farklı

<sup>96</sup> Nitekim ağırlaştırıcı nedenin, şerikten kaynaklandığı hal bakımından farklı düşünen yazarların da müşterek faillik bakımından bu çözüm tarzını benimsedikleri görülmektedir.

<sup>97</sup> 1. CD, 10.11.2010, 2008/10570 E, 7354 K; 1.CD., 23.02.2010, 2009/3865 E, 2010/1054 K. Aynı yönde görüş için bkz. AKBULUT, s. 212.

<sup>98</sup> EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 413.

<sup>99</sup> Kanımızca, 765 sayılı TCK'da fiili ağırlaştırıcı nedenlerin bilmeleri koşuluyla şeriklere iştirak edeceğine dair bir hüküm bulunmamış olsaydı dahi, kusurluluk ilkesi uyarınca aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Gerçekten, cezayı ağırlaştırıcı fiili nedenler, suçun bütünü oluşturulan maddi olaylara dayanır; dolayısıyla bilmeleri koşuluyla bu nedenler bütün suç ortaklarına sirayet eder. Örneğin, öldürülecek olan küçük ise ve bu husus suç ortakları tarafından biliniyorsa, adam öldürme suçunu kolaylaştıran ve cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli hal bunu bilen bütün suç ortakları hakkında uygulanacaktır. Bu kusurluluk ilkesinin de bir gereğidir. Esasen burada fiil diğer suç ortakları bakımından da küçüğü öldürmek suçudur; çünkü bu husus iradelerinin kapsamındadır ve iradeleri bunun üzerinde birleşmiştir.

*Seydi KAYMAZ*

düşünmek gerekir. Adam öldürmek, failin kötülüğünün ve tehlikeli halinin bir göstergesidir. Ancak, insanın yakınlarını, örneğin annesini, babasını, kardeşini veya eşini öldürmesi onun daha çok kötülüğüne ve tehlikeli haline ve acımasızlığına işaret eder.<sup>100</sup> Bu durumda fail çoğu kez yükümlülüklerine aykırı (örneğin, çocuklar ve anne-baba bakımından söz konusu olan bakım ve gözetim yükümlülüğü) hareket etmektedir. Ancak diğer suç ortaklarının bu durumu bilmeleri, onların da aynı derecede kötülüğüne, tehlikeliliğine ve acımasızlığına işaret etmez. Çünkü öldürülenin diğer suç ortakları ile bir yakınlığı mevcut değildir. Onlar için öldürülen herhangi bir kişidir; öldürülenin bir suç ortağının yakını olması diğerleri bakımından herhangi bir kişi olmasına engel teşkil etmez.<sup>101</sup> Suç ortaklarının sorumluluğunun fiile dayandığı belirtilerek 765 sayılı TCK'nın kişisel nedenlerle suçun niteliğinin değişmesi halinde, nitelikli halin diğer suç ortaklarına sirayet etmesine ilişkin hükümleri eleştirilmiştir.<sup>102</sup> Nitekim bu kuralın yumuşatılması amacıyla suç ortaklarından birinin şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanıp cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına sirayeti kabul edilmekle birlikte hâkime cezayı belli oranlarda indirme yetkisi verilmiştir (765 sayılı TCK 66 md).

Kısaca tekrarlamak gerekirse, nitelikli hal şahsı bakımından veya mağdurla kişisel ilişkisinden kaynaklanmayan bir suç ortağına, bu durumu bilmesi halinde dahi diğer suç ortağının şahsından veya mağdurla olan kişisel ilişkisinden kaynaklanan nitelikli halin yüklenmesi, kişinin başkasının eyleminden sorumlu olması anlamına gelecektir. Alman Ceza Kanununun

---

<sup>100</sup> ERMAN/ÖZEK, s. 32. Bu durumda, yalnızca suç ortağına ilişkin büyük bir vazifenin ihlal edilmesinin söz konusu olduğu ve bu halin yalnızca ilgili hakkındaki cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. (MAJNO, s.358). Ancak, suç ortaklarından birinin şahsından kaynaklanan bir sebep suçun işlenmesini kolaylaştırmış ise bu hususun bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına sirayet etmesi uygun olur. Çünkü burada suça ve suçun işlenmesine katkıda bulunan bir neden söz konusudur. Suç ortaklarının bilmeleri koşuluyla bu ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulmaları kusur ilkesini ihlal etmez. O nedenle yapılacak bir yasal düzenlemede suçun işlenmesini kolaylaştıran kişisel nedenin bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına sirayet etmesinin kabul edilmesi yararlı olacaktır. Günümüz için suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun işlenmesine katkıda bulunan ve dolayısıyla fiili bir niteliğe de bürünen bu gibi hallerin fiile ilişkin neden olarak da kabul edilerek, bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına da sirayet etmesinin kabul edilmesi uygun bir çözüm olur.

<sup>101</sup> AKBULUT, s. 212.

<sup>102</sup> EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 377-378

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

düzenlemesi de, kişisel nedenlerin yalnızca kendisinde bu nedenler bulunan kişiler hakkında uygulanabileceği yönündedir. Alman Ceza Kanununun 28/2 maddesine göre, ““kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır.”<sup>103</sup>

Cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran fiile bağlı nitelikli nedenlerin şerikler hakkında uygulanabilmesi için bu nedenlerin fail tarafından bilinmesi lazımdır. Bu, sorumluluğun fiile göre belirlenmesinin ve kusur ilkesinin bir sonucudur. Buna göre, suç ortakları eğer fiile bağlı bir ağırlatıcı nedenin varlığından bilgi sahibi iseler, yani bu ağırlatıcı nedeni bildikleri halde iştirak katkısını sürdürmekte iseler, iştirak kastı ağırlatıcı nedeni de kapsamına aldığından bu ağırlatıcı nedenin o suç ortakları hakkında uygulanması kusur ilkesinin bir gereğidir. Buna karşılık, bazı suç ortakları bu ağırlatıcı nedenin varlığı konusunda bilgi sahibi değilse, kusur ilkesi uyarınca bu ağırlatıcı nedenin onlar hakkında uygulanması mümkün değildir. Buna göre adam öldürmek isteyen faile silah temin eden kişi (şerik), failin adam öldürmek suçunu işleyeceğini bilmekle beraber, küçük bir çocuğu öldüreceğini bilmiyorsa, yani bu husus kastının kapsamından değilse adam öldürmenin nitelikli şekline (TCK 82/1-e) değil, adam öldürmenin temel şekline (TCK 81 md) yardım etmek suçundan sorumlu olur.<sup>104</sup>

Cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran fiile bağlı nitelikli haller bütün şerikler hakkında uygulanacaktır; bu nedenlerin uygulanması için şerikler tarafından bilinmesine gerek yoktur. Zira fiile bağlı hafifletici nedenler objektif olup, bütün suç ortakları hakkında sonuç doğururlar.<sup>105</sup> Örneğin, hırsızlıkta malın değerinin az olması fiile bağlı bir hafifletici neden olup bütün suç ortakları bakımından uygulanır. Bu nedenin suç ortakları

<sup>103</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347, dipnot.1306.

<sup>104</sup> Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 481-482; AKBULUT, s. 209.

<sup>105</sup> ERDEM, s.214; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362.

*Seydi KAYMAZ*

hakkında uygulanması için suç ortaklarının bunu bilip bilmemeleri bir öneme sahip değildir.<sup>106</sup>

Gerçek özgü suçlarda, örneğin zimmet veya rüşvet suçlarında, failin kişisel özellikleri veya yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi sorumluluğun nedenini teşkil etmektedir.<sup>107</sup> Kendisinde bu nitelikler bulunmayan kişiler ise şerik, yani azmettiren, yardım eden veya teşvik eden olarak sorumlu tutulacaklardır. Kanunda yazılı niteliklere sahip olmayan kişi bu suçun faili olamayacağından, bu niteliklere sahip olmayan kişinin ilgili suç tipindeki fiili gerçekleştirmesi halinde suç oluşmayacak; eylemleri şeriklik niteliğinde olan kişiler kanunda yazılı niteliklere sahip olsalar bile suç meydana gelmeyecek ve dolayısıyla nitelikli hallerin geçişi şeklinde bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Alman Ceza Kanununda, ilgili suç tipinde yazılı niteliklere sahip olmayan şeriklerin cezasından indirim yapılması öngörülmüştür. (Alman Ceza kanunu 28/1 md) Buna göre suçun düzenlendiği ilgili kanun maddesinde yazılı niteliklere sahip olmayan şeriklerin cezası indirime tabi tutulduğu halde bu niteliklere sahip şeriklerin cezasında bu nedenle bir indirime gidilmeyecektir. Kanunumuzda bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, suçun düzenlendiği kanun maddesinde yazılı niteliklere sahip olmayan şeriklerin cezasından bu nedenle bir indirim yapılmayacaktır.

## **VI. SUÇ ORTAKLARI HAKKINDA CEZANIN BELİRLENMESİ**

Bağlılık kuralı şeriklerin sorumluluğunun kaynağını göstermekte, failin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm taşımamaktadır.<sup>108</sup> Dolayısıyla failin sorumluluğu ve hakkında uygulanacak hükümler tespit edilirken şeriklerden kaynaklanan herhangi bir nitelikli hal nazara alınmayacaktır. Esasen sorun

<sup>106</sup> HAKERİ, İştirak, s. 86; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362, AYDIN, s.233.

<sup>107</sup> Alman Ceza Kanununda, failin sorumluluğuna yol açan -suçu nitelikli hale getiren değil- kişisel nedenlerden söz edilmekle, bu niteliklerin bulunmaması halinde cezai sorumluluğun ortaya çıkmayacağı vurgulanmıştır. (Alman Ceza Kanunu 28/1 md. The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander) [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/german\\_criminal\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf) (Erişim Tarihi: 12.9.2011)

Oysa TCK'nın 40/1 maddesinde bu şekilde bir ifade yerine, "özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur" şeklinde bir ifade tercih edilmiştir. Kanunumuzdaki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. İÇEL/EVİK, s. 272.

<sup>108</sup> AKBULUT, s.211.



### 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

failden ziyade şeriklerin işlenen suçtan dolayı ne şekilde cezalandırılmaları gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Suçun oluşması ve dolayısıyla şeriklerin cezalandırılabilmesi için fail tarafından suçun yasal tanımında yazılı fiilin gerçekleştirilmesi lazımdır. Bağlılık kuralı, şeriklik halinde cezalandırılabilirliğin dayanağını oluşturmaktadır.<sup>109</sup> Bu söylenenlerle, suça azmettirme veya yardım etme şeklindeki iştirakin değerinin bulunmadığı değil, fail veya müşterek failer tarafından suçun işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesi halinde şeriklerin cezalandırılabilmesi ifade edilmek istenmiştir. Yoksa şeriklerin cezalandırılmasının nedeni, suça iştirak iradesiyle katılmaları ve fail veya failerin hukuka aykırı eylemlerine nedensel değeri de olan hareketlerle destek olmaları ve bu konuda bizzat kusurlu olmalarıdır.<sup>110</sup> Özetle, şerikler hakkında uygulanacak hükümler tespit edilirken kendi kusurları ve kişisel durumları da dikkate alınacaktır; bağlılık kuralı buna engel bir hüküm taşımamaktadır. Kaldı ki TCK'nun 40/1 maddesinde de herkesin kendi kusuruna göre sorumlu tutulacağı belirtilmektedir.

Türk Ceza Kanununa göre, suç ortakları hakkında ne şekilde ceza tayin edilmesi gerektiğine ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce Alman Hukuku bakımından sorunun ne şekilde çözümlendiğini incelemekte fayda bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 28/1. maddesinde, failin sorumluluğuna yol açan kişisel özellikler şeriklerde mevcut değilse cezalarının 49/1 maddesine göre indirime tabi tutulacağı belirtilmektedir. 28/2 maddesinde de, “*kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır*”<sup>111</sup> denilmektedir. Alman Ceza Kanununun 27/2 maddesine göre, yardım edenlerin cezası fail için öngörülen ceza dikkate alınarak tespit edilecektir. Azmettirenlerin ise, sanki kendileri

<sup>109</sup> ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 48-482; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 379-380.

<sup>110</sup> ERDEM, s.210. Bir görüşe göre, şerikliğin haksızlığı, failin gerçekleştirdiği asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 378.

<sup>111</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347, dipnot.1306.

*Seydi KAYMAZ*

failmiş gibi cezalandırılacakları belirtilmektedir (Alman Ceza Kanunu 26 md).<sup>112</sup>

Alman Ceza Kanununun 212. maddesinde kasten adam öldürmek suçu için 5 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Alman Ceza Kanununun 211. maddesine göre ise adam öldürmenin zevk, cinsel tatmin, mal ve öteki temel güdüler; sinsice, zalimce veya kamu için tehlikeli olacak şekilde veyahut diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya onu gizlemek için işlenmesi halinde müebbet hapis cezası öngörülmüştür.<sup>113</sup> Öğretide Alman Ceza Kanununun 211. maddesinde düzenlenen adam öldürmek suçları, işlenme nedenleri ve biçimleri bakımından üç kategoride değerlendirilmiştir.

- 1) Zevk, cinsel tatmin, mal ve öteki temel güdüler
- 2) Sinsice, zalimce ve kamu için tehlikeli olacak şekilde;
- 3) Diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya onu gizlemek için.

1 ve 3. kategorideki nedenler kişisel nedenler, 2. kategorideki nedenler ise fiile ilişkin nedenler olarak kabul edilmektedir.<sup>114</sup>

Adam öldürmek suçu bakımından aşağıda aktarılan örnekler sorunun Alman Hukuku bakımından ne şekilde çözümlenmeye çalışıldığı ve yukarıdaki hükümlerin ne şekilde uygulandığı hususunda açıklayıcı niteliktedir.

a) Failin (F)'nin yukarıda belirtilen bir veya üçüncü gruptaki özelliklere sahip olduğu; suça yardım eden şerik (§)'nin bu özelliklere sahip olmadığı, ancak (F)'nin bu özelliklere sahip olduğunu bildiği olayda Federal Temyiz Mahkemesi, hem (F), hem de (§)'nin 211. maddede yazılı adam öldürmek suçundan sorumlu olduğuna, ancak (§)'nin cezasının aynı

<sup>112</sup> The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander) [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/german\\_criminal\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf) (Erişim Tarihi: 12.9.2011)

<sup>113</sup> Alman Hukukunda Ceza Kanununun 211. maddesinde düzenlenen adam öldürme suçlarının 212. maddesinde yer alan adam öldürmenin nitelikli hallerini mi oluşturduğu yoksa bağımsız bir suç mu olduğu konusunda da görüş ayrılıkları mevcuttur. Türk Ceza Kanununun 82. maddesindeki adam öldürme suçları açıkça nitelikli hal olarak kabul edildiğinden Türk hukuku bakımından bu tartışma yaşanmayacaktır.

<sup>114</sup> BOHLANDER, s.189.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

kanunun 49. maddesi uyarınca indirim tabi tutulması gerektiğine hükmetmektedir. Öğretiye göre bu olayda (Ş)'nin adam öldürme suçunun temel şekli olan 212. maddeye göre sorumlu tutulması lazımdır.

b) Fail (F), 211. maddede yazılı niteliklere sahip olmadığı halde şerik (Ş) sahip olabilir. Federal Temyiz Mahkemesi, şerikten kaynaklanan nitelikli halin suçu daha ağır olarak nitelendiremeyeceği, bu durumda hem fail (F) hem de şerik (Ş)'nin adam öldürmek suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre Ceza Kanununun 28/1 maddesinde öngörülen ve cezanın 49/1 maddesi uyarınca indirim tabi tutulmasını öngören hüküm yalnızca nitelikli halin failde bulunup şerikte bulunmadığı hallerde uygulanabilen bir hükümdür.

Öğretiye göre, 28/2 maddesinde yer alan cezanın ağırlaştırılması, hafifletilmesi ve ortadan kaldırılmasını öngören hükümler yalnızca ilgili kişi hakkında sonuç doğurur şeklindeki hüküm, bu hükmün fail hakkında uygulanma imkânı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın şerik (Ş) hakkında uygulanmalıdır. Dolayısıyla fail (F) adam öldürmenin temel şeklinden (212 md), şerik (Ş) ise adam öldürmenin nitelikli halinden (211 md) sorumlu tutulmalıdır.

c) Fail (F) adam öldürmenin ağır halinden sorumluluğu gerektirir kişisel bir özelliğe sahip olmasına rağmen, şerik (Ş) başka bir niteliğe sahip olabilir. Öğretiye göre, hangi kişisel özelliğe sahip olduğu önemli olmayıp, bu olayda hem fail hem de şerik adam öldürmenin ağır halinden sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Federal Temyiz Mahkemesine göre, faildeki özellik, şerikin sorumluluğunun tespitinde belirleyicidir. Ancak Yüksek Mahkeme istenmedik haksız durumlardan kaçınmak için geliştirdiği bir yorumla, şerikteki özelliğin faile göre baskın olduğu durumlarda 49. maddesine göre indirim yapılamayacağı görüşündedir.<sup>115</sup>

Görüldüğü üzere, esas itibarıyla Federal Temyiz Mahkemesinin görüşü şeriklerin cezasının faile göre belirlenmesi gerektiği yönünde olmakla beraber, öğretinin görüşleri, şeriklerin kişisel durumlarına ve kusurlarına göre haklarında uygulanacak kanun maddelerinin tespit edilmesi gerektiği şeklindedir.

---

<sup>115</sup> BOHLANDER, s.192-193.

*Seydi KAYMAZ*

Kanunumuzda gerek yardım edenin, gerekse de azmettirenin “*işlenen suçun cezası*” ile cezalandırılacağı belirtilmektedir (TCK 38/1, 39/1 md). Suç kavramı, hem suçun temel şeklini, hem de suçun nitelikli halini kapsamaktadır. Kanunumuzda, şeriklerin fail için öngörülen ceza ile cezalandırılacağı şeklinde bir ifade yer almayıp, “*işlenen suçun cezası*” ile cezalandırılacakları belirtildiğine göre, şeriklere ceza tayin edilirken failin cezası ölçü olarak alınmayacaktır<sup>116</sup>. Diğer bir ifadeyle kanunumuz, şeriklerin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için fail tarafından suçun kanuni tanımında yer alan fiilin gerçekleştirilmiş olmasını aramakla beraber, suçta katılanların cezasını asli faile bağlı tutmamıştır. Zira “*işlenen suçun cezası*”, “*faile verilecek ceza*” ile aynı anlama sahip değildir. Failin sıfatı, mağdurla olan ilişkileri nedeniyle faile daha ağır veya daha hafif bir ceza verilmesi mümkündür. Eğer kanun maddesinde, suç ortaklarının faile verilecek ceza ile cezalandırılacakları belirtilmiş olsaydı, cezanın hafifletilmesi veya ağırlaştırılması sonucunu doğuran bu haller şerikler bakımından da geçerli olacak ve onlara da faile verilecek ceza tayin olunacaktı. Ancak kanunumuz, şeriklere, “*faile verilecek ceza*” yerine, “*işlenen suçun cezası*”nın verilmesini tercih etmiştir. Bundan anlaşılması gereken şudur: Eğer şerik bizzat kendisi fail olarak suç işlemiş olsaydı kendisine ne ceza tayin edilmesi gerekli idiye o ceza tayin edilecektir.<sup>117</sup> Elbette ki şerik olarak suça katıldığı için kanunun öngördüğü oranlarda cezası bir indirimine tabi tutulacaktır.<sup>118</sup> Bundan çıkan bir başka sonuç da, fiile bağlı nedenlerin bilmeleri koşuluyla suç ortaklarına sirayet etmesi, kişisel nedenlerin ise sirayet etmemesidir.<sup>119</sup> Fakat kanun koyucu elbette ki bu konuda farklı bir düzenleme yoluna gidebilir ve fiili ve

<sup>116</sup> AKBULUT, s.212. TCK'nın 38. maddesindeki “işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı” ifadesinden yola çıkan Erman ise farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre, TCK'nın 38. maddesinde azmettirenin “fail gibi” cezalandırılacağı hükmü yerine “işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı” hükmü yer aldığına göre azmettirenin cezası, fail kendisi olsaydı hakkındaki ceza hangi hükme göre belirlenecek idi ise o şekilde tespit edilmeyecektir. ERMAN, s. 58.

<sup>117</sup> TCK.un 37 ve 38. maddesindeki düzenlemelerden yola çıkan Centel/zafer/Çakmut'a göre de, yasada cezaların eşitliği eylem yönünden öngörüldüğü için, failleere hükmedilen cezaların farklı olması, örneğin azmettirenin suçu birlikte gerçekleştirenlerden daha ağır ceza alması mümkündür” diyerek aynı sonuca ulaşmaktadırlar. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 525.

<sup>118</sup> KUNTER, s. 84.

<sup>119</sup> Kunter, 765 sayılı TCK'da suç ortaklarının cezası asli faile göre değil, işlenen suça göre belirlendiği 765 sayılı TCK bakımından aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. KUNTER, s. 84.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

kişisel nedenlerin sirayeti konusunda hükümler öngörebilir. Örneğin 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddelerinde bu konuda düzenleme yapılmıştı. Ancak 5237 sayılı TCK'da bu konuda bir düzenleme yapılmadığına göre, fiili nedenlerin bütün suç ortakları bakımından geçerli olduğunu-çünkü bu nedenler suça ilişkindir ve suç ortaklarının iradesinin kapsamındadırlar-ancak kişisel nedenlerin de ancak kendisinde bu nedenler bulunan kişiler bakımından uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Şimdi çeşitli ihtimallerin değerlendirildiği ve bir kısmı yukarıda da verilen örneklerle görüşümüzü ve suç ortakları hakkında ne şekilde ceza tayin edilmesi gerektiğini açıklamaya çalışalım.

1) (A) ile (B) evli olup, (A) eşi olan (B)'yi öldürmeyi düşünmektedir. (C) isimli şahıs öldürme eyleminde kullanılmak üzere (A)'ya tabanca vermiş ve (A) bu tabanca ile (B)'yi öldürmüştür.

Bu ihtimalde, evlilik ilişkisinden kaynaklanan kişisel nitelikli cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal fail (A)'dan kaynaklanmaktadır. Yardım eden şerik (B) bu durumu bilse dahi fail ile öldürülen arasındaki evlilik ilişkisinden kaynaklanan bu kişisel nitelikli cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal onun hakkında uygulanmaz.

Buna göre, (A) nitelikli adam öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca, (C) ise, TCK'nın 81. ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmalıdır.

2. Örneğimizi biraz değiştirelim ve (A)'nın, eşi olan (B)'yi öldürmesi için (C) isimli şahsı azmettirdiğini ve bu azmettirme sonucu (C)'nin (B)'yi öldürdüğünü düşünelim.

Bu ihtimalde (A) azmettiren, yani şerik konumundadır; evlilik ilişkisinden kaynaklanan kişisel nitelikli hal de şerik (A) bakımından mevcuttur. Kanunumuzda suç ortaklarından kaynaklanan kişisel nitelikteki cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet edeceğine dair bir hüküm bulunmadığından, bu nitelikli halin diğer suç ortaklarına sirayet etmesinin mümkün olmadığı görüşünde olduğumuzu daha önce ifade etmiştik. Kanaatimize göre, kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı neden hangi suç ortağı bakımından söz konusu ise o suç ortağı hakkında uygulanabilir. Buna

*Seydi KAYMAZ*

göre, (A) eşi olan (B)'yi öldürmesi için (C) isimli şahsı azmettirdiğinden, TCK'nın 38 ve 82/1-d maddeleri uyarınca cezalandırılmalı, (C)'ye ise niteliksiz adam öldürmek suçundan yani TCK'nın 81. maddesi uyarınca ceza tayin edilmelidir.

3) Örneği biraz daha değiştirelim ve (A) ile (C)'nin birlikte tabancaları ile (B)'ye ateş edip öldürdüğünü düşünelim.

Bu ihtimalde (A) nitelikli adam öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d, (C) niteliksiz adam öldürmek suçundan TCK'nın 81. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Buraya kadar verdiğimiz örnekler, kişisel nitelikli hale ilişkin idi. Şimdi nitelikli halin fiile ilişkin olduğu ihtimaller bakımından sorunu incelemeye çalışalım.

1) (A) isimli şahsın arsasına inşaat yapmak istediğini, ancak belediyedeki ilgili görevli (B)'nin mevzuata uygun olmaması nedeniyle bu inşaat için ruhsat talebini reddettiğini, bu nedenle (A)'nın (B) isimli görevliyi öldürmeye karar verdiğini, (B)'yi öldürmesi için de tetikçi olan (C) isimli şahsı azmettirdiğini, (C) isimli şahsın da tabanca ile (B)'yi öldürdüğünü düşünelim.

Burada, suçun mağdurundan, mağdurun vasfından kaynaklanan fiili bir nitelikli hal söz konusudur. Kusurluluk ilkesi uyarınca fiilden kaynaklanan bu nitelikli hal bunu bilen suç ortakları hakkında uygulanabilecek, diğer bir ifadeyle suç ortaklarına sirayet edecektir.

Olayımızda (A) azmettiren, yani şerik konumunda olup, bir kamu görevlisini yerine getirmiş olduğu kamu görevi nedeniyle öldürmeye (C) isimli şahsı azmettirmiştir. Dolayısıyla (A)'nın eylemi, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kamu görevlisinin öldürülmesini öldürmeye azmettirmektir. Bu nedenle (A) TCK'nın 38 ve 82/1-g maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Tetikçi olan fail (B) ise, bu durumu bilip bilmemesine göre bir değerlendirme yapılacaktır. Eğer tetikçi olan fail (B) bu durumu bilmekte, yani öldürmenin nedenin yerine getirmiş olduğu kamu görevi olduğu hususunu bilmekte ise TCK'nın 82/1-g maddesi uyarınca cezalandırılacaktır; aksi halde TCK'nın 81. maddesi uyarınca eylemden sorumlu tutulacaktır.

### *5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

2) Yukarıdaki örneği biraz değiştirip, (C) isimli şahsın (A)'ya öldürme eyleminde kullanması için tabanca verdiğini (A)'nın da (B)'ye tabanca ile ateş edip öldürdüğünü düşünelim.

Bu ihtimalde (A) yine TCK'nın 82/1-g maddesi ile cezalandırılacaktır. Eğer (C), (B)'nin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürüleceğini bilerek (A)'ya tabanca vermiş ise TCK'nın 82/1-g ve 39. maddeleri uyarınca, eğer bu durumu bilmeden, yalnızca (A)'nın bir adam öldüreceğini bilerek tabancayı vermiş ise TCK'nın 81 ve 39. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

3) Örneği biraz daha değiştirip, (A) ve (C)'nin tabancaları birlikte (B)'ye ateş edip öldürdüklerini kabul edelim. (A) ve (C)'nin müşterek fail olarak hareket ettiği bu ihtimal bakımından da, kusurluluk ilkesi uyarınca, nitelikli hal bunu bilen fail bakımından uygulanacaktır. Örneğimizde, (A) bu nitelikli hali bildiğinden TCK'nın 82/1-g maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Eğer (C) bu nitelikli hali bilmekte ise o da TCK'nın 82/1-g maddesi uyarınca, aksi halde TCK'nın 81. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Kanun koyucu, azmettiren veya azmettirilenin cezasının tayini bakımından başka kriterler de öngörmüştür. TCK'nın 38/1 maddesine göre, azmettiren ile azmettirilen arasında altsoy ve üst soy ilişkisinin bulunması halinde azmettirenin cezası üçte birden yarıya kadar artırılacaktır. Azmettirenin belli olmaması ve azmettirilenin kendisini kimin azmettirdiğini söylemesi halinde azmettirilenin cezasında belli oranlarda indirim yapılması öngörülmüş olup, (TCK 38/2 md) bu gibi hallerde azmettirilenin cezasının hesaplanmasında TCK'nın 38/2. maddesi hükümleri dikkate alınacaktır.

### **VII. SONUÇ**

Görüldüğü üzere, 5237 sayılı TCK'da iştirak halinde işlenen suçlarda, suç ortaklarından kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin diğer ortaklara sirayeti konusunu düzenleyip düzenlemediği hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunduğu gibi, TCK hükümlerinin soruna bir çözüm getirmediğini savunanların önerdikleri çözüm önerileri de birbirinden farklıdır. Hangi görüşün isabetli olduğunu günümüz için kesin bir şekilde tayin etmek mümkün olmasa da bir şeyi kesin olarak söylemek mümkündür

*Seydi KAYMAZ*

ki o da kanunumuzun düzenlemesinin yetersiz olduğudur. Bu konuda acilen bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Konunun bağıllık kuralının yer aldığı 40. maddesi çerçevesinde düzenlenmesi veyahut ayrı bir madde veya maddelerde düzenlenmesi elbette ki kanun koyucunun tercihidir. Ancak, mevcut düzenlemenin sorunu çözdüğü görüşünde olan yazarların sorunun çözümü bakımından ileri sürdüğü çözüm önerileri, haksız ve izahı güç sonuçlara neden olduğundan, yapılacak yasal düzenlemede bu sonuca ulaşmayı mümkün kılan hükümlere yer verilmemelidir.

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin sirayeti sorununu çözdüğünü belirten yazarlardan Koca/Üzülmez, (A) ile (B)'nin evli olduğu, (C) isimli şahsın, (A)'nın eşi olan (B)'yi öldürdüğü, (A)'nın da bu fiilin gerçekleşmesinde (C)'ye yardım ettiği olayda, (C)'nin, (A)'nın işlemiş olduğu niteliksiz adam öldürmek suçuna iştirakten cezalandırılacağını savunmaktadırlar. Buna göre, (A) TCK'nın 81/1 maddesi uyarınca, (C)'de TCK'nın 81/1 ve 39. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır ki bu çözümün kanun karşısında eşitlik ve cezanın suçun ağırlığıyla orantılı olması gerektiği şeklindeki ilkeyle uyumlu olmadığı açıktır. Kanunumuzda eşini öldüren failde daha büyük bir kötülük ve acımasızlık bulunduğu ve eşler arasındaki ilişkinin fiilin işlenmesi bakımından kolaylık sağlaması nedeniyle bu halin nitelikli bir hal olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna rağmen olayımızda TCK'nın 40. maddesi hükümlerinden yola çıkıldığı belirtilerek, eşinin öldürülmesine yardımda bulunan fail, niteliksiz adam öldürmek suçuna yardım etmekten sorumlu tutulmaktadır. O nedenle, yapılacak yasal düzenleme, bu tür sakıncaları giderilmeli, sorumluluğun, fiilin haksızlık içeriği ve suç ortaklarının suça katkılarının niteliği ve nedensel değeri ile suç ortaklarından kaynaklanan kötülük ve acımasızlık dikkate alınarak belirlenmesine olanak tanıyan bir düzenleme yapılmalıdır. Yapılacak bir yasal düzenlemede Alman Ceza Kanununun 28/2. maddesinin örnek alınması yararlı olacaktır.



**KAYNAKLAR**

AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.XIV, Sayı:1, Yıl.2010, s.167-214

AYDIN, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Ankara 2009

BOHLANDER, Micheal, *Principles of German Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2011

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, 9. Bası, İstanbul 1986

ERDEM, M.Ruhan, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı.5, Aralık 2005, s.204-215

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.

EREM, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler*, Cilt.1, Ankara 1993

ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişileri Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994

ERMAN, Barış, “Yargıtay 1’inci Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler,”

(Tebliğ) Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, Yargıtay-Türk

Ceza Hukuku Derneği, 15.01.2011, Ankara. s.50-62.

The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander)  
[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/german\\_criminal\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf)  
(Erişim Tarihi: 12.9.2011)

*Seydi KAYMAZ*

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat, *Türk Ceza Kanunu Açılımı*, Cilt. I, Genişletilmiş 4. bası, İstanbul 1980

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2008.

HAKERİ, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl.1, Sayı.1, Ekim 2006. s.75-109.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2011

İÇEL, Kayıhan/EVİK, A.Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, II*, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2007

İSKENDER, Salih Zeki, *Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu*, Ankara 2011.

KESKİN, Serap, “Suç Ortaklığı”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998.s.227-233.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2011.

KUNTER, Nurullah, *Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*Mecmuası*, Cilt.13, Sayı.1, 1974, s.65-94

MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, *Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza*

*Sorumluluğu*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. LXIII, Yıl 2005, Sayı.1-2, 2005. s.57-112.

MAJNO, *Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt.1, Ankara 1977

ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt. II, İstanbul 1989

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.

*5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...*

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara 2001

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2011

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M.Ruhan, *Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2011.

ROXİN, Claus/İSFEN, Osman, (Çev: Osman İsfen), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri,” Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2006. s.277-293.

TOROSLU, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku*, Ankara 2005.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998. s.109-195.

ÜNVER, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl.1, Sayı.1, Ekim 2006. s.37-73.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*; Cilt.II, Ankara, 2010.

Boş