

## SUÇORTAKLIĞINDA SORUM VE CEZA

Doçent Dr. Nurullah Kunter

### GİRİŞ:

I — Meselenin ortaya konusu. II — Suçortaklığının tanımı. III — Suçun birlikte işlenmesinin ağırlatıcı sebep sayılması. IV — Sistemlerin tasnifinde tuttuğumuz yol.

### BİRİNCİ BÖLÜM: SUÇORTAKLARININ SORUMU HAKKINDA SİSTEMLER:

V — Suçortaklığına mahsus sorum meselesi ancak objektif suçortaklığında bahis mevzuu olabilir. VI — 1) Asli failin maddi fiili işlenmesi sistemi. VII — 2) Asli failin fiilinin hukuka aykırı olması sistemi. VIII — 3) Asli failin cezaya ehil ve fiilinin hukuka aykırı olması sistemi. IX — 4) Asli failin cezalandırılabilen bir fiil işlenmesi sistemi.

### İKİNCİ BÖLÜM: SUÇORTAKLARININ CEZASI HAKKINDA SİSTEMLER:

#### § 1 — Cezada ikilik sistemi.

X — Cezada ikilik sisteminin esası. XI — Asli ve fer'i ortakların ayrılmasındaki güçlük. XII — Asli ve fer'i ortaklık hallerinin ayrılmasına imkân olmayan haller. XIII — Suç işlenmeyince azmettirenin cezalandırılmaması. XIV — Zaruri fer'i ortaklık. XV — Asli suçu işleyen ceza ehliyeti olmaması. XVI — Bir ortaktaki cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin diğerlerine sırayetli meselesi.

#### § 2 — Cezada eşitlik sistemi:

XVII — Cezada eşitlik sisteminin esası. A — Objektif suçbirliği sistemine göre esas, B — Sübjektif suçbirliği sistemine göre esas, C — Suçayrılığı sistemine göre esas. XVIII — Cezada eşitlik sisteminin tenkidi.

#### § 3 — Cezanın suçluya göre tayini sistemi.

XIX — Cezanın suçluya göre tayini sisteminin esası. XX — Cezanın hesaplanması. XXI — Bir ortaktaki cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin diğerlerine sırayetli meselesi. XXII — Suç işlenmeyince azmettirenin durumu.

NETİCE: XXIII — Cezanın suçluya göre tayini sisteminin tercihi sebepleri.

## GİRİŞ

### I — Meselenin ortaya konusu

Suçortaklığında [1], kanunun tabirile iştirakte her bir şerikin sorumu ve cezası ne şekilde tayin edilecektir? Bu mesele, kanaatimizce suçortak-

[1] Müesseseyi yalnız mevzu hukuk bakımından incelemediğimiz için, kanunun kabul ettiği (iştirak) tabirini kullanmadık. Bu terim bizde, daha ziyade başkasının suçuna iştirak mânasını uyandırmaktadır. Biz işlenen tek suçun yalnız asli şeriklerin suçu değil, fakat bütün şeriklerin suçu olduğu fikrini kabul ettiğimiz için, bunu daha iyi belirtmek üzere, (suçortaklığı) terimini tercih ettik.

lığında prensip meselesidir. Suçortaklığını ilgilendiren sair meseleler tâli mahiyettedir. Sorum ve ceza hakkındaki ana kaide bir kere konulduktan sonra ondan diğer hükümleri çıkarmak basit bir iş haline gelir. Bu yazımızda bu prensip meselesini incelemek ve kanunumuzun bu husustaki hükümlerini tahlil ve tenkid etmek istiyoruz.

Bazı fiillerin suç sayıldığı ve cezalandırmağa başlandığı gündenberi gerek kanun koyucularının ve gerek cezacıların üzerinde ehemmiyetle durdukları bu meselenin halli hususunda çeşitli şekiller ileriye sürülmüştür. Bu hal şekilleri bazan sistemlere ircâ edilmiş, fakat, denilebilir ki, hemen hiçbir müellif bu sistemleri aynı cepheden mütalâa ve tasnif etmemiştir. Tasnifte mutlak ve nisbî istiare sistemlerle, suç ayrılığı sisteminin bulunması hususunda bir anlaşmaya varılmış gibidir. Fakat bazı müellifler suçortaklığının müstakil bir suç addedilmesini veya ağırlatıcı bir sebep olmasını da bu sistemler arasında saymaktadırlar. Pozitivist mektebin görüşü ile suç ayrılığı sisteminin bir tutulduğu ve aradaki farklara dikkat edilmediği de çok vâkidir. Keza sorum ile ceza arasındaki farklar da çok defa gözden uzak tutulmaktadır. Muhtelif memleket kanun koyucularının mevcut sistemlerden hiçbirine bağlı olmayarak yeni yeni hükümler koymaları ve müelliflerin de bu kanunları belli sistemlerden birine sokmak istemeleri yüzünden durum büsbütün karışmıştır.

Biz, suçortaklarının sorumu ve cezası hususunda şimdiye kadar ileri sürülmüş olan nazariyeleri tetkik etmek için, muhtelif görüşlere göre yapılmış olan tasnifleri bir tarafa bırakarak, apayrı bir yoldan gitmeyi tercih ediyoruz. Muhtelif nazariyeleri sistemli bir şekilde birbirine rap-tetmekten ibaret olan bu yolun, suçortaklığı müessesesinin kavranmasını ve bu müessese hakkında toplu bir görüş sahibi olunmasını çok kolaylaştıracağına kani bulunuyoruz.

## II — Suç ortaklığının tarifi

Suçortaklığında ortakların sorumunu ve cezasını tayin etmek için suçortaklığı terimi üzerinde anlaşmak lâzımdır.

Bir suçun birden fazla kimse tarafından bilinerek istenerek işlenmesi birkaç şekilde olabilir. Bu şekilleri aşağıda kısaca göreceğiz, aralarındaki farkları belirtmek suretile bunlardan biri olan suçortaklığını tarife çalışacağız. Fakat şurasını şimdiden söylemek lâzımdır ki, birlikte işleyen şahıslar bakımından ayrı ayrı suçlar olduğunu söylemekliğimiz her ayrı suçta ayrıca suçortaklığı olmayacağı mânasına gelmemektedir. Meselâ habersiz birlikte suç işlemede her suç işleyeninin ayrı suçuna azmettirmek, silâh vermek gibi çeşitli şekillerde iştirak etmek mümkündür.



Suçun birlikte işlenmesi şekillerini üçe ircâ ederek tetkik edeceğiz:

1) *Habersiz birlikte işleme.* — Suçu birlikte işleyen kimseler arasında ne önceden ve ne de suç esnasında hiçbir anlaşma yoktur. Garraud'nun verdiği misalle [2] izah edelim. İki kişi birbirinden habersiz olarak öldürmek istedikleri bir şahsın yolunu gözetlemektedirler. Bu şahıs yolun başında gözükür gözükmez ikisi bir anda ateş etmiştir. Birisinin attığı kurşun kalbe, diğerinin attığı kurşun dimağa rastlamıştır. Bu halde iştiraktan, diğer tâbirle suçortaklığından bahsedilemez. Birbirinden ayrı iki adam öldürme suçu karşısında bulunmaktayız.

2) *Kütle halinde birlikte işleme.* — Birden fazla kimse bir suçu bir toplantıda aralarında önceden bir anlaşma olmaksızın işlemişlerdir. Mese-lâ nümayiş yapan bir kütlenin içinde bulunan kimseler o kütlenin havası içinde birlikte suç işlerler. Hiddet ve gazap halinde bulunan bir kütle içindeki fertler şahsen kendileri taarruza uğramış gibi hiddet ve gazap halinde bulunurlar. Heyecanların şiddet ve kesafetinin, aynı heyecanı, aynı zamanda ve aynı yerde duyan kimselerin adedi nisbetinde artması ruhî kanunu neticesinde Ferri'nin «ruhî tahammür» veya «kimyevî teamül» [2a] dediği bir hal ve bunun neticesinde de fertlerin o zamana kadar tanımadığı yeni ve korkunç heyecan ve ihtiraslar meydana gelir. *Pugliese*'nin *kollektif suç* tâbirine karşılık, bu tâbiri umumi gören ve aynı tabii temayüldeki insanların işledikleri topluluk suçlarını, ihtirasların hâkim olduğu topluluk suçlarından ayıran ve bu ikincilere *kütle suçu* (crime de la foule) adını veren *Sighele*'nin ilk defa esaslî bir surette tetkik ettiği kütle içinde birlikte işleme hâdisesinde [3] birlikte işleyenler arasında bir anlaşma olmadığı için teknik mânada bir suç ortaklığından bahsedilemez. Ortada kaç kişi varsa o kadar suç vardır. Faillerden her biri yalnız kendi fiilinden sorumludur. Pek tabiidir ki her birinin cezasını çoğaltan veya azaltan haller, bu arada kütleyle iştirak şekilleri, bu cezanın tayininde hesaba katılacaktır.

3) *Suçortaklığı şeklinde birlikte işleme.* — Suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesinin üçüncü bir şekli de «birden fazla kimsenin bir suçu aralarında yaptıkları anlaşma üzerine birlikte işlemeleri» dir. İşte

[2] GARRAUD: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3. bası. c. III, s. 5.

[2a] SIGHELE: *La foule criminelle* (fransızca tercümesi), Paris, 1901, 2. bası. s. 78, 184.

[3] SIGHELE: s.g.e.

iştirak veya suç ortaklığı terimile ifade etmek istenilen ve kanunumuzun 64 den 67 ye kadar olan maddelerile tanzimine çalıştığı müessese, bir suçun bu şekilde birlikte işlenmesi halidir.

Kanaatimizce, «zarurî olarak birlikte işleme» halini de suçortaklığının bir çeşidi olarak telâkki etmek lâzımdır. Zarurî olarak birlikte işlenen suçlarda iştirak vaziyetinin görülmemesi, bu suçları birlikte işleyenlerin hepsinin asli fail olması sebebiyle bu suçlarda asli ve fer'î fail tefrikinin yapılamamasından ileri gelse gerektir. Halbuki suç ortaklığında, ortakların bir kısmının fer'î olması zarurî olmadığı gibi, bizim şahsen kabul ettiğimiz ve ileride uzun uzadıya izaha fırsat bulacağımız «cezanın suçuya göre tayini sistemi» ne göre suçun bir kişi tarafından işlenilip işlenmemesinin hiç bir önemi yoktur. Nihayet muhakkak iki kişiye ihtiyaç gösteren meselâ zina suçunda bile bir tek suçlunun bulunması, diğer kimsenin cinsî münasebette bulunduğu kadının evli olduğunu bilmemesi halinde olduğu gibi suçsuz olması da mümkündür.

Aynı sebeplerle bir kişi tarafından işlenemeyen cürüm işlemek için cemiyet teşkili suçlarında da suç ortaklığını kabul etmekteyiz. Bilindiği gibi kanun koyucular bazan birden fazla kimsenin bir suç işlemek üzere aralarında önceden anlaşma yapmalarını başlı başına bir suç saymışlardır. Meselâ bizim kanunumuz, bir kaç kişinin Devletin şahsiyetine karşı bazı cürümleri silâhla işlemek üzere «silâhlı cemiyet ve çete teşkili» ni (CK 168), aynı cürümleri hususi vasıtalarla işlemek üzere «gizli ittifak» yapmasını (CK 171), ve nihayet «adliye veya âmmenin itimadı veya selâmeti veya âdabı umumiye ve nizamı aile veya şahıs veya mal aleyhinde cürüm işlemek üzere cemiyet teşkili» ni (CK 313) bir suç saymıştır. Anlaşmanın başlı başına bir suç sayılması kanaatimizce birden fazla kimseler tarafından işlenen bu suçlarda suç ortaklığının bulunmadığını kabule kâfi değildir, çünkü burada da cemiyet teşkili veya gizli ittifak yapmak hususunda ya önceden veya o anda bir anlaşma, diğer bir tâbirle suçun maddî unsurunu teşkil eden anlaşma hususunda iradelerin birleşmesi vardır.

### III — Suçun birlikte işlenmesinin ağırlatıcı sebep sayılması

Mevzuumuza girmeden önce, onunla çok yakından ilgili olan bir diğer meseleye de kısaca temas etmek istiyoruz. Bu da, suç ortaklarının cezalarının, suçun birlikte işlenmiş olması sebebiyle, arttırılması gerekmiyeceği meselesidir. Bu meselenin, mevzuumuz olan suç ortaklarının birlikte işledikleri suçtan dolayı ne şekilde sorumlandırılacakları ve



ne şekilde cezalandırılacakları meselesi ile karıştırıldığına [4] yukarıda işaret etmiştik. Birinci mesele halledildikten yani suç ortaklarının sorumu ve cezası tayin edildikten sonra, meydana çıkan ikinci meselenin yani bu tayin edilen cezaların suçun birlikte işlenmiş olması sebebiyle arttırılıp arttırılmaması meselesinin birinci mesele ile ilgisi inkâr olunamaz. Fakat aynı oldukları da söylenemez.

Bilindiği gibi, bazı suçlarda, meselâ hırsızlıkta, suçun ikiden fazla kimse tarafından işlenmiş olmasını kanunumuz ağırlatıcı bir sebep olarak kabul etmiştir (C K 492/2). Fakat bu kadarla iktifa edilmemiş, suç ortaklığının umumî bir ağırlatıcı sebep olması tezi ortaya atılmıştır. Sighele'nin bu tezi, 1910 tarihinde Washington'da toplanan milletlerarası ceza infazı sekizinci kongresinde kabul edilmiştir. Kongreye «suçluların birleşmek temayüllerinin önüne geçmek üzere her iştiraki veya anlaşmayı müstakil bir suç saymak, yahut hiç olmazsa suç ortaklığını ağırlatıcı bir sebep olarak kabul etmek doğru olmaz mı?» sualî sorulmuştu. Kongrenin bu hususta verdiği karar şudur:

«1) Suçtan önceki her anlaşmanın müstakil bir suç sayılması ceza hukuku anlayışına uygun değildir.

2) İştirak suretile işlenen suçların artması ve bilhassa suçu itiyad haline getiren yani içtimai bakımdan en fazla tehlikeli kimselerin eseri bulunması hasebile, iştiraki, suçun ağırlatıcı bir sebebi olarak saymak ve cezanın haddini yükseltmek hususunda hâkime tanınan salâhiyeti arttırmak uygun olur.»

Birlikte suç işleyen kimselerin daima çok tehlikeli kimseler olduğu esasına dayanan bu tez fazla taraftar [5] bulamamış ve haklı olarak tenkit edilmiştir. Çok tehlikeli suçluların ekserisinin suç işlemek için birleştikleri, buna mukabil az tehlikeli suçluların ekserisinin yalnız başlarına suç işledikleri, fertlerin belli bir suçu işlemek üzere faaliyetlerini birleştirmelerinin o suçun icrasını kolaylaştırdığı ve bu bakımdan bir nevi iş bölümü olan suç ortaklığının içtimai bir tehlike arzettiği bir hakikattir. Fakat suç ortaklığını umumî bir ağırlatıcı sebep olarak kabule kadar

[4] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité élémentaire de droit criminel*, 1943, s. 231; VIDAL ve MAGNOL: *Cours de droit criminel*, 1935, s. 504.

[5] Taraftarlar arasında ezcümle EREM (suça iştirak: Ankara Hukuk Fakültesi mecmuası, 1946, sayı 1), GARRAUD (s. g. s. e. III, s. 20); POZZOLINI (*Istituzioni di diritto penale italiano*, 1921, s. 172); MANZINI (*trattato di diritto penale italiano*, 1926, c. II, n. 493) sayılabilir.

gitmeden, her ortakta bu tehlikeliliği tetkik etmek suretile bu tehlikeyi önlemek mümkündür ve hattâ daha doğrudur, çünkü birlikte suç işlemenin muhakkak fazla bir tehlikelilik alâmeti olduğu hakkında katî bir kaide koymağa imkân yoktur. İşte bu düşüncelerledir ki her hâdisede her ortağın tehlikeliliğinin ayrı ayrı tetkiki gerektiği ve yargıca bu hususta salâhiyet tanınması tezi [6] galebe çalmıştır. Hattâ Ferri'nin ifadesine göre [7], bizzat Sighele bile, ilkönce kendisinin ortaya attığı tezden vazgeçmiş, her hâdisede tehlikeliliğin ayrıca araştırılması sistemine iltihak eylemiştir.

Muhtelif memleket mevzuatına bakarsak görürüz ki, hiç bir memleket kanun koyucusu suç ortaklığını kayıtsız ve şartsız umumî bir ağırlatıcı sebep olarak kabul etmemiştir. Yeni İtalyan ceza kanunu (m. 112) ancak ortaklar beşten fazla olmak şartile suç ortaklığını umumî ağırlatıcı bir sebep saymıştır.

#### IV — Sistemlerin tasnifinde tuttuğumuz yol

Suç ortaklarının sorumlunu ve cezasını tayin hususunda mevcut nazariyeleri sistemli bir şekilde birbirine raptetmekten ibaret olan yolumuzun hareket noktası şudur: İlkönce, ortada bir tek suç mu vardır yoksa birden fazla suç mu vardır meselesini halletmek ve bu bakımdan bir tefrik yapmak lâzımdır. Bazılarına göre ortada işlenmiş bir tek suç vardır. Bu sisteme (*suç birliği sistemi*) denilmektedir. Bazılarına göre de her suç ortağının filli ayrı ve müstakil bir suç teşkil eder. Bu sisteme de (*suç ayrılığı sistemi*) denir.

Suç birliğini kabul edenlerin yolunda yürüyoruz. Bir noktada yolun ikiye ayrıldığını görüyoruz. Bu da işlenen bu tek suçun kimin veya kimlerin suçu olduğu noktasıdır. Klâsik de diyebileceğimiz objektif bir kıstasa göre hareket edenler suçu hukukî bir bütün olarak alırlar ve işlenen suçu onu asıl işleyen birinci derecede ortakların diğer bir tâbirle aslı şeriklerin suçu olarak kabul ederler. Pozitivist de diyebileceğimiz sübjektif kıstasa göre hareket edenler ise işlenen tek suçu onu işleyenlerin kastına göre tetkik ederler. Bunlara göre bu suç yalnız bazı ortakların suçu değildir. Bütün ortakların müsterek suçudur.

Suç birliğini kabul eden ve objektif kıstasa göre hareket edenler, hukukî bir bütün teşkil eden suçu bazı suç ortaklarının istemiş olduğunda

[6] TANER: Ceza hukuku, 1937, s. 519; FERRI: *Principii di diritto criminale*, 1928, s. 554.

[7] FERRI: *s.g.e.*, s. 555.



ve suç ortaklarını rollerinin ehemmiyetine göre iki ye ayırmakta birleşirler. Rollerini birinci derecede olan suç ortakları asli şeriklerdir. Bunlar suçu asıl işleyenlerdir ve suç onların suçudur. Rollerini ikinci derecede olan suç ortakları ferî şeriklerdir. İşlenen suç bunların suçu değildir. Bunlar asli şeriklerin suçuna yardım etmişlerdir. İşte bu tefrik dolayısıyla ki objektif kıstasa göre suç birliğini kabul eden sisteme (*müstear suçluluk sistemi*) (*systeme de la criminalité d'emprunt*) de denilir.

İşlenen suçu yalnız asli ortakların suçu sayıp ferî ortakların hareketlerini asli ortakların suçuna yardım sayan bu sistem taraftarlarının yolunda yürürken yolların bir noktada dörde ayrıldığını görüyoruz. Bu nokta, asli ortakların suçuna verilen mâna noktasıdır. Ferî ortakların cezalandırılabilmesi için asli ortakların işledikleri ve suç dediğimiz fiilin ne gibi vasıfları haiz olması hususunda ayrılan bu dört yol, cezalandırılması gereken yani sorumlu olan ortaklarla sorumlu olmayan ortakları birbirinden ayırdıktan sonra yalnız sorumlu ortaklar hakkında devam etmek üzere tekrar birleşirler. Birleştikleri nokta da sorumlu ortakların asli ve ferî diye ikiye ayrılması noktasıdır.

İşlenen suçu yalnız asli ortakların suçu sayıp sorumlu ferî ortakların hareketlerini asli ortakların suçuna yardım sayan bu sistem taraftarlarının yolunda yürüyoruz. Yine bir noktada yolun ikiye ayrıldığı görülmektedir. Bu da birinci derecede suç ortakları ile ikinci derecede suç ortakları arasında ceza bakımından fark gözetmek noktasıdır. Bir kısmına göre birinci derecede suç ortakları ile ikinci derecede suç ortakları arasında ceza bakımından bir fark gözetmek lâzımdır. Birinciler suçun asıl müsebbipleridir. Bunların cezaları da suçun tam cezasıdır. Fakat ikincilerin suçun işlenmesindeki tesirleri o kadar fazla değildir. Onun için cezaları da indirilerek tertip olunur. Bu sisteme *nisbî istiare sistemi* (*systeme d'emprunt relatif*) denilir. Vidal bu sisteme *suç ortakları arasında sorumda eşitsizlik sistemi* (*systeme d'inégalité de responsabilité des divers participants*) demektedir. Fakat bu tâbir kanaatimizce uygun değildir, zira fark sorumda değil cezadadır. Cezanın az veya çok olması, bu sisteme göre, yalnız fiile bakılmak suretile taayyün etmektedir. Diğer taraftan bu terim ikiden fazla sorum çeşidi olduğu hissini vermektedir. Biz, *suç ortakları arasında asli ve ferî tefriki sistemi* veya *suç ortakları arasında cezada ikilik sistemi* denilmesi, sistemin mahiyetine daha uygun ve bu itibarla daha doğru olur diye düşünüyoruz.

Objektif kıstasa göre suç birliğini kabul edenlerin ikinci kısmına göre de birinci derecede suç ortakları ile ikinci derecede suç ortakları arasında ceza bakımından bir fark gözetmeğe lüzum yoktur. Başkasının su-

çuna yardım suretile iştirak eden ferî şerikler, o suçu bütün neticelerile birlikte kendilerine mal etmişlerdir. Haddi zatında suç olmıyan bu hareketlerin cezalandırılması sırf bu yüzdendir. Suç kastı bütün ortaklarda aynıdır. Bu itibarla ikinci derecede suç ortakları da asıl fail gibi cezalandırılmalıdır. Buna da *suç ortakları arasında cezada eşitlik sistemi* diyeceğiz.

Sübjektif kıstasa göre hareket edenler, işlenen tek suçu bütün ortakların suçu olarak kabul etmekte ve sorum bakımından fark görmekte birleşirler, fakat bunlar da bir noktada ikiye ayrılırlar. Bir kısmı ceza tayininde tekrar objektif usule döner, yani işlenen suça bakar ve bu suçun cezasının bütün suç ortaklarına verilmesini ister. Bu suretle bir başka yoldan yine cezada eşitlik sistemine gelmiş bulunuyoruz. İşlenen suçu sübjektif bakımdan bütün ortakların suçu sayanların bir kısmı cezanın tayininde de sübjektif esastan hareket ederler ve cezayı her ortağın tehlikeliliğine göre tayin ederler. Bu sisteme de *«cezanın suçluya göre tayini sistemi»* diyeceğiz.

Yolumuzun ilk başında suç birliği ve suç ayrılığı tefrikini yapmıştık. Suç birliği yolunu tetkik etmiş bulunuruz. Suç ayrılığı yolunu da takip edelim. Bu sistem her ortağın hareketini müstakil bir suç saymaktadır. Daha doğrusu husule gelen neticeyi her ortak müstakilen yapmış addolunmaktadır. Bu itibarla ortaklar arasında sorum tefrikine mahal yoktur. Ceza bakımından da aynı neticeye varılmaktadır. Ortada ortak adedi kadar meselâ adam öldürme veya hırsızlık suçu vardır. Her ortak işte bu aynı suçun cezasile cezalandırılacağı için netice itibarile «cezada eşitlik» sistemine tekrar fakat başka bir yoldan gelmiş bulunuyoruz.

Şu halde, vardığımız neticeyi hulâsa edersek diyeceğiz ki:

A — Sorum bakımından, ancak objektif suç birliği sisteminde yani ortakların aslî ve ferî tefrikini kabul eden sistemde dört ayrı görüş vardır. Gerek sübjektif suç birliği sistemi ve gerek suç ayrılığı sistemi ortaklar arasında sorum bakımından fark gözetmemekte ve bu husustaki umumî kaidelerle iktifa etmektedirler.

B — Ceza bakımından, üç sistem vardır:

I — Cezaların ikiliği sistemi,

II — Cezaların eşitliği sistemi,

III — Cezaların suçluya uydurulması sistemi.

Biz de tetkikatımızı, sorum ve ceza bakımından ayrı ayrı yapacağız.



## BİRİNCİ BÖLÜM

## SUÇ ORTAKLARININ SORUMU HAKKINDA SİSTEMLER

V — Suç ortaklığına mahsus sorum meselesi ancak objektif suç ortaklığında bahis mevzuu olabilir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, suç ortaklarının sorumu hakkındaki sistemler ancak objektif suç birliği sistemi dahilinde mevcuttur. Bunun sebebini biraz açıklamak isteriz.

Malûmdur ki, manevî mesuliyeti kabul edenlere göre, müelliften müellife ismi değişmekle beraber, ceza mesuliyetinin biri ehliyet ve diğeri isnad edilebilme olarak iki unsuru vardır. Kanunî mesuliyeti kabul edenler de işlenen suçun failin şahsiyetinin bir ifadesi diğer tâbirle kendi suçu olması şartile yalnız maddî isnad edilebilme kâfidir derler. Mânevî isnad edilebilmenin esası olan kusur ancak ceza ehliyeti olanlarda arandığı için bu iki görüş arasındaki fark ceza ehliyetini kabul edip etmemek noktasına inhisar etmektedir.

Suç ortaklarının sorumunu tetkik ederken onların yalnız kendi şahıslarındaki vasıflarına taallük eden ehliyetlerini yani suçun tek faili oldukları zaman halledilmesi gerekecek olan bir hususu incelemeyeceğiz. Bir kimseye ceza vermek için ceza ehliyetini aramıyanlara göre zaten mesele yoktur. Fakat ceza ehliyetini arayanlara göre de bu bakımdan suçun bir veya birden fazla kişi tarafından işlenmesinin farkı yoktur. Onun için biz suç ortaklarının sorumu meselesini isnad edilebilme zaviyesinden tetkik edeceğiz.

İsnad edilebilmenin manevî kısmında yani failin, kast veya taksir şeklinde tezahür eden bir kusurluluğu olması bahsinde de suç ortaklığına mahsus bir sorum meselesi mevcut değildir. Çünkü biz suç ortaklığı bakımından sorumunu tetkik edeceğimiz kimseye suç ortağı adını vermekle onun kusurluluğunu mevcut farzediyoruz. O halde geriye maddî isnad edilebilme, yani husule gelen netice ile o kimsenin fiili arasında bir sebebiyet alâkasının bulunması bahsi kalmaktadır. Biz de, suç ortaklarının sorumu hakkındaki tetkiklerimizi işte bu bakımdan yapacağız.

Suç ortaklarının sorumu meselesini, şu şekilde ifade etmek de mümkündür: Suçun meydana gelmesinde âmil olan fiillerin hepsi sebep sayılıp onları işleyenler suç ortağı sayılacak ve bu sıfatla sorumlu tutulacak mıdır; yoksa suçun meydana gelmesinde âmil olan fiiller arasında bir tefrik ve tercih yaparak bazılarını hukukî mânada bir sebep

vasfını vermek ve ancak bu fiilleri işleyenleri suç ortağı saymak mı lâzımdır?

Biz bu meseleyi de kısmen halledilmiş olarak kabul etmekteyiz. Sorumunu tetkik edeceğimiz kimseye suç ortağı dediğimize göre onun suç ortaklığını yani fiili ile kendi suçu olarak kabul ettiğimiz netice arasındaki sebebiyet alâkasını mevcut farzetmekteyiz. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, ancak suç ayrılığını kabul edenlerle, suç birliğini kabul etmekle beraber sübjektif bir kıstasla hareket edenler, her ortağın işlediği suçu benimsediğine ve o suçun kendi suçu olduğuna kanidirler. O halde bunlara göre sorum meselesi umumîdir. Bir suçun bir kimse tarafından işlenmesi halinde tatbik olunacak sorum hükümleri ile bir suçun suç ortaklığı şeklinde işlenmesi halinde tatbik olunacak sorum hükümleri arasında bir fark yoktur. Kısaca, suç ortaklığına mahsus bir sorum meselesi mevcut değildir. Ancak, ferî ortakların hareketini, aslî ortakların suçuna iştirak şeklinde kabul edenlere göre yani objektif suç birliği sistemi dahilinde suç ortaklığına mahsus bir sorum meselesi bahis mevzuu olmaktadır. Bu mesele de aslî failin işlediği (suç) kelimesine verilecek mânayı tayin meselesidir. Bir diğer söyleyişle aslî failin fiili ne gibi vasıfları ihtiva etmelidir ki o fiile yardım şeklinde iştirak edenler ferî suç ortağı sıfatıyla cezalandırılabilirler?

Bu hususta dört sistem mevcuttur. Şimdi bu sistemleri tetkik edelim.

#### VI — 1) Asli failin maddî fiili işlemesi sistemi

Maddî fiil sistemine göre aslî failin yalnız maddî fiili işlemesi ferî ortakların cezalandırılabilmesi için kâfidir.

Bu sistem, maddî fiil ile hukuka aykırılık arasında fark gözetilen görüşün [8] suç ortaklığındaki sorum meselesine tatbikinden ibarettir. Bilindiği gibi bilhassa Almanyada yirminci asır başlarında rağbette olan bu görüşe göre, suçun dört unsuru vardır. Bunlar da kanunilik, hukuka aykırılık, fiil ve kusurluluktur. Burada mühim olan cihet, maddî fiil ile hukuka aykırılık arasında fark gözetilmiş olması, daha doğrusu hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak ele alınmış olmasıdır. Suçların hukuka aykırılığını bir unsur olarak kabul eden bu nazariyeye göre fiili maddî yani fizik bakımdan tetkik etmek kâfi değildir. Hukukî bakımdan bir hüküm verilmesi, yani fiilin hukuka aykırı olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir. Burada bahis mevzuu olan hukuka aykırılığın şekli olanıdır. Yani mevzu hukuk kaidelerine aykırılık araştırılacaktır.

[8] Bu hususta Bak. VON LISZT: *Traité de droit pénal allemand*, s. 204; MANZINI: *s.g.e.*; c. I, s. 414.



Suç ortaklığındaki sorum meselesine tatbik edilen bu sistem, çok garip ve haksız neticelere yol açar. Battaglını ile birlikte [9] üçüncü bir şahsın taarruzuna uğrayan bir kimseye kendisini müdafaa etmesini söyleyen bir şahsın misalini alalım. Bu takdirde meşru müdafaa vaziyetinde bulunan kimsenin fiilinde hukuka aykırılık olmadığı için, o kimse beraet edecektir. Fakat ferî ortağın cezalandırılması için yalnız maddi fiille bağıldığı için, misalimizdeki kimseyi kasten adam öldürme suçunun ortağı olarak cezalandırmak icap edecektir.

Biz suçun hukuka aykırı oluşunu ayrı bir unsur değil, fakat onun bir vasfı olarak aldığımız ve hukuka uygun bir fiilin suç sayılamayacağına kani bulunduğumuz için hukuka aykırılığı bir unsur sayan nazariyeyi ve onun suç ortaklığındaki sorum meselesini hal şeklini reddetmekteyiz. Kaldı ki, biz asli ve ferî faillerin suçları arasında bir tefrik yapmağa taraftar olmadığımız için ancak böyle bir tefrikin meydana getirdiği sorum sistemlerinin hiç birini kabul etmemekteyiz.

#### VII — 2) Asli failin fiilinin hukuka aykırı olması sistemi

Ferî ortağın sorumlu sayılabilmesi için maddi asli failin cezaî ehliyeti olup olmadığına bakmayan ve işlenen fiilin objektif bakımdan hukuka aykırı olmasını kâfi gören bu nazariye halen Almanyada üstün tutulmağa başlanan bir nazariyedir [10]. Fransada mahkemeler tarafından tatbik edilen ve birçok taraftarı olan [11] bu nazariye kanaatimizce, klâsik olan objektif suç birliği sistemini kabul edenlerin, pozitivist görüşü benimsediklerini gösterir. Bu nazariyeye göre asıl fail bir deli veya pek küçük yaşta bir çocuk, hülâsa ceza ehliyeti olmayan bir kimse dahi olsa diğer ortaklar sorumlu tutulacak yani cezalandırılacaklardır. Bu sisteme ileride, cezanın ikiliği sisteminin mahzurlarını sayarken tekrar temas etmek fırsatını bulacağız.

#### VIII — 3) Asli failin cezaya ehil ve fiilinin hukuka aykırı olması sistemi

Klâsik olan bu sisteme göre ferî failin cezalandırılabilmesi için maddi asli failin cezaî ehliyeti olması lâzımdır. Maddi asli failin ceza ehliyeti olmaması halinde azmettirenin de «dolayısıyla fail» (auteur médiat) sayılarak bir nevi maddi fail haline getirildiğini ve bu suretle ferî ortakları ceza-

[9] BATTAGLINI: *Diritto penale*, Parte generale, 2. bası, 1940, s. 312.

[10] BATTAGLINI: *s.g.e.*, s. 312.

[11] ROUX: *s.g.e.*, s. 350; GARRAUD: *s.g.e.*, c. III, s. 51; GARCON: *Code pénal annoté*, m. 59 ve 60, n. 120-128.

landırabilmek için ortada cezaya ehil bir fail yaratıldığını yine ileride cezanın ikiliği sisteminin mahzurlarını sayarken göreceğiz.

İtalya ve Almanyada halen en çok taraftarı olan sistem, asli failin cezaya ehil olması ve hukuka aykırı bir fiil işlemes sistemidir [12]. Bu sistemin Fransada da taraftarları vardır [13].

Kanunumuzun kabul ettiği sistem de budur. Yargıtay da ceza ehliyeti bulunmayan küçüğü suça teşvik eden kimseleri asli fail saymakla, asli failde ehliyet aradığını göstermek istemiştir [14].

#### IX — 4) Asli failin cezalandırılabilen bir fiil işlemesi sistemi

Ferî failin sorumlu sayılabilmesi için asli failin fiilinin cezalandırılabilen bir fiil olmasını isteyen bu sistem, her suçun cezalandırılmadığı esastan hareket etmektedir. Filhakika bu fikre göre ceza denilen müeyyide, suçun değil, fakat hukukî kaidenin bir unsurudur. Bu itibarla şahsi bir hâdisede fiilin cezalandırılmaması mümkündür ve bu hal o fiilin suç teşkil etmesine mâni değildir. Ortada suç da suçlu da bulunduğu halde kanun vazıı bazı hallerde ceza verilmesini doğru bulmamıştır. İşte bu sistem, meselâ asli failerde tam mazeret sebepleri denilen sebeplerin mevcudiyeti halinde ferî ortağın sorumlu olmamasını ve bilâkis asli failin işlediği suçun cezalandırılabilir bir suç olması halinde ferî ortağın cezalandırılabilmesini kabul etmektedir. Bu sisteme göre babasının malını çalan bir kimseyi teşvik eden kimseye ceza verilemeyecektir [15]. Çünkü babasının malını çalana kanun ceza vermemektedir (C-K 524). Keza zamanışımı gibi bir sebeple cezalandırma hakkının düşmesi halinde de ferî ortaklara ceza verilemeyecektir [16].

Tekrar edelim ki, objektif suç birliği esasını kabul etmediğimiz için bu esasa göre hareket edenlerin ferî ortakların ne gibi hallerde sorumlu olacağını tayin için ileri sürdükleri nazariyelerin hiç birini kabul etmemekteyiz.

[12] BATTAGLINI: *s.g.e.*, s. 312.

[13] DONNEDIEU DE VABRES: *s.g.e.*, s. 220; VIDAL ve MAGNOL: *s.g.e.*, s. 509.

[14] YICGK: 24/2/1936, 31-31 (neşredilmemiştir).

[15] GARRAUD: *s.g.e.*, c. III, s. 51.

[16] Fransız yargıtayının bu husustaki kararı için bak: CHAUVEAU ve HELIE: n. 1945-1959.



## İKİNCİ BÖLÜM

## SUÇ ORTAKLARININ CEZASI HAKKINDA SİSTEMLER

## § 1 — Cezada İkilik Sistemi

## X — Cezada İkilik sisteminin esası

Bu sistem, yukarıda gördüğümüz gibi, ortada bir tek suç gören nazariyenin asli ve ferî şerikler tefrikini yapan ve tek suçu yalnız asli şeriklerin suçu sayan ve ferî şeriklerin hareketlerini diğerlerinin suçuna yardım addeden kolunun ceza hakkında kabul ettiği sistemdir. Diğer bir söyleyişle maddî sebebiyet alâkasını izah için sebep ve şart tefrikini yapan nazariyeye dayanan bu sistemde sebep asıl faillerin fiilidir. Ferî faillerin fiilleri bir şarttan ibarettir.

Cezada ikilik sistemi, suçun meydana gelmesinde birinci derecede rolü olanları suçun hakikî müsebbibi sayar ve bunları *suç failleri* (les auteurs) veya *suçun müsterek failleri* (les coauteurs) olarak kabul eder. Eski kanunumuzda bunlara 22 mayıs 1327 (4 nisan 1911) tadilinden önce *müsterek failler*, tadilden sonra *hemfiil* deniliyordu (m. 45). Bugünkü kanunumuzda iştirak bahsinde bir ıstılah mevcut değildir. Ötede beride hemfiil tâbirinin kullanıldığı vakidir. Nazariyatta asli şerik, asli fail denilmektedir. Rollerini ikinci derecede olanlar ise asıl suçu teşkil eden fiilî işlemeyip yalnız yardım edenlerdir. Bunlara da *yardımcılar* (les auxiliaires veya les complices) denilmektedir. Eski ceza kanunumuzda fer'en zîmethal (m.45) denilirdi. Bugün ferî şerik veya ferî fail tâbiri kullanılmaktadır. Kanunumuzun iştirak bahsinde kabul edilmiş bir ıstılah yoktur. Fakat bazı maddelerde fer'en zîmethal tâbirine rastlandığı da vakidir.

Bugünkü kanunumuz asli şerikleri de isimlerini koymamakla beraber, ikiye ayırmıştır. Maddî asli şerik, asıl suçu işleyen kimse veya kimselerdir. Manevî asli şerik, başkasını suç işlemeğe azmettirenindir. Maddî faildeki suç tasavvuru ve bunun karar şekline geçişi münhasıran azmettirenin eseridir.

ferî şerikler, asli şerikler gibi suçun icrasına değil, *suça iştirak* edenlerdir. Kanunumuz ferî ortaklık hallerinin birer birer gösterilmesi usulünü kabul etmiştir (CK 65). Ferî şerikler: 1) Suçun ne suretle işleneceğine dair talimat vererek, 2) Fiilin işlenmesine yarıyacak iş veya vasıtaları tedarik ederek, 3) Suçun işlenmesinden önce veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırarak, 4) Suçu işlemeğe teşvik ederek, 5) Suçu irtikâp kararını takviye ederek, 6) Fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunacağını vaaderek suça iştirak

edenlerdir. Bu ikinci derecede ortaklık hallerini de maddî ve manevî diye iki sınıfa ayırmak mümkündür.

Suç birliği esasından hareket eden cezada ikilik sistemi, birinci ve ikinci derecede addettiği suç ortaklıklarını ayırd etmek için suç ortaklarının yalnız hareketlerine, yani iştirakin harici şekillerine bakmaktadır. Diğer bir söyleyişle, bu sistem suçun yalnız maddî kısımlarına ehemmiyet vermekte ve objektif bakımdan ferî ve talî gördüğü ortaklık hallerini, aslî ortaklığa nazaran daha az bir ceza ile cezalandırmaktadır. Fakat suç birliği nazariyesi kabul edildiği için o tek suçun cezası esas alınmakta ve kanunun gösterdiği nisbet dahilinde bir tenzilat yapılmaktadır. Meselâ kanunumuza göre işlenmiş olan fiilin cezası ölüm ve müebbed ağır hapis ise bunlar yerine on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilmekte ve sair hallerde kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilmektedir.

#### XI — Aslî ve fer'î ortakların ayrılmasındaki güçlük.

Ortakları aslî ve ferî olarak ikiye bölen ve birine tam, diğerine aşağı yukarı yarım ceza veren bu sistemde aslî ve ferî ortakların birbirinden nasıl ayrılacağı meselesi birinci plâna geçmektedir. Bu noktada teferruata girmek, mevzumuzdan bizi uzaklaştıracaktır. Fakat şurasını da belirtmekten kendimizi alamıyacağız ki, kanunumuzun fazla olarak bir de maddî aslî şerikleri, *suçu irtikâp edenler* ve *suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler* diye iki gruba ayırmasını lüzumsuz bulmaktayız. Meselâ bıçağı saphıyan, suçu irtikâp edendir. Mağdurun elini kolunu tutan da suçu doğrudan doğruya beraber işleyendir. Kanunun kabul ettiği *irtikâp eden* tâbiri de, *doğrudan doğruya beraber işleyen* tâbiri de müphemdir [17]. Mustafa Nazmi Aklan [18] gibi, «ef'ali tedarikiye» nin zıddı olarak kabul edilen bütün «ef'ali icraiye» yi yapanları suçu irtikâp eden saymak Manzini'nin de kabul ettiği gibi [19] irtikâp tâbirini, maddî unsurun meydana gelmesinde doğrudan doğruya alâkası olmayıca icra hareketlerine de teşmil etmek olur ki işi çok genişletmek olur. Yalnız neticeyi meydana getiren intacî fiiller kıstası da işi çok daraltır. O halde hangi icra hareketlerini yapanlar suçu irtikâp eden sayılacaktır? Bu husus açıkça belli değildir. Bu suale cevap olarak ileri sürülen çeşitli hal şekil-

[17] FERRI: *s.g.e.*, s. 559.

[18] AKLAN (Mustafa Nazmi): *Yeni Türk Ceza kanunu serhi*. Eskişehir 1926, s. 237.

[19] MANZINI: *s.g.e.*, c. II, s. 472.



lerinden biz, sayın hocamız Tahir Taner'le birlikte [20], suçun hukukî tarifine göre maddî unsurunu teşkil eden hareketi yapmak tarifini tercih ediyoruz. Keza doğrudan doğruya beraber işlemek tâbirinin de suçun maddî unsurunu vücade getiren hareketleri ifade edecek şekilde çok dar mânada veya ferî iştirak sayılabilecek, hırsızlıkta gözcülük gibi hareketleri içine alacak kadar çok geniş şekilde tefsiri mümkündür. Nitekim Türk Yargıtayı boğulan kimsenin boğazına geçirilen kayışı müştereken çektikleri [21] veya müştereken dövdükleri [22] sabit olan iki sanığın doğrudan doğruya beraber işlemiş sayılacağını kabul etmekle dar mânada, İtalyan Yargıtayı da hırsızlıkta gözcülük edenî doğrudan doğruya beraber işleyen saymakla [22a] geniş mânada tefsir etmişlerdir. Doğrudan doğruya beraber işlemek tâbirinin geniş mânada tefsiri bütün icra hareketlerini içine alabilecek ve ancak hazırlık hareketlerini yapanlar ferî suç ortağı sayılabileceklerdir. Bu ise, suç teşkil eden fillerde de yani icra hareketlerinde de iştirak derecesi tâlî olan suç ortaklarını ayırmak isteyen kanun koyucunun maksadına aykırıdır.

Maddî asli ortaklığın ikiye ayrılmasındaki müşkülât bertaraf edilse bile asli ve ferî ortaklığın tefriki müşkülâtını yenmek kolay olmayacaktır. Sübjektif, objektif ve muhtelit bir çok nazariyeler bilhassa Almanya'da bu meseleyi halle çalışmışlardır [23]. Sübjektif bakımdan yani ortağın iradesine bakarak meseleyi halleden nazariyeye göre ortak, suçu kendi suçu gibi görüyorsa (animus auctoris) asli ortak, başkasının suçu gibi görüyorsa (animus socii) ferî ortak sayılacaktır. Bu bakımdan alet tedarikini, gözcülük etmeği [24] asli ortaklık saymak mümkün olacaktır. Keza asıl fiili işleyen, meselâ adam öldürenin de ikinci derecede ortak sayılabilmesi kabil olabilecektir. Objektif nazariyeye göre ise suçun yalnız haricî şekline bakılacaktır. Muhtelit nazariye bir tefrik yapmaktadır. Objektif bakımdan asli ve ferî olduğunda şüphe edilmeyen ortaklıklar arasında ancak failin iradesini izhar edişine göre asli veya ferî olduğu tayin edilebilen bir ortaklık sahası kabul edilmektedir. Bütün bu na-

[20] TANER: *s.g.e.*, s. 527.

[21] YtCGK: 8/5/1944, 68-64 (Yargıtay kararları 1944, s. 100).

[22] YtCGK: 29/1/1945, 1-5 (Son içtihatlar, kitap I, fasıkül 7, s. 326).

[22a] MANZINI: *s.g.e.*, s. 315, n. 6.

[23] LISZT: *s.g.e.*, 1911, s. 328, not 9.

[24] Alman yargıtayı, sübjektif nazariyeye iltihak ederek, gözcülüğü asli ortaklık saymıştır (Liszt: *s.g.e.*).

zariyeler, 1927 yılında Varşova'da toplanan ceza hukukunu birleştirme milletlerarası birinci konferansında Jamontt adlı bir Polonyalı yargıcın dediği gibi [25], hiç bir neticeye varamamıştır. Asli veya ferî olduğu katî olarak halledilemiyen iştirak halleri olabilir, yahut bir ortağın asli veya ferî olması, tesadüfe bağlı kalabilir [26]. İşte asli ve ferî ortaklığı birbirinden ayırmaktaki bu güçlük, sorum ve cezada ikilik sisteminin en büyük mahzurlarından biridir [27].

## XII — Asli ve ferî ortaklık hallerinin ayrılmasına imkân olmıyan haller

Bazı hallerde asli ve ferî ortakları ayırmak yalnız müşkül değil, fakat imkânsız olur. Suç ortaklarının rollerinin belli olmadığı böyle hallerde müstear suçluluk sisteminin de tatbikine imkân kalmaz. Meselâ bir kavgada birisi yaralanmış veya ölmüştür. Asıl failin kim olduğu belli değildir. Müstear suçluluk sistemini kabul eden kanun koyucular burada sistemin boşluğunu görmüşler ve onu doldurmak için tedbir almak zaruretini duymuşlardır. Böyle bir halde ya bütün ortaklara, asli ve ferî ortaklara verilen cezalar arasında bir ceza verilmekle, yahut da bu hali müstakil bir suç saymakla işin içinden çıkmak istemişlerdir. Fakat her iki halde de, asıl suçluya lâayık olduğundan az ceza verilmekte, hakikî ferî suçlu da lâayık olduğundan fazla cezalandırılmaktadır [28].

Nazariyatta *complicità corrispettiva* denilen ve (ayırd edilemiyen ortaklık) terimile karşılıyabileceğimiz bu suç ortaklığı şekli hakkında kanunumuz 463 üncü maddeyi sevketmiştir. Bu maddeye göre adam öldürme veya müessir fiil suçunu bir kaç kişi birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa, bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ölüm ve müebbed ağır hapis cezalarını istilzam eden fiillerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz.

Bu maddenin ayırd edilemeyen ortaklık müessesesini ne dereceye kadar tanzim edebildiği mevzuumuz haricindedir. Fakat şurasını ilâve edelim ki, bu maddedeki hükme benzer bir hüküm yeni İtalyan kanununda

[25] *Varşova konferansı vesikaları*, Ankara, 1938, s. 73.

[26] HAFTER: *All. Teil*, §44, I, 1. Logoz (*commentaire du CPS*, s. 94) den naklen.

[27] DONNEDIEU DE VABRES: *s.g.e.*, s. 231.

[28] VIDAL ve MAGNOL: *s.g.e.*, s. 526.



yoktur. Çünkü yeni İtalyan kanunu, aslî ve ferî şerikler arasındaki farkı kaldırmış bulunmaktadır.

### XIII — Suç işlenmeyince azmettirenin cezalandırılmaması

Cezada ikilik sisteminin bir diğer mahzuru da işin yalnız maddî cephesine bakması ve suçlu cephesini ihmal etmesidir. Bu mahzur bilhassa bir kimsenin başkasını suç işlemeğe azmettirdikten sonra suçun herhangi bir sebeple işlenmemesi halinde azmettirenine ceza verilmemesi suretile meydana çıkmaktadır. Ceza verilememektir, çünkü azmettiren suçluluğu aslî maddî fail olacak kimsenin fiilinden alacaktı. O fiil ise işlenmemiştir. Halbuki azmettiren elinden gelen her şeyi yapmıştır. Elinde olmıyan sebeplerle suçun işlenmemesi halinde, azmettirenin cezasız kalması doğru görülmemektedir [29]. Bu mahzuru önlemek üzere bazı kanunlar bu hali cezalandırmışlardır. Eski Toskana kanunu (m. 54) bunu müstakil bir suç saymıştı. Ferri projesi (m. 17) ve İsviçre kanunu (madde 24) bu hali bir teşebbüs addetmektedir. Yeni İtalyan kanunu (m. 115) bu hali emniyet tedbiri tatbiki sebeplerinden biri olarak kabul etmektedir [30]. Norveç kanunu, bu hususta ayrı bir hüküm koymağa lüzum görmeyen yegâne kanundur. Çünkü aşağıda göreceğimiz gibi, suç birliği sistemini reddetmiş, suç ayrılığı sistemini kabul eylemiştir.

### XIV — Zarurî ferî ortaklık

Cezada ikilik sisteminin sun'î olduğu, ferî şeriklerden bir kısmının «zarurî ferî ortak» olarak kabul edilmesile de meydana çıkmaktadır. Fîlhakika bu sistem ve onu takip eden kanunumuz ferî ortaklardan birinin iştiraki olmaksızın fiilin irtikâbı mümkün olmayacağı sabit olan hallerde bu kimsenin tenzilâttan istifade edemeyeceğini kabul etmek zaruretini duymuştur. Ferî ortaklıktaki bu zaruret meselesi bir çok tenkitlere haklı olarak yol açmıştır. Mehzaz kanunun gerekçesinde «sebebiyet münasebeti bakımından aslî olmakla beraber işleniş tarzı bakımından ferî» olduğu ileri sürülen bu ortaklık şeklinin işleniş bakımından da ferî olmadığı, zarurî ferî ortak denilen kimsenin aslî ortak olduğu söylenmiştir. Bazı cezacılar, ancak faile göre ortağın hareketinin zarurî addedildiği hallerde zarurî ferî ortaklığın mevcut olabileceğini ileri sürmek [31] suretile bu

[29] FERRI: *s.g.e.*, s. 642.

[30] MANZINI: *s.g.e.*, c. II, s. 348.

[31] IMPALLOMENE: *Il Codice penale italiano* I, n. 106. «Majno (Ceza Kanunu serhi, s. I, s. 342) den nakil.

müessesenin müdafaasını yapmak istemişler ise de failerin düşüncelerinin ihmal edilemeyeceği ve eğer onlara göre bir zaruret varsa, o halde neticenin meydana gelmesinde bu kadar esaslı surette müessir olan hareketin ikinci derecede bir ortaklık sayılmasına imkân olmayacağı cevabı verilmiştir.

Carrara ancak manevî iştirakte tatbikî faydası olabileceğine kani bulunduğu zarurî ferî ortaklık müessesesinin maddî iştirak hallerinde halli çok müşkül ve hattâ imkânsız güçlükler doğuracağını kaydetmektedir [32]. Filhakika bu zaruret nasıl anlaşılacaktır? Muayyen ve müşahhas herhangi hâdiseye bakarsak her ferî şerik, zarurî şerik sayılabilecektir. Çünkü suç bütün iştirak fiillerinin bir muhassalasıdır. Bunun içindir ki 1887 tarihli İtalyan projesinin gerekçesinde zarurî ve ferî iştirakin mücerred olarak hesaplanması gerektiği belirtilmişti. Bu gerekçede şöyle denilmişti: «Meselâ silâh veren kimse zarurî ferî şerik değildir. Çünkü kaatil başka bir silâh bulabilir ve hattâ hiç silâhsız da işini görebilirdi. Fakat zehiri tedarik eden eczacı zehirleyerek adam öldürme suçunda hemen daima zarurî ortaktır.»

Kanaatimizce ferî suç ortaklarının zarurî olan ve olmıyan diye ikiye ayrılması doğru değildir. Çünkü önündeki müşahhas hâdiseyi incelemek ve hükme bağlamak mecburiyetinde olan hâkime «sen onu bırak, başka bir fiil tasavvur et» nasıl denilebilir? Ferri'nin pek haklı olarak belirttiği gibi [33] katilin başka bir yerden silâh bulabileceği, ve hattâ hiç silâhsız da adam öldürebileceği kabul ediliyor da, mücerred düşünülse dahi, zehirin başka bir yerden de tedarik edilebileceği veya katilin zehirsiz de işini görebileceği neden gözönünde tutulmuyor? Zaruretin mücerred şekilde değil, ancak müşahhas hâdiseye göre tayin edilebileceğini haklı olarak kabul eden Nocito'nun verdiği misali alalım [34]. Bir kibrit tedarik etmek mücerred olarak, çok ehemmiyetsiz ve hiç de zarurî olmıyan bir harekettir. Fakat ortadan kaldırmak istediği bir vasiyetnameyi kararlıkta el yordamile arıyan adama bir tek kibrit temin eden kimseyi zarurî ferî ortak saymak pek âlâ mümkün olmalıdır.

Hulâsa bu tefrik, sistemin sun'iliğini meydana çıkarmaktadır. Aslı ve ferî ortaklar arasında fark gözetmeyen yeni İtalyan kanunu, pek tabiidir ki ferî ortaklara mahsus olan zarurî ve gayri zarurî tefrikini de ortadan kaldırmıştır.

[32] CARRARA: *Programma del Corso di diritto criminale*, 1924, c. I, s. 393.

[33] FERRI: *Principii*, s. 561.

[34] NOCITO: *Il concorso di più persone in uno stesso reato*. (Enciclopedia del diritto penale italiano, c. V, s. 315).



### XV — Asıl suçu işleyenin ceza ehliyeti olmaması

Cezada iştirak sisteminin sun'î olduğunu gösteren bir diğer hal vardır. O da asıl suçu işleyen kimsenin ceza ehliyeti olmıyan bir şahıs olması halidir. Cezalandırmak için ceza ehliyetini aramıyan pozitivistler için mesele yoktur. Fakat ufak bir çocuğun veya bir delinin suç işleyebileceğini kabul etmeyen klâsik nazariyeye göre ortada suç olmaması lâzım gelecek ve bu takdirde ceza ehliyeti olan azmettiren ve fer'î şeriklere ceza verilememek gerekecekti. Buna mâni olmak üzere dolambaçlı yollara sapılmış ve tamamen sarhoş olup ta irade ve temyiz kudreti bulunmıyan sarhoşun cezalandırılması kabul edildiği gibi, ceza ehliyeti olmıyan kimseyi azmettiren *dolayısile fail* (auteur médiat) denilerek cezalandırılması yoluna gidilmiştir [35].

Suç bilfiil işleyenin ehliyeti olmaması halinde fer'î şerikin durumu güçleşmektedir. Azmettirenin hakkında olduğu gibi, fer'î şeriklere ceza verilmesini haklı göstermek için başvurulmuş çarelerden biri de ceza ehliyeti olmıyan kimselerin de suç işleyebileceği, ortada suç olduğu, fakat suçluluk bulunmadığı tezine sarılmak olmuştur [36]. Bu takdirde kanaatimizce klâsik tezdin fedakârlık yapılmıştır. Cezalandırılmıyan fiile suç denemeyeceğine göre, meselâ bir delinin işlediği fiile de suç dememek lâzımgelirdi. Nitekim kanunumuz ve me'haz kanun 46 ncı maddesinde akıl hastalarından, 53 üncü maddesinde küçük çocuklardan bahsederken suç tâbirini kasden kullanmamış ve «fiili işlediği zaman» tâbirini tercih etmiştir. Keza Fransız Ceza Kanunu da (m. 64) bu hallerde cürüm olmadığını açıkça göstermiştir.

### XVI — Bir ortaktaki cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin diğerlerine sirayeti meselesi

Cezada ikilik sisteminin bir diğer kusuru da cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin sirayeti meselesinde meydana çıkar.

Bu sistem, objektif suç birliği esasına dayandığından, fer'î şerikler, asli şeriklerin suçuna iştirak ettiklerinden ve onların suçunun cezası esas tutularak cezalandırıldıklarından asli faildeki cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin fer'î şeriklere de sirayeti, buna mukabil, fer'î şeriklerdeki sebeplerin asli şeriklere sirayet etmemesi bu sistemin zarurî bir neticesi olmaktadır. Fakat bu zarurî netice, hiçbir yerde, hattâ fer'î ve asli şerikler arasında ceza ve sorumda eşitlik kaidesini koyan Fransada bile

[35] FERRI: *Principii*, s. 365, MAJNO: *s.g.e.*, n. 261.

[36] VIDAL ve MAGNOL: *s.g.e.*, 181.

mutlak olarak kabul edilmemiştir.

Bir kere bizim kanunumuz sonradan indireceği temel cezayı asıl failin değil, fakat işlenen fiilin cezası olarak almakla bu noktada objektif suç birliği sisteminden esash surette ayrılmıştır. Bundan anlaşılan şudur ki, fer'i şerik işlenen suçu bizzat işleseydi, yani asli fail olsaydı ne ceza verilmek lâzım gelecek idiyse temel ceza o olacaktır. Fakat hakikatte fer'i şerik olduğundan bu ceza muayyen nisbette indirilerek verilecektir. Bu hüküm kaide olarak sirayeti bütün şahsî sebeplerde kabul etmemek, bütün fiilî sebeplerde ise kabul etmek demektir. Fakat kanun bu zarurî neticelerden de ayrılmıştır. Cezayı ağırlatan şahsî ve fiilî sebepler hakkında ayrı ayrı hükümler sevk edilmiştir. Meselâ şahsî ağırlatıcı sebeplerin sirayeti hakkında me'haz kanun iki şart aramıştı. Bunlar da vukuf ve kolaylaştırma şartları idi. Bizim kanun yalnız vukuf şartını aramış ve bu suretle objektif suç birliği kaidesinin neticesine me'haz kanundan ziyade yaklaşmıştır. Cezayı ağırlatan fiilî sebeplerin de kaideten sirayet etmesi lâzım gelirken bunların sirayeti bazı şartlara tâbi tutulmuştur. Cezayı ağırlatan fiilî sebeplerin sirayeti için yine yalnız vukuf şartı aranmıştır. Me'haz kanunda da bu tek şart aranmıştı. Fakat me'haz kanunda vukufun iştirak ânında olması matlup idi. Halbuki bizde fiilin işlendiği zamanda olması istenilmiştir. Bu farkın neye dayandığı bilinmemektedir. Vukuf şartının aranmasına sebep, bunu öğrenenlerin ortaklıktan çıkabilmesi imkânına dayandığı için vukufun suç işlendiği zamanda olması bu imkânı çok azaltmaktadır.

Diğer taraftan, kanunumuz şahsî ağırlatıcı sebeplerin sirayetini kabul ettiği istisnaî halde dahi cezanın ağırlatıcı sebebi kendisinde bulunan şahsın cezası kadar arttırmağı her zaman doğru bulmamış ve biraz indirilebilmesini kabul etmiştir [37]. Bu hüküm de objektif suç birliği esasına aykırıdır ve sübjektif suç birliği esasının tesirile kabul edilmiş bir hükmüdür.

Cezayı ağırlatan şahsî sebeplerin sirayetini kabul etmekle de iş bitmiş değildir. Mükerrerlik gibi bazı şahsî sebeplerin bile, suçla alâkası olmadığı için sirayet etmeyeceği, sübjektif bakımdan pek haklı olarak ileri sürülmüştür [38]. Diğer taraftan taammüt gibi, canavarca his gibi bazı şahsî sebeplerin de sirayeti doğru görülmemektedir. İtalyan Yargıtayı

[37] Bu münasebetle 66 ncı maddede, mehzadan farklı olarak, ölüm ve müebbet ağır hapis cezaları yerine muhakkak 24 seneye kadar ağır hapis cezası verilmesi icap edeceği, yani indirmenin mecburî olduğu mânasına gelen bir tâbir kullanmış olduğuna da işaret edelim.

[38] TANER: *s.g.e.*, s. 547; EREM: *s.g.e.*, s. 103.



ilkönceleri taammüdü fer'i fail için suçun objektif bir unsuru olarak aldığı için, taammütte sirayeti kabul ediyordu [39], fakat sonraları bu içtihadını değiştirmiş ve taammüdü münhasıran sübjektif bir sebep olarak kabul ettiğinden şeriklerden biri hakkında taammüdün kabul ve diğerleri hakkında reddedilmesi mümkün olduğuna karar vermiştir [40].

Nihayet kanunumuz fer'i şerikteki şahsî ağırlatıcı sebebin de aslî şerike sirayet edeceğini kabul etmekle objektif suç birliği sistemine büyük bir darbe daha vurmaktadır. Çünkü bu sisteme göre suç aslî şeriklerin suçudur. Fer'i şerikler aslî şeriklerin suçuna iştirak etmekte ve cezalarını onların suçundan almaktadırlar.

Hulâsa, objektif suç birliği sistemi ve onun bir kolu olan sorum ve cezada ikilik sistemi sun'idir, mahzurludur, suçluyu hesaba katmadan sorum ve cezayı önceden tayin etmekte ve şu fiillere tam ceza, bu fiillere yarım ceza verilir demektedir. Carrara gibi kalâsikler bile aslî, fer'i tefrikinden vazgeçmeli, herkes kendi fiilinden sorumlu olmalıdır, demektedir [41].

## § 2 — Cezada Eşitlik Sistemi

### XVII — Cezada eşitlik sisteminin esası

Yukarıda, sistemleri tasnifte tuttuğumuz yolu izah ederken belirttiğimiz gibi, cezada eşitlik sistemini müdafaa için üç esastan hareket edilmektedir:

- A. Objektif suç birliği esası,
- B. Sübjektif suç birliği esası,
- C. Suç ayrılığı esası.

Şimdi bu üç esasa göre cezada eşitlik sisteminin nasıl müdafaa edildiğini görelim.

A. *Objektif suçbirliği sistemine göre esas:* Cezada eşitlik sistemini objektif suçbirliği esasına dayananlar ortakları yine fer'i ve aslî olarak ikiye ayırmaktadırlar. Fakat bu ayırış, ceza bakımından değil, suçun ki-me ait olduğu bakımındandır. Bu sistem, prensip itibarile Roma hukukunda ve kilise hukukunda kabul edilmiş ve oradan Fransızların 1791 ve 1810 kanunlarına intikal etmiştir.

[39] ALTAVILLA: *Delitti contro la persona* Milano, 1921, n. 108.

[40] FLORIAN: *Parte generale del diritto penale*, 1926, s. 55; BRUNO: *s.g.e., m.* 64.

[41] CARRARA: *s.g.e., c. III, § 1149, s. 206.*

Fer'i ortakların fiilini asli ortakların fiiline iştirak sayanlardan cezada eşitlik sistemini müdafaa edenler şöyle bir muhakeme yürütürler: Başkasının fiiline iştirak eden kimse, onun fiilini bütün neticelerile birlikte kendisine mal etmiştir. Meselâ merdiven tedarik etmek haddi zatında suç değildir. Fakat merdiven veren suç ortağını cezalandırıyoruz. Çünkü onun bu hareketile hırsızlık suçuna iştirak ettiğini, hırsızlık suçunu işlediğini kabul ediyoruz. Artık onun, hırsızlık suçunun cezasile cezalandırılmaması için bir sebep yoktur. Fer'i ortakla, asli ortağın cürmi kasıtları aynıdır. O halde cezaları da aynı olmalıdır [42]. Fer'i ortağa da asli ortak cezasının verilmesini isteyenler Ticaret Hukukundaki ortaklıkla suç ortaklığı arasında bir müşabehet de görmüşler ve suç ortaklarının ceza mesuliyetini bununla izah etmek istemişlerdir [42a].

*B. Sübjektif suç birliği sistemine göre esas:* Sübjektif suç birliği esasına dayanılarak yapılan izaha gelince; bilindiği gibi işlenen tek suçun bütün ortakların suçu olduğunu kabul eden sübjektif suç birliği taraftarlarından bir kısmı ceza tayini hususunda objektif bir metot kullanır, yani işlenen suça bakarak ceza verilmesini ister. İşte cezanın tayininde işlenen fiili ölçü olarak alan sübjektif suç birliği tarafları şöyle düşünüyorlar: Her ortağın hareketi, neticenin bir sebebidir. Bu itibarla aralarında değer bakımından bir fark yoktur. O halde ceza bakımından da bir fark olmamalıdır. Görülüyor ki bu sistem, cezaî mesuliyetin esası olarak, bütün şartların suç işlenmesinde müessir bir sebep olduğunu kabul eden şartların muadeleti nazariyesinin iştirake tatbikinden başka bir şey değildir. Filhakika şartların muadeleti nazariyesi taraftarı olan Von Liszt, cezada eşitlik sistemini müdafaa etmiştir. Müellifin bu fikri, asli ve fer'i ortaklık tefrikini kaldıran ve her ortağı aynı ceza ile cezalandıran bazı Alman kanunlarının, kendi koyduğu kaidenin mutlak bir tatbikini teşkil ettiğini söylemesiyle bilhassa anlaşılmaktadır [43].

Carrara da asli ve fer'i tefrikini kabul etmemekte ve bir kimsenin mesul olabilmesi için başka bir şahsın suçuna başvurulmasını anlayamamakta ve şöyle demektedir: Herkes kendi fiilinden sorumludur. Asıl fail olduğu söylenen kimsenin fiili, fer'i fail denilen kimseye de tahmil olunuyor. O suç kendi fiilinin de neticesidir. O da suçta müessir bir

[42] VIDAL ve MAGNOL: *s.g.e.*, s. 502.

[42a] FURSAC: *la complicité*, 1875. «Carrara (c. I, s. 403) den nakil».

[43] VON LISZT: *s.g.e.*, c. I, s. 318 (§ 49 I 2). Von Liszt'in suç ayrılığını müdafaa ettiği noktalar nazarına (Garraud: c. III, s. 12; Vidal ve Magnol: s. 503; Donnedieu de Vabres: s. 233) iştirak edemiyoruz.



sebebi teşkil etmiştir. Fer'i suç ortakları da suçun işlenmesinde âmildir ve ondan dolayı sorumlu olmaları doğrudur. Fer'i suç ortağının şahsı ile asli suç ortağının şahsı arasında bir bağ aramağa lüzum yoktur [44].

Vidal'in ilk defa ortaya attığı [45] ve sonra hemen bütün Fransız müelliflerinin benimsediklerinin hilâfına olarak, biz öyle zannediyoruz ki Carrara suç ayrılığını kabul etmemiştir. Carrara yalnız asli ve fer'i iştirak tefrikine muarız olduğunu ve her ortağın işlenen veya teşebbüs edilen suç cezasile cezalandırılması gerektiğini söylemek istemiş ve «complicità» nin kalkması gerektiğini ilâve ederken alelûmum iştiraki değil, fakat fer'i iştiraki kasetmiştir. Nitekim müellif, aynı sahifenin sonlarına doğru «asli failin mesuliyeti olmadığı zaman fer'i faillikten nasıl vaz geçiyorsak, her şekilde ve halde de fer'i faillikten vazgeçmelidir» demektedir.

*C. Suç ayrılığı sistemine göre esas:* Suç ayrılığı esasına göre, bir suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesi halinde bir tek suç değil, fakat ne kadar ortak varsa o kadar da suç vardır. Her ortak ayrı bir suç işlemiş sayılmaktadır. Bu sistemde ortakları asli ve fer'i diye ayırmağa mahal yoktur. Hattâ suç ortaklığından bahsetmek bile yersizdir [46]. Keza ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin sirayeti meselesi de kendiliğinden halledilmiştir. Her ortak, daha doğrusu her fail kendi durumuna göre cezalandırılacaktır.

Suç ayrılığı nazariyesi Norveç cezacılarından Getz'in hazırladığı 1895 tarihli projenin tesirile 1902 tarihli Norveç Ceza Kanununa girmiş bulunmaktadır. Bu kanunun 58 inci maddesi şu hükmü koymaktadır:

«Eğer birden fazla kimse bir suçu birlikte işlemişlerse ve eğer bunlardan birinin iştiraki içlerinden birinin diğerine tâbi oluşunun eseri ise, yahut diğerlerine nazaran çok az mühimse ceza aşağı hadden daha aşağıya da indirilebilir; yahut onun yerine daha hafif bir ceza verilir veyahut yalnız para cezasını gerektiren bir suç bahis mevzuu ise büsbütün de kaldırılabilir».

Foinitzky, Nicoladoni, Thibierge ve Massari tarafından müdafaa edilmiş olan bu tezi, sübjektif suç birliği sistemile karıştırmamak lâzımdır. Suç ortaklığında işlenmiş bir tek suç olduğunu, fakat her ortağın kendi fiiline ve şahsiyetine göre mesul olduğunu kabul etmek başkadır, her ortak adedince suç olduğunu kabul etmek yine başkadır. Her ortağın fiilini

[44] CARRARA: *s.g.e.*, c. III, s. 206, not 1.

[45] VIDAL ve MAGNOL: *s.g.e.*, s. 503, n. 1.

[46] FLORIAN: *s.g.e.*, 1934, c. II.

müstakil suç saymak, suç ortaklığı müessesesini ceza hukukundan ve Norveç kanununun yaptığı gibi ceza kanunundan çıkarmak demektir.

Suç ayrılığı kabul edilince, her suçlu neticeyi bizzat meydana getirmiş gibi sayılmakta ve bu itibarla hepsine aynı ceza verilmektedir. Bu itibarla netice itibarile suç ayrılığı nazariyesi de «cezada eşitlik» sistemine münker olmaktadır. Sübjektif suç birliğini kabul eden bazı müelliflerin cezada eşitlik istemelerinin, suç ayrılığı nazariyesine iltihak şeklinde telâkkisi sebebini, neticelerin ayniyetinde aramak doğru olur.

### XVIII — Cezada eşitlik sisteminin tenkidi

Cezada eşitlik sistemini tenkit etmek için bu hususta ileri sürülen esasları gözönünde tutmak icap etmektedir. Biz de tenkitlerimizi böylece, esasları ayırarak yapacağız.

#### A. Objektif suç birliğine dayanan cezada eşitlik sisteminin tenkidi.

Bir kere bu sistem nazari bakımından tenkit edilebilir. Fer'i ortakların başkasının suçuna iştirak ettiği kabul edildikten sonra artık o suçu benimsemiştir, denilebilir mi? Denilirse başkasının suçu tefrikinde dayanan objektif suç birliğinden bahsolunabilir mi? Görülüyor ki bu sistem hakikatte işlenen suçun her ortağın müşterek suçu olduğunu iddia eden sübjektif suç birliği sistemine iltihak etmektedir.

Diğer taraftan, bütün suç ortaklarına aynı ceza verilmesinin, ortakların rollerinin ve şahsiyetlerinin farklı olduğu gözönünde tutulunca, ne kadar haksızlıklara yol açacağı bedihidir. İşte Fransız kanun koyucusu cezada eşitlik sistemini kabul etmiş olduğu halde, haksızlıklara mâni olmak isteyen müellifler ve mahkemeler aynı cezadan maksadın nevi itibarile aynı ceza olduğunu, miktar itibarile cezaların aynı olması gerekmediğini, vaziyete göre hâkimin fer'i şerike aslı şerikten daha az ceza verilebileceğini ileri sürmüşler ve hattâ takdire bağlı hafifletici sebepler olursa cezanın nev'inin bile değişebileceğini kabul etmişlerdir [47].

Diğer taraftan objektif suç birliği esası aleyhinde, cezaların ikiliği sistemi bahsinde ileri sürdüğümüz itirazlar, aynı esasa dayanan cezaların eşitliği sistemi için de varittir.

Ticaret hukukundaki ortaklıkla mukayeseye de cevap verilebilir ve ticaret şirketinde her ortağın kârdan hissesi bir olmadığı gibi ceza hukukundaki suç ortaklığında da ortakların cezasının bir olması gerekmiyebilir, denilebilir.

[47] TANER: *s.g.e.*, s. 513; VIDAL ve MAGNOL: *s.g.e.*, s. 521; DONNEDIEU DE VABRES: *s.g.e.*, s. 226.



*B. Sübjektif suç birliğine dayanan cezada eşitlik sisteminin tenkidi.*

Bu sistemi, cezanın tayininde yalnız objektif bir ölçü almış olması bakımından tenkit edeceğiz. İleride cezanın suçluya uydurulması sisteminde uzun uzadıya izah edeceğimiz gibi işlenen fiil, cezanın tayininde bir ölçü olmalıdır; fakat tek ölçü olmamalıdır. Ceza suçlunun şahsiyetine uydurulmak için sübjektif ölçülerden de istifade edilmelidir. Sübjektif bakımdan bütün ortaklara aynı ceza verilmemesi gerektiği, cezada eşitlik sistemini kabul eden Fransada dahi bütün müellifler ve mahkemelerce mütefikan kabul edildikten sonra artık bu nokta üzerinde ısrarı zait adde ediyoruz.

*C. Suç ayrılığına dayanan cezada eşitlik sisteminin tenkidi.*

Suç ayrılığı sistemi, çok sun'î bir sistemdir. Bir kimsenin birden fazla suç işlemesi gibi birden fazla kimsenin de bir tek suç işleyebilmesini kabul etmemek için hiçbir sebep göremiyoruz. Bir suçun birden fazla kimselerin eseri olduğu nasıl inkâr olunabilir? Bütün ortaklar bir tek suçun, müşterek suçlarının işlenmesi için faaliyetlerini birleştirmişler, işbirliği yapmışlardır. Her şerikin faaliyeti, diğerlerinininki ile birlikte bir mâna ve bir değer ifade eder. Her birine müstakil mahiyet vermek hakikati görmemek olur. Florian'ın dediği [48] gibi bu nazariye belki felsefi bazı esaslardan istihraç edilebilir. Fakat realite ile alâkası olmıyan, tamamen mücerret bir nazariyedir. Suç, suç ortaklarının faaliyetlerinin yanyana gelmesinden değil, fakat onların birleşmesinden meydana gelmiştir. Onların yekûnu değil, muhassalasıdır.

Suç ayrılığını kabul eden Massari bir kişi tarafından işlenen bir suçta hazırlık hareketi sayılabilecek olan bir fiilin, meselâ silâh satın almanın fer'î şerik tarafından işlenmesi halinde icra hareketi sayılmasını ve cezalandırılmasını tezine delil olarak göstermektedir [49]. Halbuki asıl bu delil, Ferri'nin pek haklı olarak işaret ettiği gibi suç ayrılığı sisteminin sun'î olduğunu göstermekte ve bir ortağın fiil ve hareketinin diğerlerinden ayrı olarak nazara alınamayacağını ve hepsinin bir bütün teşkil ettiğini anlatmaktadır [49a].

Suç ayrılığı sisteminin bir kusuru da yalnız objektif sahada kalması ve sübjektif sahayı ihmal etmesidir. Objektif bakımın ehemmiyeti inkâr edilmez. Çünkü, tekrar edelim, suçlunun tehlikeliliğini gösteren alâmet-

[48] FLORIAN: *s.g.e.*, 1934, c. II, s. 688.

[49] MASSARI: *Momento esecutivo del reato*, 1923, m. 70-71. FERRI *principi* s. 552, not 4) den nakil.

[49a] FERRI: *Principii*, s. 552.

lerden biri de ortakların ortaklıktaki faaliyetleridir, rolleridir. Hattâ Florian gibi bazı pozitivistlerin suç ortaklığını umumî ağırlatıcı sebep olarak kabul etmemelerinin [49b] bir sebebi de, objektif bakıma verdikleri bu ehemmiyettir. Fakat her ortağın rolünün gözönünde tutulmasını istemek başka şeydir, her ortağın rolünü müstakil suç saymak yine başka şeydir.

### § 3 — Cezanın Suçluya Göre Tayini Sistemi

#### XIX — Cezanın suçluya göre tayini sisteminin esası

Cezanın suçluya göre tayini sistemi adını verdiğimiz bu sistem, suç birliğini esas olarak almakta, fakat ikilik ve eşitlik sistemlerinden farklı olarak gerek esasta ve gerek cezanın tayininde objektif değil, sübjektif bir kıstasa göre hareket etmektedir. Objektif kıstas yerine sübjektif kıstası ileri süren Ferri şöyle demektedir[50]: Birden fazla kimseler bir araya gelmişler, fakat bir tek suç işlemişlerdir. Suç ortaklarının fiilleri yani neticedeki maddî hisseleri farklı olabilir. Fakat bu fiillerin yalnız zevahirine bakılmamalıdır. Fiiller insanların eserleridir. Her fiil onu işleyen şahsa göre ölçülmelidir. Bu itibarla suç ortaklarının sorum ve cezası hakkında önceden mutlak ve tefrik kabul etmeyen bir kaide koymak caiz değildir. Suçluların tehlikelilikleri derecesi, tatbik olunacak müeyyidenin tayininde esas olmalıdır. Fer'î şeriklerin asli şeriklerden daha az cezalandırılmasını kat'î kaide olarak kabul etmek doğru değildir. Çok kurnaz ve bu işlerde pişmiş olan bir suçlu, kendisini objektif bakımdan fer'î ortak saydıracak fiilleri işlemekle iktifa edebilir ve sorum ve cezanın yükünü maddî failin sırtına yükleyebilir.

Şu halde bu sisteme göre, mesele, ortakların tehlikelilik derecelerinin tayini meselesine ircâ edilmektedir. Suçlunun tehlikeliliği, bilindiği gibi, suçlunun antropolojik ve psikolojik şahsiyetinden, suçun saiklerinden ve suçun ağırlığından anlaşılır [51]. Bunları anlamak üzere yapılacak araştırma belki kolay olmayacaktır. Fakat herhalde imkânsız da değildir. Hangi irade hâkim olmuştur, hangi vasıta kullanılmıştır, ortaklar hangi saiklerle hareket etmişlerdir, bunlar araştırılacaktır. Ortakların objektif bakımdan iştirak derecelerini gösteren fer'î-asli, maddî-mânevî taksimleri bu araştırmada çok faydalı olacaktır. Bunun içindir ki Ferri, Varşo-

[49b] FLORIAN: s.g.e., 1934, c. II, s. 689.

[50] FERRI: *Principii*, s. 553.

[51] FERRI: *Principii*, s. 306.



va'daki Ceza Hukukunu Birleştirme Milletlerarası Konferansında iştirakin muhtelif şekillerinin birer birer gösterilmesi lüzumuna ısrarla işaret etmiş ve o yolda bir karara varılmasını temin etmiştir [52].

Cezayı suç ortaklarına göre tayin sisteminde saikler üzerinde bilhassa durulmaktadır. Meselâ Florian, suç kollektif neticesiyle ortakların ferdi faaliyetleri arasındaki sebebiyet münasebetinden ziyade, her ortağı o suça sevkeden ruhi sebepleri araştırmaktadır. Bu sebeplerin kanuna aykırı olup olmamasının farklı neticelerine işaret eden müellif, birisi intikam için, diğeri hırsızlık için ve üçüncüsü de vatana iyilik etmek ve bir vatan hainini ortadan kaldırmak için birlikte adam öldüren üç kişinin misalini vermektedir [53]. Garofalo da, aynı kategoriye mensup olmıyan ortakların aynı mahiyetteki cezalara çarptırılmasını anlayamamakta, hırsızlığı meslek edinmiş kimse ile bu kimse tarafından hırsızlığa sürüklenmiş diğeri bir şahıs neden aynı cezayı görsün, diye sormaktadır [54].

Cezayı suç ortaklarına göre tayin sisteminin aleyhinde bulunanlar da yok değildir. Meselâ Manzini böyle psikolojik bir araştırmanın pratik bakımdan imkânsız olduğunu ve tekerrür müessesesi varken buna lüzum da olmadığını söylemektedir [55]. Halbuki kanun, mânevî fer'i ortakla mânevî aslı ortağın yani teşvikle azmettirmenin birbirinden ayrılması için olduğu gibi, azmettirenin cezasını indirmek için de psikolojik araştırmalar yapılmasını hem mümkün, hem de zarurî görmüştür. Fihakika azmettirenin, fer'i mânevî şerikten ayırmak için aslı faildeki suç tasavvurunun ve bunun karar şekline geçişinin münhasıran azmettirenin eseri olup olmadığını araştırmak lâzımgelmektedir [56]. Keza azmettirenin cezasını indirmek için de fiili icra edenin o fiili işlemekte şahsî bir menfaati bulunup bulunmadığını araştırmak icabetmektedir. Görülüyor ki psikolojik araştırmalar yapılması zaruridir. İmkânsız da değildir. Eğer böyle olsaydı, kanunda yer almaması gerekirdi. Kanun koyucunun böyle psikolojik araştırmalara dayanan hükümler sevketmesi, bu araştırmaların mümkün olduğunu açıkça göstermektedir. Ferri bu hale, objektif sisteme dayanan bir kanunda, kapıdan kovulan sübjektif sistemin pencereden girmesi demektedir [57]. Sırası gelmişken, azmettiren hakkında kabul edilen bu hafifletici sebebi yersiz bulduğumuzu da söylemek isteriz. Suçu işlemek-

[52] FERRI: *Principii*, s. 560, not 1.

[53] FLORIAN: *s.g.e.*, 1934, s. II, s. 691.

[54] GAROFALO: *La criminologie*, 1905, s. 353.

[55] MANZINI: *s.g.e.*, c. II, 374.

[56] TANER: *s.g.e.*, 529, 537; EREM: *s.g.e.*, s.

[57] FERRI: *Principii*, s. 563.

te menfaati bulunan kimseyi arayıp bulmak ve suçu ona işletmek, bir suçlunun çok fazla tehlikeli olduğunu gösteren alâmetlerdendir. Böyle bir suçlunun cezasının indirilmesi, en hafif tâbirle basiretsizliktir.

Hulâsa, cezanın suç ortaklarının tehlikeliliğine göre tayini sistemi taraftarlarına göre şeriklerin çeşitli faaliyetlerinin çeşitli isimler alması doğrudur. Bunlar da tehlikeliliği gösteren kıstaslardandır.

Fakat suç ortaklarının faaliyetlerini yalnız objektif bakımdan ele almamalıdır. Suç yalnız asli failin suçu değildir. Fer'î ortak yalnız asli failin suçuna yardım etmemiştir. O suç, kendisinin de suçudur. Çünkü fer'î ortak da kendi istediği suçun işlenmesine şu veya bu şekilde iştirak etmiştir. Çünkü, asli ortak belli olmasa ve hattâ hükümden önce ölse bile fer'î ortak kendi suçundan dolayı cezalandırılmaktadır. Çünkü, kanun meselâ şu kadar sayıda kimselerin suçu birlikte işlemeden bahsederse, fer'î ortaklar da bu sayının tayininde hesaba katılmaktadır [58]. Ve nihayet, çünkü, Hippel'in de dediği gibi [59] başkasının suçundan dolayı bir kimseyi sorumlu tutmak, modern ve ilmi anlayışın kabul edemeyeceği bir şeydir.

Suç ortaklığında cezayı ortakların şahsiyetine uyduran bu sistem de, yukarıda gördüğümüz iki sistem gibi, suç birliği esasında hareket ettiğinden sorum ve ceza için ortada bir suç bulunması zaruridir. Eğer suç işlenmezse hiçbir ortak ceza görmez, fakat işlenirse, her ortak kendi fiiliyle tehlikeliliğini gösterdiği için buna göre cezalandırılacaktır.

## XX — Cezanın hesaplanması

İşlenen tek suçun her ortağın da suçu olduğunu, fakat bunların cezalarının tehlikeliliklerine göre tayinini kabul eden bu sistem, bu neticeye varmak üzere ilk bakışta garip ve mütenakız gibi görünen bir usul takip eder. Bu da, bütün ortaklara tam ceza verilmesidir. Filhakika bu sistemi kabul eden kanunlar meselâ 1921 tarihli Ferri projesi (m. 17), 1930 tarihli İtalyan kanunu (m. 110) ve 1937 tarihli İsviçre kanunu (m. 25) bütün ortaklara suçun tam cezasının verileceğini söylemektedirler [60]. Fakat bu usul, cezanın suçluya uydurulması için kabul edilmiş bir yoldan başka bir şey değildir. Hakikatte bütün ortaklara aynı ceza verilecek değildir. Fazla tehlikeliliğe göre hesaplanan bu temel cezadan sonra, hâkim,

[58] Y14CD: 27/10/1944, 9376-10653 (Yargıtay kararları 1945, s. 16).

[59] HIPPEL: *Manuale di diritto penale*, 1936, s. 228.

[60] Cezanın ilkönce tam olarak tayin edilmesi kanaatimizce bu kanunların suç ayrılığı sistemini kabul ettiği düşüncesinin yayılmasına sebep olmuştur.



cezayı suçlunun az tehlikeliliğine uydurabilecektir. Yukarıda zikrettiğimiz kanun ve projeler bu temel cezanın indirilebileceğini göstermektedirler.

### XXI — Bir ortaktaki cezayı ağırlatan ve hafifleten sebeplerin diğerlerine sirayeti meselesi

Suç ortaklığında cezayı suçlunun tehlikeliliğine uyduran bu sistem, cezaya tesir eden sebeplerin sirayeti meselesini de aynı esasa göre halletmektedir. Ortada tek suç olmasına rağmen bu suç her ortağın suçudur ve herkes kendi suçundan sorumludur. Carrara'nın tâbirile sorunun tevziinde en doğru sistem, herkesin az veya çok ferdi suçluluğuna göre hareket etmektir [61]. Bu itibarla cezaya tesir eden sebepler her suç ortağı için her müşahhas hâdisede ayrı ayrı nazara alınacaktır. Yeni İtalyan kanunu ortaklardan birinin şahsına bağlı bir sebeple suçun nev'i değiştiği takdirde diğer ortakların da bu suçtan dolayı sorumlu olduklarını kabul etmekte, fakat kendisinde bu sebep bulunmayan ortakların cezasının indirilebilmesi hususunda hâkime bir takdir hakkı tanımaktadır. Fakat şunu da derhal ilâve edelim ki, İtalyan kanunu diğer sebeplerin sirayeti meselesinden başka sistemlere tâbi olmuştur.

### XXII — Suç işlenmeyince azmettirenin durumu

Sorum ve cezayı ortakların tehlikeliliğine göre tayin eden sistemin bir tek mahzuru vardır. O da herhangi bir sebeple suçun işlenmemesi takdirinde, azmettirenin cezasız kalmasıdır. Bu hali ayrıca gözönünde tutan hükümler sevk etmek suretile bu mahzuru önlemenin mümkün olduğunu yukarıda cezada ikilik sisteminin aynı mahzurunun tetkik ederken görmüş bulunuyoruz.

## NETİCE

### XXIII — Cezanın suçluya göre tayini sisteminin tercihi sebepleri

Suç ortaklığında ortakların ne şekilde sorumlandırılması ve cezalandırılması gerektiğini ve kanunumuzun kabul ettiği sistemi anahatları ile görmüş bulunuyoruz.

Çeşitli sistemleri karşılaştırmadan edindiğimiz netice şudur ki, daima tekrar edilegelen klâsik misalle söyleyelim, ortada oynanmış bir facia, bir dram vardır. Felsefî spekülasyonlara saparak realiteyi ihmal edemi-

[61] CARRARA: *s.g.e.*, c. I, s. 405.

yeceğimiz için suç ayrılığı nazariyesini kabul edemeyeceğiz. Yalnız bu dramda birçok kişilerin rol aldıkları ve bunların rollerinin bir olmadıkları da gözümüzden kaçmamaktadır. Bunun içindir ki hepsine aynı ehemmiyeti vermek yani hepsini aynı cezaya mahkûm etmek de doğru olamaz, diye düşünüyoruz. Rollerin ehemmiyetini ikiye tefrik etmek de sun'idir ve suçluyu hesaba katmadan cezayı önceden tayin etmek demek olur. Bu itibarla cezada eşitlik ve ikilik sistemlerini de kabul edemiyoruz. Kanaatimizce, rollerin ehemmiyetini yalnız zevahire yani işlenen fiil ve hareketlere bakarak anlamak mümkün değildir. Suçlunun şahsiyetinin de gözönünde tutulması suretile rollerin değerlendirilmesi gerektiğini kabul ediyor, bu sebeple cezanın suçluya göre tayini sistemini tercih ediyoruz. Kısacası, suç ortaklarının cezası tesbit edilirken, sayın Hocamız Tahir Taner'in dediği gibi [62], hem sübjektif, hem de objektif elemanların nazara alınmasını istiyor ve kanunumuzun bu esaslar dahilinde değiştirilmesini temenni ediyoruz.

**Nurullah KUNTER**