

# KUSURLULUK PRENSİBİ AÇISINDAN AZMETTİRENİN CEZA SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Fatih S. Mahmutoğlu\*

## I. SUÇA İŞTİRAK

### 1. Kavram

Suçta iştirak, Yasa'daki suç tarifinden herhangi bir zorunluluğun ortaya çıkmadığı durumlarda birden çok kişinin bir araya gelmesiyle bir suçun işlenmesidir. Başka bir anlatımla, tek kişi ile işlenebilmesi olanaklı olan bir suçun, birden fazla kişi tarafından ortak bir irade ve bu iradenin planı dahilinde hareket edilerek gerçekleştirilmesidir.

Bu basit tanımdan da hemen anlaşılacağı üzere, suçlar esas itibariyle tek kişi tarafından işlenebilmekte, birden fazla kişinin birlikte olması zorunluluk teşkil etmemektedir. Bir araya geliş bütünüyle suç işleme iradesi taşıyan faillerin serbest iradesine dayanmaktadır. Kısacası bu birliktelik ilkesel olarak, suç tipinde olmazsa olmaz bir koşul değildir. Ancak birden fazla kişinin suçta katılımı bazı hallerde suçun nitelikli haline neden olabilmektedir.

Buna karşılık iştirak halini zorunlu kılan haller, istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, bazı suçlar yapıları gereği birden fazla kişinin ortak katılımıyla gerçekleştirilebilirler. Bunlar çok failli suçlardır ve nitelikleri gereği birden fazla kişinin fail olarak katılımını gerektirirler<sup>1</sup>. Gerek Eski gerek Ye-

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Doktrinde çok failli suçlar, hareketin hukuki önemine göre ve yapıları bakımından ayrıma tabi tutulmaktadır. Birinci grup için dar, geniş anlamda çok fail suçlar ve düzensiz çok failli suçlar; ikinci grup için ise, yakınsama ve karşılaşma yada aynı veya farklı gayeye yönelik çok failli suçlar başlık-



ni Ceza Kanunları'ndan örnekler verilecek olursa; mahkum veya tutukluların ayaklanması (765 sayılı TCK m. 304 / 5237 sayılı TCK m. 296 hükümlü veya tutuklunun ayaklanması), cürüm işlemek için teşekkül meydana getirmek (765 sayılı TCK, m. 313 / 5237 sayılı TCK m. 220 suç işlemek amacıyla örgüt kurma), silahlı örgüt (765 s. TCK m. 168 / 5237 sayılı TCK m. 314), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (765 s. TCK m. 403 / 5237 sayılı TCK m. 188), memurların birlikte görevi bırakmaları (765 sayılı TCK, m. 236 / 5237 sayılı TCK m. 260 kamu görevinin terki veya yapılmaması) suçları bazılarıdır.

Hatırlatmak isteriz ki, çok faili suçların da iştirak halinde işlenebilmesi mümkündür. Nasıl ki, tek kişi tarafından işlenebilen suçlar iştirak halinde işlenebiliyorsa, çok faili suçlar da ortaklaşa işlenebilecektir. Ancak böyle bir ihtimalin gerçekleşmemesi, çok faili suçun yapısını engelleyici bir nitelik taşımaz.

## 2. Suça İştirakin Hukuki Niteliği

Suça iştirakin ceza sorumluluğunu ne şekilde etkilediği konusunda farklı, temel iki düşünce bulunmaktadır. Bunlardan ilki, suça iştirake ilişkin düzenlemelerin cezalandırma alanını genişlettiği, diğeri ise daralttığı yönündedir. Aslında bu konu fail kavramına verilen anlamla bütünüyle bağlantılıdır. Faile dar ve geniş anlam verilmesi, hukuki nitelik açısından ulaşılabilecek sonucu etkilemektedir.

*Dar anlamda fail*, Yasa'da yer alan suç tanımındaki tipik eylemi bizzat gerçekleştiren ve sonuca doğrudan sebebiyet veren kişidir. Bu eylemleri doğrudan gerçekleştirmeyip de Yasa'da öngörülen sonucun ortaya çıkmasına katkıda bulunanlar ise, fail kabul edilmediklerinden cezalandırılmaları mümkün değildir. Bu kişilerin faille birlikte sorumlu olabilmeleri ancak iştirake ilişkin özel bir düzenleme ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle de, iştirak kuralları cezalandırma alanını genişletici etki göstermektedir.

---

larının kullanıldığı görülmektedir. DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Gözden Geçirilmiş, Seçkin Yay., 3. Bası, Ankara 2005, s. 414-415; İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, Beta Yay., İstanbul 2000, s. 373; CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2005, s.511-512.



*Geniş anlamda fail* ise, Yasa'da öngörülen suç tanımındaki neticenin gerçekleşmesi yönünde nedensellik değeri taşıyan herhangi bir hareketi yapan herkeştir. Başka bir deyişle, suça azmettiren veya yardımda bulunan kişiler de fail kavramı içinde kabul edilirler. Bu durumda ise, tüm faillere aynı cezanın verilmesi gerekir. Ancak iştirak kuralları sayesinde özellikle yardım eden bazı halde de azmettiren daha az ceza alabilmektedirler. O halde, anılan müessese cezalandırma alanını genişletici değil daraltıcı bir fonksiyon görmektedir<sup>2</sup>.

Bizce, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, bir kişinin cezalandırılabilmesi için Yasa'da tanımı yapılan eylemi bizzat gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bunun dışında kalan kişilerin cezalandırılabilmeleri için ise özel bir düzenleme şart olup, bunu da iştirak kuralları sağlamaktadır. Bu nedenle biz de dar anlamda failden hareketle, söz konusu kurumun cezalandırma alanını genişlettiğini düşünmekteyiz. Ülkemiz doktrindeki baskın görüş de bu yöndedir.

## II. İŞTİRAKE İLİŞKİN SİSTEMLER

### 1. Eşitlik Sistemi

Bu sistem tüm faillere aynı cezanın verilmesi esnasından hareket edip, suça katılanlar bakımından bir ayırım yapmamaktadır. Bu görüşü savunanların ortaya koydukları gerekçeler farklı olabilmektedir. Bunlardan bazıları, bir suçu işleyenler arasında kader birliğine vurgu yapmakta ve bu birliğin cezaya da yansımaları gerektiğini savunmaktadırlar. Diğer bir kısmı ise, nedensellik bağlantısı konusundaki şart teorisinden yola çıkarak suçun tüm katılanlar bakımından ortak bir eser olduğunu ifade ederler. Her fail suçun bir nedenini oluşturmuştur, bunlar arasında ayırım yapılması isabetli değildir.

Hatta eşitlik sisteminin taraftarı bazı yazarlar, bu olasılıkta

<sup>2</sup> ÖZGENÇ İzzet, İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 50 vd., CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 512-513. SCHÖNKE/ SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Auflage, München 1982, s. 323-324; JESCHECK Hans- Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Vierte Auflage, Berlin 1988, s. 588-589; GROPP Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2001 s. 328.



tek bir suç değil fail sayısınınca işlenmiş birden fazla suçun varlığından bahsetmenin daha yerinde olacağını belirtirler<sup>3</sup>.

## 2. İkilik Sistemi

*İkilik sisteminde* ise, suça katılanlar suçun gerçekleşmesindeki rollerine göre ceza alırlar. Bu ayırımıda roller asli ve fer'i bir biçimde ayrılmakta; Yasa'da öngörülen sonucun sebebini oluşturan eylemleri gerçekleştirenler asli, sonuç açısından sadece vesile oluşturan eylemleri yapanlar ise fer'i fail sayılmaktadırlar. İşte bu konuma göre de, çok ya da az ceza alınabilmektedir. Esasen bu sistem failerin suçtan elde ettikleri yararın aynı olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak nedensellik değeri taşıyan bu rollerin somut olayda belirlenmesindeki güçlükler bu sisteme yöneltilelen önemli eleştiriler arasındadır<sup>4</sup>.

## 3. Faile Göre Cezanın Belirlenmesi Sistemi

Bu sistem, esas itibariyle asli – fer'i fail ayrımını saklı tutmakta ancak her faile kendi kötülüğü oranında ceza verilmesi gerektiğini orta koymaktadır. Daha açık bir anlatımla her bir failin kişiliğinin, saikinin araştırılması ve cezanın, failin kişiliğine uyduurulması gereğine dikkat çekilmektedir. İlkesel olarak fer'i fail bakımından da suçun tam cezası öngörülmekteyse de, değinilen un-

<sup>3</sup> DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 453-454; ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1989, s.476; KESKİN Serap, Suç Ortaklığı (Suça İştirak), Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998, s. 228.

<sup>4</sup> DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki..., s.455-460; ÖNDER, Ceza Hukuku..., s. 478, 479; KESKİN, Suç Ortaklığı ..., s. 229. Ayrıntılara girmeden ilave bir bilgi vermemiz gerekirse de asli fer'i fail ayrımı yapan sistemler failerin nasıl saptanacağı konusunda üç farklı teori geliştirmişlerdir. Bunlar; objektif, sübjektif ve karma teorilerdir. Objektif teoriler kendi içerisinde maddi ve şekli olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi objektif teoriler de, netice açısından sebep oluşturan hareketi yapanlar asli, buna karşılık netice bakımından herhangi bir şartı gerçekleştirenler fer'i fail olarak kabul edilir. Şekli objektif teorilerde ise bu ayırım kanun koyucunun iradesine bırakılmıştır. Sübjektif teoriler de ise ayırım esas itibariyle suça katılanların kastına göre yapılır. Bu grup içerisinde katılanların amacına veya yararına göre ayırım yapanlar da bulunmakta, esas yarar sahipleri asli fail, bu amaçla yardım edenlere ise fer'i fail olarak görülmektedirler. Ayrıca iştirak teorileri bakımından bkz. GROPP, Strafrecht..., s .332-333; JESCHECK, Lehrbuch..., s.590; BAUMANN Jürgen /WEBER Ulrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 1985, s.529-534; ÖZBEK Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2005, s. 415-417.



surlarla yargıca daha az ceza verebilmek bakımından bir takdir hakkı tanınmaktadır<sup>5</sup>.

#### 4. TCK'nun Kabul Ettiği Sistem

5237 Sayılı TCK'nun 37 ve devamı maddelerinde, suça iştirake ilişkin düzenlemelerin yer aldığını görmekteyiz. Yasa'nın 37. maddesine ilişkin gerekçesinde; *"Hükümet Tasarısı'nda da benimsenen asli iştirak, fer'i iştirak ayrımının eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme Tasarı'dan çıkarılmıştır."* denilmektedir. Ancak iştirak ile ilgili hükümler incelendiğinde; faillik (m.37), azmettirme (m.38) ve yardım etme (m.39) kavramlarına yer verildiği görülmekte ve bu ayrıma göre de cezalar bakımından farklılıklar yaratılmaktadır. Bu durum karşısında Yeni TCK'nun da, 765 Sayılı TCK'da olduğu gibi ikilik sistemin kabul ettiğini söylemeliyiz. Ancak 37. maddenin gerekçesinde ortaklaşa faillğe verilen anlam, 765 Sayılı TCK'dan farklı uygulamalara neden olacaktır. Gerekçede; *"Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur."* denilmektedir. İşte bu gerekçeden ötürü, her somut olayda hakimiyet açısından ayrı ayrı değerlendirmede bulunulacak ve eski düzenlememiz karşısında fer'i maddi veya manevi fail olarak kabul ettiğimiz biri, yeni düzenleme karşısında duruma göre, fail ya da şerik olabilecektir. Zaten bu yaklaşımın bir sonucu olarak da zorunlu fer'i iştirak, doğrudan doğruya birlikte işlemek ibarelerine Yeni Yasa'da yer verilmemiştir. Çünkü her iki halde de suça olan katkı çok önemli görüldüğünden, asli fail gibi kabul edilmişlerdi. Şimdiki sistemde ise, olaydaki hâkimiyetleri onları fail konumuna sokabilecektir.

<sup>5</sup> DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki... s.460-464; ÖNDER, Ceza Hukuku..., s. 477,478; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 515; KESKİN, Suç Ortaklığı..., s. 230.



### III. İŞTİRAKİN KOŞULLARI

#### 1. Birden Çok Kişinin Bulunması – Nedensellik Değeri Taşıyan Birden Çok Hareketin Yapılması

Kavramsal olarak da belirttiğimiz üzere, iştirak halinde işlenen bir suçtan bahsedebilmek için, birden fazla kişinin olması ve her birinin ortak iradeye uygun davranışta bulunmuş olması şarttır. Başka bir anlatımla, birden çok kişinin netice yönünden nedensellik değeri taşıyan her hareketi iştirak için yeterlidir. Faillerin gerçekleştirdikleri eylemlerin aynı nitelikte olması da gerekmemektedir. Ortaya konulan farklı nitelikteki katkı sadece hukuksal statülerini belirleyecektir. Şayet eylem üzerinde kişinin hakimiyeti söz konusuysa fail, değilse, duruma göre azmettiren ya da yardım eden şerik olabilecektir<sup>6</sup>.

#### 2. Suç İşlemeye Yönelik Ortak İrade

İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılan herkesin kasten hareket etmesi zorunludur. Başka bir ifade ile, fail ve şerikler Yasa'da öngörülen suçun hareket ve neticesini bilerek ve isteyerek davranmalıdırlar. Taksirli davranışlar iştirakin oluşumuna engeldir. Ancak hatırlatmalıyız ki, suça iştirakin mevcudiyeti için mutlaka eylemden önce anlaşma da zorunlu değildir. Suçun işlenmesi anında da bu ortak irade oluşturulabilir. Hatta suç işleyen birinin haberi olmaksızın, bir başkasının yardım etmesi durumunda da iştirak iradesinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir<sup>7</sup>. Örgütlü suçlarda da mutlaka bir araya gelmek, karşılıklı olarak görüş alış verişinde bulunmak gerekli değildir. Örgüte dahil olma bilinci ve bu çerçevede suç işlenmesi iştirak açısından yeterli olacaktır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki... s. 465,466; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 517,518; ÖNDER, Ceza Hukuku..., s. 481, 482; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku ..., s. 420, 421, 423, 424.

<sup>7</sup> DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki... s. 478, 483, CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 518,519; ÖNDER, Ceza Hukuku..., s. 483, 484; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku..., s. 425, 426.

<sup>8</sup> Nitekim 5237 sayılı TCK 220/5 maddesi "örgüt yöneticileri örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır" demek suretiyle açıklamaya çalıştığımız özel durumu yasal hale getirmiştir. Bkz. İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi, s. 373. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s.388, 389.



### 3. Kararlaştırılan Eylemin Gerçekleştirilmesi (Bağlılık Kuralı)

İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçun icrasına başlanması ve bu suçun tüm fail ve şerikler için aynı olması gerekmektedir. Suçun tamamlanmış olması şart değildir. Yapılan hareketler teşebbüs derecesinde de kalmış olabilir. Ancak her hâkarda gerçekleştirilen tipik hareketler icra hareketi niteliğinde olmalıdır. Yasa'da aksine bir düzenleme bulunmadıkça, hazırlık hareketleri bakımından suça iştirak hükümleri uygulanamaz. Nitekim Yeni TCK'nun 40/3 maddesinde, suçun en azından teşebbüs derecesinde kalması gerektiği belirtilmektedir. Bu koşul açısından açıkça görülmektedir ki, iştirak iradesi dışında gerçekleştirilen suçlar bakımından diğer fail ya da şerikler bakımından herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır<sup>9</sup>. Bu husus, daha sonra çeşitli ihtimalleri dikkate alarak değineceğimiz azmettirenin ceza sorumluluğu bakımından büyük önem arz etmektedir<sup>10</sup>.

## IV. TÜRK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKİLLERİNDEN AZMETTİRME

### 1. Genel Bilgiler

Bilindiği üzere, suç ortaklığında birden fazla ve farklı hukuksal statüler kabul edilmiş olup, azmettirme de bunlardan bir tanesidir. Ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz iştirakin bu biçimine ilişkin bir tanım vermeden önce, Kanunumuzda yer alan faillik ve şeriklik ayrımına tekrar değinmek istiyor, bu ayrıma dayalı olarak diğer iştirak biçimlerden bahsetmeyi daha uygun görüyoruz.

Yeni TCK sisteminde *faillik*, Kanun'da tanımlanmış olan suç tipinin gerçekleştirilmesini zorunlu kılmakta olup, bu nedenle belirli bir sonucun meydana gelmesi için nedensel bir katkıda bulunan herkesi değil, nedensellik değeri taşımakla birlikte, kanunda tarif edilen eylemi ortaya koyan kişiyi ifade etmektedir. Bu tanıma

<sup>9</sup> EBERHARD Schmidhauser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Zweite Neubearbeitete Auflage, Tübingen 1975, s. 506-514; JESCHECK, Lehrbuch..., s. 590.

<sup>10</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 519-521; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku ..., s. 427, 430; GROPP, s. 357,358; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch..., s.325; İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi, s. 373; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 375, 376.



uygun kişilerin birlikte hareket etmeleri sonucunda suç işlemele-ri söz konusu olduğunda ise, artık *müşterek* ya da *ortaklaşa fail-likten* bahsedilebilecektir. *Ortaklaşa faillikte* birlikte suç işleme kararının yanı sıra, eylem üzerinde birlikte hâkimiyet kurulması belirleyici olmaktadır<sup>11</sup>. Bu birliktelikte failer bakımından daha önce almış oldukları karar çerçevesinde bir işbölümü mevcut olup, her fail bu plana uygun, etkili ve fonksiyonel katkıda bulun-maktadır<sup>12</sup>. Bu nedenle, belli bir suçun failine onun bilgisi ol-

11 Alman hukukundan etkilenecek geliştirilen fail ve failer belirleyen "eylem üzerinde hakimiyet teorisi" bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. RO-XIN Claus, *Taeterschaft und Tatherrschaft*, Sechste Auflage, Berlin 1994, s. 60-67, 122-126. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, *İştirakin Hukuki .....*, s. 139 vd; İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜN-VER, *Suç Teorisi*, s. 373. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Türk Ceza Huku-kuna ...*, s. 375, 376.

Ortaklaşa faillikte hakimiyet prensibinin esas alınmasına ilişkin olarak eleştiride bulunan ŞEN; "Son derece teorik, tesbiti güç ve adaletsiz uygula-malara yol açabilecek "müşterek faillik" müessesesine ilişkin düzenlemenin, 765 sayılı Kanunu'nun 64. ve 65. maddelerinde öngörülen asli iştirak - fer'i iştirak ayırımından daha olumlu sonuçlar verebileceğini söylemek oldukça güçtür. Kanaatimizce, 765 sayılı Kanun'un öngördüğü sistemdeki ölçütler da-ha somut ve sorunların çözümünde daha adaletli sonuçlara ulaşılmasını sağ-lamakta idi." Ayrıca "... Müşterek faillik sisteminin 765 sayılı Kanun'un 464. maddesinde düzenlenen, bir kavga sırasında gerçekleşen ölüm veya yarala-ma durumunda, ölen veya yaralanan kişiye karşı kavga sırasında el uzat-mış bulunanların cezai sorumluluğuna açıklık getirebildiğini söyleyebilmek de mümkün değildir." demektedir. ŞEN Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yo-rumu*, Cilt I, İstanbul 2006, s. 118, 119.

12 Doktrinde faillik ve ortaklaşa faillik kavramlarından yola çıkılarak, *kısmi or-taklaşa faillik* ve *yan yana bağımsız faillikten* de söz edilmekte ve şu açık-lamalar yapılmaktadır : "Müştereken işlenmesi konusunda karar birliğine vardıkları suçun unsurları arasında kastın haricinde örneğin maksat gibi zi-yade bir manevi unsura yer verilmiş ise, bütün müşterek faillerin bu maksat-la hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde manevi unsur olarak kastın haricin-de maksadın araştırıldığı suça müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Örneğin bir kasten adam öldürme suçunda, adam öldürmenin basit şekli açısından iki suç ortağı A ve B, müşterek fail olarak sorumlu tutulabi-lirler. Ancak bu öldürme fiilinin belirli maksatla işlenmesinin ilişkin kasten adam öldürme suçunun mevsuf şekli açısından, sadece bu maksatla hareket eden suç ortağını fail olarak sorumlu tutabiliriz. Buna karşılık, bu maksatla hareket etmeyen suç ortağını diğerinin bu maksatla hareket ettiğini bilmesi halinde dahi adam öldürme suçunun bu mevsuf şekli açısından ancak yar-dımda bulunan ortak olarak sorumlu tutabiliriz (Kısmi müşterek faillik).

Aralarında birlikte suç işleme kararı olmaksızın aynı suçun aynı anda işlen-mesi halinde bu kişiler yan yana müstakil failer olarak sorumlu tutulacak-lardır. Örneğin birbirinden habersiz A ve B müşterek düşmanları C'yi öldür-mek için, geçeceği yol üzerinde pusu kurarlar. A ve B, C'ye aynı anda ateş ederler." ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 496; İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜN-VER, *Suç Teorisi*, s. 376-389. Ayrıca bkz. EBERHARD, *Strafrecht ...*, s. 540; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht ...*, s.524-527.



maksızın suç işlenmesi sırasında ya da öncesinde tek taraflı bir irade ile yardım edilmesi durumunda, ortaklaşa faillikten bahsedilemeyecektir. Görülüyor ki, kanunun bu yaklaşımı yukarıda da değindiğimiz dar faillik esasına dayanmaktadır.

*Şeriklikte* ise, suçun gerçekleştirilmesine katkıda bulunmakla birlikte, bu katkı kanunda öngörülen tipik hareketleri icra etmek biçiminde karşımıza çıkmamaktadır. Başka bir ifade ile suçun işlenişine bulunduğu katkı, kanuni tanımdaki eylemi gerçekleştirmeyen diğer suç ortaklarının *yardım eden* olarak nitelendirilmesine neden olmakta ve bu düzenleme sorumluluk alanını genişleten hükümler şeklinde görülmektedir. İşte azmettirme ve yardımda bulunma şeklinde ortaya çıkan şeriklikte, cezai sorumluluk ancak *bağlılık kuralı* yoluyla mümkün olabilmektedir. Gerçekten de *fail* kanuni tanıma uygun eylem ile doğrudan temas halinde iken, *yardım eden* yani *şerik* yönünden eylemle doğrudan bir irtibat söz konusu olmayıp, faille olan bağlantısı sebebiyle ve ancak *bağlılık kuralı* kapsamında sorumlu görülecektir. Nitekim 5237 Sayılı TCK'nun *bağlılık kuralı* başlıklı 40. maddesi de; "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır." demek suretiyle, teorik olarak kabul gören bu hususu hüküm altına almıştır.

## 2. Azmettirme

*Suçta azmettirme*, en basit tanımıyla bir kişiye suç işleme kararı verdirerek ona suç işletmektir. Bu kişide daha önce suç işleme yönünde bir irade mevcut değildir<sup>13</sup>. Azmettirenin iradesi su-

<sup>13</sup> Eski Roma hukukunda, iştirak şekilleri bakımından çok genel bir ayrıma yer verilmekteydi ve hepsine aynı yaptırım uygulanıyordu. Cermen hukukunda ise, başlangıçta azmettiren ve yardımda bulunanlar bir yaptırımla karşılaşmıyordu, ancak, "adam öldürmeye azmettirme", "yalan yere yemin ettirmeye azmettirme" ya da "hırsızlığa azmettirme" gibi bazı özel düzenlemeler mevcuttu. Daha sonraları gerek azmettiren, gerekse yardım eden kategorik olarak dikkate alındı, ne var ki, bu sorumluluk açısından, failden sonra ikinci derecede bir sorumluluktan söz edilebilir. Ancak bu kural zamanla değişime uğrayarak, duruma göre faille aynı, hafifletilmiş veya arttırılmış ceza verilebilmesi mümkün kılındı. Bu noktada özellikle vurgulanmalıdır ki, azmettirme ilk defa hukuksal değer ihlalindeki etkide dikkate alınarak Feuerbach, tarafından ele alındı ve "asli-fer'i şeriklik" (= "Haupt - und indirecte Wirkung") ayrımı içinde irdelendi. Başka bir anlatımla, Feuerbach, failliği "maddi" ve "manevi" olmak üzere ikiye ayırmış ve azmettirmeyi "manevi fa-



çun işlenilmesinin esas nedenini oluşturmaktadır. Denilebilir ki, *suç işleyen kişi azmettirenin yönlendirmesi gerçekleşmeseydi, suç işlemeyecekti*<sup>14</sup>. Bu kısa açıklama da gösteriyor ki, suç işleme iradesine sahip bir kişiyi desteklemek, yönlendirmek, ona maddi ve manevi açıdan katkıda bulunmak azmettirmek kavramı dışındadır<sup>15</sup>.

Azmettirenin varlığı yönünden suça katılanların mutlaka bir araya gelmeleri şart değildir. Azmettirenin fail ya da faileri aracılık olarak başka fail ya da faileri suç işlemeye sevketmesi de yine azmettirme kavramı içerisindedir. Buna *azmettirmeye azmettirme* denilmektedir. Bu olasılık, özellikle örgütlü suçlar bakımından sıkça karşılaşılan bir durumdur.

Azmettiren ile azmettirilen arasındaki birliktelik çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir. Örneğin, failin kendisinin değil de azmettirenin çıkarına suçu işlemesi durumunda, suçta vekâletten söz edilir. Bu ilişkide azmettirenin kendisini olası risklerden uzak tutmak istemesi, çekingen ya da korkak olması veya suçun işlenmesi düşünülen yerden uzakta bulunması gibi sebepler mevcut olabilir. Meşru olmayan bu vekâlet ilişkisi, icra edilmediği müddetçe ceza hukukunun ilgi sahasının dışında kalmaktadır. Ancak bazı hukuk sistemlerinde azmettirenin bu yöndeki iradesi de cezalandırılmaktadır<sup>16</sup>.

Diğer bir olasılık azmettirilen failin, kendi yararına suç işlemesidir. Buna *teşçi* denilmektedir. Ancak çok nadiren karşılaşılmakta ve ayırt edilmesi son derece güç olmaktadır.

Üçüncü bir durum ise, her iki tarafın ortak çıkarının bulun-

---

*illik*" (= "intellektuelle Urheberchaft") olarak sınıflandırmıştır. Öte yandan teorik ayrımlarda esas itibariyle faillik olarak görünen azmettirme, *ilk defa Mittermaier* tarafından *şeriklik* olarak görüldü. Azmettirmeye ilişkin modern ceza hukuku anlayışına uygun ilk tanıma ise *Bauer*'de rastlanmaktadır: Gerçektende başkasında bir suçun işlenmesi düşüncesinin kasten oluşturulması şeklindeki tanımla bu konuda en önemli adımlardan birinin atılmasına neden olmuştur. ÖZGENÇ, *İştirakin Hukuki* ....., s. 24, 31, 32, 33.

14 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna* ..., s. 527.

15 SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*..., s. 326-327; EBERHARD, *Strafrecht*..., s. 552-556; GROPP, *Strafrecht*..., s. 360-365; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht* ..., s. 517.

16 Alman Ceza Kanunu'nun 30. maddesindeki azmetmeye teşebbüs düzenlemesinde olduğu gibi. Ülkemizde de 765 Sayılı TCK'nun 291/2. maddesinde düzenlenen yalancı tanıklık, bilirkişilik ve tercümanlık suçu bakımından durum böyleydi.



ması olup, en yaygın biçimde karşımıza çıkmaktadır<sup>17</sup>. Bazı düzenlemelerde failin şahsi çıkarı dikkate alınarak azmettiren yönünden bir ceza indirimine gidilmektedir. Nitekim 765 Sayılı TCK madde 64/2'de azmettiren bakımından daha az bir ceza verilebilmekteydi. 5237 Sayılı TCK ise, bu hükme yer vermemiş, aksine bazı durumlarda azmettirenin cezasının artırılması yolunu tercih etmiştir (m.38/2)<sup>18</sup>.

Bu açıklamalarımız da gösteriyor ki, taksirli suçlar bakımından esas itibariyle azmettirme kabul edilemez, çünkü bu suçlarda istenilmeyen neticeden sorumluluk vardır. Ancak taksirli suçların hareket kısmına azmettirmenin mümkün olup olmayacağı tartışmaya elverişlidir<sup>19</sup>.

### 3. Benzer Kavramlardan Farkı

#### a. Yardım Edenden Farkı

*Yardım etme*, kasten suç işleme iradesine sahip bir kişinin işlemekte olduğu bir suçun icrasının, bilerek ve isteyerek desteklenmesi anlamına gelmektedir. Bu katkı maddi ve manevi olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Manevi yardımda, failin suç işle-

17 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 528.

18 "Üst soy ve alt soy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirilme halinde azmettirenin üçte birden yarısına kadar arttırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde bu fıkra hükümlerine göre cezanın arttırılabilmesi için üst soy ve alt soy ilişkisinin varlığı aranmaz." (madde 38/2).

Yeni Kanun bazen de fail ve yardım eden bakımından cezanın bir miktar indirilmesine de olanak tanımıştır. Bu durum da 38. maddenin 3. fıkrasında; "Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ...indirim yapılabilir." şeklinde ifade edilmiştir.

19 Örneğin araba kullanan arkadaşını hızlı sürmek konusunda trafik kurallarına aykırı bir biçimde yönlendiren ya da boş bir arazide silah atmaya teşvik eden kişinin konumu böyledir. İstenilmeyen netice gerçekleştiğinde hareketi bizzat gerçekleştirmemekle birlikte böyle bir davranışın ortaya çıkmasına neden olduğundan cezai açıdan sorumluluğuna gidilebilecektir. Çünkü ortaya konulan yönlendirici hareketin etkisiyle kişiler işbirliği içerisinde kasten davranmakta ve hukuk düzeniyle çatışmaktadırlar. Zaten taksirli suçların kasten işlenen suçlardan temel farkı da neticenin istenmemesi noktasındadır. Bu nedenle taksirli suçların hareket kısmında azmettirmeden söz etmek bizce isabetlidir. MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Türk Ceza Kanununun 463. Maddesi Hükümünün Taksirle İşlenen Suçlar Açısından Uygulanabilirliği Sorunu, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, 2000, s. 183.



me yönündeki kararı desteklenir, takviye edilir. Başka bir ifade ile, psikolojik olarak yapılan katkı ile kişideki suç işleme yönündeki irade adeta pekiştirilir, tereddütler giderilmeye çalışılır ve cesaret arttırılır. Maddi yardım ise, suçun işlenilmesinde kullanılan araç ve gereçleri sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır. Bu yardımların elverişli olması ve suçta kullanılmış bulunması şarttır. Kullanılmamışsa ve buna rağmen failin suç işleme kararını kuvvetlendirilmişse, bu durumda manevi yardımcı şeriklik düşünülebilecektir<sup>20</sup>. Yeni Yasamız, yardım etme başlığını taşıyan 39. maddesinde<sup>21</sup>, hangi olasılıklarda yardım etmenin mevcut olduğunu tek tek göstermiştir.

Görülüyor ki, azmettiren ile yardım eden arasındaki benzerlik şerik olmaları ve suç işleyen kişiye manevi katkıda bulunmaları noktasındadır. Ancak aralarındaki temel fark, faildeki suç işleme iradesinin oluşma biçiminde ya da aşamasındadır. Azmettirme söz konusu olduğunda, suç yoluna itilen failin o aşamaya kadar suç işlemek yönünde bir iradesi bulunmamakta, fail bu iradeye azmettirenin yoğun telkinleriyle ulaşmakta ve böylelikle suç işlemektedir. Buna karşılık yardım etmede, failin suç işleme kararı mevcuttur, bu karar maddi ve manevi yönden desteklenmektedir.

### **b. Dolayısıyla Faillikten Farkı**

*Dolayısıyla faillik* en basit anlatımıyla, bir kişinin suç işlenilmesinde araç olarak kullanılmasıdır. Dolayısıyla fail olarak tanımlanan kişi, araç olarak kullandığı kişi üzerinde bir egemenlik kurmakta ve bu egemenlik sayesinde yasada öngörülen tipik eylemin

20 SCHÖNKE/ SCHRÖDER, Strafgesetzbuch..., s. 327, 328, 331, 332; EBERHARD, Strafrecht..., s. 566, 567, 570; JESCHECK, Lehrbuch..., s. 621, 625, 626; BAUMANN/WEBER, Strafrecht ..., s.517; ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, s. 233, 234; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku..., s. 440-442.

21 Madde 39/2 şöyledir : "Aşağıdaki hallede kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur;

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya failin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya failin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak."



gerçekleştirilmesini sağlamaktadır<sup>22</sup>. Burada akla ilk gelen olasılık, eylemi gerçekleştiren kişinin, yapmış olduğu davranışın anlam ve sonuçlarını çeşitli nedenlerle fark edememesidir. Akıl hastası bir kişinin, bir küçüğün ya da anlama ve kavrama yeteneği olan küçük ya da yetişkinin yanılgıya uğratılarak suçta vasıta kılınmasında bu durum söz konusudur. Diğer bir olasılıkta ise, bir kişinin cebir ve tehdit gibi insan iradesini zorlayan ya da ortadan kaldıran bir etkenden ötürü suç işlemek durumunda bırakılmasıdır. Ancak belirtmeliyiz ki, kişinin davranışının bir eylem niteliği taşımadığı ya da psikolojik olarak belirli bir amaca yönelik hareket etme olanağı bulunmayan kişilerin suçta vasıta olarak kullanıldığı hallerde dolaylı değil, doğrudan faillik söz konusudur. Sözelimi kişinin itilmesi suretiyle bir eşyaya zarar verilmesi ya da algılama yeteneği hiç olmayan bir kişinin suç teşkil edecek herhangi bir davranışta bulunması gibi. Hatta kişi dışında başka bir aracın veya hayvanın suçta kullanılması hallerinde dolayısıyla faillikten söz edilemez<sup>23</sup>.

Nitekim 5237 sayılı TCK madde 37/2'de, doktrinde sıkça değinilen bu kuruma; *"Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesine araç olarak kullanan kişinin cezası ... arttırılır."* demek suretiyle yer vermiştir<sup>24</sup>.

22 Kavram olarak "dolaylı faillik"e (= "mittelbare Täterschaft") ilk defa Stübel'de rastlanmaktadır. Yazar bu statüyü "manevi failli"ğin başka bir biçimde ortaya konulması olarak kullanmakta ve bir başkasını suç işlemeye yönelen kişiyi de dolaylı fail olarak tanımlamaktadır. Ancak suçta kullanılan kişinin iradesi üzerindeki etkinin yoğunluğu, ortaya çıkan sonuç ve bu sonucu doğuran illiyet bağlantısı ile birlikte göz önünde bulundurulduğunda önemli değildir. Bu nedenle de, azmettirme ile dolaylı faillik arasında bir farkta bulunmamaktadır. ÖZGENÇ, *İştirakin Hukuki ...*, s.33; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht ...*, s.518.

23 Ayrıntılı bilgi için bkz. ROXIN, *Täterschaft und ...*, s. 107 vd; EBERHARD, *Strafrecht...*, s. 517-521; JESCHECK, *Lehrbuch...*, s.600-601; GROPP, *Strafrecht...*, s. 346, 347, 348; ÖZGENÇ, *İştirakin Hukuki...*, s. 197-198, 233, 235. Alman İmparatorluk Mahkemesi yaş küçüklüğü söz konusu olduğunda kişi üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığının mutlaka saptanması gerektiğini belirterek, 13 yaşındaki bir çocuğa suç işleyen kişiyi dolaylı fail değil, azmettiren olarak kabul etmiştir. Bu saptama akıl hastaları bakımından da geçerlidir. Gerçekten de somut olayda suça sevk edilenler eylemlerinin haksızlığının farkındalar ise, artık burada dolaylı faillikten söz edilemez.

24 Yeni Kanun'un gerek kusurluluk gerekse bu bağlamda yaş küçüklüğü ve akıl hastalığına ilişkin hükümlerinin gerekçesine baktığımızda, küçüklerin ve akıl hastalarının kasten ve taksirli davranabilecekleri ifade edilmekte, ancak bu durumda olanların kınanamayacağı ve ceza sorumluluğunun olama-



Hemen belirtelim ki, gerek azmettiren gerekse dolaylı faillikte, bir başkasının yasal tanımında ortaya konulan hareketin işlenmesine yönlendirilmesi durumu ortak bir paydayı oluşturmaktadır. Bu nedendir ki, daha öncede belirtildiği gibi, 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışına göre dolayısıyla faillik, azmettiren kavramı içerisinde ve manevi unsur üst başlığı altında ele alınmıştır.

Azmettirme söz konusu olduğunda, azmettiren ile azmettirilen arasında suçun işlenmesi bakımından ortak bir irade vardır. Azmettirmede özgür iradesi ile hareket edebilen bir kişinin hukuk düzenince kabul görmeyen haksızlığa, kötülüğe, moral değerlere aykırılığa sevk edildiğinden söz edilir. Suç işlemeye yöneltilen bu kişinin azmettiren ile ilişkisi tamamen kişiseldir. Dış dünyaya yansıyan hareketi de tipik, kusurlu ve hukuka aykındır. Buna karşılık, dolayısıyla faillikte hiçbir biçimde ortak bir iradeden söz edilemez. Suçu gerçekleştiren kişi, duruma göre ya suçu işlediğinin farkında değildir ya da kendisine uygulanan cebir ve tehdidin etkisi sonucunda başka türlü davranmamakta, bu nedenle de *obje* durumuna düşmektedir. Başka bir deyişle, taraflar arasında *süje - obje* ilişkisi ile karşılaşmaktadır. Anılan bu özellikten ötürü de, dolaylı fail olayları başından sonuna kadar kendi denetimi altında tutabilmektedir<sup>25</sup>.

Bazı hallerde azmettirmenin mi dolaylı failliğin mi olup olmadığı tartışmalı olabilir.

Bu konuda çeşitli ihtimaller üzerinde durmak isteriz. Sırasıyla inceleyecek olursak:

---

yacağı vurgulanmaktadır. Bizce, anılan hükümlere ilişkin yaklaşım bu olunca, 37. maddedeki tanımın kastlı ya da taksirli davranabilen, başka bir deyişle algılama yeteneği az da olsa bulunan birini içerdiğini kabul etmemiz gerekir. Aksi taktirde dolaylı faillikle ilgili kavramsal açıklamalar yerini bulmaz. Ayrıca Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin kararında olduğu gibi, somut olayda bazen dolaylı faillik gibi görünen durum, azmettiren olarak karşımıza çıkabilir.

Yeni TCK'nun 28. maddesindeki düzenleme dikkate alınarak yapılan bir açıklamada ise şu görüşler ortaya konulmaktadır : "Belirtmeliyiz ki, Kanunun 28. maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler kabul edildiğine göre, "dolaylı faillik" müessesesini düzenleyen 37. maddenin 2. fıkrasının kusur yeteneği olanları kapsamaması, sadece kusur yeteneği olmayan veya azalmış olan kişileri içine alması daha isabetli kabul edilebilirdi." ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu ..., s. 119.

25 ÖZGENÇ, İştirakin Hukuki ....., s. 199, 200. JESCHECK, Lehrbuch..., s. 600, 601; EBERHARD, Strafrecht..., s. 517-521 YILDIZ Ali Kemal, Dolayısıyla Faillik, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998, s. 235-236.



- *Kastı ortadan kaldıran bir yanılğı söz konusu olduğunda, örneğin, av sırasında A'yı öldürmek isteyen B, karanlıktan da yararlanarak arkadaşı C'yi A'nın av hayvanı olduğuna ikna eder ve ateş etmesini sağlar. Ateş sonucunda A ölür. Bu olasılıkta, yani eylemi gerçekleştirenin kastı olmadığına soyut olarak bir eylem mevcutsa da, eylemi gerçekleştiren kişinin kendi davranışı üzerinde bir hakimiyetinden söz etmek olanaklı değildir. Buna karşılık suça sevkedenin eylem üzerinde hakimiyetinin mevcudiyeti ve buna bağlı olarak dolaylı failliği söz konusu olur.*

Kişinin uğramış olduğu yanılğı taksirli de olabilir. Bu durumda basit ve bilinçli taksir ayrımına göre bir değerlendirme yapmak kanımızca isabetli olur. Basit taksir söz konusu olduğunda arka plandaki kişinin eylem üzerinde egemenlik kurabileceğini yani dolaylı fail olabileceğini düşünmekteyiz. Buna karşılık bilinçli taksirde kişinin sahip olduğu somut olarak öngörebilme imkânı, arka plandaki kişinin dolayısıyla fail olmasını engellemektedir.

Bu bağlamda failin haksızlık yanılğı olmamakla birlikte saik, eylemin niceliği, niteliği ve gerçekleşme koşulları bakımından düştüğü yanılğı üzerinde de kısaca durmak isteriz.

Örneğin; eşini öldürmek isteyen A, kayınbiraderi B'ye gerçek olmamasına rağmen kız kardeşinin kötü yolda olduğunu söyler ve törelerini hatırlatır. B de bunun üzerine kız kardeşini öldürür. Bu örnekte de görüleceği üzere, suça sevk edilen kişi hukuk düzeniyle çatıştığını bilmekte ve bu bilinçle hareket etmektedir. Fiili icra edenin somut olaydaki yanılğı sadece saik yanılğı olup, gerçekleştirmiş olduğu haksızlığa herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de arka plandaki kişi dolaylı fail olarak değil, azmettiren olarak sorumlu olacaktır.

Bazen de saik ile ilgili bulunmayan, fakat suçun maddi konusunun niceliksel değerine ilişkin yanılğı da olabilir. Örneğin, çok değerli bir eşya değersiz olarak gösterilerek ya da tam tersine değersiz bir şey değerli gösterilmek suretiyle bir başkasına imha ettirilebilir. Her iki olasılıkta da eylemi gerçekleştiren kişi haksızlık iradesi taşıdığından, herhangi bir sorun yoktur. Yani ilk planda suça sevkeden kişi azmettiren konumundadır. Ancak birinci olasılıkta yanılğıya uğratılan sonuç bakımından arka plandaki kişinin dolaylı fail olabileceğini kabul edebiliriz. Bu durumda her iki statü birbirini takip edecektir. İkinci olasılıkta ise, daha ağır ihlalle ilişkin irade mantıken daha hafifi de içereceğinden, bu yanılma-



nın bir önemi yoktur ve arka plandaki kişi azmettiredir. Zaten her ikisi de sadece hafif neticeden sorumlu olacaklardır.

Karşılaşılabilecek başka bir durum da suçta kullanılan vasıta ile ilgili olabilir. Sözgelimi, arka plandaki şahıs suçta kullanılan aracın niteliğinde eylem sahibini yanılıya uğratabilir. Örneğin, kişi üzerinde öldürücü ya da sakat bırakıcı etkileri olan bir kimyasal maddenin kullanılmasından ötürü ortaya çıkan ağır netice yönünden de benzer bir sonuca ulaşmak gerekir. Şöyle ki, böyle bir etkinin varlığından haberdar olmayan fakat yaralama iradesi taşıyan kişiyi suça sevkeden arka plandaki şahıs; basit netice bakımından azmettiren, ağır netice için ise dolaylı faildir. Başka bir ifade ile, yanıtılan aracın niteliğini bilmediği için daha az ceza gerektiren nitelikli şekilden, bunu bilen ise daha çok ceza gerektiren nitelikli şekilden dolayı sorumlu olacaktır.

- *Suçta araç olarak kullanılan kişi uğradığı yanılığın etkisiyle somut olayda hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu, dolayısıyla hukuka uygun hareket ettiğini düşünmektedir. Bilindiği gibi kişi, taksirli yanılığın sonuçlarını bir tarafa bırakacak olursak esaslı olan bu yanılığın yararlanır<sup>26</sup> ve ceza yaptırım ile karşılaşmaz. Başka bir ifade ile, hukuka uygunluk sebebi mevcut olduğunda nasıl bir sonuca ulaşıyorsa, burada da aynı sonuca ulaşılacaktır. Ancak bu durum arka plandaki şahsın davranışını hukuka uygun hale getirmeye yetmemektedir ve onun dolaylı fail olarak cezalandırılmasını sonuçlamaktadır. Tekrar hatırlatmak gerekirse, bu olasılıkta bağıllık prensibi de uygulama imkânı bulamamaktadır. Örneğin; suç işlendiğine ilişkin sahte deliller oluşturmak suretiyle bir basın mensubuna başkası aleyhine hakaretimiz yazılar yazdırmak ya da kişinin ceza soruşturmasına maruz bırakılarak tutuklanmasına neden olmak durumlarında, arka plandaki şahıs dolaylı faildir.*

- *Haksızlık yanılığı durumunda, bu olasılık artık mevzuatımız açısından da önem arz etmektedir. 5237 s. TCK'nun 30/4. maddesinde de ifadesini bulan bu kavramın anlamı esasen şudur : Kişi hukuk düzeni ile herhangi bir çatışma içinde olmadığını düşünmekte ve bu düşüncesinde yanılmaktadır. Ancak bu yanılığın kaçınılabilebilir olup olmaması ceza sorumluluğu bakımından önem*

26 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s. 58-60.



arzettmektedir<sup>27</sup>. Şayet bu yanılğı sakınılamaz bir noktada ise, artık kişi kusurlu sayılamayacağından, bu eylemden ötürü cezalandırılabilmesi mümkün olamamaktadır<sup>28</sup>.

Konumuz bağlamında kişi haksızlık yanılığısına sevk edilirse ve bu yanılığının etkisiyle bir ceza normunu ihlal ederse, ikili bir ayırım yaparak sonuca ulaşmak isabetli olur. Şayet kaçınılamaz bir yanılığının varlığından söz edebiliyorsak, bu durumda araç kişi üzerinde bir hakimiyetin varlığını da kabul etmeliyiz. Başka bir ifade ile, arka plandaki kişiyi dolaylı fail olarak görmeliyiz. Buna karşılık yanılğı kaçınılabılır ise, ceza normunu ihlal eden kişinin taksirli davrandığından hareketle, bilinçli ve bilinçsiz taksir ayrımında ulaştığımız sonuçlara göre bir çözüm bulmalıyız. Daha açık bir deyişle, basit taksirde dolaylı fail, bilinçli taksirde ise az-

27 ÖZGENÇ, bu konuda şu görüşleri ortaya koymaktadır : “Dolaylı failliğin bir başka görünüş biçimi de suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren ön plandaki şahsın icra ettiği fiilin bir haksızlık teşkil ettiği, hukuk tarafından tecviz edilmediği konusundaki bilinçten yoksun olması halidir. Buradaki haksızlık bilincinin muhtevasını bir pozitif hukuk kuralının bizzat varlığı veya davranışın cezai müeyyide altına alındığı hususu teşkil etmemektedir. Fiilin toplum düzeninin gereklerine aykırı ve bu nedenle de hukuk tarafından yasaklanmış olduğunun bilincinde olmak yeterlidir. Bu nedenle fiili icra eden ön plandaki şahsın fiilin sosyal değerlere aykırılığının bilincinde olmasına rağmen (maddi hukuka aykırılık bilinci), sadece şekli hukuka aykırılık teşkil ettiğini (şekli hukuka aykırılık) bir başka ifade ile fiilin pozitif hukukla yasaklandığını veya cezai müeyyide altına alındığını bilmiyorsa, bu durumda fail-şerik ilişkisi söz konusudur. Bu durumda fiili icra eden şahıs fail, buna karşılık azmettiren veya yardımda bulunan durumundaki arka plandaki şahıs şerik olacaktır ...Bu ihtimalde cebir ya da tehdit kullanmada olduğu gibi fiili icra eden ön plandaki şahıs üzerinde bir hakimiyet kurulmamaktadır. Bir başkası tarafından haksızlık yanılığısına sevk edilse bile, ön plandaki şahıs fiili icra edip etmeme konusunda karar verme serbestisine sahiptir ...Bu nedenlerdir ki, fiilin maddi oluşum şartlarının bilincinde olmakla beraber haksızlık yanılığısı içinde olan şahsın söz konusu fiilin aynı zamanda sosyal değerlere aykırılık teşkil ettiğinin bilincinde olan bir başkası tarafından araç olarak kullanılması suretiyle bir suçun işlenmesi halinde dolaylı faillik söz konusu olur. Buna karşılık daha önce böyle bir yanılğı içinde bulunan şahsın fiili işlemeye sevk edilmesi halinde, bir görüşe göre dolaylı faillik değil azmettirme söz konusudur.

Haksızlık yanılığısının kaçınılabılır olması halinde dolaylı faillik mi, yoksa azmettirme mi mevcut olduğu hususu doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Bu durumda suça sevkedenin azmettiren olarak sorumluluğu cihetine giden ayrımcı görüş sorumluluk prensibini esas almaktadır. Her iki halde de dolaylı failliğin mevcudiyeti fikrinde hareket eden yazarlar ise, burada failin arkasındaki fail formülünü benimsemektedirler.” ÖZGENÇ, İştirakin Hukuki ... s. 214-218.

28 Nitekim esinlendiğimiz Alman Hukukunda da benzer bir düzenleme yer almakta olup şayet yasağa ilişkin kaçınılamaz bir yanılğı söz konusuysa kusuru ortadan kaldıran bir neden kaçınılabılır nitelikte ise ceza indirimi olarak görülmektedir. (Madde 17) Ayrıntılı bilgi için: ROXIN Claus, (Çev.) İSFEN Osman, Yasağa İlişkin Yanılma, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Ankara 2005, s.243-254, 260-264.



mettirmenin mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Suçta araç olarak kullanılan kişinin içinde bulunduğu psikolojik durum dikkate alındığında, kaçınılamaz yanılığı ile kaçınılabılır yanılığı arasında bir fark olmadığı da ileri sürülebilir. Bu görüş kabul edildiğinde ise, artık azmettiren değil dolaylı faillikten söz edilecektir.

- *Tehlike haline neden olunarak başkalarına suç işletilmesi olasılığında*, arka plandaki kişi yarattığı tehlike ile işlemeyi düşündüğü suçu başkalarına işletebilir. Örneğin; kasten neden olunan yangın, patlama vs. nedeni ile kişiler içinde buldukları zaruret nedeni ile başkalarını yaralayabilirler, öldürebilirler. Bu durumda da arka plandaki kişi dolaylı fail olarak kabul edilmelidir<sup>29</sup>.

- *Suçta araç olarak kullanılan kişinin mağdur edilmesi durumunda*, anılan bu olasılık cebir, tehdit ya da yanılığıya uğratmak suretiyle gerçekleşebilir. Örneğin, bir kişinin cebir ya da tehditle intihar etmeye sevk edilmesine ilişkin<sup>30</sup> ya da malvarlığına zarar

29 Kişi zaten tehlike halinde ise, ona yardım etmek suretiyle bir başkasına karşı suç işlemeye sevk etmek durumu tartışmalara neden olmuştur. Bu konuda kendisinin ve Roxin'in görüşlerini nakleden ÖZGENÇ, şu bilgileri vermektedir : "Buna karşılık daha önceden herhangi bir surette ıztırar haline düşmüş olan bir şahsın kurtuluşuna müdahale edilmesine ilişkin şöyle bir misal verebiliriz. Bir deniz kazasında A, boğulma tehlikesi ile karşı karşıya olan B'ye vasıta tedarik ederek sadece bir kişiyi taşıyabilecek durumda olan C'yi tahtadan düşürtür ve böylece B'nin kurtuluşunu temin eder. A, B'ye böyle bir maddi yardım etmeksizin onu C'yi tahtadan düşürerek kendisini kurtarmaya azmettirebilir veya bu konudaki kararını takviye edebilir. Bazı yazarlara göre daha önceden ıztırar haline düşen bir şahsa kurtuluşu için maddi ve manevi herhangi bir surette yardımda bulunan şahıs, ıztırar halinde işlenen fiilden dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Fakat doktrinde çoğu yazarlar tarafından kabul edilen görüşe göre, bu halde dolaylı faillik değil kasten hukuka aykırı ve fakat mazur görülebilen bir esas fiile azmettiren veya yardımda bulunan şerik olarak iştirak söz konusudur ve ilgili şahıs bu hükümlere göre cezalandırılacaktır. Roxin burada bir ayırım yapmaktadır. Örneğin ikinci ihtimalinde maddi yardımda bulunmaksızın ıztırar halindeki şahsı sadece teşvik eden arka plandaki şahıs, doktrinde hakim olan görüşe uygun olarak sadece şerik olabilecektir. Buna karşılık ıztırar halindeki şahsa vasıta tedariki gibi maddi yardımda bulunulması halinde bu şahsa elinde daha önce mevcut olmayan bir imkân sağlanmaktadır. Bu imkânla arka plandaki şahıs fiil üzerinde hakimiyet kurmakta ve dolaylı fail olmaktadır." ÖZGENÇ, İştirakin Hukuki ..., s. 232, 233.

30 5237 sayılı TCK'nın İntihara Yönlendirme suçuna ilişkin 84. maddesinin 1. fıkrasında "Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharna herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Dikkat edilecek olursa anılan madde iştirak statülerinin cezalandırılması bakımından bir ayırım gözetmeyerek bütün statüler için aynı cezayı öngörmüştür. Kanundaki mevcut iştirak sistemi açısından azmettirenin yardım edene göre daha ağır bir ceza ile cezalandırılacağı kuralının varlığına rağmen 84. maddedeki bu düzenleme iştirak sisteminin bir istisnasını oluşturmaktadır ve isabetli değildir.



verdirilmesi, aynı şekilde yanılıya düşürülerek benzer sonuçlara (örneğin zehirli bir içeceği ulaşabileceği bir yere koyarak içmesini sağlamak gibi) neden olunması hallerinde, dolaylı faillik söz konusudur. Yanılıya uğrayanın ya da cebir tehdit altında bulunanın küçük, akıl hastası olması herhangi bir farklılık yaratmamaktadır.

- *Eylemi gerçekleştirenin mağdurun şahsında yanılıya düşürülmesi durumunda*, örneğin arka plandaki kişinin başkasını öldürmek iradesine sahip başka bir kişiyi yanıltarak kendi istediği kişiyi öldürtmesi hali böyledir. Mağdurun kimliğindeki yanılma önemsizdir. Eylemi gerçekleştiren ile yanılıya sevkeden arasında hukuk düzenine aykırı davranma noktasında bir uzlaşma mevcuttur. Dolayısıyla sadece şahıstaki yanılıyı dikkate alarak arka plandaki şahsın eylem üzerinde hakimiyet kurduğu söylenemez.

- *Arka plandaki şahsın yanılı halleri durumunda*, suça sevkedilen kişinin niteliklerinde yanılı söz konusu olabilir. Bu bazen arka plandaki kişinin eylem üzerinde egemenlik kurduğunu, bazen de kuramadığını zannetmesi şeklinde bir yanılı olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, suça azmettirilen kişinin algılama, kavrama yeteneğinin olmaması ya da tam tersine akıl hastası olduğu düşünülen kişinin gerçekte kusur yeteneğine sahip olması durumunda, arka plandaki şahsın hukuksal konumu farklılaşacaktır. Birinci olasılıkta dolayısıyla failliği, ikincisinde azmettireni kabul etmek daha doğru olur<sup>31</sup>.

Çeşitli olasılıklardan sonra son olarak belirtelim ki, *azmettirme ve yardımda bulunma belirli bir suç için söz konusudur. Şeriklik için soyut davranış yeterli değildir.* Bu nedenle mağdurun açıkça saptanması şarttır. Zaten bu özellik şerikliğin bağlılığı prensibinden ileri gelmektedir. Gerçekten de azmettirenin ve yardım edenin cezalandırılabilmesi için, *fail tarafından gerçekleştirilen somut bir esas eyleme ihtiyaç vardır.* Buna karşılık *dolaylı failliğin*

31 Özgenç, olası yanılı hallerini dikkate alarak dolayısıyla faillik ile azmettirenin arasındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koymuş, doktriner yaklaşımları da detaylı bir biçimde nakletmiş ve bu sorunu çeşitli başlıklar altında örneklerle irdelemiştir. Söz gelimi eylemi icra edenin saik yanılısı, eylemin niceliksel yönden ifade ettiği haksızlık ve kusur yanılısı, eylemin niteliksel şartları hakkında yanılı, eylemi icra edenin mağdurun şahsında yanılısı gibi ihtimallerinde dolayısıyla faillik ve azmettirme tek tek değerlendirilmiştir. ÖZGENÇ, *İştirakin Hukuki ...*, s. 201, 202, 210-213, 219, 220, 237-240, 240-244, 245- 247, 255, 256, 258, 259. Ayrıca bkz. ERDEM Mustafa Ruhan, *Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 5, Aralık 2005, s. 208, 209.



*tayininde bu tür bir somutlaştırmadan kaçınılmalıdır. Bilindiği üzere bağlılık prensibi dolaylı faillik açısından geçerli değildir. Çünkü dolaylı faillikte eylemin gerçek sahibi arka plandaki kişidir ve hukuk düzeniyle çatışan suçta kullanılan kişi değildir*<sup>32</sup>.

### **c. Tahrikçi Ajandan (Ajan Provokatörden) Farkı**

Tahrikçi ajan kişiyi suç işlemeye yönelten, fakat asıl amacı suçluyu ortaya çıkarmak olan kişidir. Suçun mağduruna herhangi bir zarar vermek istememektedir<sup>33</sup>. Suçun dışında bazı menfaatler elde etmesi mümkünse de, suçun işlenilmesinden dolayı bir yararı bulunmamaktadır. Hukuksal niteliği tartışmalı olmakla birlikte, modern ceza hukukunda esas itibariyle kabul görmeyen bu kurumun, hareket noktası dikkate alındığında azmettireninden farklı olduğu hemen anlaşılacaktır. Tahrikçi ajanda bir kişinin suç işlemeye yöneltilmesi söz konusu ise de, nihai olarak başlanğıçta gerçekleştirilmesi yönünde tahrikte bulunulan eylemin neticeleri istenilmemekte, hatta bu neticenin gerçekleşmemesi bakımından da çaba sarf edilmektedir. Azmettireninde ise, gerek azmettirenin gerek failin nihai amacı kanunun yasaklamış olduğu neticenin gerçekleştirilmesidir<sup>34</sup>. Durum böyle olmakla birlikte, doktrinde suç işleme kararı olmayan bir kişiyi nedeni ne olursa olsun azmettiren olarak görmenin yerinde olacağı, suçlulukla mücadele adı altında da olsa azmettirenin bu olasılıkta da ceza sorumluluğundan kurtulabilmesi için, failce icra hareketlerine başlanılıp da netice gerçekleşmeden önce azmettirenin engelleyici bir tutum göstermesi, daha teknik bir ifade ile gönüllü vazgeçme esaslarına uygun davranması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak kişide daha önce suç işleme yönünde bir irade var ise, tahrikçi ajanın bu iradeyi daha da kuvvetlendirici tutumu azmettiren olarak görülemez<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> ÖZGENÇ, İştirakin Hukuki ..., s. 245-247.

<sup>33</sup> ARTUK Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002, s. 838; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku..., s. 433; ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Teknikleri, Ankara 2001, s. 85.

<sup>34</sup> DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki ..., s. 497, 498.

<sup>35</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 536-537. Hatırlatalım ki, Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda yer verilen gizli görevli (m. 139) kışkırtıcı ajan değildir, kişileri suç işlemeye yönlendiremez, görevini yerine getirirken suç da işleyemez (m. 139/5). Görevi sadece bilgi ve delil toplamaktır.



#### d. Suç İşlemeye Tahrik ve Teşvik Edenden Farkı

Suç işlemeye tahrik ve teşvik eden, tutumu itibariyle azmettiren gibi davranmakta ve kişilerin suç işlemesi yönünde çaba sarf etmektedir<sup>36</sup>. Ancak azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişki somut olup, azmettirenin ortaya koyduğu düşüncenin etkisi derhal görülebilmekte, suçun konusu ve mağdurları bu ilişkide açık bir biçimde saptanabilmektedir. Başka bir ifadeyle, iştirak halinde işlenen suçlarda fail ve şerikler tüm detaylar olmasa da eylemin gerçekleştirilmesi yönünde ortak bir iradeye sahiptirler. Ayrıca anılan olasılıkta, taraflar arasındaki ilişki gizlilik esasına dayanır. Buna karşılık aleniyet esasına dayalı olan suç işlemeye tahrikte bu somut birliktelik yoktur. Suçun işleniş şekli, yeri, zamanı ve kimler tarafından gerçekleştirileceğinin belirtilmesi gerekmemektedir<sup>37</sup>. Suça yönlendirmenin bu şekilde, eylemin kişiler üzerindeki etkileri de tam olarak saptanamamaktadır. Gerçekten de sayısı dahi belirlenemeyen fakat suç işlemesi istenilen kitle bakımından, tahrik eden ile edilen kişiler arasında yakın bir ilişki bulunmamakta ve bu kitlenin tahrik neticesinde suç işleyip işlememesi de esas itibariyle önem arzetmemektedir. Tahrikin aleni olarak yapılmış olması cezalandırmak için tek başına yeterlidir. Tahrik sonucunda suçun işlenmiş olması sadece failin bir miktar daha ağır ceza almasına neden olmaktadır. Görüldüğü üzere, azmettiren ile suça tahrik eden arasındaki temel benzerlik, kişilerin suç işlemeye yönlendirilmesi ve bu hususta bir irade oluşturulmaya çaba gösterilmesinden ibarettir<sup>38</sup>.

### V. BAZI SUÇ KATEGORİLERİ BAKIMINDAN AZMETTİRENİN DURUMU

#### 1. İhmali Suçlar

Bilindiği üzere, ihmali suçlar, gerçek ve görünüşte olmak üzere, ikiye ayrılmaktadır<sup>39</sup>. Hemen belirtelim ki, bilimsel yayınlar-

36 Tahrik kavramı ve çeşitleri bakımından bkz; GÖKÇEN Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara 2001, s. 8-11.

37 GÖKÇEN, Halkı Kin ve ....., s. 25.

38 BAYRAKTAR Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s. 15-17, 77-81.

39 "Gerçek ihmali suçlar kişiye yüklenen belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde gerçekleşen suçlardır. Bu ihmali davranışın haricinde ayrıca başka bir neticenin meydana gelmesi aranmaz. Örneğin TCK'nun 257/2 maddesinde tanımlanan görevi ihmal suçu, bu nitelikte bir suçtur. Keza bir kamu görevlisi yerine getirdiği görev-



daki bu ayırım mevzuatımızda ilk defa 5237 s. TCK'da yer almış, koşulları ve cezaya miktarlarının saptanmasındaki etkisi kurala bağlanmıştır. Ancak anılan düzenleme genel esaslar bölümünde değil, sınırlı sayıda suç tipi bakımından kabul edilmiştir. Bu suçlar ise, insan öldürme, yaralama ve işkence suçlarıdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla başka suç tipleri ihmal suretiyle işlenildiğinde, icrai suçlarla aynı sonucu doğuracak, daha açık bir deyişle öldürme yaralama suçlarında olduğu gibi ceza indirimi söz konusu olmayacaktır. Durum böyle olunca yasal düzenleme sistematik açıdan hem haklı eleştirilere uğramaktadır.

İşte gerek gerçek, gerekse görünüşte ihmali suçlar bakımından azmettirmenin mümkün olup olamayacağı da doktriner tartışmalara neden olmuştur<sup>41</sup>. Bugün için hakim olan görüş ve uy-

---

le bağlantılı olarak öğrendiği bir suçu ihbar etmek yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmemesi Kanunda suç olarak tanımlanmıştır (m. 279).

Görünüşte ihmali suçlar ise, esasen icrai bir davranışla işlenebilen suçlardır. Ancak, kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunduğu için, bu neticenin oluşumuna kendisi neden olmasa bile, bunun oluşumunu engellememiş olması halinde, ihmali davranışla bir suç işlemiş kabul edilmektedir. Örneğin bir itfaiye görevlisi çıkan yangını söndürmek hususundaki yükümlülüğünü yerine getirmediği için binada bulunan bir yaşlı kişi ölmüşse adam öldürme suçu ihmali davranışla işlenmiştir. Keza, acil tıbbi müdahalede bulunulmaması sonucu hastanın ölmesi halinde, ihmali davranışla işlenmiş olan bir adam öldürme suçu söz konusudur." Bkz, İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜ-ER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi, s. 72, 73. İhmali suç kavramı ve çeşitleri bakımından bkz. HAKERİ Hakan, Ceza Hukukunda İhmali Suç Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.

40 Yeni TCK m. 94/5, işkence suçunun ihmali hareketle işlenebileceğini de açıkça öngörmüş ve bu durumda, görünüşte ihmali suçlar için sınırlı sayıdaki suç tipi bakımından öngörülen genel prensipten ayrılarak cezada indirimin söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Daha öncede belirtildiği gibi, ihmalden kaynaklanan sorumluluğun doğması için, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında, yani garantör olması gerekir. İşkence fiilini gerçekleştiren kamu görevlisinin amiri bu durumu örnek olarak gösterilebilir. Amir işkence fiilini bizzat yapmasa da, garantör sıfatıyla bu eylemi engellemekle yükümlüdür ve hareketi ihmali dahi olsa insan öldürme ve yaralama suçları için olanaklı olan ceza indiriminden yararlanamamaktadır. ÜZÜLMEZ İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s.233, 237.

41 Hakeri şu bilgileri nakletmektedir:

"1960'lı yıllara kadar ihmali suçlara iştirak icrai suçlar için geçerli esaslar çerçevesinde mümkün görülmekteydi. İlkın Kauffmann 1959 yılında yazdığı doçentlik tezinde aksini savunmuştur. Bu anlayışa göre iştirak edilecek şeyin gerçekleşmesi gerekir. Halbuki ihmalden gerçekleşen bir şey olmadığından, yani fiziki veya psikolojik olarak desteklenecek bir vakıa mevcut bulun-



gulama gerçek ihmali suçlara pozitif bir fiil ile azmettirme veya yardımı mümkün görmektir<sup>42</sup>. Gerçekten de yasal bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi konusunda bir kişinin yönlendirilebilmesi pekala mümkündür. Sözelimi, suçu ihbar yükümlülüğü olan bir kimseye, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi yönündeki telkinler böyledir. Bu konuda esas itibariyle aktif bir tutum gerekmez de, bazen kişilerin birbirlerini çok iyi tanıdıklarından ötürü susmak, hareketsiz kalmak da azmettirmek için yeterli olabilir. Başka bir ifadeyle, bir kişinin bir şey yapmamasının diğeri bakımından anlamı açıksa ve aralarında itaate dayalı bir ilişki varsa, azmettirme kabul edilebilir. Görünüşte ihmali suçlar bakımından da garantörün azmettirilmesi mümkündür. Önemli olan ihmal edenin yani failin garantör olmasıdır azmettirenin garantör olması gerekmez<sup>43</sup>. Buna karşılık garantörün ihmali bir davranışla azmettirdiğini kabul etmek isabetli olmaz. Çünkü garantör sıfatıyla gösterilen ihmal zaten kendisini fail yapmaya yetmektedir<sup>44</sup>. Ancak bazı durumlarda birden fazla garantörle karşılaşılabilir. Örneğin boğulmakta olan çocuğun anne ve babasının aynı anda deniz kenarında olması ya da arkadaşını hızlı araba kullanma konusunda ikna eden bir kişinin trafik kazasına neden olması ve yoldan geçmekte olan birinin ağır yaralanması. Görül-

*madığından, daha açık bir ifadeyle ihmal sadece bir vakianın eksikliği olduğundan, ihmale yardım mümkün değildir. Ayrıca ihmali suçlara azmettirme de mümkün değildir, zira ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi bir kast yoktur. Böylece azmettirme bakımından en önemli unsur olan suç işleme kararı olmadığından azmettirme de mümkün olmaz. Benzer görüşlerden yana olan Welzel'e göre de, saf ihmali suçlara iştirak olmadığı gibi garantörsel ihmali suça iştirak de yoktur. Keza icrai suça ihmal suretiyle iştirak de söz konusu olamaz. Kendisi tarafından korunmak zorunda olan hukuki yarara saldırıyı önlemeyi ihmal eden garantör "kasten öldürmeye ihmal suretiyle yardım"dan değil, aksine ihmali faillikten (ihmal suretiyle kasten öldürme) sorumlu olur, zira katili önlemek hususunda hareket kabiliyetiyle beraber amaçsal fiil hakimiyetine sahiptir." HAKERİ Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 193. Ayrıca bkz. HAKERİ Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanununda İhmali Suçlar" Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s.112-155.*

42 Hakeri de benzer bir yaklaşımda bulunarak; "Derhal belirtmek gerekir ki, ihmali suça icrai bir fiil ile iştirak edildiği takdirde, icrai suçlara ilişkin kurallar uygulanacaktır, zira ortada bir ihmali fiil değil, icrai bir fiil bulunmaktadır. Bu nedenle, yani burada pozitif bir fiil ile azmettirme ve yardım söz konusu olduğundan, garantörlük problemi ortaya çıkmaz. Gerçekten de ihmal suretiyle iştiraktan farklı olarak burada aktif bir fiil söz konusudur ve ihmali bir suç mevcut olmadığından garantörlük koşulu aranmaz." şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır.

43 HAKERİ, Kasten ..., s. 194.

44 HAKERİ, Kasten..., s. . 197.



düğü gibi her iki olayda da tüm şahıslar garantör konumundadır. İşte, garantörlerden birinin diğerine bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi yönündeki beyanı onu hem azmettiren hem de fail yapmaktadır. Benzetmek gerekirse, azmettirenin yasada tarifini bulan ve üzerinde de hakimiyet kurabildiği icrai hareketleri yapması durumunda, aynı zamanda nasıl ki failde olabiliyorsa, ihmali suçta da durum aynıdır.

## 2. Özgü Suçlar

Yine özellik arzedenden özgü suçlarda azmettirme üzerinde de kısaca duralım. Bilindiği gibi bazı suçların failleri için suçun yapısal unsurları nedeniyle özel bir sıfat gerekebilir. Örneğin zimmet ya da işkence suçunda failin kamu görevlisi olması zarureti gibi. Bu kişileri kamu görevlisi olmayanlarla iştirak halinde suç işleyebilmeleri mümkündür. İşte bağlılık kuralı özel faillik özelliklerini taşıyan kişiyle bu niteliklere sahip olmayan kişilerin iştirak halinde suç işlemeleri durumunda<sup>45</sup>, diğerlerinin ne şekilde ve hangi konumda cezalandırılacakları esasını da ortaya koyar. Burada özel yükümlülük altında olan kişi fail, eyleme katkıda bulunan diğerleri ise, duruma göre ya azmettiren ya da yardım eden şerik olacaktır. Yeni Türk Ceza Yasası'nda, özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceği, bu suça iştirak edenlerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacak-

45 Bir önceki başlıkta da değinildiği üzere, kamu görevlisi bazı hallerde iştirak halinde bulunmadığı, ancak başkasının işlemekte olduğu bir suçtan dolayı, konumu gereği özgü suç faili olarak cezalandırılabilir. Örneğin, gözaltında bulunan şüphelilerden birine karşı işkence suçunun işlemesi durumunda, karakol görevlisinin garantör sıfatıyla olan durumu böyledir. Bu bağlamda karşılaşılabilecek diğer bir olasılık ise, kamu görevlisinin faaliyet sahası içinde bu sıfatı taşımayan kişilerce işlenebilecek suçlar bakımındandır. Sözelimi nezarethanedeki bir şüphelinin diğerine yönelik işkence niteliğindeki eylemleri de, şüphesiz kamu görevlisince engellemek durumundadır. Bu ihtimalde iki farklı yorum yapılabilir. Bunlardan ilki, başkalarının işlenmekte olan suç, hukuken eziyet suçudur, ve bu suç da özgü suç niteliğinde olmadığından kamu görevlisi bu suçun özgü faili olamaz, sadece eziyet suçunu ihmali suretle failidir. Öte yandan görevinin gereklerine uygun davranmamaktan dolayı, aynı zamanda görevi kötüye kullanma suçuna da neden olabilmektedir. Başka bir deyişle, kamu görevlisi bir taraftan özgü suçun diğer taraftan da herkes tarafından işlenebilen bir suçun faili olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer ise, iştirak halinde işlenmekte olan bir suç bulunmadığından garantörlük işkence suçu için sözkonusudur. Başka bir ifade ile, kamu görevlisi işkence suçunun özgü faili, diğer kişi ise, eziyet suçunun faili olarak cezalandırılacaktır. Bu görüşün kabulü halinde ise kamu görevlisinin eziyet suçunu bizzat gerçekleştirenden daha ağır bir ceza ile cezalandırılacakları unutulmamalıdır. Bizce birinci yaklaşım daha isabetlidir.



ları gösterilmektedir (TCK m. 40/2)<sup>46</sup>. Ancak görüyoruz ki işken-  
ce suçunda (m. 94/4) bu kuraldan ayrılmış ve bu suça katılanla-  
rın da kamu görevlisi gibi yani fail olarak cezalandırılacağı kura-  
lına yer vermiş, başka bir anlatımla, şerikler faille aynı hukuksal  
statüde kabul edilmişlerdir. Bu düzenleme özellikle yardım edenin  
ceza indiriminden yararlanmaması sonucunu doğuracaktır. An-  
cak özgü suçun failinin yanılığa uğratıldığı ve kastının ortadan  
kalktığı durum tartışmalıdır<sup>47</sup>.

46 ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi ..., s. 539. Bu sınırlandırmanın yerinde olmadığı ileri sürülmektedir." Çünkü her özgü suçta icra hareketlerinin mut-  
laka Yasa'da gösterilen nitelikleri taşıyanlar tarafından gerçekleştirilmesi  
mantıki bir zorunluluk değildir. Başkası tarafından icra hareketlerinin yapıl-  
ması mümkün olan özgü suçlar da vardır. Örneğin, askerlikten firar suçunun  
icra hareketlerini failden başkası yapamaz. Buna karşılık, zimmet suçunda  
failen mal edinenin memur tarafından başkasına yaptırılması mümkündür."  
CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 535. Verilen  
başka bir örnek ile düzenleme şu şekilde eleştirilmektedir. : "Örneğin bir  
malı (televizyon, çamaşır makinası gibi) kendi veya bir başkasının hakimiyet  
alanına geçirmeye çalışan kamu görevlisine, malın taşınmasında, naklinde  
yardım eden hatta o malı kullanan kişiyi sadece yardım eden olarak değer-  
lendirmemek, asli maddi fail gibi cezalandırabilmek gerekir. Bu sebeple Ka-  
nunun 40. maddesinin 2. fıkrası kapsamına asli maddi failin de dahil edil-  
mesi uygun olacaktır." ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu ..., s. 131.

47 Özgenç teorik tartışmalar konusunda şu bilgileri nakletmekte ve kişisel gö-  
rüşünü de açıklamaktadır. "İlk önce Binding'de karşılaştığımız bir başka çö-  
züm şekli, bu gibi hallerde özel iştirak (şeriklik) türü olarak "müsebbiplik" in  
(= "Urheberschaft") kabul edilmesidir. Yine, istisnaen sadece bu olayda tek  
tip fail sisteminin geçerliliğini kabul edip, extraneusun fail olarak telakki edil-  
mesi görüşü ileri sürülmektedir.

Bağlılık prensibi açısından meseleye izah getiren bir kısım yazarlar ise, dok-  
trinde hakim olan kastsız işlenen esas fiile iştirakin mümkün olmayacağı  
prensibini esas itibarıyla kabul etmekle beraber, burada sözünü ettiğimiz ih-  
timalde bu prensipten ayrılması gerektiğini ve dolayısıyla extraneusun özel  
yükümlülük altındaki şahsın kastsız işlediği esas fiile şerik olarak iştirakini  
mümkün görmekte dirler.

İştirake ilişkin genel prensiplerden hareket etmemiz halinde, söz konusu  
ihtimalde ne dolaylı failliğin ve ne de şerikliğin mevcut olduğunu kabul ede-  
biliriz. Bu durumda extraneusun esas itibarıyla cezasız kalması gerekir.  
Ancak, extraneusun iştirak kurallarından hareketle cezasız bırakılması,  
benimsenemeyen bir netice olarak tezahür edebilir. Nev'i şahsına mahsus  
bir iştirak türü arzeden bu gibi hallerde, kanun özel suç tipleri ihdas etmek  
suretiyle söz konusu boşlukları doldurma yoluna gidebilir. Burada kanun,  
her bir muşahhas durumda müstakil "özel müsebbiplik suçları" mı, yoksa  
genel olarak bir "müsebbiplik suçu" mu ihdas etmesi gerektiği, iştirak teo-  
risi dışında genel suç politikasını ilgilendiren bir husustur." ÖZGENÇ, İшти-  
rakin Hukuki ..., s. 207-209. Ayrıca bkz; SCHÖNKE / SCHRÖDER, Straf-  
gesetzbuch ..., s. 326.



### 3. Örgütlü Suçlar

Bilindiği üzere örgütlü suçlar, çalışmamızın giriş bölümünde de değindiğimiz gibi çok failli suç grubundandır. Hemen belirtelim ki, bu kavramın ceza hukuku bakımından anlamı, unsurları, iştirak halinde işlenen suçlardan farkı mevzuatımızdaki dağınıklığın da etkisiyle oldukça tartışmalıydı<sup>48</sup>. Doktrin ve uygulamamız bir ölçüde hukuksal sorunları gidermeye çalışmışsa da tereddütler devam etmekteydi. İşte mevzuatımızdaki sistem ve kavram kargaşasını ortadan kaldırmak amacıyla, Yeni Ceza Kanunumuz suç işlemek amacıyla örgüt kurma başlığını taşıyan düzenlemeyi (madde 220) kabul etti.

Hükme ana hatlarıyla baktığımızda, kanunlarda suç olarak tanımlanan eylemlerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ile bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak hallerini yaptırımla karşılamakta, ancak hazırlık hareketi<sup>49</sup> niteliğindeki bu yapılanmanın cezalandırılabilmesi için konu ve araç yönünden elverişlilik, ayrıca birlikte davrananların sayısı bakımından gerekli koşulları da ifade etmektedir. Daha detaylı bilgi verecek olursak, burada örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğinde olup, soyut bir birleşmeyi ifade etmemektedir. Bünyesinde hiyerarşik bir ilişki egemendir. Bu bağlantı dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet kurulmaktadır ve niteliği gereği birliktelikleri devamlılık üzerinedir. Bu nedenle, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde, örgütten değil, iştirak ilişkisinden bahsetmek gerekecektir. Zaten iştirak söz konusu olduğunda, suç ortakları suçun konusu veya mağdurunu somutlaştırırlar. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir. İşlenmesi amaçlanan suçların belirsiz sayıda olması örgütün temel özelliğidir. Gerçekten de birden çok kişi, tek bir suçu bir biçimde somutlaştırarak işlemek üzere bir araya gelmişlerse, burada artık Yeni Kanun'daki termi-

48 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Bankacılık Suçları Bakımından Çıkar Amaçlı Suç Örgütü", Avrupa Birliği'ne Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Panel Bildirileri, İ.Ü. Hukuk fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2002, s. 92.

49 SÖZÜER Adem, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye'deki Boyutları", Avrupa Birliği'ne Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Panel Bildirileri, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2002, s. 50.



nolojisi ile ortaklaşa faillik söz konusu olacaktır. Dikkat edilecek olursa, ortaklaşa faillik durumunda da bir suç işleme kararının yanı sıra bir planlama ve birden çok kişi vardır. Ancak suç işlemek amacıyla örgüt kurmadaki devamlılık, gevşek ya da katı hiyerarşik yapılanma gibi unsurlar, iştirak halinde işlenen suçlarda aranmaz.

Yukarıda kısmen değindiğimiz üzere, 220. maddede düzenlenen suç bir somut tehlike suçudur. Bu özelliğinden ötürü, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Buradaki elverişlilik değerlendirilmesi yapılırken ilk göz önünde tutulacak husus, kanunun suç saydığı belirsiz sayıdaki amaç suçların niteliğidir. Bu nedenle örneğin, belirsiz sayıdaki hırsızlık suçunu işlemek için örgütte aranacak elverişlilik ile yine belirsiz sayıdaki yağma suçunu işlemek bakımında aranacak elverişlilik birbirinden farklı olacaktır. Diğer bir deyişle, göreceli bir kavram olan elverişlilik, işlenmesi amaçlanan suçların niteliği dikkate alınarak belirlenmelidir<sup>50</sup>.

Bu ön bilgiler ışığı altında inceleme konumuza dönecek olursak, ortak çalışmamızda örgüt lideri ve yöneticilerinin iştirak statüsünü şu şekilde açıklamıştık : *“Kurulan örgütün lideri ve yöneticisi konumundaki kişilerin örgütün faaliyetleri kapsamında ortaklaşa fail olarak sorumlu tutulabilmesi için suçun işlenişine olan katkısı sadece planlama düzeyinde kalmayıp aynı zamanda suçun icrası üzerinde de etkili olması gerekmektedir. Bu yönde bir katkı yoksa azmettiren olarak sorumlu tutulabilir. Örgütün amacı doğrultusunda suç işleyenlerin örgüt lideri ve yöneticileriyle doğrudan doğruya irtibat kurmalarına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu amaca uygun her suç bakımından somut olayın şartlarına göre lider ve yöneticiler ortaklaşa fail ya da azmettiren olarak sorumlu olacaklardır. Ancak örgüt üyesi kişi örgütteki hiyerarşik yapılanma gereği soyut bir araç konumuna sokulmuşsa bu varsayımda arka plandaki kişiler dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilirler<sup>51</sup>.”* Nitekim 220. maddenin 5. fıkrası; *“Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandı-*

<sup>50</sup> AVCI Mustafa, Örgütlü Suç Kavramı, KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi), Mart 2003, Yıl 6, s. 6-8.

<sup>51</sup> İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi, s. 373.



ılır." demek suretiyle, naklettiğimiz bu teorik yaklaşımları benimsemiştir. Söz konusu fikrada örgüt lideri ve yöneticilerinin hâkimiyet kurması esasından yola çıkılarak fail oldukları kabul edilmişse de, duruma göre dolaylı faillik de mümkün olabilecektir.

## VI. CEZA HUKUKUNDAKİ KUSUR PRENSİBİ

### 1. Genel Olarak

Bilindiği üzere suç politikası, ceza hukukunun toplumu koruma görevini en iyi koşullar altında yerine getirebilmesi için hangi ilkeler çerçevesinde düzenlenmesi gerektiği sorunu ile ilgilenir. Bu nedenle de suç işlenmesinde etkin olan faktörleri araştırır, uygulanan yaptırımların bireyler açısından ne ölçüde engelleyici nitelikte olduğunu saptar ve ceza hukukunun kapsamının nereye kadar genişletilebileceğini irdeler. Ayrıntılar bir tarafa bırakılacak olursa, çağdaş suç politikasının üç temel prensibi bulunmaktadır. Bunlar: Kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir<sup>52</sup>. İşte bu temel esaslar arasında yer alan ve inceleme konumuzu doğrudan ilgilendiren kusur ilkesi, modern ceza hukukunun en temel taşlarından biridir. Netice sorumluluğunu da bertaraf eden bu ilke, bir taraftan kusursuz bir kimseye ceza yaptırımı uygulanamayacağını, diğer taraftan kişiye kusurundan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini kurala bağlar. Yine bu ilke gereğince, kişinin geçmişi, ahlaki eğilimleri dikkate alınmaksızın failin somut olaydaki eylemi nitelendirilir. Bu prensibin en doğal sonucu ise, ceza sorumluluğunun bireyselliğidir. Bu nedenle de üçüncü kişilerin eyleminden sorumluluk ya da objektif veya kolektif sorumluluktan ceza hukuku sahasında hiçbir biçimde bahsedilemez<sup>53</sup>.

### 2. Kast, Taksir ve Kusur

Bu konuda ön bir açıklama yapma gereğini duyuyorum. Çünkü daha önce teorik düzeyde kalan bir tartışma Yeni Ceza Kanunumuzun yaklaşımı ile daha da önem kazanmıştır. Gerçekten de bu bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere, Yeni Ceza Kanunu'nda, kast ve taksirin kusurla bağlantısı konusunda klasik görüşün terk edildiği ve bu yaklaşımın Kanun'un çeşitli hükümler-

52 İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 70.

53 İÇEL / DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı ..., s.71.



rine de yansıtılmış olduğu görülmektedir. Başka bir ifade ile, ceza hukuku doktrinindeki son gelişmelerin dikkate alındığı, kast ve taksiri kusurluluk şekli olarak değil, haksızlığın birer gerçekleşme biçimi olarak gören anlayışın Yasa'ya yansıtıldığı anlaşılmaktadır. Biz de, bu değişimi dikkate alarak bölüm başlığını "Kast, Taksir ve Kusur" olarak koymak gereğini hissettik. Bu anlayışın ülkemizdeki temsilcilerinin görüş ve gerekçelerini özet olarak naklettikten sonra, kişisel düşüncemizi açıklayacağız.

Bu görüşlerden biri şu şekildedir: "Kast ve taksir bir klasik suç teorisinin ortaya koyduğu gibi bir kusur türü olarak değil, haksızlığın gerçekleşme şekilleri olarak izah edilebilir. Bunun temel nedeni, haksızlık ve kusur ayrımıdır. Kast ve taksir hukuka aykırı bir davranışın yani haksızlığın ortaya çıkma biçimi, kusur ise bu davranışlar hakkında hakimnin vardığı yargıdır. O nedenledir ki, "kast ve taksir failin, kusur hakimnin kafasındadır" denir. Bu yargıda kişi normatif olarak hitap edilebilir konumda olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunması dolayısıyla kusurlu sayılıp, sorumlu tutulmaktadır. Diğer bir deyişle akli ve ruhsal durumu hukuk normlarının taleplerini yerine getirmeye uygun, davranışlarını normlara göre yönlendirme bakımından karar verme imkanlarına psikolojik olarak sahip, normal, sağlıklı ve yetişkin insanın, bu yeteneklerinin somut olayda var olmasına rağmen, bir haksızlık gerçekleştirmesidir kusur. Ancak unutmamak gerekir ki, kastlı veya taksirli, davranış kusur türü değildir derken, bu kusur yargısının kast ve taksirle bağlantısı yoktur anlamına gelmez. Çünkü kusur yargısının konusu kastlı veya taksirli bir davranıştır. Kişi bu davranışları dolayısıyla kusurlu sayılmakta ve cezanın önleme amaçları da gerekli kılıyorsa, sorumlu tutulup cezalandırılmaktadır. Kusur açısından cezayı kuran ve cezanın miktarını tayin eden kusur ayrımı söz konusudur. Birinci durumda, hangi koşullarda kusurun ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun ortaya çıktığı sorusunun yanıtı aranmaktadır. İkinci durumda ise, işlenen suç hakkında cezanın miktarının belirlenmesi kuralı söz konusudur. (TCK: md. 61/1.f). Cezayı kuran kusur bakımından, kusur yeteneği (TCK md. 31, 32, 33) ve davranışa hukuk düzenince izin verilip verilmediğine ilişkin, haksızlık bilgisine (TCK md. 30/4) sahip olma imkanı araştırılmaktadır. Kusur yeteneği ve haksızlık bilinci kusurun kurucu unsurları olup, kusur yeteneğinin bulunmaması veya kaçınılmaz yasak hatası kusuru kaldıran neden olarak nitelendirilmelidir. Mazeret nedenleri ise kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklıdır. Bu nedenlerde kusur etki-



lenmekte ve kusurunun içeriği azalmakta ancak bütünüyle ortadan kalkmamaktadır. Çünkü mazeret nedeni olan olaylarda kişi, hem kusur yeteneğine hem de haksızlık bilincine sahiptir. Bunda dolayısıdır ki, mazeret sebepleri (TCK md. 24/4 25/2, 27, 28) kusuru azaltan bir neden olmakta, ancak cezaya layık olma sınırına varılmadığı için, kanun koyucu bu hallerde cezasızlık öngörmektedir”<sup>54</sup>.

Diğeri görüş ise; “Kusur, bir insanın işlediği haksızlık teşkil eden fiilden dolayı muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı; bu fiille ilişkin iradenin oluşumunun kınanabilirliğini, muaheze edilebilirliğini ifade etmektedir. Kusur yargısının ifade ettiği anlam şudur: Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir; davranış normlarının icaplarına uygun hareket etme, haklı davranışı tercih etme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir. Kusur böylece bir haksızlıkla bağlantılı olarak bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunulan yargıdır. Bir haksızlıktan mücerret, kişinin sürdürdüğü hayat tarzı itibarıyla, kişinin ahlaki özellikleri itibarıyla kusurluluğundan bahsedilemez.

Kusur yargısından önce, kanunda suç olarak tarif edilmiş olsun veya olmasın, mutlaka bir haksızlığın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu haksızlık kasten işlenmiş olabilir. Böylece, kast ve taksir, birer kusurluluk şekilleri olarak değil; haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekilleri olarak, kısaca, birer haksızlık şekilleri (=“Unrechtsformen”) olarak anlaşılmaktadırlar. Ancak, kusurun, kast ve taksirden tamamen soyutlanarak, yalın bir değer yargısı olarak anlaşılmalıdır. Çünkü haksızlık, kusur yargısının dayanağını teşkil etmektedir; kusur yargısı, gerçekleştirilen bu haksızlık zemini üzerine bina edilmektedir. Haksızlık teşkil eden vakıa ile haksızlık yargısı arasında nasıl zorunlu bir ilişki mevcutsa; kusur ve dolayısıyla sorumluluk yargısıyla, bu yargının mesnedini teşkil eden haksızlık arasında da zorunlu bir bağlantı vardır. Böylece, haksızlığın bütün unsurları dolaylı bir şekilde kusurun belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Kısacası, haksızlık, kusur yargısının mesnedini teşkil etmektedir, zeminini oluşturmaktadır<sup>55</sup>.” şeklindedir.

Kanımca ülkemiz doktrindeki bu tartışma devam edecektir.

54 SÖZÜER Adem, Einführung in die Gesamtreform des türkischen Strafrechts (I), Alfa Yay., İstanbul 2006, s.18-54.

55 ÖZGENÇ, İştirakin Hukuki ..., s. 189,190; ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi ..., s.241, 252-255.



Bu görüş, bizce kusurluluğu aslında sorumluluk anlamında kullanılmaktadır. Gerçekten de hukuka uygunluk sebebi veya zorunluluk koşulları ya da cebir tehdit karşısında, kişinin kastlı bir davranışta bulunduğu tereddüt yoktur. Fakat hukuk düzeninin kişiye tanıdığı bu meşru alan ya da durum cezalandırılmasının önüne geçmektedir. Yani değinilen olasılıklarda, ceza sorumluluğunun olmadığı yasa koyucu tarafından farklı müesseselerle de olsa bir biçimde ortaya konulmaktadır. Farklı bir anlatımla, sorumluluğun olduğunu kabul ettiğimiz her durumda ise kişinin kınanabilir olduğunu da aslında ifade etmiş oluruz.

Öte yandan yine bu düşüncenin temsilcilerinin de ayrıca vurguladığı gibi kastlı ya da taksirli bir davranışın bulunmadığı bir olasılıkta, ceza sorumluluğundan söz edilemeyeceği zaten ortak kabul gören bir noktadır. Durum böyle olunca, hem kusur ile kast-taksir bağlantısındaki mantıki bağ korumak hem de kusurluluk kavramını terminolojik olarak daha iyi dolduran ibarelerden vazgeçmemek, sadece sorumluluk vurgusunda bulunmak daha yararlı olur. Böylelikle de kusurun kast ve taksirle bağlantısının hiç kalmadığı yönündeki yanılmanın ve zihni karışıklığın da sanırım bir ölçüde önüne geçilir.

### a. Kast

Kanunun suç saydığı bir eylemden ötürü kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten gerçekleştirilmesi gerekir. Öğretideki baskın görüş, kastta iki temel ögenin mevcut olduğu yönündedir. Bunlar ise, bilme ve isteme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten de failin kasten davranmış olduğunun kabulü için, yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir. Sözelimi alınan eşyanın başkasına ait ya da girilen yerin konut olduğunu, mağdurun kamu görevlisi ya da küçük olduğunu bilmek gibi<sup>56</sup>.

Doğaldır ki, bilmek aynı zamanda istemek anlamına da gelme-

<sup>56</sup> Belirtelim ki, kişi yaptığı hareketle oluşan netice arasındaki nedensellik bağlantısını da esas itibariyle bilmelidir. Fakat nedensellik bağlantısındaki önemsiz kabul edilebilecek sapmalar, kastın varlığını etkilemezler. Öte yandan objektif cezalandırılabilme koşullarının, şahsi cezasızlık nedenlerinin ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren bireysel nedenlerin failce bilinmesi gerekmemektedir. İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi, s. 236-240.



mektedir. Bu nedenle de kastın varlığı için ikinci bir unsura, yani istemeye de ihtiyaç vardır. İstenilmeyen bir netice söz konusu olduğunda artık kasttan değil, başka kusurluluk biçimlerinden bahsedilecektir. Nitekim 5237 Sayılı TCK'nun kast başlığını taşıyan 21. maddesi de, "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." demek suretiyle doktrinde egemen olan görüşü yasal tanıma dönüştürmüştür.

Yine doktrinde kastın çeşitlerinden bahsedilmekte ve bunlar arasında doğrudan-dolaylı (olası), yoğun-ani, genel-özel, eklenen kast türleri sayılmaktadır. Gerek inceleme konumuzla doğrudan ilgisi, gerekse 5237 Sayılı TCK'da tanım olarak yer alması nedeniyle burada sadece olası kasttan söz edeceğiz.

Belli bir sonucun gerçekleşmesi için yapılan hareketin diğer başka sonuçların oluşumuna muhtemelen sebebiyet verebileceği durumlarda *olası kasttan* söz edilebilir. Daha açık bir anlatımla, anılan neticelerin öngörülmesine rağmen, failce hareketlere devam edilerek bu olası neticelerin gerçekleşmesi esas itibariyle istenilmemekte, ancak kabullenilmektedir. Gerçekten de bu durumda, deyim yerindeyse fail sonuç açısından vurdumduymaz davranmakta, bu sonucun önüne geçmek bakımından da hiçbir çaba sarf etmemektedir. Özetle fail, olası sonuçların oluşmasını istememiş de değildir. Örneğin, korkutmak amacıyla bomba konulması ya da silahla kalabalık arasında giden bir kişinin öldürülmek istenmesi durumlarında, fail bu eylemi sonucunda başkalarının da ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmekte, ancak asıl amacının gerçekleşmesi için faaliyetlerine devam etmektedir. İşte bu eylemler sonucunda birilerinin ölmesi ya da yaralanması, failin olası kastla davrandığını göstermektedir<sup>57</sup>. Olası sonuçlardan ne şekilde sorumlu olacağı konusu tartışmalıdır. Başkının görüş, sorumluluğun neticeden doğacağına ilişkindir. Diğer görüş ise, olası sonuçlar bakımından netice gerçekleşmese bile teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğuna gidilmelidir şeklindedir<sup>58</sup>.

Olası kasta sonuçlar bağlayan 5237 Sayılı TCK'nun 21/2 maddesi de, "Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçek-

57 İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi ..., s. 242-244.

58 ÖZTÜRK / ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku..., s. 182-183; SÖZÜER Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 163.



leşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” diyerek kavramı tanımlamış ve bu kavrama ilk defa yasa metni içerisinde yer verilmiştir<sup>59</sup>.

## b. Taksir

İstenilmeyen neticeden sorumluluk biçimlerinden biri olan taksir şeklindeki kusurda fail, toplumun kendisine yüklemiş olduğu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmaktadır. Bu şekilde davranan failin hareketi iradi olmakla birlikte, biraz önce değindiğimiz gibi bu hareketinin neden olduğu sonuç failce istenmeyen bir sonuçtur<sup>60</sup>. Taksir ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, bilinçli ve bilinçsiz taksir olarak isimlendirilir. Aralarındaki temel fark, öngörülebilir bir neticenin öngörülebilirliği noktasındadır. Bilinçsiz taksirde fail, soyut olarak öngörülebilir bir neticeyi somut olayda dikkat ve özen eksikliğinden ötürü öngörememiştir. Buna karşın bilinçli taksirde fail, somut olayda da yapmış olduğu hareketin olası sonuçlarını öngörmüş, ancak becerilerine güvenerek hukuk düzeninin yasakladığı davranışına devam etmiş, fakat hareketinin neden olabileceği sonucun da oluşmaması bakımından bütün gayreti göstermiştir. Göstermiş olduğu bu gayrete rağmen istemediği bu sonuç yine de gerçekleşmiştir. 5237 Sayılı TCK da, değinilen bu ayrıma yer vermiş ve sonuçlar bağlamıştır. 22. maddenin 1. fıkrasında, “Taksirle işlenen fiiller kanununun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” denildikten sonra; 2. fıkrasında, “Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi” bilinçsiz, 3. fıkrasında ise, “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi” bilinçli taksir olarak tanımlanmıştır<sup>61</sup>.

59 Kanundaki tanımın yanlış olduğunu belirten yazarlar, olası kasttan söz edilebilmesi için neticenin fail tarafından göze alınmış olmasının ortaya konulması gerektiğini, ancak bundan açıkça söz edilmediğini, bu nedenle de hiç gereği olmadığı halde bilinçli taksir kavramı ile karışacağını ifade etmişlerdir. ÖZTÜRK / ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ..., s. 183.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz; İÇEL Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 191-194.

61 Bu düzenlemeye ilişkin, gerek olası kastın gerekse bilinçli taksirin birbiri ile karışacağı ve hatalı olduğu yönünde, çok sayıda eleştiri yer almaktadır. Öztürk - Erdem, “Her ikisi arasındaki ayrımı belirlemek bakımından Frank formülü uygulanmalıdır. Buna göre eğer “öyle veya böyle fail herhalde hareketi gerçekleştirirdi” diyebiliyorsak, koşullu kast; “neticenin gerçekleşeceğini bilseydi hareketi gerçekleşmeyecekti” diyebiliyorsak bilinçli taksirden söz edilir” demektedirler. ÖZTÜRK / ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ..., s. 182.



### c. Objektif Sorumluluk

İstenilmeyen neticeden sorumluluk türlerinden biri olan ve ceza hukuku alanında hiçbir biçimde kabul görmeyen objektif sorumluluk, bütün eleştirilere rağmen mevzuatımızda yer almaktaydı. Doktrinde netice sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, kanuni sorumluluk ya da pek hafif taksire dayanan sübjektif sorumluluk olarak ortaya konulan bu nevi sorumluluk açısından ortak paydanın, hem hareketin iradi olması hem de hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısının bulunması noktasında olduğu görölmekteydi<sup>62</sup>. Ancak ortaya çıkan netice açısından, sübjektif bir bağlantının irdelenmesine gerek olmadığı yönünde görüşler daha yaygın olmakla birlikte, bu husustaki farklılığın daha fazla olduğu bilinmektedir.

Yeni TCK, istenilmeyen neticeler bakımından failin en azından taksir derecesinde kusurlu bulunması gerekliliğine işaret ederek, bugüne değin süren tartışmalara son vermiştir. Bu nedenle de sözgelimi 765 Sayılı TCK'nun 452, 463. maddelerine yer vermiştir. Azmettirenin sorumluluğu açısından 5237 Sayılı TCK'nun yeni düzenlemesi büyük önem arzettiğinden, yeri geldiğinde eski TCK dönemindeki bazı hatalı uygulamalara ve mevcut düzenlemelerin ışığı altında nelere dikkat edilmesi gerektiğine ilişkin görüşümüzü nakledeceğiz.

## VII. AZMETTİRENİN ÇEŞİTLİ OLASILIKLAR KARŞISINDAKİ DURUMU

Yukarıda iştirak halinde işlenen suçlarda hangi temel koşulların olması gerektiğini belirtmiştik. Bu koşullardan biri de birlikte suç işleme kararına ilişkindi. Fail ve şerikler arasında olması gereken bu manevi alan, aslında hem birlikte sorumluluğu hem de bu kararın kapsamı dışında kalan hallerde nasıl bir yol izleneceğini saptamamamıza yardımcı olmaktadır. Azmettirenin çeşitli olasılıklar karşısındaki sorumluluğuna değinmeden önce, ortaklaşa faillerin hangi davranışları ortaya koyduğunda ceza sorumluluğunun tüm şeriklere sirayet edeceğini açıklamak gerekmektedir. Bilindiği üzere, *bağlılık kuralı* olarak doktrinde ifade edilen ve

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz; ÖZEN Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s. 33-67, 77-102. ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998, s. 112-113.



farklı düşüncelerin ortaya konulduğu bu sahada dört olasılıktan bahsedilmektedir.

- Bunlardan ilki, failin suç tipini ihlal etmiş olması ile yetinilmesidir. Buna *asgari bağlılık kuralı* denilmektedir.

- İkincisi, failin eyleminin tipik ve hukuka aykırı olmasıdır. Buna da *limit bağlılık kuralı* denilmektedir.

- Üçüncüsü, tipik ve hukuka aykırılığın yanı sıra eylemin kusurlu olmasının da arandığı durumdur. Buna da *ekstrem bağlılık kuralı* denilmektedir.

- Dördüncüsü ise, failin tipik, hukuka aykırı, kusurlu davranmış olmasından başka, cezalandırılabilirliği de bir koşul olarak arandığı durumdur. Buna da *aşırı bağlılık kuralı* denilmektedir<sup>63</sup>.

Hemen belirtelim ki, doktrinde 1. ve 4. sırada değinilen olasılıklara itibar edilmemektedir. Biz de failin eyleminin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olması şartlarının varlığını iştirak kurları bakımından gerekli görmekteyiz. Kusurluluğun olmadığı durumlarda ise, sorunun dolayısıyla faillik müessesesi ile çözümlenebileceğini düşünüyoruz. Önder'in de belirttiği gibi, iştirak kurları genişletici hükümlerdir ve yasada açıklık bulunmadığı durumlarda bu hükümlerin daha da genişletilebilmesi mümkün olmamalıdır. Yasada öngörülen tipik hareketi gerçekleştiren fail bakımından her üç koşulu da arayıp daha azını suça katılan diğerleri bakımından yeterli görmek bir çelişki olacaktır<sup>64</sup>.

Nitekim 5237 Sayılı TCK'nun 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralında, "Suça iştirak için kasten hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir." denilmek suretiyle, esas itibariyle yukarıda değindiğimiz ve taraftar olduğumuz görüşün esas alındığı görülmektedir. Ancak eylemin tipik olması gerekliliği yasa metninde yer almamaktadır. Buna rağmen anılan ifade tarzının tipikliği de içerdiğini söylemek bizce hatalı bir değerlendirme olmayacaktır.

<sup>63</sup> ÖNDER, Ceza Hukuku ..., s.490; JESCHECK, Lehrbuch ..., s. 593-594; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch ..., s. 325 EBERHARD, Strafrecht ..., s. 540.

<sup>64</sup> ÖNDER, Ceza Hukuku ..., s.492. Hatırlatmak isteriz ki bazı durumlarda kişi yanılıya uğratılarak ya da başkası üzerinde kurulan bir hakimiyetle kendisinin karşı gerçekleşen haksız bir saldırı karşısında hukuka uygun davranmış olabilir. Bu taktirde kişi bakımından hukuka uygun olan, suç işleyen kişi bakımından geçerli olmayacaktır. Başka bir ifadeyle bağlılık kuralı burada geçerli olmayacaktır.



İşte, çeşitli olasılıkları dikkate alarak yapacağımız incelemede, azmettiren bakımından da açıklamaya çalıştığımız bu esaslar geçerli olacaktır.

### **1. Kararlaştırılan Suç Tipinin Hiç İşlenmemesi Ya Da İstenilen Nitelikli Halin Failce Gerçekleştirilmemesi**

*Karşılaşacağımız ilk olasılık, azmettirilenin kararlaştırılan suçu işlememesi halidir.* Başka bir ifade ile, azmettiren kendisi yönünden tüm davranışları sergilemiş ve suç işleme fikrini failde oluşturmuş olmasına rağmen, failin tamamen kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi durumudur. Bizim mevzuatımız açısından azmettireni bu ihtimalde sorumlu tutmak imkanı bulunmamaktadır. Sonuçsuz kalan azmettirme bakımından özel bir düzenleme şarttır. Nitekim yalancı tanıklık, bilirkişilik ve tercümanlık suçu bakımından 765 Sayılı TCK madde 291/1'de; "Bir kimse bu suretlerle şahit veya ehlihibre yahut tercüman tedarikine yalnız teşebbüs etmiş bulunursa ..." demek suretiyle, azmettirenin failin suçu işlemesine gerek olmaksızın cezalandırılması yolu açılmıştı<sup>65</sup>. Ayrıca belirtelim ki, azmettirenin düşüncesi aleniyet kazanırsa suç işlemeye tahrik suçu oluşabilecektir. Bu açıklamalarımızdan da anlaşılıyor ki, azmettirenin cezalandırılabilmesi için failin eyleminin en azından teşebbüs derecesinde olması gerekir.

*Diğer bir olasılık, azmettirenin gerçekleşmesini istediği ve daha ağır sonuçları olan suçun nitelikli halinin yerine, failce suçun basit şeklinin işlenmesidir.* Örneğin, azmettirenin mağdurun gözünün çıkartılması ya da kemiklerinin kırılması yönündeki talimatına rağmen, fail bu ortak iradeye aykırı olarak kasten yaralama suçunu işlemesi durumu böyledir. Bu durumda azmettiren sadece gerçekleşen hafif neticeden sorumlu olacaktır.

<sup>65</sup> Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda bu konuda özel düzenlemelerin mevcut olduğunu görmekteyiz. Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 30. maddesi böyledir. Bu düzenlemenin nedeni olarak ise, 1873 yılında meydana gelen bir olay gösterilmektedir. Buna göre Duchesne isimli bir Fransız, 40.000 Frank karşılığında Bismarck'ı öldürmeye azmettirilmiştir. Azmettirilen, bu suçu işlememiş fakat kendisine bu yönde yapılan yönlendirme bir yıl sonra anlaşmıştır. Bunun neticesinde Alman Ceza Kanunu'na 1876'da 49a maddesi ilave edilmiş ve sonuçsuz azmettirme olarak adlandırılan bu düzenlemeye göre, azmettirilenin suçu işlememesi halinde azmettirenin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacağı kurala bağlanmıştır. ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler ..., s. 816; JESCHHECK, Lehrbuch..., s. 637.



Buradaki diğer bir olasılık failce de istenilmesine rağmen kararlaştırılan nitelikli halin, failin elinde olmayan nedenlerden ötürü gerçekleşmemesidir. Kanımızca bu durumda azmettiren teşebbüs derecesinde kalmış ağır sonuçtan faille birlikte sorumlu olacaktır.

## 2. Kararlaştırılan Suçların İşlenmesi Ancak İstenilen Neticenin Başkaca Nedenlerinde Etkisiyle Gerçekleşmesi

Failin iradesi bir başkasını öldürmeye yönelik olmakla birlikte, yapmış olduğu hareketin ölüm neticesini oluşturmaya elverişli olmadığı durumlarda ceza sorumluluğunun ne şekilde tespit edilebileceğine ilişkin özel bir düzenleme, 765 Sayılı TCK'nun 451. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddeye göre; "*Ölüm fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhus esbabın inzimamı yüzünden vukua gelmiş ise ...*" şeklinde ifade edilmekteydi. Bu konuda failin fiilinden evvel bilinmeyen haller bakımından, mağdurun kalp, hemofili, şeker hastası olması; fiilinden sonra eklenen haller bakımından ise, yolda yeni bir trafik kazasının gerçekleşmesi ya da mağdurun ihmali veya doktor hatası verilen klasik örnekler arasındadır. Nitekim Yargıtayımız da, "TCK'nun 451. maddesinin uygulanabilmesi için ölümü doğuran yaranın kendiliğinden öldürücü nitelikte olmaması ve ayrıca bu nedenin umulmayan bir neden olması gerektiğini" belirtmiştir<sup>66</sup>.

Kanunun bu düzenlemesi hukuksal niteliği konusunda da tartışmalara neden olmuş ve bir görüşe göre bu normun adam öldürme suçlarının cezasını azaltan özel sebepler olduğu, diğer bir görüşe göre ise, hem cezayı azaltan hem de suçun vasfını değiştiren haller olduğu iddia edilmiştir<sup>67</sup>.

Belirtelim ki, eski düzenlemeye göre azmettiren, failin fiilinden

<sup>66</sup> Yargıtay Kararlar Dergisi 1980, Cilt 6, Sayı 1, s.122'de; "TCK'nın 451. maddesinin uygulanabilmesi için ölümü doğuran yaranın kendiliğinden öldürücü nitelikte olmaması ve ayrıca bu nedenin umulamayan bir neden olması gerektiği" belirtilmiştir.

Y.1.C.D.20.10.1949 E.2099 K. 2135 sayılı kararı: "Mağdur yaralının hekimler tarafından lüzum görülen ameliyatına müsaade etmemek suretiyle, sanığın iradesi dışında, ölümün meydana gelmesine sebebiyet verdiği anlaşılmasına göre 451. maddenin son fıkrasının uygulanması gerekir."

<sup>67</sup> ÖZEN, Ceza Hukukunda ..., s. 150-153.



önce ve sonra ortaya çıkan ve failin başlattığı nedensellik serisini tamamlayan ya da yeni bir nedensellik serisi olarak beliren bu olasılıklarda, kasten adam öldürme suçu bakımından öngörülen-den daha az bir ceza ile cezalandırılmaktaydı. Burada bir noktaya dikkat çekmek isteriz. Şayet azmettiren failin sahip olmadığı bir bilgiye sahipse, sözgelimi kişinin kalp hastası ya da şeker hastası olduğunu bilmekteyse, kendisi 451. maddenin öngördüğü ceza indiriminden yararlanamazdı. Doğaldır ki, fiilden sonra ortaya çıkan nedenlerin azmettiren tarafından bilinmesi ve öngörülmesi de imkânsız olduğundan başkaca bir irdelemeye bu noktada ihtiyaç bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile ikinci olasılıkta azmettiren de 451. maddeye göre cezalandırılabilirdi.

Yeni TCK, 451. maddeye benzer bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle nedensellik bağındaki yanılma ve sapma hallerinde genel kurallara uygulanacaktır. Nedensellik bağındaki önemsiz denilebilecek yanılma ve sapma halleri, ne failin ne de azmettirenin sorumluluğu üzerinde etkili olmamaktadır. Buna karşılık ölüm neticesi atipik diyebileceğimiz bağımsız, yeni bir nedensellik süreci sonucunda meydana gelmişse, faille birlikte azmettiren de teşebbüs derecesinde kalmış insan öldürme suçundan; bu olasılık yoksa tamamlanmış insan öldürme suçundan cezalandırılacaklardır<sup>68</sup>.

### **3. Kararlaştırılan Suçların İşlenmesi, Ancak Neticenin Ortaklaşa Faillerden Hangisinin Hareketinden Kaynaklandığının Saptanamaması**

Müşterek faillikte bazen sıra dışı durumlarla karşılaşılabil-mekte, özellikle de kanunun yasakladığı neticenin hangi failin eyleminden kaynaklandığı somut olayla saptanamamaktadır. Sözgelimi, bir kimseyi öldürmek isteyen faillerin ateş etmesi sonucunda ölüm neticesi gerçekleşmekte ancak vücutta bir kurşun bulunması ve bu kurşunun hangi fail tarafından atıldığının belirlenmesi mümkün olamamaktadır. 765 Sayılı TCK'nun 463. maddesi, hukuksal niteliği oldukça tartışmalı olan ve sadece adam öldürme ve yaralama suçları bakımından özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu madde; "448, 449, 450, 456, 457' nci maddelerde be-

<sup>68</sup> TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 3. Bası, Ankara 2006, s. 100-101.



yan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup ta failin kim olduğu belli olmazsa, her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş olan ceza indirilerek hükmolunur.” şeklindeydi<sup>69</sup>.

Durum böyle olunca, azmettiren de 463. maddede öngörülen şartlar altında ceza indiriminden yararlanabilmesi bizce gerekmektedir.

Ancak Türk öğretisinde ve Yargıtay uygulamasında 463. maddenin sadece asli maddi failer bakımından uygulanabileceği, asli manevi veya ferî failerin madde hükmünden yararlanamayacağı ifade edilmekte ve kabul görmekte, bu görüşe gerekçe olarakta maddenin konuluş amacı ve lafzi yorumu gösterilmekteydi. Madde de geçen “fiili iki veya daha fazla kimse birlikte yapmış olup da” ifadesi de bu yoruma kaynaklık etmekte.<sup>70</sup> Kanımızca bir taraftan varsayılan bir asli failden yola çıkmak, öte yandan bu fail statüsüne bağlı sonuçlardan azmettireni yararlandırmamak isabetli değildi. Çünkü daha önce de değinildiği gibi 463. maddenin hukuksal niteliği öğretilerde tartışmalıdır. 463. maddeyi adam öldürme ve yaralama suçlarının özel bir şekli olarak kabul edenler olduğu gibi, özel bir iştirak hali olduğu, adam öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin bir hafifletici neden olduğu, bağımsız bir suç tipi olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.<sup>71</sup> Örneğin 463. maddenin bir hafifletici neden olarak kabul edilmesi durumunda, fiili

69 Bu maddenin hukuksal niteliğiyle ilgili çok farklı görüşler ileri sürülmüştü. Doktrindeki baskın görüşe göre 463. madde adam öldürme ve yaralama suçlarının bağımsız özel bir türüdür. Bunun yanı sıra bu kralın özel bir iştirak hali olduğu ya da adam öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin hafifletici bir sebep olarak kabul edilmesi gerektiği veyahut bağımsız bir suç tipi şeklinde karşımıza çıktığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Yargıtayımız ise bu maddeyi özel bir iştirak hali olarak kabul etmektedir. CGK'nun vermiş olduğu bir karar şu şekildedir : “Madde metninde yer alan “birkaç kişi birlikte yapmış olup da şeklindeki iştiraki tazammun ve ifade eden” ibare ve maddenin son cümlesindeki “fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında tatbik edilemez” tarzındaki asli maddi iştirak hallerinden birini bertaraf eden, diğerini yani irtikap edenleri kapsama aldığını açıklayan ifadeler karşısında, maddenin özel bir iştirak düzenlemesi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. MAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 463. Maddesi ..., s. 180-181.

70 ÖNDER, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s.149, 153;463. Maddenin Yargıtay uygulamasında esas alınan kriterleri için Bkz. YCGK. E.1992/1-33, K. 1992/56, T.02.03.1992 sayılı ve tarihli kararı.

71 Bkz. Yukarıda Dn. 69; MAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 463. Maddesi....., s.180-181.



le bağı olan bir hafifletici nedenin azmettirenine uygulanamamasının izahı mümkün değildir.<sup>71a</sup> Bu nedenle belki de en doğrusu diğer suça katılanlar bakımından açık bir düzenleye gidilmesi idi. 5237 Sayılı TCK ise, eleştiriye uğrayan ve objektif sorumluluğa neden olduğu belirtilen bu maddeye yer vermemiştir. Bu durum karşısında yeni bir değerlendirmenin yapılması da kaçınılmazdır. Hemen farklı görüşler<sup>72</sup> ortaya çıktıysa da, bize göre bu tür olay-

71a Belirtelim ki hukuksal niteliği konusunda hangi görüşe taraftar olunursa olunsun vereceğimiz şu örnek ulaştığımız sonucu büyük ölçüde doğrulamaktadır. Örneğin A, B ve C'yi, D'yi öldürmeleri hususunda azmettirir. B ve C ise suçun icrasından önce E ve F ile karşılaşır ve onların da D'yi öldürme kararı içinde olduklarını öğrenirler ve birlikte hareket ederler. Sonuçta D öldürülür, ancak bedeninden çıkan tek kurşunun kimin silahından çıktığı belirlenemez. Bu örnekte öldürme eyleminin E veya F'nin silahından çıkan kurşunla gerçekleşmiş olma ihtimali karşısında, azmettirenin mutlak olarak 463. maddeden faydalandırılmaması yerinde değildir.

72 CENTEL ve arkadaşları yasanın gerekçesinde gösterilen örneği hatalı bularak şu tespitleri yapmaktadırlar "Öldürücü kurşunun kimin silahından çıktığı tespit edilebilir. Onun yerine faillerin tümünü aynı cezayla cezalandırmak yerinde olmaz. Eğer öldürücü kurşunun kimin silahından çıktığı tespit edilemiyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca tüm faillerin adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Ya da bu konunun eski Türk Ceza Yasasında olduğu gibi ayrıca düzenlenmesi gerekir" demektedirler. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 525, dipnot 41. Aynı yönde görüş bildiren ŞEN ise, bu olasılık bakımından şu görüşleri ortaya koymaktadır : "Her bir failin adam öldürme kastıyla mağdura yöneldiğinin tespiti durumunda sorunu çözmek belki mümkündür, ancak adalete uygun değildir. Her ne kadar kasten adam öldürme hususunda ortak bir suç işleme kararına sahip olsalar da, faillerden bir veya ikisinin adam öldürme fiiliyle ilgili olarak maddi katkı sağlamaması durumunda, sırf kastından dolayı tam ceza ile cezalandırılması sözkonusu olacaktır ki, bu durum "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesine ters düşer. Bu gibi hüküm ve uygulamalarda, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen "ceza sorumluluğunun şahsiliği" prensibine aykırılık sözkonusu olacaktır.

Kanun koyucu, "müşterek faillik" sistemi kapsamında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun faili belli olmayan kasten adam öldürme ve kasten adam yaralama suçlarını düzenleyen 463. maddeyi karşılamayı hedeflemiş, ancak 37. maddenin birinci fıkrasının lafzı dikkate alındığında "kanunilik" prensibine uygun düşecek düzenlemeyi öngörememiştir. Bunun yanında, meseleyi hükmün gerekçesiyle çözmeye çalışmış, ancak hüküm gerekçeleri madde metni olarak kabul edilemeyeceğinden, yine sorunu çözememiştir.

37. maddenin birinci fıkrası hükmüne bakıldığında, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirdiği tespit edilen kişilerden her birinin fail olarak sorumlu sayılacağı ifade edilmektedir. Oysa faili belli olmayan adam öldürme suçunda, adam öldürenin kim olduğu belli değildir. Birden fazla kişi olay yerinde bulunmuştur, fakat kimin suçun maddi unsurunu gerçekleştirdiğini belirlemek mümkün olmamıştır. Şimdi bu açıklama dikkate alındığında, 37/1. madde hükmünün soruna çözüm getirebileceğini söylemek mümkün olmayacaktır." ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu ..., s. 118.



larda tüm katılanların fiile hakimiyetin mevcut olduğunu kabul etmek ve her birini kasten insan öldürme suçundan cezalandırmak doğru olur. Ancak müşterek failer dışında yardımcı şerikler de varsa ve kimin fail, kimin yardım eden olduğu saptanamıyorsa, bu durumda şüpheden sanık yararlanır prensibi de gözetilerek sadece yardım edenler bakımından öngörülen cezalar tatbik edilmelidir. Şüphesiz bu saptamalarımız azmettiren bakımından da geçerli olacaktır. Birinci olasılıkta müşterek failerle aynı, ikinci olasılıkta ise yardım edenler için öngörülen yaptırım ile cezalandırılacaktır<sup>73</sup>.

Yukarıda naklettiğimiz örnek, iştirak iradesi taşımayan bağımsız failer tarafından gerçekleştirildiği, yani ortak bir irade taşımayan kişilerin aynı anda bir kişiyi öldürmek amacıyla hareket ettikleri ancak ortaya çıkan ölüm neticesinin hangi failin hareketinden ileri geldiğinin saptanamadığı haldir. Bizce bu durumda, eylem üzerinde ortak bir hakimiyet söz konusu olamayacağından, her bir fail teşebbüs derecesinde kalmış insan öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Azmettirenin sorumluluğu da aynı şekilde olacaktır.

#### **4. Karalaştırılan Suç Tipinin Dışında Başka Suçların İşlenmesi**

Bu başlık altında hem netice sebebiyle ağırlaşmış suçları, hem suç tipi değişmeden daha ağır neticelerin ortaya çıktığı durumları hem de ortak iradenin dışına kasten çıkılarak işlenen suçları ele alacağız.

##### **a. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Tipleri**

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar esas itibariyle istenilmeyen neticeden sorumluluk hallerine ilişkin olup, bu olasılıkta failin kastettiği sonuç dışında nitelik ya da nicelik açısından daha ağır bir netice ile karşılaşılır. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçların bu özelliği doktrinde ikili bir ayrıma neden olmuştur bunlardan ilki gerçek, diğeri ise görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardır.

Gerçek netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda; failin kastının dışında gerçekleşen suç tipi, asıl gerçekleştirilmek istenen suç tipi ile aynı nitelikte fakat daha ağır neticenin oluşmasına sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu duruma örnek olarak TCK m. 87/4'te

<sup>73</sup> HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları ..., s. 61, 64.



belirtilen yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi hali verilebilir

Görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise; failin gerçekleştirmek istediği suç ile gerçekleşen suç arasında nitelik farkının olması başka bir deyişle istenen neticenin dışında başka bir neticenin daha oluşmasına sebebiyet vermesi söz konusudur. Bu olasılıkta ilk hareket taksirli ya da kasten olabilir. Örneğin, cinsel saldırı suçunda mağdurun ölmesi (TCK m. 102/6), çocuk düşürtme suçunda yaralanma veya ölüm neticesinin doğması (TCK 99/3,4), çocukları veya kendilerini yönetemeyenleri kendi haline terk etme suçunda yaralanma veya ölüm neticesinin doğması (TCK m. 97/2), görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardır. Ya da taksirli bir davranış sonucunda yangına neden olma ve yangın neticesinde yaralanma ölüm sonuçlarının gerçekleşmesi gibi<sup>74</sup>.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin sorumlu tutulabilmesi, netice bakımından taksirle hareket etmesine bağlıdır (TCK m. 23).

**aa.Karalaştırılan Suç Tipinin Niteliksel Yapısına Uygun, Fakat Daha Ağır Sonuçlar İçeren Başka Bir Suç Tipinin Gerçekleşmesi (Gerçek Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar)**

Bu olasılıkta sıkça verilen örnek yaralama suçu sonucunda mağdurun ölmesidir. Bu ölüm neticesi failce azmettirenin isteği dışında, fakat kendi iradesi kapsamında gerçekleşebileceği gibi, dikkat ve özen eksikliği sonucunda da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda özellikle 765 Sayılı TCK'nun 452. maddesi üzerinde durmak isteriz. Bilindiği üzere objektif sorumluluğa neden olan ve eleştirilere uğrayan bu madde, esas itibariyle failin yaralama amacıyla hareket ettiği fakat bu hareketi sonucunda ölümün meydana geldiği ihtimalini karşılamaktadır.<sup>75</sup> Yine bu madde 451. maddede olduğu gibi failin fiilinden evvel olup ta failce bilinmeyen ya da fiilinden sonra ortaya çıkan atipik halleri de cezanın saptanmasında göz önünde bulundurmuş ve bu olasılıkta verilecek cezanın bir miktar daha indirilmesine olanak tanımıştır<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 415-420, ÖNDER, Ceza Hukuku..., s. 64-65.

<sup>75</sup> ÖZEN, Ceza Hukukunda ..., s. 153-172.

<sup>76</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.01.1983, 1982/301-1983/1 sayılı kararı : "Kanunda bileşik sebeplerin nelerden ibaret olduğu tadadi olarak gösterilmemiştir. Bu itibarla müessir fiille birleşerek veya onu inzimam ederek



Hemen ifade edelim ki, anılan durumlarda fail ve şeriklerin sorumluluğu ceza kanunlarının kusur konusunda kabul ettiği prensibe göre belirlenecektir. Nitekim 765 Sayılı TCK sınırlı da olsa objektif sorumluluk hallerine imkan veren bir düzenleme içerdiğinden, fail ya da şerikler istenmeyen ağır neticelerden sorumlu tutulabilmekteydiler. Ortaya çıkan ağır netice açısından ayrıca bir kusur araştırmasına gerek görülüyordu. Bu konuda Yüksek Mahkememizin vermiş olduğu onlarca karar örnek olarak verilebilir. Ancak bu durumda dahi gözden kaçırılmaması gereken husus; istenilmeyen neticenin mutlaka failin elverişli olan hareketinden ileri gelmesi gerekir. Sözgelimi ayağa atılan kurşun ya da bıçaklama nedeniyle kişinin kan kaybından ölmesi gibi. Buna karşılık elverişli olmayan bir davranışın ya da elverişli olsa dahi

---

ölümün husule gelmesine neden olan her hal birleşik sebep olarak kabul edilebilir.

Adli tıp kitaplarındaki açıklamaya nazaran inhibisyon, her şahısta mevcut olmayıp muayyen kimselerde ve belirli hallerde teşekkül etmektedir. Bu yapıya sahip olan şahıslara karşı yapılan müessir fiil veya harici bir tembih ekseriya ölümle sonuçlanmaktadır. Inhibisyon öldürücü olmayan darpla birleşip ölümü meydana getirmiş olmasına göre bunun TCK 452/2. maddesinde mevzu bahis edilen bileşik sebeplerden olduğunu kabule zaruret vardır.

Ölüme sebebiyet veren, failin fiilden önce mağdurda mevcut sebepler ancak, tıbbi muayene inceleme ve araştırma ile tesbit edilebilir. Failin fiilden önce bulunan bu halin failin fiili ile birleşerek ölüme sebebiyet verip vermediği sadece adli tıp muayene ve araştırması ile anlaşılabilir. Zira, bu husus tamamen bir adli tıp konusudur. Bu hallerde mutlaka adli tıp meclisinin görüşü sorulmalıdır.

Bu olayda mahalli mahkeme Adli Tıp Meclisinden ölüm sebebi sorulmuş, adı geçen meclis 11.07.1980 tarihli mütalaasında ölümün inhibisyondan ileri geldiğini sanığın fiilinin TCK.. 452/2 maddesine uyacağını belirtmiştir.

Bu açıklamalar karşısında oluş, Adli Tıp Meclisi görüşü ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında, mahalli mahkeme direnme kararının yerinde olduğu sonuç ve kanaatine ulaşılmış olmakla direnmeye ilişkin hükmün onanmasına karar verilmelidir.”

Y. 1.C.D.'nin 05.07.1995 - 1246/2168 sayılı kararı : “Hayat kadını olan maktülenin, Bigadiç İlçesinde bulunan gazinoda sanıklarla birlikte alkol aldığı, daha sonra para karşılığı cinsel ilişkide bulunmak üzere sanıklara ait minibüsle gazinodan uzaklaştıkları sırada, yolda fiyat üzerinde anlaşamaları nedeniyle maktülenin ilişkide bulunmayacağını açıklaması üzerine, sanıkların maktüleyi dövmeye kalkıştığında, bu saldırıdan başka türlü kurtulamayacağını anlayan maktülenin kendisini münibüsten attığı, başı yere çarpan maktülenin kafa kemiklerinin kırılması sonucu beyin kanamasından öldüğünün dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında, sanıkların eyleminin katil kastıyla olmayan müessir fiilde bulunmaya kalkışma sonucu ve gayrimelhuz esbabın inzimamı ile ölüme neden olma şeklinde nitelendirilerek, TCK. 452/2, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk olduğu halde, yanlış şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”



bu elverişliliği kesen yeni bir nedensellik serisinin ortaya çıkması olasılıklarında ağır neticeden sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu yeni nedensellik serisi üçüncü kişilerden kaynaklanabileceği gibi mağdurdan da ileri gelebilir. Sözgelimi yaralanan kişinin hastaneye götürülürken trafik kazasından ya da doktorun ihmâ-linden ölmesi veya bir doğal afetle karşılaşılması durumunda aynı neticenin gerçekleşmesi veyahut da failce öngörülemeyen ve mağdurun kendi davranışı sonucunda (söz gelimi intihar halinde) ölüm neticesinin oluşması böyledir.

5237 s. TCK ise, objektif sorumluluğu kabul etmediğinden, failce istenilmeyen bir netice ile karşılaşıldığında, artık ilave bir araştırma yapma zarureti olduğunu hatırlatmak isterim. Böyle bir durumda en azından taksir derecesinde kusurun varlığı gerekmektedir. Daha önce olduğu gibi, peşin sonuçlara ulaşmak ve kursosuz olduğu kabul edilen sonuç bakımından ceza vermek mümkün olmayacaktır.

Bu bilgiler çerçevesinde azmettirenin gelince, azmettirenin ortak irade kapsamında gerçekleşen tüm neticeler yönünden sorumlu olacaktır. Buna karşılık istenilmeyen ağır neticeler bakımından ise eski yasamıza göre objektif olarak ceza sorumluluğunun peşinen kabulü gerekecek, Yeni Yasamız'a göre ise, en azından taksir derecesinde kusurunun varlığı halinde sorumlu kabul edilecektir. Bu noktada hatırlatmak isteriz ki, fail ya da faillerin tüm dikkatsiz ve özensiz davranışları azmettirenin de taksirli davranmış olduğu anlamına gelmez. Aksi yaklaşım isabetli olmaz. Her olay somut şartları ile irdelenmelidir. Söz gelimi azmettiren gerek fail, gerek mağdur, gerekse suç zamanı, yeri ve kullanılacak araç bakımından tüm önlemleri alsa, buna rağmen fail suç tipi açısından ortak iradeye uygun, fakat araç seçiminde talimata aykırı davranarak daha ağır bir neticenin oluşumuna neden olsa, azmettireni bu neticeden sorumlu tutmamak gerekir. Örneğin sopa ile kişinin ayaklarına vurularak dövülmesi talimatı rağmen, yaralamamanın bıçakla ya da silahla gerçekleştirilmesi durumunda, azmettirenin taksir derecesinde kusurundan söz edilemez. Fakat istenilmeyen netice sopa ile yaralamadan ileri gelirse bu takdirde azmettiren sorumlu olacaktır. Özellikle belirtelim ki, azmettiren böyle bir hayat tecrübesinden sonra aynı faili tekrar suça yönelttiğinde ve yine ağır netice gerçekleştiğinde artık taksirli davranışının var olduğu kabul etmek gerekecektir. Kısacası her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir.



Bu bilgilerin ışığı altında Yüksek Mahkememizin azmettirenin sorumluluğu ile ilgili vermiş olduğu bir kararı değerlendirmek isteriz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 24.04.1996 tarihli ve E. 1996/464, K. 1996/1519 sayılı bir kararı şöyledir: "İsmail'i kasten öldürmekten sanık Lütfi, adı geçen maktül İsmail'i yaralamaya asli faili azmettirmekten sanık Selahattin ve izinsiz silah taşımaktan adları geçen sanıklar Lütfi ile Selahattin'in yapılan yargılamaları sonunda; hükümlülüklerine ilişkin, (Bursa Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesi)'nden verilen 18.10.1995 gün ve 126/210 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar ile silahtan maada kısmı müdahil taraflarından istenilmiş, sanık Lütfi duruşma da talep etmiş ve hüküm kısmen re'sen de temyize tabi bulunmuş olduğundan, dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle; sanık Lütfi hakkında duruşmalı, diğer sanıkla müdahilin temyizi veçhile incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

**KARAR :** 1- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıkların suçlarının sübutu kabul, sanık Lütfi'nin oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma sebebi dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık Lütfi vekilinin duruşmalı incelemede suç vasfına, tahrik bulunduğu, vesaireye, müdahil vekilinin suçun taammüden işlendiğine ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle öldürme yönünden resen de temyize tabi bulunan sanık Lütfi hakkındaki hükmün tebliğname-deki düşünce gibi (ONANMASINA).

2- Sanık Selahattin hakkındaki sair temyiz itirazlarına gelince:

Ceza Yasamıza göre, bir kişiye karşı müessir fiilde bulunan sanığın, illiyet bağı kurulabildiği takdirde ölüm sonucunun husule gelmesi dahil ( TCK. m. 452 ), objektif sorumluluk esaslarına göre müessir fiilin tüm sonuçlarından sorumlu tutulması gerekmektedir. Sanığı müessir fiilde bulunmaya azmettiren kimse de, aynı şekilde sorumludur ( TCK. m. 64/2 ).

Sanığın müessir fiilde bulunmaya azmettirdiği kimse, anlaşma hududunu aşarak adam öldürmeye teşebbüs veya kasten adam öldürme suçlarını işlediği takdirde; pek çok olayda adam öldürme sonucu müessir fiilde bulunma neticesi gerçekleştiğinin azmettiren kimse tarafından da bilinmesi, yasa koyucunun yukarıda açıkladığı şekilde, müessir fiillerde kastın aşılmasını TCK.nun 458 ve



452. maddeleriyle özel müeyyideye tabi tutması da nazara alındığında, (müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişi öldürmeye teşebbüs suçunu işlediğinde TCK.nun 448 (449 veya 450), 62; azmettiren kişi ise, mağdur hakkında 456. maddenin 3. fıkrası ile); müessir fiilde bulunmaya azmettirilen kişi kasten adam öldürme suçunu işlemişse, TCK.nun 448 (449 veya 450), müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişinin de 452. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği halde, adam öldürme suçundan hakkında verilen mahkumiyet hükmü onanan sanık Lütfi'yi öldürülen İsmail'e silah vererek ve silahla vurması için müessir fiilde bulunmaya azmettiren sanık Selahattin'in TCK.nun 64/2, 452. maddesi ile cezalandırılması gerekirken, TCK. nun 64/2, 456/4, 457/1, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesi,

**SONUÇ :** Yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazı bu nedenle yerinde görüldüğünden, sanık Selahattin hakkındaki hükmün, tebliğnamedeki isteme aykırı şekilde (BOZULMASINA), 24.4.1996 gününde oybirliği ile karar verildi."

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkememiz; azmettirenin iradesi dışında gerçekleşen ağır neticeden objektif olarak sorumlu tutulması gerektiğini ve TCK 452. maddenin uygulama alanı bulacağını, Yerel Mahkemenin kasten müessir fiilden hüküm kurmasının ise yasaya aykırı olduğunu kabul etmektedir.

Kanımızca ulaşılan bu sonuç bütünüyle hatalıdır. Çünkü, olayda da açıkça ifade edildiği gibi, fail azmettirenin iradesi dışında tamamen kendi inisiyatifini kullanarak başka bir suçu işlemeye yönelmiştir. Azmettirenin böyle bir kast değişikliğinden ötürü sorumlu tutulması ceza hukukunda benimsenen kusurluluk prensibiyle hiçbir biçimde örtüşmemektedir. Yukarıda verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, azmettirenin istenilmeyen neticeden sorumlu tutulabilmesi için öncelikle faille irade birliği içerisinde olması koşulu aranacak, devamında ise bu iradeye dayalı elverişli bir hareket gerçekleştirilecek, gerçekleştirilen bu harekete bağlı olarak da tüm suç ortakları bakımından istenilmeyen netice oluşacaktır. Örneğin bıçakla yaralama sonucunda kişinin kan kaybından ölmesi, atılan yumruk darbesi sonucunda kişinin uçurumdan düşmesi ya da bir araç altında kalması durumlarında, istenilmeyen fakat tarafların başka bir suça ilişkin ortak iradesini yansıtan bir davranış sonucunda ölüm neticesi gerçekleşmektedir. İşte bu gibi maddi vakalar bakımından ilave bir kusur değerlendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın eski yasamıza göre az-



mettirenin sorumluluğu biraz önce de vurguladığımız üzere mümkündür. Çünkü 452. madde objektif sorumluluğa imkan tanıyor. Buna karşılık mağdurdan, 3. kişilerden ileri gelen ve yeni bir nedensellik serisi başlatan durumlarda hem failin hem de azmettirenin, bizzat failden kaynaklanan ve yine bağımsız bir nedensellik bağlantısının ortaya çıktığı hallerde ise azmettirenin sorumlu olduğunu kabul etmek ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle Yerel Mahkemenin vermiş olduğu karar bizce son derece isabetlidir. Şayet söylediğimiz nedenlerden dolayı istenilmeyen netice gerçekleşmiş olsaydı, bu durumda Yeni TCK'nun 23. maddesi de gözetilerek ilave bir kusur değerlendirmesinin yapılması zorunlu olurdu. Halbuki faildeki kast değişikliği, gerek eski (madde 452/1) gerekse Yeni TCK'nun (madde 87/4) anılan hükümlerini tartışma dışında bırakmaktadır<sup>77</sup>.

Bu bağlamda özellikle vurgulayalım ki, Yeni TCK'nın 38. maddesi 1. fıkrasındaki "başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır" şeklindeki düzenlemeden istenilmeyen fakat buna rağmen gerçekleşen her neticeden sorumlu olunacağı gibi bir neticeye ulaşmak da son derece hatalı bir yaklaşım olur. Burada kastedilen gerçekleşen netice, suça katılanların ortak iradesini yansıtan ya da yansıtmamakla birlikte fail ya da failerin eyleminden kaynaklanmakla birlikte tüm katılanların en azından taksir derecesinde kusurundan ileri gelen bir neticedir. Yoksa azmettirenin istemediği, istememekle birlikte taksir derecesinde dahi kusurunun bulunmadığı daha ağır bir sonuçtan

77 Aynı yönde görüş bildiren ÖZGENÇ ve ŞAHİN, bu kararlar ilgili şu tesbitlerde bulunmaktadır : " ... Ancak Yargıtay, söz konusu kararındaki "pek çok olayda adam öldürme sonucu müessir fiilde bulunma neticesi gerçekleştiğinin azmettiren kimse tarafından da bilinmesi ..." şeklindeki ifadelerle failin (ve azmettirenin) ölüm neticesi açısından muhtemel kastının mevcut olması halinde de 452. madde hükmünün tatbik edileceği kanaatindedir.

Kanaatimizce meydana gelen netice açısından failin veya şerikin (azmettiren veya yardımda bulunan) muhtemel kastının mevcut olması halinde, artık "netice sebebiyle ağırlaşmış suç"tan ve dolayısıyla 452. maddenin tatbikinden bahsedilemez. ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 379.

Yukarıda değindiğimiz prensiplerden yola çıkarak görüş bildiren DEMİRBAŞ da : "... İşlenen suçun azmettirilen suça göre daha ağır cezayı gerektiren bir suç olması halinde, örneğin asli maddi fail yaralamaya azmettirilmesine rağmen, mağduru öldürmüştü; azmettiren kasten adam öldürmeden değil, kasten müessir fiilden sorumlu olacaktır." diyerek aynı görüşte olan ÖNDER, DÖNMEZER-ERMAN, İÇEL'e atıfta bulunmuştur. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku..., s. 439.



sorumlu olduğunu söylemek ve bunu 38. maddenin 1. fıkrasındaki ifadeye dayandırmak gerek kuramsal olarak gerekse kusur prensibi ilkeleri yönünden olanaklı değildir.

**ab. Kararlaştırılan Suç Tipinin Niteliksel Yapısına Uygun Olmayan, Daha Ağır Sonuçlar İçeren Başka Bir Suç Tipinin Gerçekleşmesi (Görünüşte Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar)**

Bu olasılık failin hareketi sonucu gerçekleştirmek istediği suç ile meydana gelen suç tipi arasında hukuki nitelik bakımından farkın söz konusu olduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır. Burada gerçekleşen ilk suç kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, ilk suç fail tarafından kasten işlenmişse, ancak azmettirenin iradesi dışında daha ağır sonuç meydana gelmişse, (Örneğin cinsel saldırı ya da gebeliğin sona erdirilmesinden kaynaklanan ölüm gerçekleştiğinde) azmettirenin istenilmeyen bu neticeden sorumluluğu için yine taksir derecesinde kusurunun olup olmadığı araştırılacaktır. Bir kez daha hatırlatalım ki, bu saptama yapılırken her somut olayın koşulu ayrı ayrı değerlendirilecektir. Sözelimi failin ve mağdurun yaşı, failin azmettirenin talimatları doğrultusunda başkaca eylemlerinin olup olmadığı, olay yeri, zamanı, suçta kullanılan vasıta gibi bir çok unsur dikkate alınacaktır.

Ancak fail tarafından işlenen suç kasten değil taksirle işlenmişse, örneğin taksirle yangına neden olunması ve buna bağlı ölümün ortaya çıkması durumunda, azmettirmeden esas itibariyle sözedilemez. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi iştirak halinde işlenen suçlar kasten gerçekleştirilmelidir. Ancak taksirli suçların hareket kısmında kasten bir işbirliğinin varlığı kabul edildiğinde, taksirli davranışın başka birinde ortaya çıkmasına neden olan kişi terminolojik olarak ne isim verilirse verilsin sorumlu tutulacaktır.

**b. Kararlaştırılan Suç Tipinin Basit Hali Yerine Daha Ağır Sonuçlar İçeren Aynı Suç Tipinin İhlali**

Yaralama suçunun basit şekline azmettirilen kişi, sözelimi mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine bilerek neden olursa ya da bu eylemden kaynaklanan fakat istenilmeyen bir netice olarak bu durum ortaya çıkarsa, ilk olasılıkta irade dışına çıkılan netice bakımından prensip olarak azmettiren sorumlu değildir. Bu azmettiren açısından fail kaynak-



lı yeni bir nedensel seridir. Buna karşın ikinci olasılıkta, hem fail bakımından hem de azmettiren açısından kusur değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Böyle bir durumda azmettirenin en azından taksir derecesinde kusuru olması gerekir.

### **c. Kararlaştırılan Suç Tipinin Tamamen Dışında Kasten Başkaca Suçlar İşlenilmesi**

Bu olasılıkta ortak iradenin dışında suçlar gerçekleştirilmektedir. Sözelimi hırsızlık amacıyla davranan failin, ani bir kast değişikliği ile yağma suçunu ya da cinsel saldırı suçunu işlemesi gibi. Ya da yaralanmadan kaynaklanmayan, yine faildeki kast değişikliği nedeniyle kişinin öldürülmesi durumu. Bu olasılıklarda azmettirenin sorumluluğuna hiçbir biçimde gidilemez. Bir önceki başlıkta da belirttiğim gibi iştirak halinde işlenen suçlardaki temel ilkeler başka bir sonucun önüne geçmekte ve bu sonuçlar ceza hukukunun kusur esaslarıyla da örtüşmektedir.

## **VIII. YANILMA, SAPMA, ÇOK NETİCELİ SAPMA HALLERİNDE AZMETTİRENİN SORUMLULUĞU**

Bu konudaki açıklamalarımıza başlamadan önce belirtmemiz gerekir ki, yanılma ve sapma halleri kavramsam olarak bir birinden farklı durumları ifade etmektedir. Bu nedenle Yeni Ceza Kanunu'nda, yanılmaya ilişkin olan 30. maddede, sapma halleri düzenlenmemiştir. Hedefte sapma durumlarında genel kurallar uygulanacak ve koşulları varsa fikri içtima hükmüne göre bir sonuca varılacaktır. Örneğin, bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden, vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenilmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenilmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.



Bu ön açıklamalardan sonra ilk olarak fail ya da failerin kişi-de yanılmasının azmettirenin ceza sorumluluğuna etkisi üzerinde duralım. Örneğin azmettirilen failin kendi düştüğü yanılığı sonucunda, A yerine B'yi öldürmesi ya da B'nin malvarlığına yönelik bir eylemde bulunması durumunda, azmettirenin ceza sorumluluğu devam edecektir. Suçun maddi konusundaki yanılma, azmettirenin sorumluluğu bakımından önemli değildir.

Buna karşılık olayda sapma hali söz konusu ise, önce kaç neticeli sapma olduğuna bakmak gerekir. şayet tek neticeli sapma varsa yanılığı halinde ulaşılan sonuç bizce burada da geçerlidir<sup>78</sup>. Çünkü istenilmeyen diğer netice taksirli olduğundan ve taksirli suçlar bakımından iştirak kuralları da uygulanamayacağından değişen bir şey olmayacaktır. Çok neticeli bir sapma mevcut olduğunda ise, amaç suç dışındaki neticelerin taksirle mi, olası kastla mı olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Taksirli suçlar bakımından iştirak hükümlerinin uygulama olanağı olmadığından azmettirenin sorumluluğuna gidilemez. Olası kastın varlığı saptandığında ise, azmettiren için iradesi dışında bir netice gerçekteştiğinden ilke olarak sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak olay yeri, olayda kullanılan araç, mağdurun hedef alındığı yerdeki konumu, birlikte yapılan suç işleme planları gibi hususlar dikkate alındığında azmettirenin de olası sonuçları kabullendiği sonucu çıkarılabilir ise, bu takdirde gerçekteşen neticeden azmettireni sorumlu tutmak mümkündür.

<sup>78</sup> Aynı yönde değerlendirmeler yapan ERDEM, şu açıklamaları yapmaktadır: Örneğin A, B'yi, C'yi öldürmeye azmettiriyor. B, C'ye ateş ederken, yanılığlıkla yolda geçmekte olan D'yi öldürüyor. Biz daha önce böyle bir durumda, amaç konu bakımından teşebbüs aşamasında kalan kasıtlı bir suç, saldıriya uğrayan konu bakımından da tamamlanmış taksirli bir suç bulunduğunu ve her iki suç arasında fikri içtima ilişkisi olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla bu durumda olayda C'ye karşı kasten öldürme suçuna teşebbüs, D'ye karşı ise taksirle adam öldürme söz konusudur. İştirakte bağlılık kuralı gereğince ancak kasıtlı suça iştirak ve dolayısıyla azmettirme söz konusu olabileceği için olayda A, yalnızca kasten öldürme suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. ERDEM, Yeni TCK'da Faillik ..., s. 212.

Bu konudaki doktrinde farklı görüşler şu şekilde nakledilmektedir; birinci görüşe göre ortada iki suç bulunmaktadır bunlar öldürölmek istenen kişi açısından suça teşebbüs, ölen kişi açısından ise taksirle ölüme neden olmaktadır fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılır.

İkinci görüşe göre faile insan öldürmeye teşebbüsten ve öldürmeden ceza verilmelidir.

Üçüncü görüşe göre ise fail sadece meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilir. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 442.



Yanılı ve sapma hali bazen ortaklaşa faillerden birini veya yardım edeni veyahut da azmettireni suç mağduru yapabilir. Örneğin azmettirilen fail yanılı sonucu azmettirene karşı bir suç işleyebilir. Bu durumda fail sorumlu olmakla birlikte, azmettiren için bizim sistemimiz bakımından sorumlu olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Çünkü teşebbüse ilişkin düzenlememiz, elverişsiz teşebbüse Alman Hukuku'nda olduğu gibi bir sonuç bağlamadığından, başka bir ifadeyle icra hareketleri bakımından sübjektif unsurları kabul etmeyip, objektif olarak hareketin elverişliliğini teşebbüste benimsediğinden başka bir sonuca ulaşmak olanaklı gözükmemektedir.<sup>79</sup> Fail yönünden gerçekleşen tipik netice azmettiren açısından tipik olmaktan çıkmıştır. Ancak aynı sonuca yardım eden mağdur konuma girdiğinde de varılabilir mi? Kanımızca bu takdirde sadece yardım eden cezalandırılmayacak, buna karşılık azmettiren ve fail ya da failerin sorumlu olduğu sonucuna ulaşacaktır.

### IX. AZMETTİREN AÇISINDAN NİTELİKLİ HALLERİN GEÇİŞİ

Yeni TCK'da Alman Ceza Kanunu 28 II'de olduğu gibi bir düzenleme yer almamakta olup, bu eksikliğin uygulamada tereddütler yaratabileceğini hemen belirtmek isteriz. Buna rağmen şu sonuçlara bizim sistemimiz bakımından ulaşabiliriz. Cezanın ağırlaştırılmasını sonucunu doğuran nitelikli hal söz konusuysa, bunun sirayet edebilmesi, ancak diğer fail ya da şeriklerin bu bilgiye sahip olmasıyla mümkündür. Çünkü suç ortakları "kusurları ölçüsünde" sorumludurlar. Örneğin A, çocuğunu öldürtmek için B'yi azmettiriyorsa ve B'de bu kişinin A'nın babası olduğunu bilmiyorsa, bu nitelikli hal sadece azmettiren A bakımından uygulama imkânı bulacaktır.

Cezayı etkileyen kişisel nedenler mevcut olduğunda ise, yalnızca kendisine bu neden bulunan suç ortağı açısından cezanın azalması ya da verilmemesi sonucu doğar. Örneğin, babasının

79 Bu durumda olsa olsa azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluk düşünülebilir ve de daha öncede değindiğimiz gibi bu olasılık TCK'da düzenlenmediğinden azmettirenin sorumluluğuna gidilemez. Alman Ceza Kanunu'nda ise, bu durumlara ilişkin olarak 30. madde bulunmaktadır.

Yine Alman Hukukunda müşterek faillerden birinin diğerine karşı hata sonucu suç işlemesi durumunda sorumluluğunun olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin (BGHSt 11, 268) müşterek faillerden birisinin yanlışlıkla diğer bir müşterek faile ateş etmemesi olayında BGH, her iki müşterek failin de adam öldürmeye elverişsiz teşebbüsten cezalandırılmasına hükmetmiştir.



kredi kartını rıza dışında ele geçiren çocuğun diğer bir kişi ile bankadan para çekmesi durumunda, eylem suç vasfını devam ettirecek, ancak baba çocuk ilişkisinden ötürü sadece suça katılan diğer kişi cezalandırılacaktır. İnceleme konumuz bağlamında bakarsak, şayet çocuk azmettiren konumundaysa yalnızca fail, fail konumundaysa ve azmettirilmişse sadece azmettiren sorumlu olacaktır.

Etkin pişmanlık hallerinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Gerçekten de hem cezanın azalması ve verilmemesi sonucunu doğuran etkin pişmanlık durumları da kişisel nitelikte olduğundan, farklı bir değerlendirme yapmaya imkân yoktur. Buna karşılık kişisel nitelikli olmayan ve cezaya yukarıda değinilen biçimde etki eden hallerde suça katılan herkes yararlanacaktır. Malın değerinin az olması gibi<sup>80</sup>.

## **X. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN AZMETTİREN AÇISINDAN SONUÇLARI**

TCK madde 41 şu şekildedir:

*“(1) İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.*

*(2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır”.*

Görülüyor ki, fail ya da şerikler bakımından önemli olan, kararlaştırmış oldukları neticenin önüne geçilmesindeki gayretleridir. Bu gayreti kim göstermiş ve başarılı olmuşsa anılan hükümden yararlanacaktır. Şüphesiz fail bakımından başladığı icrai hareketi, başka bir deyişle teşebbüs aşamasındaki davranışının sonuçlarını geriye doğru etkili bir biçimde ortadan kaldırmak önemlidir. Sözü edilen durumda sadece fail cezalandırılmayacak, duruma göre azmettiren ya da yardım eden veyahut da ikisi birden teşebbüs aşamasında kalan suçtan ötürü yaptırımla karşılaşacaklardır. Buna karşılık şerikler açısından, fail tarafından gerçekleştirilen icrai hareketin tamamlanmasının önüne geçmektir. İncele-

<sup>80</sup> DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku ..., s. 443, 444; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 539; ÖZTÜRK / ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku..., s. 249, 250.



me konumuz kapsamında azmettiren için faili ikna etmek, fiilen bizzat engellemek, güvenlik güçlerine haber vermek, mağdurları bilgilendirmek şeklinde davranışlar örnek olarak verilebilir. Anılan olasılıkta ise, azmettiren dışındaki fail ve varsa yardım eden- de birlikte yine teşebbüsten sorumlu olacaklardır.

Bu noktada son olarak belirtelim ki, iştirak halinde işlenmeyen suçlarda fail neticenin engellenmesi hususunda başarısız olduğunda gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamamaktadır. Buna karşılık iştirak halinde işlenen suçlarda, gösterilen bütün gayrete rağmen sonuç yine de oluşursa, suça katılanlar bundan yaralanacaktır. Hatta gösterilen çaba dışında başkaca bir nedenden dolayı suç gerçekleşmediğinde de, bu olanaktan faydalanabilecektir<sup>81</sup>.

---

81 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna ..., s. 481; DEMİR-BAŞ, Ceza Hukuku..., s. 401, 402; ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi ..., s. 545, 546.



## KAYNAKÇA

1. **ARTUK** Emin / **GÖKÇEN** Ahmet / **YENİDÜNYA** Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002.
2. **AVCI** Mustafa, Örgütlü Suç Kavramı, KHukA (Kamu Hukuku Arşivi), Mart 2003, Yıl 6.
3. **BAUMANN** Jürgen / **WEBER** Ulrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 1985.
4. **BAYRAKTAR** Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977.
5. **CENTEL** Nur / **ZAFER** Hamide / **ÇAKMUT** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2005.
6. **DEMİRBAŞ** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Gözden Geçirilmiş, Seçkin Yay., 3. Bası, Ankara 2005.
7. **DÖNMEZER** Sulhi / **ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, 10. Bası, İstanbul 1994.
8. **EBERHARD** Schmidhauser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Zweite Neubearbeitete Auflage, Tübingen 1975.
9. **ERDEM** Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Teknikleri, Ankara 2001.
10. **ERDEM** Mustafa Ruhan, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 5, Aralık 2005.
11. **GÖKÇEN** Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara 2001.
12. **GROPP** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2001.
13. **HAKERİ** Hakan, Ceza Hukukunda İhmali Suç Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.



14. **HAKERİ** Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2006.
15. **HAKERİ** Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanununda İhmali Suçlar" Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005.
16. **İÇEL** Kayıhan / **DONAY** Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005.
17. **İÇEL** Kayıhan / **SOKULLU-AKINCI** Füsün / **ÖZGENÇ** İzzet / **SÖZÜ-ER** Adem / **MAHMUTOĞLU** Fatih Selami / **ÜNVER** Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Beta Yay., İstanbul 2000.
18. **İÇEL** Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
19. **JESCHECK** Hans Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Vierte Auflage, Berlin 1988.
20. **KESKİN** Serap, Suç Ortaklığı (Suça İştirak), Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998.
21. **MAHMUTOĞLU** Fatih Selami, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005.
22. **MAHMUTOĞLU** Fatih Selami, Türk Ceza Kanunu'nun 463. Maddesi Hükmünün Taksirle İşlenen Suçlar Açısından Uygulanabilirliği Sorunu, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, 2000.
23. **MAHMUTOĞLU** Fatih Selami, "Bankacılık Suçları Bakımından Çıkar Amaçlı Suç Örgütü", Avrupa Birliği'ne Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Panel Bildirileri, İ.Ü. Hukuk fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2002.
24. **ÖNDER** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1989.
25. **ÖZBEK** Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2005.
26. **ÖZEN** Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998.
27. **ÖZGENÇ** İzzet / **ŞAHİN** Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001.
28. **ÖZGENÇ** İzzet, İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.



29. **ÖZGENÇ** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
30. **ÖZTÜRK** Bahri / **ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005.
31. **ROXİN** Claus, Taeterschaft und Tatherrschaft, Sechste Auflage, Berlin 1994.
32. **ROXİN** Claus,.(Çev.) **İSFEN** Osman, Yasağa İlişkin Yanılma, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, 2005.
33. **SCHÖNKE / SCHRÖDER**, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Auflage München 1982.
34. **SÖZÜER** Adem, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye'deki Boyutları", Avrupa Birliği'ne Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Panel Bildirileri, İ.Ü. Hukuk fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2002.
35. **SÖZÜER** Adem, Einführung in die Gesamtreform des Türkischen Strafrechts (I), Alfa Yayınları, İstanbul 2006.
36. **SÖZÜER** Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
37. **ŞEN** Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006.
38. **TEZCAN** Durmuş / **ERDEM** Mustafa Ruhan / **ÖNOK** Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 3. Bası, Ankara 2006.
39. **ÜNVER** Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998.
40. **ÜZÜLMEZ** İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005.
41. **YILDIZ** Ali Kemal, Dolayısıyla Faillik, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998.