

5237 Sayılı TCK'da Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Hususunda Bağlılık Kuralının Yeterliliği Tartışması

Yusuf KILIÇ^{1*} 

¹Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı; Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 22.06.2024

Kabul: 06.09.2024

Yayın: 02.12.2024

Anahtar Kelimeler:

İştirak hâlinde işlenen suçlar, Suça iştirak, Şeriklik, Nitelikli hâllerin geçişi, Bağlılık kuralı.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumlu tutulması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemesine göre, bağlılık kuralıyla mümkün olmaktadır. Bununla birlikte, Kanun'un 40'inci maddesinde yer alan bağlılık kuralı düzenlemesinde, nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi konusunda nasıl bir yol izleneceği açıkça belirtilmemiştir. Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükümet Tasarısında, nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişini düzenleyen bir madde bulunmaktaydı. Ancak nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişiyle ilgili madde ilave etme fikrinin, bağlılık kuralının bilinmediği 19. yüzyıl hukuk zihniyetinin ürünü olduğu ifade edilerek tasarının ilgili hükmü kanunlaşmamıştır. Türk ceza hukuku öğretisinde, bağlılık kuralının nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi konusunda yeterliliği hakkında iki görüş bulunmaktadır. Birinci gruptaki yazarlara göre, bağlılık kuralının uygulanması, nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi konusunda bir soruna sebep olmamaktadır. Diğer gruptaki yazarlar ise bağlılık kuralının Kanun'da düzenlen mevcut şeklinin, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda adaletli bir sonuç doğurmadığını savunmaktadır. İkinci gruptaki yazarlar, nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda bir kanun boşluğu bulunduğunu ifade ederek bir an önce bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çalışmanın konusu, öğretideki bahsi geçen tartışmaya yöneliktir. Bu bağlamda genel bilgilere yer verildikten sonra konuyla ilgili olarak iki gruba ayrılan yazarların görüşleri karşılaştırmalı olarak incelenerek tartışmaya esas olan konunun daha belirgin hâle getirilmesi amaçlanmıştır.

Discussion on the Sufficiency of the Rule of Dependency Regarding the Transition of Qualified Cases to the Accomplices in the TPC No. 5237

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 22.06.2023

Accepted: 06.09.2024

Published: 02.12.2024

Keywords:

Crimes committed in collaboration, participation in crime,

According to the regulation of the Turkish Penal Code No. 5237, it is possible to hold the accomplices responsible for the offences committed in the form of participation by the rule of dependency. However, the rule of dependency in Article 40 of the Code does not clearly specify the procedure to be followed regarding the transfer of qualified circumstances to accomplices. In the Government Draft of the Turkish Penal Code, there was an article regulating the transfer of qualified circumstances to accomplices. However, it was stated that the idea of adding an article on the transition of qualified circumstances to accomplices was a product of the 19th century legal mentality, when the



Joint complicity,
Transition of qualified
cases, Rule of
dependency.

rule of dependency was unknown, and the relevant provision of the draft law was not enacted. In the Turkish criminal law doctrine, there are two views on the adequacy of the rule of dependency regarding the transfer of qualified circumstances to accomplices. According to the authors in the first group, the application of the rule of adherence does not cause a problem regarding the transfer of the qualified circumstances to the accomplices. On the other hand, the authors in the other group argue that the current form of the rule of dependency regulated in the Law does not lead to a fair result in terms of the transition of the qualified circumstances to the accomplices in crimes committed in the form of participation. The authors in the second group state that there is a gap in the law regarding the transfer of the qualified circumstances to the accomplices and that a regulation should be made as soon as possible. The subject of this study is orientated towards the aforementioned discussion in the doctrine. In this context, after providing general information, it is aimed to clarify the subject matter of the debate by comparatively analyzing the opinions of the authors divided into two groups on the subject.

To cite this article:

Kılıç, Y. (2024). “5237 Sayılı TCK’da Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Hakkında Bağlılık Kuralının Yeterliliği Tartışması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 539-568. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.130>

*Sorumlu Yazar: Yusuf Kılıç, yusuf.kilic@student.asbu.edu.tr

GİRİŞ

Çalışmanın odak noktasını, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nun 40’inci maddesinde düzenlenmiş olan bağlılık kuralının, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterli olup olmadığı hususunda öğretide yer alan tartışma oluşturmaktadır. Bu sebeple birinci bölümde, faillik ve şeriklik hususlarında konuyla ilgili olduğu kadarıyla genel bilgiler verilecektir. Bağlılık kuralının ceza hukukunda dar faillik sistemini benimseyen bir sistemin ürünü olduğuna değinilecek olan ikinci bölümde ayrıca bağlılık kuralına ilişkin temel esaslardan bahsedilecektir. Çalışmanın üçüncü bölümü, suça etki eden sebeplerin tanımlanmasına, bu sebepler dolayısıyla suç ortaklarının ceza sorumluluğuna gidilmesi için gerekli şartların izahına ve öğretide tartışmaların merkezini oluşturup 765 sayılı mülga TCK’nın kabulüyle fiilî ve şahsi olmak üzere ikiye ayrıldığı ifade edilen nitelikli hâllerin izahına ayrılmıştır. Fiilî ve şahsi nedenlerin şeriklere geçişinin anlatılacağı dördüncü bölümde, fiilî ve şahsi nedenler kendi içinde ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin¹ geçişi konularına ayrılarak incelenecektir. Çalışma, TCK’da düzenlenen bağlılık

¹5237 sayılı TCK’da, kural olarak, “ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebep/neden” ve “hafifletici sebep/neden” kavramları kullanılmamıştır. Bu kavramlar daha ziyade klasik ceza hukuku anlayışı dolayısıyla 765 sayılı mülga TCK’nın anlayışına ve sistemine uygundur. 5237 sayılı TCK’nın anlayışına ve sistemine daha uygun olan ifade ise “nitelikli hâl” kavramıdır. Ancak istisnai olarak, 5237 sayılı TCK’nın 42’nci maddesinde “ağırlaştırıcı neden” ifadesine rastlanmaktadır. Çalışmanın devamında, çalışmanın yönelik olduğu tartışma hakkında öğretideki görüşleri net bir şekilde karşılaştırabilmek adına “ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebep/neden” ve “hafifletici sebep/neden” ifadeleri yer yer kullanılmıştır. Zira çalışmanın yöneldiği tartışma konusunda mülga TCK’da bu kavramlara istinat eden ayrımı esas alan bir kanuni düzenleme bulunması öğretideki görüşleri terminolojik manada da etkilediği için bu kullanımla daha sistematik bir inceleme yapabilmek mümkündür. Diğer yandan, istisnai olarak olsa bile 5237 sayılı TCK’da da “ağırlaştırıcı neden” ifadesine yer verilmiş olması, “ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebep/neden” ve “hafifletici sebep/neden” ayrımının en azından bütünüyle yabancı olmadığını göstermektedir.

kuralının iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçiş hususunda yeterliliği konusunda öğretilerdeki görüşlerin yer verildiği beşinci bölüm ve sonuç kısmında yapılan değerlendirmeye nihayete erecektir.

I. GENEL OLARAK FAİLLİK VE ŞERİKLİK

Kanunlarda yer alan suç tanımlarında genel olarak suçun bir kişi tarafından tek başına işlenmesi esas alınmaktadır.² Bunun yanında, suç olarak tanımlanan fiillerin birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilebildiği de görülmektedir. Kanunların suç olarak tanımladığı durumlarda, birden fazla kişinin birlikte hareket ettiklerinde burada suç olarak tanımlanan eyleme yapılan katkılar aynı önemde ve değerinde olmayabilir. Suç olarak tanımlanan fiile, bazı kişiler suç tipindeki davranışları tam olarak gerçekleştirmek suretiyle dahil olurken, bazı kişilerin suça katkıları tipik eylemlere varmayabilir. Bu durumda kanundaki suç tanımında yer alan tipik eylemi bizzat gerçekleştiren kişiler fail olarak değerlendirilirken tipik eylemi tam olarak karşılamasa bile davranışlarıyla tipik eyleme yol açanlar ve yönlendirenler ile tipik eyleme varmayan ancak haksızlık niteliği taşıyan davranışlarda bulunan kişiler, şerik olarak değerlendirilir.³ Bu kapsamda, bağlılık kuralına geçmeden önce hukuk sistemlerinin esas aldığı faillik anlayışlarına temas edilmelidir.

Suç oluşumunda tipikliğe nedensel katkıda bulunmuş olan herkesin “fail” olarak nitelendirildiği anlayışa *geniş faillik anlayışı* denir.⁴ Bununla beraber bu anlayış fail ve şerik ayrımının⁵ ne gibi esaslara göre yapılacağı net olmaması dolayısıyla eleştirilmektedir.

Dar faillik anlayışına göre, tipikliğinin tüm unsurlarını gerçekleştiren kişi “fail” olarak adlandırılırken, tipikliği tam olarak karşılamayan katkıda bulunan kişiler ise “şerik” olarak adlandırılmaktadır.⁶ 5237 sayılı TCK'da dar faillik anlayışı benimsenmiştir. Buna göre, ilgili ceza normunu barındıran maddede yer alan tipe uygun şekilde hareket ederek maddede verilen

² Özgenç, İzzet. *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996, s. 19; Akbulut, Berrin. “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 168; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 596; Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 540.

³ Erem, Faruk. “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, s. 63. Faillik ve iştirak statülerinin Alman ceza hukukuyla karşılaştırması için bkz. Bacaksız, Pınar. “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 26, 2014, s. 252; Aydın, Devrim. *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 23.

⁴ Demirel, Muhammed. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 9.

⁵ “...Yasa koyucunun 37. maddenin 1. fıkrasındaki “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” ifadesiyle faillik kavramının kapsamını oldukça geniş tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hakimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hakimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zımnî veya açık bir iş bölümüne dayalı hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartabileceğimiz netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirileceği yönünde olacaktır. Ancak, bu ifadeden yardım etmenin sadece suçun işlenmesinden önce veya sonra mümkün olabileceği sonucunun da çıkarılmaması gerekir. Zira, yardım etme her aşamada mümkün olabilecektir fakat daha çok suçun işlenmesinden önceki ve sonraki hareketler yardım etme olarak değerlendirilebilecektir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/1-232, K. 2009/2, T. 20.01.2009.

⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 58; Ekici Şahin, Meral. “İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, s. 645.

neticeye sebep olan kişi faildir. Bunun yanında, neticenin oluşması için belli bir nedensellik taşımaya rağmen tipiklik unsurunu tam manasıyla karşılamayan hareketlerde bulunan kişiler ise şeriktir.

Faillik sistemi hakkında genel bilgiler verildikten sonra “şeriklik” kavramı ve şeriklerin sorumluluklarına ilişkin geliştirilmiş teorilere değinilmelidir.

Şeriklerin suça olan katkıları ilgili suç tipine uymamasına rağmen cezalandırılmaktadır.⁷ Suçun işlenişinde etkin olan, ancak etkinliği, suçun kanuni tanımında yer verilen fiilin üzerinde hakimiyet kurmaya varamayan kişilere şerik denir⁸. Şeriklik, hukuka aykırı ve kasıtlı bir fiile faillik statüsü dışında katkıda bulunmak suretiyle hukuki değeri kasıtlı olarak ihlal eden ceza hukuku kişilik statüsüdür.⁹ Şeriklik statüsünde bulunan kişilerin cezalandırılması, suçun koruduğu hukuki değere dolaylı surette tecavüzde bulunmalarından ileri gelmektedir.¹⁰ Söz gelimi bir kişinin, isteği doğrultusunda istekte bulunanı öldürmesi örneğinde, mağdurun ölmemesi durumunda kendisini öldürmeye azmettirmesi dolayısıyla cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Gerçekten, böyle bir örnekte saldırılan kişinin hayatı, “kendini öldürmenin cezasızlığından dolayı, öldürülmesini talep edene karşı ceza hukukuyla korunmamaktadır.”¹¹

Kusura iştirak teorisine göre, şerikler, faili kendi kusuruna bulaştırmaktan sorumlu tutulmaktadır. Bu teoriye göre şerik, failin kusurlu hâle gelmesi konusunda bir haksızlıkta bulunmuştur ve bu sebeple sorumlu tutulmaktadır. *Kusurun veya haksızlığın karışması teorisine göre*, şerikin sorumlu tutulmasının sebebi, kusurda veya haksızlıkta faile karışmasından ileri gelmektedir. Söz konusu teori, sınırlı bağlılık kuralıyla uyumlu olup, kanunda tarif edildiği şekilde şeriklik kapsamında değerlendirilebilecek bir katkının varlığını gerektirmektedir. *Sebebiyet verme (canlandırma) teorisine göre*, şeriklerin cezalandırılmasının sebebi, şerik desteğiyle failin neticeye sebebiyet vermesidir. Bu görüşe göre şerik, faildeki suç işleme kararını psikolojik canlandırması veya fiziki destekte bulunmak suretiyle netice üzerinde bir etkide bulunması dolayısıyla cezalandırılmaktadır. Şerikin hukuki ihlali, maddede yer alan ve suçun koruduğu hukuki yarar değil; maddede yer alan hukuki yararı ihlal eden faile etki etmesi olarak nitelendirilmektedir.¹²

⁷ Ekici Şahin, s. 646.

5237 sayılı TCK’da bağlılık kuralı şu şekilde yer almaktadır:

“**Madde 40-** (1) 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.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

5237 sayılı kanundan önce 765 sayılı mülga TCK’da suça katılma kastı düzenlenmemiştir. 5237 sayılı TCK’da ise bu olgu bağlılık kuralının bir şartı olarak düzenlemede yer almıştır. Bu olgunun 1930 İtalyan ceza kanununda da düzenlenmediği ancak İtalyan öğretisinde kabul edildiği hakkında bkz. Özen, Mustafa. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, s. 240.

⁸ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 482.

⁹ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 177.

¹⁰ Ekici Şahin, s. 646.

¹¹ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 177.

¹² Koca/Üzülmez, s. 482.

5237 sayılı TCK'nın sistematüğinde iştirak, faile verilecek cezanın artırılmasını gerektiren genel bir neden olarak görülmemektedir. Suçların birden fazla kişi tarafından işlenmesinin daha kolay olması, tek kişi tarafından işlenen suçta nazaran suç siyaseti açısından daha tehlikeli bir olgu olarak daha ağır bir suç olarak da düzenlenebilirdi. Ancak TCK'da, sadece sınırlı sayıda suçun iştirak hâlinde işlenmiş olması daha fazla bir ceza öngörülerek düzenlemiştir.¹³

İştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin cezalandırılması konusunda birtakım sistemler bulunmaktadır. Bunlar; *eşitlik sistemi*, *ikilik sistemi* ve *cezanın faile göre tespiti* sistemidir.¹⁴ Tüm şeriklerin eşit olarak kabul ettiği sistem *eşitlik sistemi* olarak ifade edilirken, *ikilik sisteminde*¹⁵ fail ve yardım eden şeklinde bir ayırım yapılarak yardım eden suç ortağına daha az ceza öngörülmektedir. Bu sisteme göre sadece iştirak ettiği gerekçesiyle tüm suç ortaklarına aynı ceza verilmemekte, suç ortaklarının suçun işlenişine katkılarına ve suç üzerinde taşıdıkları öneme göre ceza sorumlulukları tespit edilmektedir.¹⁶

Fail ve şerik ayrımı yapılan sistemlerde suçta katkıları faillik boyutuna varmayanların haksızlık olarak nitelendirilebilen fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri için bağlılık kuralı kullanılmaktadır. Bağlılık kuralıyla fail statüsünde bulunmayan kişilerin işlenen fiilden sorumlu tutulabilmeleri sağlanmaktadır.¹⁷ Faillik ve şeriklik hakkında gerekli bilgiler verildikten soran bağlılık kuralına ilişkin bazı temel esaslara değinilmelidir.

II. BAĞLILIK KURALI

A. Genel Olarak

Suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı bizzat gerçekleştirmeyen suç ortakları, *azmettiren* ve *yardım eden* olarak ifade edilmektedir. Söz konusu kişilerin, failin haksızlığından sorumlu tutulabilmeleri bağlılık kuralıyla gerçekleşmektedir¹⁸. TCK'da şeriklerin işlenen suçtan cezalandırılabilmesi, fail tarafından işlenen bir suçta bağlıdır.¹⁹ Kısaca iştirakte bağlılık

¹³ Hakeri, Hakan. "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 1, 2006, s. 75.

¹⁴ Taşkın Kapusuzoğlu, Beril. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 95.

¹⁵ Hakeri, Türk Ceza Kanunu'nda bu sistemin benimsendiğini ifade etmektedir, bkz. Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*, s. 76. Özbek/Doğan/Bacaksız ise, 5237 sayılı TCK'nın asli-fer'i fail ayrımını görünüşte kaldırmasına rağmen cezanın faile göre belirlenmesi konusunda açık bir düzenleme getirmediğinden hareketle 5237 sayılı TCK'nın ikilik sisteminin cezanın faile göre göre belirlendiği bir şekilde karma bir sistem oluşturduğundan bahsetmektedir. Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 509.

¹⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*, s. 76.

¹⁷ 5237 sayılı TCK'nın aksine eski 765 sayılı Ceza kanununda bağlılık kuralına yer verilmemiştir. 765 sayılı kanunda bağlılık kuralı gibi hukuki ve genel geçer bir usul bulunmasa da eski kanunun iştirak hâlinde işlenen suçlarda fail olmayan kişilerin cezalandırılması iştirak hâlinde işlenen suçlarla ilgili olarak suçun ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerinin ortaklara uygulanması konusunda hükümler bulunmaktaydı. Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 168; Savaşçı Temiz, Bilgehan. "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2489; Yeşil, Eyüp. "Kasten Öldürme Suçunda Bağlılık Kuralı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 96.

¹⁸ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 13.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 764.

¹⁹ "...Şeriklikte azmettirme ve yardım etme biçiminde iki farklı görünüş şekli vardır. Şeriklerin, gerçekleşen yasal tanıma uygun haksızlıktan ancak bağlılık kuralı vasıtasıyla sorumlu tutulmaları mümkündür..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/593, K. 2016/269, T. 24.05.2016.

kuralında “*faillik olmadan şeriklik olmaz*” anlayışı temel alınmıştır.²⁰ Failin, suç için şeriklerle yapılan anlaşmaya aykırı olarak, kararlaştırılmayan başka bir suçu işlemesi hâlinde şerikler bu suçtan cezalandırılmamaktadır. Böyle bir durumda iştirak türlerinden azmettirme ve yardım etme gibi şeriklerce gerçekleştirilen fiiller neticenin meydana gelmesi bakımından nedensel bir değer taşırsalar dahi cezalandırılabilir birer haksızlık olarak nitelendirilmemelidir.

Dar faillik anlayışının kabul edildiği ve özgü suçların yapılandırıldığı hukuk sistemlerinde şeriklerin cezalandırılması için hangi esaslara uyulacağı konusu bağlılık kuralı ekseninde çözümlenmektedir.²¹ Bağlılık kuralına göre şeriklerin suça katkıları başlı başına cezalandırılabilen davranışlar olarak görülmemektedir. Şeriklerin cezalandırılması, failin fiiline yaptıkları dolaylı katkı suretiyle ilgili suç tipinde korunan menfaati ihlal etmesi dolayısıyla dır. Buna göre şeriklerin cezalandırılması, failin suç niteliği taşıyan fiili işlemesi hâlinde mümkündür. Aksi hâlde, yani failin suç işlemediği bir durumda, şeriklere de ceza verilmeyecektir²².

Bağlılık kuralı, zaman içinde ceza hukukunda faillik anlayışının değişmesine paralel olarak suça fail dışında katılanlar olan şeriklerin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde geliştirilmiş bir sistemdir. Fail tarafından gerçekleştirilen suça çeşitli şekil ve derecede katkıda bulunmuş olan şerikler, bağlılık kuralıyla failin fiiline bağlanmakta ve bu fiilden sorumlu tutulmaktadır. Bu kapsamda bağlılık kuralı, şeriklerin cezalandırılmasının hukuki temelini oluşturmaktadır²³.

TCK’nın bağlılık kuralına ilişkin 40’ıncı maddesinin gerekçesinde bu kural, *çifte fonksiyonuyla* şu şekilde ifade edilmiştir:²⁴ “*Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hakimiyet kurmadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde gerçekleşen suçtan tutulabilmektedir.*”

1. Bağlılık Kuralı Türleri

Bağlılık kuralı, birtakım ayrımlara tabi tutularak incelenmektedir. Bunlar arasında, failin tipik eylemini şeriklerin sorulu tutulabilmesi için yeterli gören *asgari bağlılık kuralı* sisteminde, suçun diğer unsurlarının oluşması şart olarak aranmamaktadır.²⁵

Aşırı bağlılık kuralında, şeriklerin sorumluluğu için failin kusurlu olması şartı da ayrıca aranmaktadır. Bu kurala göre, kusurlu olmayan failin suç teşkil eden fiili dolayısıyla şerikler sorumlu tutulmamaktadır.²⁶

²⁰ Ekici Şahin, s. 647.

²¹ Ekici Şahin, s. 646.

²² Ekici Şahin, s. 647.

²³ Kaymaz, Seydi. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hâllerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2012, s.123.

²⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 448 vd.

²⁵ Töngür, Ali Rıza, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 28, 2015, s. 240; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 96.

²⁶ Töngür, s. 240; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 98; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 764.

Katı bağlılık kuralında, failin, hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirilmiş bir fiilin yanında kusurlu hareket etmiş olması da aranmaktadır. 1943 yılında yapılan bir değişikliğe kadar Alman ceza hukuku sisteminde bu anlayış hâkim olmuştur.²⁷

Sınırlı bağlılık kuralında, şeriklerin sorumluluğu için tipe uygun eylemin fail tarafından hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi yeterli görülmektedir.²⁸ Bunun yanında, failin kusurlu olması şeriklerin cezalandırılması için bir şart olarak kabul edilmez. Örneğin, fail, kendi kusurunu etkileyen, akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi bir nedenden dolayı cezalandırılmasa bile suça katkıda bulunan şerikler cezalandırılabilir.²⁹

TCK'nın bağlılık kuralını düzenlediği 40'inci maddesinde yer alan tanım, sınırlı bağlılık kuralına ilişkindir. Sınırlı bağlılık kuralı, TCK'nın 40'inci maddesinin birinci fıkrasında “*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.*” şeklinde yer almaktadır. Kanun'da düzenlendiğine göre, şeriklerin cezalandırılabilmesi için, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin *kasten ve hukuka aykırı işlenmiş* olması aranmaktadır. Dolayısıyla failin taksirle hareket etmemesi gerekmektedir, aksi takdirde şerikler cezalandırılmayacaktır.³⁰ Ayrıca, failin eyleminin kasten gerçekleştirilmiş olmasının yanı sıra, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması da şeriklerin cezalandırılabilmesi için şarttır. Failin fiilinin kasten ve hukuka aykırı olmasının dışında ayrıca isnat edilebilir olması ise aranmamaktadır. Buna karşın, TCK'nın 40'inci maddesinin ikinci cümlesine göre, “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” Tüm bu açıklamalar, *niteliksel bağlılık kuralı* olarak ifade edilmektedir.³¹

Bu açıklamalara ek olarak, TCK'nın benimsediği bağlılık kuralına göre şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmesi için “*kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı*” yanı sıra “*ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması*”³² şartı da birlikte aranmaktadır.³³ Bu bağlamda, sınırlı bağlılık kuralı kapsamında fiilin tamamlanmış olmasının aranmaması ve fakat en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasının aranması, *niceliksel bağlılık kuralı* olarak ifade edilmektedir.³⁴

2. Bağlılık Kuralının Uygulanması

Cezalandırılabilen şeriklik statüsünü belirlemek için, öncelikle dar faillik kavramının

²⁷ 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanununda “*Suçta iştirak eden herkes, diğerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılır*” şeklinde yapılan düzenleme ile katı bağlılık kuralı sınırlandırılmıştır, Ekici Şahin, s. 647; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 764. 765 sayılı mülga TCK'da da katı bağlılık prensibi benimsenmişti, Demirbaş, 580.

²⁸ Kastan ve hukuka aykırı olmasının yanında fiilin, faile isnat edilebilir olması aranmamaktadır, Savaşçı Temiz, s. 2492; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 100; Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, 922.

²⁹ TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40'inci maddesinde “*Suçta iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*” şeklinde düzenleyerek sınırlı bağlılık kuralını kabul ettiğini beyan etmiştir, Ekici Şahin, s. 647.

³⁰ Ekici Şahin, s. 647.

³¹ Koca/Üzülmez, s. 486.

³² Maddede yer alan bu fıkra, niceliksel bağlılık kuralının bir ifadesidir. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 646.

³³ Koca/Üzülmez, s. 486 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 765; Kaymaz, s. 123.

³⁴ Taşkın Kapusuzoğlu, s. 104; Koca/Üzülmez, s. 487.

üzerinde durulmalıdır. Dar faillik sisteminde fail, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişidir. Buna göre, suçun madde metninde yer alan tanımındaki katkıyı gerçekleştiren kişi cezalandırılabilir.³⁵ Suça katılan diğer kişilerin ihlal edilen suçun maddesi çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Failin dışında suça iştirak eden kişiler şerik statüsünde bulunurlar. Dar failliğin cari olduğu sistemlerde, failler şerik olmazlar; diğer bir ifadeyle bir kişi fail değilse sadece şerik olabilmektedir. Şeriklik kavramı azmettirmeyi ve yardım etmeyi de içine alan üst bir kavramdır. Ceza kanunlarında yer alan genel hükümler kısımlarında yer verilen iştirak bahsindeki hükümler, söz konusu suça fail dışında katılan kişilerin cezalandırılabilmesinin kanuni dayanağını oluşturmaktadır.³⁶

Şerikliğe ilişkin ceza kanunlarında yer verilen hükümler, ceza sorumluluğunu genişleten hükümler arasında yer almaktadır.³⁷ Bu bağlamda dar faillik sisteminin kabul edildiği bir şeriklik sisteminde, asli unsur faillik statüsü tarafından karşılanırken, şeriklik statüsü faillığe göre ikincil bir kavramdır. Bağlılık kuralı tam bu noktada, faillik statüsünün meydan verdiği haksızlık içeren hukuka aykırı davranışlardan dolayı söz konusu davranışlara bir oranda katkı sağlayan şeriklik statüsünde yer alan suça katılanların cezalandırılabilmesi için düzenlenmiş kuralları ifade etmektedir.³⁸

B. Özgü Suçlar Bakımından Bağlılık Kuralının Uygulanması

Suç tanımında failin özel bir niteliği haiz olmasının arandığı suçlar, özgü suç olarak tanımlanmaktadır.³⁹ Bu suçların failleri ancak belirli vasıflara sahip kişiler olabilmektedir.⁴⁰ Suçun tanımında yer alan katkıyı özel faillik sıfatı taşımayan kişilerin yaptığı durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği⁴¹ konusunda problem ortaya çıkmaktadır. Bu problem bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göre çözülmektedir.⁴² Söz

³⁵ Kaymaz, s. 121.

³⁶ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 176.

³⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 630; Ekici Şahin, s. 646; Kaymaz, s. 121.

³⁸ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 176.

³⁹ Özgü suçlar, *gerçek özgü suçlar ve görünüşte özgü suçlar* şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Buna göre sadece suçun aradığı özel vasfı taşıyan kişilerce işlenen suçlar, örneğin zimmet suçu gibi suçlar, *gerçek özgü suç* kategorisinde yer alırken; kanunda yer alan tipik eylemin basit şeklinin herkes tarafından işlendiği bunun yanında sadece nitelikli hâllerinin özel vafsa sahip kişilerce işlenebildiği suçlar ise *görünüşte özgü suç* olarak ifade edilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 115; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 215; Savaşçı Temiz, s. 2507; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 160.

⁴⁰ Rüşvet alma şeklindeki sanığın eyleminin, sanığın kamu görevlisi olmaması sebebiyle eyleminden ötürü sanığın azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulması hakkında bir karar için bkz. Yargıtay. 5.CD, E. 2006/8410, K. 2007/1204, T. 19.2.2007.

⁴¹ TCK'nın 94'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*" hükmündeki "*gibi cezalandırılır*" ibaresinin iştirak konusunda eleştirisi bakımından bkz. Özen, s. 250.

⁴² "...5237 Sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinin yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 Sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak

konusu fıkra “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir” şeklinde düzenlenmiştir.⁴³ Düzenlemeye göre, işlenen suça katkı derecesine bakılmaksızın özel faillik vasfı taşımayan kişilerin iştirak ettikleri suçların faili olamayacakları ifade edilmiştir.⁴⁴

C. Bağlılık Kuralının Nitelikli Hâllerin Geçiş Hesusunda İlişkisi

İştirak hâlinde işlenmiş bir suçta, şeriklerden birinden kaynaklanan ve cezanın artırılmasını yahut azaltılmasını gerektiren bir nitelikli hâl, diğer suç ortaklarında bulunmaz ise söz konusu nitelikli hâllerin şeriklere geçip geçmeyeceği veya geçecekse bunun hangi şartlarda olacağı konusu gündeme gelecektir. Söz gelimi, TCK'nın 82'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlendiği şekilde kasten öldürme suçunun; eşe, boşandığı eşe, kardeşe, altsoy-üstsoya karşı işlenmesi hâlinde kasten öldürme suçunun nitelikli şeklinden hüküm kurulur, TCK'nın 81'inci maddesinde düzenlendiği şekliyle kasten öldürme suçunun temel şeklinden hüküm kurulmaz. Ancak kendisinde ifade edilen nitelikli hâllerden biri bulunmayan suç ortağının bu suça bir şekilde iştirak etmesi hâlinde sorumluluğun ne olacağı, söz konusu suça katılan şeriklerin kasten öldürme suçunun nitelikli şeklinden cezalandırılmaları konusunda tartışmalı bir konu olarak ifade edilmektedir.⁴⁵

765 sayılı mülga TCK'nın 66'ncı maddesinde, 5237 sayılı Kanun'un aksine, şahsi ve fiilî sebeplerin geçiş Hesusunda bir düzeleme bulunmaktaydı: “Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arizi ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faille dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.”

Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükümet Tasarısında da nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişini düzenleyen bir madde bulunmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da neden bu konuda bir düzenleme yer almadığı sorusu TCK'nın 40'inci madde gerekçesinde ifade edilmiştir: “Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü

sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olan asıl failer hakkında beraat kararı verilmesine rağmen kamu görevlisi olmayan sanık ...'in bu suça ne şekilde katıldığı da karar yerinde tartışılıp gerekçeleriyle gösterilmeden yanılığlı değerlendirilmeyle TCK'nın 236/2-b maddesi uyarınca yazılı şekilde cezalandırılması..” Yargıtay 5. CD, E. 2015/7447, K. 2019/10439, T. 6.11.2019.

⁴³ “...Suçun icrasına iştirak etmekle birlikte, işlenişine bulunduğu katkının niteliği gereği kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen diğer suç ortaklarına “şerik” denilmekte olup TCK'da şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen veya özel faillik vasifasını taşımadığı için fail olamayan bir suç ortağı, gerçekleşen fiilden Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı uyarınca sorumlu olabilecektir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/415 K. 2019/665 T. 26.11.2019.

⁴⁴ Bu görüş, Demirbaş tarafından doğru bulunmamaktadır. Yazara göre, özgü suçlara iştirak için objektif ve sübjektif iştirak şartlarının gerçekleşmesi aranmalıdır. Buna rağmen özgü suçun düzenlediği maddede yer alan tipik davranışın mutlaka ilgili özel vasıftaki kişi tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Özel vasfa sahip kişinin özgü suça ilişkin tipik davranışı bizzat gerçekleştirilmesi, yazara göre, şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlarda nitelikleri gereğince özel vasfa sahip olan kimsenin dışında işlenemeyen suçlar bakımından zorunludur. Yazar, TCK m. 40/2' de yer verilen ve tipik eylemin mutlaka özel vasfa sahip kişi tarafından gerçekleştirilmesi yönündeki sınırlamayı doğru bulmadığını ifade etmektedir. Demirbaş, s. 571 vd.

⁴⁵ Kaymaz, s. 133.

olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır.”

Türk ceza hukuku öğretisi bu konu hakkında ikiye bölünmüş durumdadır. Bir grup yazarlara göre, bağlılık kuralı, nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterlidir. Bir grup yazarlar ise bağlılık kuralının nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterli olmadığını ifade etmektedir.

III. SUÇA ETKİ EDEN NİTELİKLİ HÂLLER

A. Genel Olarak

Bir temel suç normunun kurucu unsurlarında yer almamakla birlikte, o suçun daha ağır veya daha hafif bir cezayla cezalandırılacağı öngörülen nedenlere *suça etki eden nedenler* bir diğer ifadeyle *nitelikli hâller* denilmektedir.⁴⁶ Suça etki eden nedenler, temel suç normunun unsurlarına eklenen şahsi ve fiilî nedenler olabilir. TCK'nın 61'inci maddesinin dördüncü fıkrasında bu hususlar “*nitelikli hâller*” olarak isimlendirilmiştir.⁴⁷

Suçta etki eden sebepler, suç üzerinde suçun temel şeklini değiştirecek vasfa ve öneme sahip değildir. Suça etki eden sebeplerin önemi, suçun temel mahiyetini değiştirmenin aksine, gerçekleşmeleri hâllerinde suç karşılık gelen cezanın daha ağır veya daha hafif olacak şekilde cezayı değişime uğratmasıdır. Yalın bir ifadeyle, suçta etki eden sebepler, cezalandırma aşamasında kendini göstermektedir. Suça etki eden hâller, *cezayı etkileyen diğer nedenlerden* farklıdır. Cezayı etkileyen her neden suçta etki etmemektedir. Örneğin, etkin pişmanlık kurumunun kanunda yer alan sadece bazı suç tipleri için dikkate alınacağı belirtilmiştir. Etkin pişmanlıkta, suç işledikten sonra pişmanlık gösteren kişilerin, suç içeren davranışlarını ortadan kaldırmaya çalışmaları, kanun kapsamında bu kişilere verilecek cezada etkili olsa da işlenen suçun daha hafif veya daha ağır sayılmasını gerektirecek bir durum oluşturmamaktadır. Bunun yanında akıl hastalığı, yaş küçüklüğü haksız tahrik, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma gibi kusuru etkileyen genel sebepler de suçta etki eden sebepler olarak değerlendirilmemektedir. Söz konusu nedenler, suçun üzerinde değil failin kusuru üzerinde etkide bulunmaktadır. Sayılan kusuru etkileyen sebeplerin etkisi altında suç işlenmesi hâlinde suçun ağırlığı azalmamaktadır. Sayılan sebepler, faili etki altında bırakarak kusurunu azaltması dolayısıyla alacağı cezasında indirim yapılmasına imkân vermektedir. Suça etki eden sebepler, teşebbüs, iştirak gibi kavramlarla aynı şekilde değerlendirilmemektedir. Suça etki eden sebepler suçun daha ağır veya hafif şekilde cezalandırılmasına temel oluştururken iştirak ve teşebbüs gibi kavramlar, suçun daha ağır veya hafif şekilde değerlendirilmesini sağlamamaktadır. Bu kavramlar ancak somut ceza üzerinde bir etkide bulunmaktadır. Suça etki eden sebepler, kendi içinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlar genel-özel, kanuni-takdirî, ağırlaştırıcı-hafifletici, fiilî-şahsi sebepler şeklindedir. Bu kapsamda suçta etki eden sebeplerden kanunda düzenlenmiş olanlara

⁴⁶ 765 sayılı mülga TCK'da cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucu doğurmalarından dolayı suçta etki eden sebepler ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler olarak adlandırılmıştı, Kaymaz, s. 125. TCK m. 61/4'te yer aldığı üzere “*Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerin gerçekleşmesi...*” ifadesinden dolayı bir nitelikli hâl tanımı çıkarımı yapılabilmektedir.

⁴⁷ Bahsi geçen maddede “*Bir suçun temel şekline nazaran da ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce arttırma sonra indirme yapılır.*” ifadeleri yer almaktadır.

kanuni sebep denirken hâkimin takdirine bırakılanlara *takdirî nedenler* denilmektedir. Bunun yanında tüm suç tipleri için geçerli olacak şekilde TCK'da genel hükümlerde düzenlenen suça etki eden sebeplere *genel sebepler* sadece belli suçlar için uygulama alanı bulan suça etki eden sebepler de suça etki eden *özel sebepler* olarak ifade edilmektedir.⁴⁸

B. Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Şartları

1. İşlenen Suçun Bütün Suç Ortakları Bakımından Aynı Olması

İşlenen suçun şeriklere sirayeti konusunda bağlılık kuralının uygulandığı durumlarda tüm şeriklerce aynı suçun işlenmiş olması şartı aranmaktadır. Şeriklerden birisinin iştirak iradesinden bağımsız olarak bir başka suçu işlemesi hâlinde, örneğin hırsızlık amacıyla girilen evde birisini öldürülen şerikin gerçekleştirdiği bireysel eylem, diğer ortaklar bakımından sonuç doğurmayacaktır.⁴⁹

2. Bilme Şartı

İştirak iradesi, suçtan sorumluluğun çerçevesini çizmektedir. Cezanın artırılmasına sebebiyet veren bir nitelikli hâlin mevcut olması hâlinde şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için bu hususun şerik tarafından bilinmesi ve buna rağmen şerikliğini sürdürmesi şartı aranmaktadır. “Bilmek” ifadesinden cezanın artırılmasına sebebiyet veren nitelikli hâlin gerçekleşmesi konusunda bir kesinlik aranmaktadır. Hâlin tahmin edilmesi, bilmek kapsamında değerlendirilmemektedir.⁵⁰ Bu kapsamda cezanın artırılmasına sebebiyet verebilecek bir nitelikli hâl bakımından suça katılanlar sadece kendi kusuru oranında sorumlu tutulacağından bahisle, nitelikli hâlin yalnızca bu hâlden haberi olan ortakları uygulanacağı ifade edilmektedir.⁵¹

3. Suçun İşlenmesini Kolaylaştırması Şartı

Cezanın artırılmasına sonucuna sebep olan nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçiş konusunda 765 sayılı mülga TCK'nın yürürlük döneminde öğreti ve uygulamada söz konusu nitelikli hâllerin geçiş için bu hâlin bilinmesi yeterli olarak görülmekteydi. Bunun haricinde söz konusu sebeplerin ayrıca suçun işlenmesinin kolaylaştırmış olması aranmamaktaydı. Ancak bu durumun öğretilde eleştirildiği ifade edilmektedir.⁵²

İştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçiş konusunda 5237 sayılı TCK'nın başarı gösteremediğini savunanlara göre, söz konusu nitelikli hâllerin kusurluluk ilkesi temelinde diğer ortaklar tarafından bilinmeleri hâlinde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, cezanın artırılabilmesi için bilme koşulunun yanında söz konusu nitelikli

⁴⁸ Ekici Şahin, s. 654.

⁴⁹ Kaymaz, s. 131.

⁵⁰ Demirbaş, s. 551.

⁵¹ Kaymaz, s. 131; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.10.1986, 1/293-466 kararında belirtildiği üzere “Şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesi ile çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır.” Yine aynı kararda “vakıf olma” konusunda “Vukuf gerçekleşeceğini kesin olarak bilmektir. Yoksa meydana gelebilirliğini veya gelebileceğini öngörmek vukuf sayılmaz.” ifadelerine yer verilmiştir; Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 578.

⁵² Kaymaz, s. 132.

hâllerin suçun işlenişini kolaylaştırması gerektiğini de belirtmektedirler.⁵³

C. Fiilî ve Şahsi Nedenler Ayrımı

Suçta etki eden sebepler arasında hangi nedenlerin fiilî hangi nedenlerin şahsi olduğu konusunda öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır.⁵⁴ Bununla beraber suçun işleniş şeklinin⁵⁵, yerinin⁵⁶, zamanının⁵⁷, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının, suçun konusunun, suçta kullanılan araçların fiilî nedenler olarak kabul edilmesi konusunda genel bir kabul bulunduğu ifade edilmektedir. Fiilin işlenmesine yönelik olmayan, iştirak edilen fiil çerçevesinde kişileri tanımlayan unsurlar şahsi sebep olarak değerlendirilmektedir.⁵⁸ EKİCİ'ye göre şahsi nedenler failin şahsına ve kişiliğine bağlı şekilde değişebilen sebeplerle sınırlıdır. Bu kapsamda mağdurun çocuk olduğu bir olayda, işlenen suçun çocuğa karşı işlenmesi hâlinde cezasının artırılacağı özellikle düzenlenmişse failin şahsiyetinin burada bir önemi bulunmamaktadır.⁵⁹

Suçta etki eden sebeplerin fiilî ve şahsi nedenler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasını eleştirenler de bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlar, suçta etki eden sebeplerin fiilî ve şahsi sebepler şeklinde kategorize ederek incelemeyi reddederek bu iki sebep grubuna bütüncül şekilde yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu görüşü savunanlara göre nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda TCK'nın 40'inci maddesinde düzenlenmiş olan bağlılık kuralı kullanılarak, şeriklerin cezai sorumlulukları faile göre belirlenmelidir. Bu kapsamda, işlenen suçta, failin şahsından kaynaklanan cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâlin bulunması hâlinde, bu nitelikli hâl bilen tüm şeriklere uygulanmalıdır.⁶⁰ Bütüncül yaklaşım görüşü, kendisinde ilgili suç tipi için cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl bulunan kişinin daha az ceza almak için suçu bir başkasına işletmesi hâlinde bir avantaj elde etmesinden ötürü eleştirilmektedir.⁶¹

Çalışmanın esasını oluşturan iştirak hâlinde işlenen suçlarda, şeriklere nitelikli hâllerin geçişi hususunda konunun muhtevasını oluşturan nitelikli hâllerden ne anlaşılması gerektiği hakkında genel izahlarda bulunduktan sonra tartışmaların merkezini oluşturan fiilî ve şahsi sebepler ve bu sebeplerin geçişi konusu ayrı bir başlık altında kısımlara ayrılarak incelenmelidir.

⁵³ Aydın, s. 234.

⁵⁴ Kaymaz, s. 126; Benzer tartışmalar eski kanun döneminde de öğretide yer almıştır. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde taammüd ve kan gütmeye saikinin şahsa bağlı bir nitelikli hâl mi olduğu yoksa fiile bağlı bir nitelikli bir hâl mi olduğu yönünde bir fikir birliği bulunmadığı ifade edilmiştir. Özen, s. 250.

⁵⁵ Örneğin kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi TCK m. 86/3-e.

⁵⁶ Örneğin hırsızlık suçunun ibadet yerinde işlenmesi TCK m.142.

⁵⁷ Örneğin hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi TCK m.143.

⁵⁸ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 578.

⁵⁹ Ekici Şahin, s. 655; Kaymaz, her ne kadar failin şahsından veya mağdurla ilişkisinden kaynaklanmasa dahi saikinden hareket ederek canavarca his, kan gütmeye saiki gibi durumların şahsi bir nitelik taşıdığından bahsetmekte ve şahsi nitelikli hâl olarak değerlendirmektedir, bkz. Kaymaz, s. 126-127.

⁶⁰ Ekici Şahin, s. 670.

⁶¹ Bağlılık kuralının TCK'nın 40'inci maddesinde düzenlendiği şekliyle uygulanmasının nitelikli hâllerin geçişi konusuna çözüm getireceğini ifade eden görüş, bahsedilen *bütüncül yaklaşımı* benimsemiştir.

IV. FİİLÎ VE ŞAHSİ NEDENLERİN ŞERİKLERE GEÇİŞİ

A. Fiilî Nedenlerin Şeriklere Geçiş

Suçta etki eden fiilî nedenler, suçun işleniş şekli, yeri, konusu, zamanı, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, mağdur gibi objektif nedenlerdir.⁶²

1. Cezayı Hafifleten Fiilî Nedenlerin Geçiş

Cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran fiilî nedenlerden tüm suç ortakları yararlanmaktadır. Burada ayrıca hafifletici nedenlerin suç ortaklarınca bilinmesi aranmamaktadır. Maddi unsura dahil olan ve objektif nitelik göstermeleri sebebiyle fiili hafifletici nedenler, bütün faillerin ve şeriklerin yararlanmasına imkân tanımaktadır.⁶³ Bunun yanında, örneğin etkin pişmanlıkta, kanunda açıkça cezayı kaldıran ve indiren bir sebep olarak yalnızca etkin pişmanlık gösteren kişinin bundan yararlanacağı hüküm altına alınmıştır. Bunun gibi TCK m. 144/1-b ve 150/1 düzenlemelerinden sadece kendisinde bu özellik olan kişiler yararlanabilecektir.⁶⁴

2. Cezayı Ağırlaştırıcı Fiilî Nedenlerin Geçiş

Fiilden kaynaklı cezayı artıran nedenlerin şeriklere uygulanması, hafifletici nedenlerden farklı olarak, suç ortaklarının bilmesine bağlıdır. Bu nedenler bilinmesi kaydıyla tüm suç ortaklarına uygulanacaktır.⁶⁵

Cezayı ağırlaştırıcı fiilî nedenlerin geçiş konusunda Türk ceza hukukunda kast kuralının ve bağlılık kuralının uygulanması gerektiğini ifade eden iki görüş bulunmaktadır. Kast kuralının uygulanması gerektiğini savunan yazarlara göre, fiile ilişkin ağırlatıcı nedenler bu nedenin varlığını bilmesi koşuluyla tüm suç ortaklarına uygulanmalıdır. Bağlılık kuralını savunan yazarlara göre, şeriklerin ceza sorumluluğunun temeli faile göre belirlenecektir. Bir diğer görüşe göre ise kast kuralının ve bağlılık kuralının ağırlatıcı nedenlerin şeriklere geçiş konusunda çıkış yolları farklı olsa da aynı yerde buluşmaktadır.⁶⁶

B. Şahsi Nedenlerin Geçiş

Faillerden veya şeriklerden kaynaklanarak cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran şahsi sebeplerin diğer suç ortaklarına geçiş hesusunda 5237 sayılı Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı konuda Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında şahsi sebeplerin sadece söz konusu sebepler kendisinde bulunan faillerin veya şeriklerin hakkında hüküm ifade edeceğini belirten bir düzenleme bulunmaktadır.⁶⁷

⁶² "Ortaklara sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.10.1986, 466, akt. Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*, s. 102; Ekici Şahin, s. 667; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 538.

⁶³ Ekici Şahin, s. 666.

⁶⁴ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 581.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, s. 539; Ekici Şahin, s. 666.

⁶⁶ Ekici Şahin, s. 668.

⁶⁷ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta

“Kanun, özel kişisel unsurlar nedeniyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığına karar vermeyi öngörmüşse, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı (fail veya şerik) hakkında uygulanır.”

1. Cezayı Hafifleten Şahsi Nedenlerin Sirayeti

Suçta etki eden ve cezanın hafifletilmesi sonucunu beraberinde getiren şahsi sebepler, failin şahsından kaynaklanabileceği gibi fail ve mağdur arasındaki şahsi münasebetten de kaynaklanabilmektedir. 765 sayılı mülga TCK’da söz konusu nedenlerin şeriklere geçişi konusunda düzenleme yapılmamıştır. 5237 sayılı TCK’nın bağlılık kuralına yer verdiği maddesinde şahsi cezasızlık nedenlerinin kişiye bağlı olarak bu neden kendisinde olmayan ortaklara geçmeyeceği düzenlenmiştir.⁶⁸ Ancak belirtmelidir ki cezanın indirilmesini gerektiren şahsi sebepler şahsi cezasızlık sebeplerinden farklılık arz etmektedir. Cezanın indirilmesini gerektiren bir kişisel neden olduğu durumlarda fail madde metninde yer alan suçtan cezalandırılmaktadır. Fakat şahsi neden sebebiyle ceza siyaseti suçun bu şekilde işlenmesini daha hafif cezalandırmaktadır. Bunun yanında şahsi cezasızlık sebebinin var olması hâlinde ise herhangi bir ceza verilmemektedir. Failin şahsi hafifletici sebep karşısında bundan yararlandığı belirtilmiştir. Ancak suçlar iştirak hâlinde işlendiğinde şeriklerin ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi hususu gerektiği gündeme gelmektedir. Şahsi hafifletici sebeplerin suç ortaklarına geçişi konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple şahıstan kaynaklanan hafifletici sebeplerin kendisinde böyle bir sebep bulunmayan kişilere uygulanmaması gerekmektedir. Bu konuda TCK’nın 61/10’da yer alan ve kanunda açıkça yazılmadığı hâllerde cezaların artırılıp eksiltilemeyeceğine dair olan düzenleme dikkat çekmektedir. Buna göre şahsından kaynaklanmayan bir hafifletici nedenin şeriklere sirayet ettirilmesi kanuna aykırılık teşkil etmektedir.⁶⁹

2. Cezayı Ağırlaştırılan Şahsi Nedenlerin Sirayeti

Cezayı ağırlaştırılan şahsi sebepler, suça etki eden sebeplerin ortaklara geçişi konusunda en çok tartışılan konudur. Ağırlaştırıcı/hafifletici sebebin şerikten mi yoksa failden mi kaynaklandığı konusu bir sorun olarak değerlendirilmektedir.⁷⁰

Ağırlaştırıcı sebebin failden kaynaklanması hâlinde şeriklerin sorumluluğu fail esas alınarak belirlenecektir. Bu görüşe göre (A)’nın suç delillerini gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği bir örnekte, (B)’nin silah temin ederek yardım eden olarak iştirak etmesi hâlinde ceza sorumlulukları, şerik olan (B)’nin nitelikli hâli bilmesi yani suç delillerini gizlemek amacıyla A’nın birisini öldürmesini bilmesi hâlinde sorumluluğu TCK’nın 82/1-h hükmüne göre TCK’nın 39’uncu maddesiyle birlikte değerlendirilmesi sonucu belirlenecektir. Aynı senaryoda, (B)’nin sorumluluğu, işlenen bir suçu gizlemek adına işlenmiş bir suç olduğunu bilmeden yardım etmesi hâlinde TCK’nın 81’inci maddesinde düzenlenen suçun

Yayıncılık, İstanbul, 23.

⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 484 vd.

TCK m. 40’ın gerekçesinde şahsi hafifletici sebeplerin sadece kendisinde bu sebep bulunan fail veya şerik hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. “... cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar”

⁶⁹ Ekici Şahin, s. 669.

⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 523.

temel şekline yardım eden şerik olarak TCK'nın 39'uncu maddesiyle birlikte değerlendirilmesiyle belirlenecektir.⁷¹

Bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğunun faile göre belirlenmesini savunanlara göre, şerikler katkıda buldukları esas fiile göre olacağı ifade edilmektedir. Buna göre ağırlaştırıcı sebebin şerikten kaynaklandığı olaylarda bağlılık kuralı gereğince faile göre şerik sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği için, şerikten kaynaklanan ağırlaştırıcı sebep diğer suç ortaklarına uygulanmayacaktır.⁷²

Bağlılık kuralının müşterek faillik⁷³ bakımından bir önem taşımadığı; müşterek faillerden birinde olan bir ağırlaştırıcı sebep dolayısıyla bu hâlin diğer müşterek faillere uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁷⁴ TCK'nın bağlılık kuralını düzenlediği 40'ıncı maddesinde de müşterek faillilerle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim müşterek failler tipik haksızlık ile doğrudan temas hâlinde oldukları için, ceza sorumluluklarına gidilmesi bakımından bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur. Keza dolaylı faillikte de bağlılık kuralına ihtiyaç duyulmaz.

Yargıtay, şahsi ağırlaştırıcı sebeplerin şeriklere sirayetine ilişkin olarak farklı kararlar vermiştir. Yargıtay, son yıllarda şeriklerin sorumluluğunun failin şahsına ve fiiline göre belirleneceğine ilişkin görüşe dayanarak karar vermektedir.⁷⁵ Buna karşılık yüksek mahkemenin konuyla ilgili azmettiren bulunan şahsi ağırlaştırıcı bir nedenin bu hususu bilen faile de uygulanması gerektiğini ifade eden kararları⁷⁶ da bulunmaktadır. Yargıtay, bir kararında fail ve şerikten kaynaklanan şahsi sebebin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasını uygun bulmuştur.⁷⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iştirak hâlinde işlenen suçlarda bağlılık kuralı ve nitelikli hâllerin geçişi kapsamında şahsi ve fiilî sebeplerin geçişi konularına değinildikten sonra konuyla ilgili öğretide yer alan görüşlere değinmek gerekmektedir.

⁷¹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 581; Kaymaz, s. 138

⁷² Kaymaz, s. 138.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, İzzet. "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), s. 159-190.

⁷⁴ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 581.

⁷⁵ Yargıtay 1.CD, E. 2013/3531, K. 2014/3655, T. 25.06.2014.

⁷⁶ Söz konusu kararda karısını öldürmek (H'nin) üzere A'yı azmettiren H'nin bulunduğu olayda, Yargıtay, failin öldürdüğü kişinin azmettiren kişinin eşi olduğunu bilmesi sebebiyle A'nın ve H'nin TCK m.82/1-d bendi gereğince nitelikli insan öldürme suçundan cezalandırılmaları gereği konusunda karar vermiştir. Yargıtay 1.CD, E. 2010/438, K.2010/493, T. 1.2.2010.

⁷⁷ "Sanık Faysal'ın babaannesini öldürmeye azmettirme, sanık Kemal'in babaannesini öldürme, sanıklar Ömer ve Serkan'ın bu suça yardım suçlarından kurulan hükümlerde; sanıkların eylemi olay tarihinden haftalar önce kararlaştırdıkları, yaptıkları planı sebat ve ısrarla uygulamaya koydukları, tasarlanan eylem ile icrası arasında geçen sürede kararlarından vazgeçemedikleri anlaşılmalı, suç vafında kazanılmış hak olmayacağı da gözetenilerek, eylemlerine uyan "5237 sayılı TCK.nun 82/1-d" maddesine aynı maddenin "a" bendinin de eklenmesine karar verilmesi suretiyle" hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiş ve böylece gerek şerik, gerekse de failden kaynaklanan kişisel nitelikli hâlin şerikler hakkında uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur." Yargıtay 1.CD., E. 2009/6198 K. 2009/6225 T. 21.10.2009.

V. TCK'DA DÜZENLENEN BAĞLILIK KURALININ İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA ŞERİKLERİN CEZAI SORUMLULUĞUNU BELİRLEME KONUSUNDAKİ YETERLİLİĞİ HAKKINDA ÖĞRETİDEKİ BAZI MÜLAHAZALAR

1.AKBULUT'a Göre

AKBULUT, suçların iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şeriklerin suça katkılarının önemi ve derecesinde TCK'nın 38'inci ve 39'uncu maddeleri gereğince sorumlu tutulacaklarını ifade ettikten sonra bazı suçlarda düzenlenen nitelikli hâllerin şeriklere uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorunların ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ayrıca özgü suçlarda bu suçların işlenmesindeki özel yapısı dolayısıyla bazı hâllerde uygulama problemleri ortaya çıktığından bahsederek sorunun esas kaynağına işaret etmektedir. Yazar, TCK'nın 40'ıncı maddede yer alan ve şeriklerin sorumluluklarının belirlenmesinde suçun nitelikli unsurlarının şeriklere sirayetiyle ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapılmadığını, madde gerekçesinde yer alan ve 765 sayılı mülga TCK'da olduğu üzere kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiilî ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması hakkında hükümlere yer verilmediğini, söz konusu hükümlerin bağlılık kuralının bilinmediği on dokuzuncu yüzyıl ceza hukuku yapısının ürünü olarak eski kanuna koyulduğunu, yeni TCK'da ise bağlılık kuralına yer verilmesiyle söz konusu hükümlerin korunmasına ihtiyaç duyulmadığını ikinci olarak ağırlatıcı nedenlerin kişisel ağırlatıcı neden veya fiilî ağırlatıcı neden olacak şekilde ayrıma tutulmasının bilimsel olmadığından uygulamada çelişkili sonuçlara yol açması sebeplerinin birlikte değerlendirilmesiyle 5237 sayılı TCK'nın Hükûmet Tasarısında yer alan 43'üncü ve 44'üncü madde hükümlerinin metinden çıkarılmış olmasını ve maddeleşmesine fırsat verilmemesinin doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesi bakımından başat rol oynadığını ifade etmektedir.⁷⁸

İştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumluluğunun doğabilmesi için bu kişilerin kasten hareket etmiş olmaları şartı aranmaktadır. Suçun kanuni tanımında yer alan nitelikli hâlleri bilmeyenlere söz konusu nitelikli hâller uygulanmayacaktır. Örneğin bir suça azmettirmede, azmettirme kastının hem azmettirmeye hem de azmettirilen fiile olmak üzere ikili bir fonksiyonu bulunması gerekmektedir. Azmettirenin, azmettirilen fiile ilişkin kastı suçun nitelikleri hâlleri de dahil olmak üzere kapsaması gerekmektedir. Aynı şekilde yardım etmede de durum bu şekildedir ve yardım eden kimsenin kasten bu davranışı gerçekleştirmiş olmasına bakılmaktadır. Failin yardım eden kişinin kastının dışına çıkmış olması hâlinde yardım eden burada sorumlu tutulmayacaktır. Buna göre bilme unsurunun varlığı hâlinde nitelikli unsurlar şeriklere uygulanacaktır. Örneğin bir azmettirmede azmettiren kişi sadece bir öldürme suçuna azmettirme kastını taşıyor ve ayrıca bu öldürmenin canavarca bir his taşıması noktasında irade göstermiyorsa azmettirdiği kişinin öldürme suçunda canavarca hisle hareket etmiş olmasından sorumluluğu olmayacak; sadece öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada görüldüğü üzere TCK, bağlılık kuralı konsepti içinde katı bağlılık kuralını benimsemiş olmaktadır. Bununla birlikte yazara göre ulaşılan sonuç ceza hukuku ilkleriyle bağdaşmamaktadır. Bir kişi, bir başkasının kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha

⁷⁸ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 955.

fazla ceza ile cezalandırılırken, kendi kardeşinin öldürülmesine yardım ettiği takdirde daha az cezaya tabi tutulmaktadır. Yazar kanunun buradaki sonucunu eleştirmektedir. İştirak hâlinde işlenen suçlarla ilgili olarak nitelikli hâllerin şeriklere sirayeti konusunda kanunen açık bir düzenleme yapılmamasını eleştiren yazar, bir kamu görevlisinin kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu kendisinin bizzat işlediği takdirde daha fazla ceza almasına karşın başka bir kişiyi bu suça azmettirmesi hâlinde daha az ceza alacağı örneğini vermektedir. Yazar ayrıca azmettirme şeklinde katkı sağlayan kişinin müşterek faillerden birisinin üstsoyunu öldürmesi hâlinde azmettiren kişinin de bu olguyu bilmesi durumunda TCK'nın 82'nci madde gereğince sorumlu olacağını, Azmettirme yerine fiili kendisinin icra etmesi hâlinde ise 81'inci maddeden sorumlu tutulacağını ifade etmektedir. Yazara göre bağlılık kuralının bu şekilde uygulanması özgü suçlarda iştirak hâllerinde de sorun çıkarmaktadır.⁷⁹

Yazara göre bağlılık kuralının mevcut düzenlendiği şekilde uygulanması, kurucu nitelikteki özgü suçlar açısından sorunlara sebebiyet vermektedir. Bir kimsenin kanunen aranan sığata haiz olan bir kişiyi suça azmettirmesi durumunda işlenen suçtan azmettiren olarak sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte, kanunen aranan bir sığata haiz olan bir kişinin azmettiren olması durumunda da azmettiren olarak sorumlu tutulmaktadır. Buna göre kanunen aranan şarta sahip olan kişi ve sahip olmayan kişinin aynı şekilde azmettiren olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir.⁸⁰

Yazara göre TCK m.204/1 ve TCK m.204/2'de düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçlarında doktrinde yer alan ve ikinci fıkrada düzenlenen suçun, birinci fıkradaki suçun nitelikli hâli mi olduğu yoksa farklı bir suç tipi mi olduğu yönündeki tartışma, şeriklere sirayet konusunda da farklı sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki TCK m. 204/2 yer alan suçun TCK m. 204/1'de yer alan suçtan bağımsız bir hüviyet arzettiği kabul ediliyorsa TCK m. 204/2'te yer alan suç, gerçek özgü suç niteliğine sahiptir. Bu sebeple özgü suçta aranan özgülüğe haiz olmayan kişi, suça hangi nitelikte katkıda bulunursa bulunsun fail olamamaktadır. Sadece şerik olarak nitelendirilecektir. Düzenlenen resmi belgenin, bu belgeyi düzenleme noktasında yetkisiz birinin elinden çıkması dolayısıyla, suçun unsurlarından birisinin gerçekleşmemesinden hareketle TCK m. 204/2'de yer alan suç oluşmayacaktır. Bu sebeple özgü suçta aranan sığata sahip olmayanların fiil üzerindeki hakimiyetleri ne boyutta olursa olursa olsun fail veya müşterek fail olarak sorumlu tutulmayacaktır. Söz konusu kişiler, TCK m.40/2'de yer alan hüküm gereğince katkıları niteliğine göre azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte yazar, TCK m. 204/2'de yer alan suçun TCK m. 204/1'de yer alan suçun nitelikli hâli olduğunun kabulünde ise suçun işlenişine kamu görevlisiyle beraberce hakimiyet tesis ederek gerçekleştirilen resmi belgede sahtecilik suçunu işleyen kişinin bir fiille TCK m. 204/1'de yer alan suçta asli fail olarak yer almasının yanında TCK m.204/2'de düzenlenen suça şerik olarak iştirak ettiğini ifade etmektedir. Böylece failliğin şerikliğe göre asliliği prensibiyle kamu görevlisi olmayan kişi, maddenin birinci fıkrasında yer alan şekilden cezalandırılacaktır. Kamu görevlisinin sorumluluğu ise TCK m.204/2 gereğince belirlenecektir. Bu suça şerik olarak dahil olanlar ise kamu görevliliğinin

⁷⁹ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 957.

⁸⁰ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 958.

bilinmesi şartıyla suçun nitelikli hâllerinden sorumlu olacaktır. Bu durumun ise kişilerin cezalandırılması hâlinde farklılık gösterdiği ifade edilmektedir. Yazara göre, birinci görüşün kabulü hâlinde, kişi azmettiren olacağından cezası 3 yıldan 8 yıla kadar olan bir skalada belirlenecekken, söz konusu kişinin yardım eden olarak yer alması durumunda bunun yarı zaman müddeti üzerinden hüküm kurulacaktır. İkinci görüşün kabulünde ise kamu görevlisine 3 yıldan 8 yıla kadar olan hapis cezası verilirken, kamu görevlisi olmayan kişi 2 yıldan 5 yıla kadar olacak şekilde cezalandırılacaktır. Nitelikli hâlleri bilmeleri koşuluyla suça katkılarının şeriklik niteliğindeki kişiler 3 yıldan 8 yıla kadar olan bir skalada sorumlu tutulabileceklerdir.⁸¹

Yazar, Alman ceza hukukunda da özgü suçların gerçek ve görünüşte olmak üzere ikiye ayrıldığından bahsederek, özgü suçlar bakımından ayrı belirleme yapılmadığını, bağlılık kuralunun ve özel kişisel unsurlara ilişkin 28'inci madde çerçevesinde çözüm üretildiğini ifade etmektedir. Yani yazar, Alman ceza hukukunda sorumluluğun sadece bağlılık kuralına istinat ettirilmediğini ayrıca Alman Ceza Kanunu'ndaki 28'inci maddenin de birlikte uygulanmasıyla sonuçlandırıldığını ifade etmektedir. Söz konusu maddeye göre, failin cezalandırılmasının sebebi olan özel kişisel unsurlar, eğer şerikte mevcut değilse, cezalandırma yapılırken Alman Ceza Kanunu m. 49/1 uyarınca ceza indirilmektedir. Eğer kanun özel kişisel unsurlar sebebiyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararı uygun görmüşse, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleşmiş olan fail ya da şerik hakkında uygulanmaktadır. Alman hukukunda gerçek özgü suçlar bakımından özgülük, kurucu nitelik taşıdığından 28'inci madde uygulanmakta ve özgü suçun işlenişine katılan fakat şahsında faile ait özellikleri bulundurmayan kişi failin işlediği kanun maddesinden şerik olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu hâlde, m. 49/1 gereğince zorunlu bir indirim yapılmaktadır.⁸²

TCK'da yer alan mevcut düzenlemede yer aldığı şekilde şerikliğin bağlılığının benimsenmiş olması yazara göre adil bir sonuç doğurmamaktadır. Şerik, başka birisinin faillik niteliğinde yer alan harekete katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki yararaya saldırıda bulunan kişidir. Bu sebeple şerikliğin ortaya çıkmasının esası suçun kanuni tanımda ortaya konan davranışta bulunan failin fiili ile mümkündür. Bununla birlikte yazar, başkasının fiiline katılmanın zorunlu olduğunu ancak her zaman bunun şerikin cezalandırılabilmesi için yetmeyeceğini, şerikin fiilinin de hukuki yararı ihlal etmiş olmasının arandığını ifade etmektedir. Buna göre yazar şerikliğin haksızlığının esasını biraz failin fiilinden biraz da katılanın kendisinin hukuki yarar ihlalden türetildiğini ifade etmektedir. Buna göre şeriklerin bağlı olmasını ve şerikin fiilinin de haksızlık muhtevasını taşıması gerekmektedir. TCK'da azmettirmenin ve yardım etmenin düzenlendiği 38'inci ve 39'uncu maddelerin şeriklerin cezasının işlenen suça göre belirleneceği düzenlenmiştir. Yazara göre kanunumuzun sorumlu tutulma için faili ve onun cezasını ölçü almaması, sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğunun tartışılması, bu esnada failin işlemiş olduğu suça göre ceza tayin edilirken şerikliğin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Örneğin babasını öldürmesi amacıyla bir başkasını azmettiren kişinin sorumluluğu belirlenirken failin TCK m.81'den sorumlu tutulurken azmettiren kişinin ise TCK m.82'den sorumlu olması gerekmektedir. Failin TCK

⁸¹ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 958.

⁸² Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 961.

m.81'den sorumluluğunun sebebi, herhangi bir özgürlük taşımaması iken azmettirenin TCK m.82'den sorumlu tutulmasının esasını ölenle arasındaki ast-üst soy yakınlığı oluşturmaktadır. Yine yazara göre bir kişinin, hedef olan kişinin kardeşi olduğunu bilmesine rağmen faile silah sağlayan kişinin failin m.81'den sorumlu tutulmasına rağmen silah sağlayan kişinin hedef olan kişiyle kardeş olması dolayısıyla TCK m.82'ye yardım etmeden dolayı cezalandırılmalıdır. Görünüşte özgü suçlara şerik olarak katılanlar, özgürlüğe haiz olmadıklarından dolayı nitelikli hâllerden sorumlu tutulmazken gerçek özgü suçlarda özgürlük varmış gibi sorumlu tutmanın doğru olmadığını ifade eden yazar, gerçek özgü suçlarda Alman Ceza Kanunu'ndaki 28'inci maddede düzenlenen cezada indirim yapılması şeklinde bulunan çözümün aynı şekilde TCK'ya da eklenmesini savunmaktadır.⁸³

Yazara göre eğer özgürlük mevcut değilse, bu takdirde nitelikli hâllerin şeriklere sirayeti konusunda genel kurallara gidilmelidir. Buna göre, özgürlüğün olmadığı fiilin işleniş şekli, yeri zamanı konusu, kullanılan araçlardan kaynaklanan nitelikli hâllerin şeriklere uygulanması bakımından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Örneğin silahla işlenen bir yaralamada söz konusu nitelikli hâl bilmeleri koşuluyla şeriklere uygulanacaktır. Ayrıca mağdurun kimliğinden kaynaklanan nedenler fail-mağdur arasında yer alan özel bir ilişkiye dayanmadığı takdirde yani aralarında altsoy-üstsoy, karı-koca, kardeş ilişkisi mevcut değilse, bu takdirde bilmeleri şartıyla şeriklere bu nitelikli hâller uygulanacaktır. Ancak nitelikli hâller salt mağdurun sıfatından kaynaklanıyorsa örneğin; kamu görevlisi olması, kadın olması gibi hâllerde bu durum biliniyor olması şartıyla hem müşterek failerin sorumluluğunda hem de şeriklerin sorumluluğunda kendini gösterecektir.⁸⁴

Yazara göre, amaç ve saike yer verilen hâllerde söz konusu amaç veya saikle hareket edilmesi aranmakta ve temel suç tipi bakımından bu amaç ve saike haiz olmayanlar fail olamamaktadır. Bu kişilerin sorumluluğu ancak şerik olarak belirlenebilecektir. Bu kişiler nitelikli hâller bakımından da sadece bu durumlar kendisinde bulunması koşuluyla sorumlu olacaktır. Bu hâller kendisinde olmayanlar, suçun temel şekliyle cezalandırılacaktır. Yazar burada kan gütmeye saikiyle hareket eden birisinin bu saikle hareket etmeyen başka bir kişiyle birlikte işlediği suçta veya töre saikiyle hareket eden birisiyle söz konusu saik olmadan suç işleyen birisinin birlikte işlediği suçta, söz konusu saike sahip olmayan kişilerin nitelikli hâlden sorumlu tutulmasının doğru olmadığını ifade etmektedir.⁸⁵

2.KOCA'ya ve ÜZÜLMEZ'e Göre

KOCA ve ÜZÜLMEZ'e göre, 5237 sayılı TCK'nın bağlılık kuralının düzenlediği 40'inci maddesinde, suça iştirak eden kişilerin sorumluluklarının çerçevesi belirlenmiştir, bunun yanında ayrıca nitelikli hâllerin geçişi konusunda bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.⁸⁶ Yazarlara göre, 5237 sayılı TCK'nın sistematüğinde bir suçun işlenişine şerik sıfatıyla dahil olan kişilerin hangi şartlarda ve hangi derecede sorumlu tutulacaklarına ilişkin olarak bağlılık kuralına yer verildiğinden ayrıca nitelikli hâllerin şeriklere sirayeti

⁸³ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 962.

⁸⁴ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 963.

⁸⁵ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 964.

⁸⁶ Koca/Üzülmez, s. 489.

konusunda düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Yazarlar kanaatlerini özetleyen bir Yargıtay kararının ilgili kısmını eserlerine yansıtarak düşüncelerini özetlemektedirler. İlgili karara göre, şeriklerin sorumlulukları doğrudan değildir. Onların sorumluluğunun esası failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmekte ve sorumlulukları da failin işlediği fiille bağlı olmaktadır.⁸⁷ Yazarlar nitelikli hâllerin geçişi hususuna özellikle Yargıtay'ın son zamanlarda istikrar kazanan içtihatlarını hatırlatmaktadır. Bunun yanında yazarlar, bağlılık kuralı konusuyla ilgili müstakil bir eser kaleme alan DEMİREL'in nitelikli hâllerin şeriklere geçişiyle ilgili olan görüşlerini eleştirmektedir.⁸⁸ Eleştirinin esasını oluşturan husus ise nitelikli hâllerin şahsa bağlı nitelikli hâl olması hâlinde bunun haksızlık yanısıra kusurluluğa da etki etmesinden dolayı kendisinde söz konusu nitelikli hâl bulunmayan şerikin cezasında bir indirim yapılması için kanuna hüküm konulması konusundaki DEMİREL'in önerisidir. Yazarlar ayrıca nitelikli hâllerin kişisel ve fiilî olmak üzere ayrımını ve bu konuya bağlı olarak bağlılık kuralından sapmayı doğru bulmadıklarını ifade etmektedir.⁸⁹

Yazarlar, kan gütme saiki ve töre saiki gibi fiile ilişkin nitelikli hâllerin şeriklere sirayet edeceğine ilişkin görüşü savunan Yargıtay'a katılmadıklarını ifade etmektedir. Yazarlara göre kastın dışında amaç veya saikin manevi unsur olarak arandığı nitelikli hâllerden sadece bu saikle hareket eden müşterek fail sorumlu tutulur. Azmettirende bulunan töre veya kan gütme saikinden, bu saikle hareket etmeyen faili sorumlu tutmak mümkün değildir.⁹⁰

Yazarlar, nitelikli hâllerin geçişi konusunda cezayı ağırlaştırıcı kişisel nedenlerin sadece söz konusu nedenin kendi şahsında bulunan suç ortağı hakkında uygulanabileceği ve diğer suç ortakları hakkında uygulanamayacağı noktasında görüşlerini ortaya koyan KAYMAZ'a katılmadıklarını ifade etmektedir. Yazarlar, bu konuda gerekçe olarak, kanunda bağlılık kuralının düzenlenmiş olmasından sonra bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmasının artık gerekmediğini ileri sürmektedir. Yazarlar söz konusu durumun doktrin ve uygulama tarafından geliştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁹¹

3.ÖZGENÇ'e Göre

ÖZGENÇ, nitelikli hâllerin şeriklere geçişi noktasında Alman Ceza Kanunu ile 5237 sayılı TCK arasındaki anlayış farkına dikkat çekmiştir. Yazara göre Alman Ceza Kanunu'nda, 5237 sayılı TCK'nın 40'ıncı maddesinde düzenlendiği şekilde bir bağlılık kuralı maddesi bulunmamaktadır. Yazara göre Alman Ceza Kanunu 19'uncü yüzyıl ceza hukukunun anlayışına sahip eski hükümler ihtiva etmektedir. Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "Cezanın artırılmasını, cezada indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini gerektiren özel kişisel özellikler" ile 765 sayılı mülga TCK'nın 66'ıncı ve 67'inci maddeleri arasında bağlantıya işaret eden yazar, söz konusu ifadenin hem gerçek özgü suçlardaki özel faillik vasfını, hem failin şahsından kaynaklanan ve suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli unsurları hem de şahsi cezasızlık sebeplerini ayrıca cezada indirim

⁸⁷ Yarg. 1. CD., 25.06.2014, 1428/3654

⁸⁸ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 516

⁸⁹ Koca/Üzülmez, s.484.

⁹⁰ Koca/Üzülmez, s.485.

⁹¹ Koca/Üzülmez, s.482.

yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri değerlendirdiğini ifade etmiştir.

Yazar, Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "özel kişisel hususiyetler" ifadesiyle özgü suçlardaki özel failliğin karşılandığını ifade etmektedir. Görevi kötüye kullanma ve zimmet suçlarında failin kamu görevlisi olmasını bu bağlamda "özel kişisel hususiyetler" olarak ifade eden yazar, söz konusu özel hususiyetleri taşımayan kişilerin suça iştiraki hâinde cezalandırılabilmesinin temelini oluşturduğunu ifade etmektedir. Gerçek özgü suç olarak ifade edilen bu durumun TCK'nın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasıyla paralellik arzettiğini ifade ettikten sonra Alman Ceza Kanunu'nda özel faillik vasfı taşımayan azmettiren veya yardım edenin cezasında Alman Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesine istinaden indirim yapıldığını beyan etmektedir. Yazar bu konuda Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesiyle TCK'nın 40'ıncı maddesi arasında önemli farktan bahsetmiştir.⁹²

Yazar, Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasını izahla, m. 28/2'de cezayı artıran, azaltan veya ceza verilmesine mani özel kişisel hususiyetlerin suç ortaklarına geçişini engelleyen bir hükme yer verildiğinden bahisle m. 28/2'nin bağlılık kuralının istisnası olarak konulduğunu ifade etmektedir. Bağlılık kuralının uygulanamayacağı durumlar için yapılan bu düzenleme yazara göre, yanlış anlaşılabilir Türk ceza hukuku doktrininde tutarsız açıklamalara sebebiyet vermiştir. Yazar, şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin, işlenen fiilin haksızlık içeriğinde bir farklılık getirmediğinden fail veya şerik olduğuna bakılmaksızın sadece ilgili suç ortağı bakımından dikkate alınabileceğini ifade etmektedir.⁹³

Yazar, bağlılık kuralının, TCK'nın 40'ıncı maddesinde yer alan madde gerekçesindeki mülahazalarla nitelikli hâllerin şeriklere geçiş konusunda yeterli olduğundan hareketle, bu yönde ayrıca bir düzenlemeye gerek duyulmadığını ifade etmektedir:⁹⁴ "Hükümet tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, "kişisel ağırlatıcı nedenlerin" ve "fiili ağırlatıcı nedenlerin" şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. Yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, "ağırlatıcı nedenlerin" kişisel veya fiili olarak ayırımı tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet tasarısının 43 ve 44. maddeleri metinden çıkarılmıştır."⁹⁵

4.ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN ve ÇAKIR'a Göre

ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN ve ÇAKIR'a göre Türk ceza hukuku doktrininde yer alan ve iştirak hâinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere sirayetinin 5237 sayılı TCK nezdinde yeterli şekilde çözüme ulaştırılmadığına ilişkin yapılan eleştiriler haklı değildir. Yazarlara göre, bağlılık kuralı genel olarak değerlendirildiğinde nitelikli hâllerin geçiş noktasında herhangi bir problem bulunmamaktadır. Konuyu kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi örneğiyle açıklayan yazarlara göre (B)'nin eşi (E)'yi öldürmesi için aşık olduğu

⁹² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 643.

⁹³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 644.

⁹⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 646.

⁹⁵ TCK m. 40 gerekçesi, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 448 vd.

(A)'yı azmettirmesi hâlinde, (A)'nın suçu işlemesiyle fail olan (A), nitelikli hâlden cezalandırılmayacaktır, sadece suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır. Yazarlar, buna sebep olarak (A)'nın herhangi bir özel faillik niteliği taşımadığı, bu sebeple de nitelikli hâlin bu kişiye uygulanmayacağını ifade etmektedir. Yazarlar, TCK'nın 38'inci maddesine göre azmettirenin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin maddesini hatırlatmaktadır. Yazarlara göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi problemi, 5237 sayılı kanunda yeni bir bakış açısıyla ele alınmış olup, bu konunun eski kanun mantığıyla anlaşılması ve çözüme kavuşturulması mümkün değildir. Yazarlar ayrıca, Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatlarının henüz istikrar sağlamadığına işaret etmektedir.⁹⁶

5.AYDIN'a Göre

AYDIN'a göre, TCK'da bağlılık kuralının düzenlendiği madde, bağlılık kuralını tam olarak yansıtmamakla birlikte, bağlılık kuralıyla ilgisi olmayan hükümler barındırmaktadır. Ayrıca kanunun bağlılık kuralına yer vermiş olması, onun ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi konusunda yeterli değildir. Yazar, sadece kamu görevlisinin işleyebileceği bir suçu cebir kullanarak bir başkasına işletmesi hâlinde dolaylı failin bağlılık kuralında yer verilen hükümle sorumluluğunun tespit edilmesini hatalı bulmaktadır. Ayrıca yazar, bağlılık kuralının gerekçesinde ifade edilen, sirayete ilişkin hükümlere yer verilmesi olgusunun “19.yüzyıl ceza hukuku anlayışı” olarak ifade edilip “bilimsel olmadığı” görüşünü eleştirmektedir. Yazara göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak uygulamada sorunlu kararlara sebep olabilecek mahiyettedir.⁹⁷

6.EKİCİ ŞAHİN'e Göre

EKİCİ ŞAHİN'e göre, TCK'nın 40'inci maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı, her ne kadar şeriklerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi için yazılmışsa da söz konusu düzenleme mevcut şekliyle, iştirak hâlinde işlenen suçlarda suça etki eden ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi konusunda bir hüküm içermemektedir. Yazara göre, fiilden kaynaklanan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi meselesi, fiille ilgili olmaları sebebiyle kast ve bağlılık kurallarının birlikte uygulanması ile çözümlenebilecektir. Bunun yanında, şahıstan kaynaklanan ve suça etki eden sebeplerin şeriklere geçişi hususunda kanunda açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yapılacak bu düzenleme ile hem öğretilerde yer alan tartışmalara yol gösterilecek hem de verilen mahkeme kararlarında çelişkilerden uzak durulabilecektir. Yazara göre bağlılık kuralının 1943 yılına kadar katı biçimde uygulandığı ancak bu tarihte sınırlandığı Alman hukukunda dahi suça etki eden sebeplerin geçişi meselesi genel kurallara bırakılmamıştır. Alman Ceza Kanunu'nda özel olarak 28'inci maddeyle bu durum açıklığa kavuşturulmuştur. Bu bağlamda TCK'da da Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yazara göre, yüksek mahkemenin failden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebeplerin şeriklere uygulanması yönündeki kararlarının yanında şeriklerden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebeplerin failere ve şeriklere uygulanmaması yönündeki kararları adalete uygun düşmemektedir. Şahsi ağırlaştırıcı sebebe haiz olan şeriklere suç işlemleri hâlinde bir avantaj sağlanmış olmaktadır. Bizzat eşini öldüren kişi, eylemi kendisi

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.767.

⁹⁷ Aydın, s. 232.

gerçekleştirmesi hâlinde nitelikli kasten öldürme suçundan cezalandırılırken, eşini bir başkasını azmettirerek öldürtmesi hâlinde kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması doğru değildir. Bunun yanında eşini kendisi öldüren kişi öldürme suçunun nitelikli şeklinden sorumlu tutulacakken, eşinin öldürülmesine yardım eden kişi daha az cezayı gerektiren kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulmaktadır. Yine yazara göre, fiili nedenlerin geçişi problemi, bağlılık kuralının kast kuralıyla birlikte uygulanmasıyla çözülecektir. Şahsi ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin geçişi problemi ise fiilî sebepler gibi genel kurallar muvacehesinde çözüme kavuşturulamaz. Yazara göre, bu problem genel kurallara bırakılmayacak kadar önem arz etmektedir. Şahsi sebeplerin şeriklere geçiş problemi, TCK'da da tıpkı Alman Ceza Kanunu'nda yapıldığı gibi açık bir düzenleme yapılarak çözüme kavuşturulmalıdır.⁹⁸

7.DEMİREL'e Göre

DEMİREL, TCK'nın bağlılık kuralının düzenlendiği madde gerekçesinde yer alan bazı ifadelere katılmadığını ifade etmenin yanında, TCK'nın 40'ıncı madde hükmünün suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterli olduğunu belirtmektedir.⁹⁹

8.DEMİRBAŞ'a Göre

DEMİRBAŞ'a göre 5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'da yer alan 66'ıncı ve 67'inci madde hükümlerine ve Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesine benzer bir hüküm getirmemiş olması dolayısıyla katı bağlılık kuralını benimsemiştir. Bu sebeple söz konusu yeni kanun, adalet duygusuna uygun olmayan neticelere yol açmıştır. Yazara göre 5237 sayılı kanundaki eksik düzenleme tamamlanarak boşluğun doldurulması gerekmektedir. Yazar, iştirak hâlinde işlenen bir suçta failerin veya suç ortaklarının taşıdığı suça etki eden bir nedeni bilen failin veya suç ortağının bu nitelikli hâlden sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. faillerden veya şeriklerden birisinde bulunan ve cezaya etki eden bir sebebin varlığı hâlinde bu hususun diğer şerikler bakımından da uygulanacağını ifade etmektedir. Yazar ağırlaştırıcı nedenin fail veya şerikten kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda bir ayırım yapmamaktadır. Yazara göre TCK'nın 40'ıncı madde düzenlemesi eksiklik taşımaktadır ve bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.¹⁰⁰

9.DÜLGER'e Göre

DÜLGER, TCK'da iştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin hangi hâllerde failin işlediği suçtan sorumlu tutulacaklarına ilişkin olarak bağlılık kuralının sınırlı ve niteliksel şekilde yer verilmiş olması dolayısıyla 5237 sayılı TCK'da nitelikli hâllerin şeriklere geçişi noktasında bir sorun görmemektedir. Yazar, 765 sayılı mülga TCK'da ve 5237 sayılı TCK'nın Hükümet Tasarısında yer verilen maddelerin aksine ikilik sistemi ve karma yapıyla teşkil edilen ve cezanın faile göre belirlendiği bağlılık kuralının açık şekilde düzenlenmesi sebebiyle ayrıca kanun metnine ek düzenlemeler alınmasının gerek olmadığını ifade etmektedir. Yazar, nitelikli

⁹⁸ Ekici Şahin, s. 680 vd.

⁹⁹ Demirel, s. 515.

¹⁰⁰ Demirbaş, s. 580.

hâllerin geçişi noktasında yüksek mahkemenin içtihatlarının uyumlu olmadığından bahsetmekle birlikte son dönemlerde verdiği kararlarla yeni kanun sistematığına uygun olarak meseleyi çözdüğünü ifade etmektedir.¹⁰¹

10.HAKERİ'ye Göre

HAKERİ, failin şahsında yer alan nitelikli hâlden haberdar olan azmettiren veya yardım edenin söz konusu nitelikli hâlden etkilenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar “*kanunda açıkça yazılmadığı sürece cezaların artırılıp eksiltilemeyeceği*” şeklinde ifade edilen TCK'nın 61'inci maddesinin onuncu fıkrasını dayanak göstererek, tüm suç ortaklarının sadece kendilerinde şahsi sebebe bağlı olarak nitelikli hâlden sorumlu tutulmalarına ilişkin görüşe katılmadığını ifade etmektedir. Yazar, failerin sorumluluklarının iştirak ilişkisi içinde kendi fiillerinden kaynaklandığını ifade etmektedir. Bu sebeple failden kaynaklanan bir nitelikli hâl, diğer faillelere geçmeyecektir.¹⁰² Nitelikli hâl yalnızca şahsında bulunan faile uygulanacaktır. Bunun yanında yazar, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu konusunda da bağlılık kuralına işaret etmektedir. HAKERİ'ye göre, şeriklerin sorumluluğu bağlılık kuralı gereğince faile göre belirlenecektir. Bu sebeple hem failde bulunan nitelikli hâl azmettiren ve yardım edene uygulanacaktır hem de azmettiren ve yardım edende bulunan nitelikli hâl faile uygulanacaktır. Yazar bu sonuca ulaşılması için söz konusu nitelikli hâllerden bu kişilerin haberdar olmasını ve kastının bunları da kapsamış olmasını aramaktadır. Yazar bu konuda kusur prensibine de gönderme yapmaktadır.¹⁰³

11.İÇEL'e Göre

Yazar, failerin daha ağır şekilde cezalandırılmasına sebebiyet verecek şekilde ağırlaştırıcı nedenlerin şeriklere sirayeti konusunda 765 sayılı mülga TCK'da yer alan hükümlerine atıf yaparak, bu hükümler merkezinde kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı nedenlerin iştirak iradesinin açıklandığı sırada bilinmesi koşuluyla diğer suça katılanlara geçeceği yönündeki 66'ncı maddesini hatırlatmış; fiilî nedenlerin ise suçun işlendiği sırada bilinmesi koşulunun aranarak diğer suça katılanlara uygulanacağına ilişkin 67'inci maddesini ifade etmiştir. Yazar, 5237 sayılı kanunda bu konuda özel bir düzenleme yapılmamasının bir eksiklik olduğunu ifade ederek, nitelikli hâllerin geçişi noktasında söz konusu hâlin bilinmesinin aranması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁴

12.KAYMAZ'a Göre

KAYMAZ'a göre, TCK'nın 40'inci madde düzenlemesi, madde gerekçesinde belirtildiğinin aksine cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucu doğuran nitelikli hâllerin şeriklere geçişi sorununu çözememektedir. Yazara göre, her ne kadar TCK'nın 40'inci maddesinin birinci fıkrası düzenlemesi, kanuni tanıma uygun olmayan eylemlerin cezalandırılması konusunda önemli bir görev görse de ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin suç

¹⁰¹ Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 796-798.

¹⁰² Bu konuda ayrıca bkz. Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 524.

¹⁰³ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 579.

¹⁰⁴ İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2018, s. 573.

ortaklarına geçişi konusunda bir hüküm içermemektedir. Yazar, “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” ifadesindeki “cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenler” ifadesinden şahsi cezasızlık sebeplerini ya da cezalandırılmayı önleyen şahsi sebeplerle ilgili olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple yazar madde metninden şeriklerden birisi hakkında cezalandırılmasını önleyen şahsi bir sebebin veya şahsi cezasızlık sebebinin bulunması hâlinde diğer şeriklerin bundan etkilenmeyeceği anlamının çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁵ Yazara göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda sorumluluğun her bir suç ortağının kusuruna oranla tayin edilmesi gerektiği şeklinde Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi TCK’da bağımsız bir maddede düzenlenmesi isabetli olacaktır.¹⁰⁶ Ayrıca yazara göre cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran bir sebebin şerikler hakkında da uygulanması konusunda kusur ilkesinin bir sonucu olarak bu konuyu suç ortaklarının bilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷ Yazara göre, öğretilerde yer alan tartışmaların ve mahkeme kararlarındaki çelişkinin giderilmesi için bir an önce yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yapılacak yasal düzenleme yazara göre, bağlılık kuralının yer aldığı TCK’nın 40’ıncı maddesinde yer alabileceği gibi bu konuyla ilgili olarak Alman Ceza Kanunu’nun 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer aldığı gibi bir düzenleme şeklinde olmalıdır.¹⁰⁸

13.ÖZBEK, DOĞAN ve BACAKSIZ’a Göre

ÖZBEK, DOĞAN ve BACAKSIZ, TCK’nın 40’ıncı maddesinde yer alan “Suçun işlenişine iştirak eden kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” şeklindeki ifadenin ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi problemini bütünüyle çözmediğini ifade etmektedir. Yazarlar, konuyu düzenleyen Alman Ceza Kanunu’nun 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmü göstererek TCK’nın 40’ıncı maddesiyle kıyasladıktan sonra TCK’daki maddenin bu konuyu düzenleme konusunda yetersiz olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁹ Yazarlar, 5237 sayılı TCK’da kişisel ve fiili sebeplerin ayırımına yer verilmemiş olmasını eleştirmektedir. Yazarlar, TCK’nın 40’ıncı madde gerekçesinde “Ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin fiili veya kişisel olarak ayırımına tabi tutulmasının bilimsel olmadığı ve uygulamada duraksamalara neden olduğu belirtilerek kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmediği” yer verilen noktalarda bazı isabetler bulunmakla birlikte sayılan nedenlerin bilimsel olmadığı gibi bir görüşün gerekçeleri ortaya konmadan savunulmuş olmasına itiraz etmektedir. Yazarlar ayrıca, madde gerekçesinde bilimselliğini yitirdiği ifade edilen fiilî ve şahsi sebep ayırımına Alman hukukunda yer vermeye devam edildiğini hatırlatmaktadır.¹¹⁰ Yazarlar ayrıca şahsi ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin kendisinde bu neden bulunan fail ve şeriklere uygulanacağından bahsetmektedir.¹¹¹

¹⁰⁵ Kaymaz, s.148.

¹⁰⁶ Kaymaz, s.152.

¹⁰⁷ Kaymaz, s.155.

¹⁰⁸ Kaymaz, s.163.

¹⁰⁹ Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 523.

¹¹⁰ Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 523.

¹¹¹ Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 525.

14.ÖZEN'e Göre

ÖZEN, 5237 sayılı TCK'da iştirak hükümleri bakımından bağıllık kuralının kabul edilmiş olmasıyla müstakil veya müşterek faillere uygulanabilen ağırlatıcı hâllerin azmettiren ve yardım edenin bu durumu bilmesinin önemi olmaksızın şeriklere de uygulanabileceğinin ifade edilmesinin sadece madde gerekçesinde yer aldığını ifade ettikten sonra madde metninin bu yönde bir açık hüküm barındırmaması dolayısıyla ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların önüne geçebilme amacıyla 765 sayılı mülga TCK'da 66'ıncı ve 67'inci maddede yer alan bilme koşulunun 5237 sayılı TCK'nın uygulanmasında da kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, mevcut hâldeki 5237 sayılı TCK'nın uygulanmasında kiralık katil tutan kişilerin şahsi veya fiilî ağırlatıcı nedenlerin kendilerine uygulanmasından kaçınabileceklerini ifade etmektedir. Ayrıca azmettiren kişilerin azmettirdiği kişiye ait olan şahsi ağırlatıcı nedenin olduğunu bilmediği durumlarda bile söz konusu ağırlatıcı nedenin azmettirenine uygulanabileceğini bu iki durumda da adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğacağını beyan etmektedir. Yazar hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmaması adına şahsi ağırlatıcı nedenlerin, iştirak iradesinin ortaya çıktığı anda hangi şerik tarafından bilinmesine göre ona uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹²

15.ZAFER'e Göre

ZAFER'e göre, nitelikli hâllerin suç ortaklarından birisinde bulunmasına rağmen diğerlerinde bu durumun olmaması hâlinde söz konusu durumda suç ortaklarının nasıl cezalandırılacağına ilişkin olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmaması bir sorun teşkil etmektedir. Her ne kadar, yeni kanunun gerekçesinde eski kanunun düzenlemelerine ihtiyaç duyulmadığından bahisle, ağırlatıcı nedenlerin şahsi ve fiilî olmak üzere bir ayrıma tutulmasının bilimsel olmadığı yönünde ifadelere rastlanılsa da bu durum uygulamada çelişkili kararların verilmesine sebep olmaktadır. Yazara göre, şahsi nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayet sorununun esası, kendisinde bu durum mevcut olmayan suç ortağının bu şahsi nedenden etkilenip etkilenmeyeceğidir. Yazar, 5237 sayılı TCK'nın 40'inci maddesinin birinci fıkrası ve gerekçesiyle cezayı hafifleten kişisel şahsi nedenlerin suç ortaklarına sirayeti konusuna değindiğini ancak cezayı ağırlaştırıcı şahsi nedenler konusunda herhangi bir hüküm içermediğini belirtmektedir. Bağıllık kuralının ve dar faillik yaklaşımının esas alınmasıyla suça katılanların sorumluluklarının temel esası failin fiili olgusudur. Bu sebeple failde yer alan şahsi ağırlaştırıcı neden bu durumu bilen suç ortaklarına uygulanmaktadır. Söz konusu durumun bir türevi olarak, ortaklarda mevcut olan ancak failde mevcut olmayan bir şahsi sebep, faillerinin sorumluluğuna etki etmemektedir.¹¹³

Yazar, azmettirenin konumu üzerine eğilerek, azmettiren kişinin aslında kendi işlemek istediği bir suçu işletmek istediğini bu sebeple de azmettirenin bulunan şahsi ağırlaştırıcı sebebin bilme koşulu sağlandığı takdirde, suç ortaklarına da etki etmesi gerektiğini ve cezasının artırılması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁴

Yazar nitelikli hâllerin geçişi noktasında birkaç bakışla durumun daha rahat

¹¹² Özen, s. 671.

¹¹³ Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 580-582.

¹¹⁴ Zafer, s. 582.

çözüleceğini ifade etmektedir. Yazar, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti konusunda sadece dar fail anlayışı ve bağlılık kuralı ile mi yoksa geniş anlamda fail anlayışı ile mi çözüleceği noktasında bir soru sorarak, bu yaklaşımı geniş faillik ve suçun suça katılanların ortak çabası olduğu mantığından hareketle tüm suç ortaklarına bu nitelikli unsurları bilme koşuluyla ve neticeye bunun etkili olmasıyla bu şartlara haiz olanlara etki edeceğini ifade etmektedir. Yazar, ayrıca dar veya geniş faillik anlayışlarının hatta bağlılık kuralına dahi gidilmeden yalnızca iştirak iradesinin genel kurallara göre ele alınmasıyla meselenin hâllendilebileceğini ifade etmektedir. Yazar, fail ya da diğer suç ortaklarının cezayı ağırlaştırıcı bir nedenin suçun işlenmesinde etkili olması ve bu nedenin bilinmesi koşuluyla tüm ortaklara sirayet edeceğini ifade etmektedir. Yazara göre, iştirak iradesinin nitelikli unsurları da kapsamından hareketle cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurlara ilişkin olarak önerdiği genel çözüm tarzının, şahsi ve fiilî nedenler gibi birbirinden ayrılmasının zor olduğu olgulara girilmeden mesele hâll edilmiş olacaktır. Zira yazara göre şahsi ve fiilî nedenlere ilişkin bu nedenlerin birbirinden zor ayrılması dolayısıyla adil olmayan neticelere gidilmesinin de önünde engel olacaktır. Yazar, suça ve cezaya etki eden nitelikli hâllerin şahsi ve fiilî nedenler ayrımına gidilmeden genel bir yöntemle çözüme kavuşturulmasının adalet ve hakkaniyete uygun olacağından bahisle katkı sunmuştur. Bununla birlikte yazar, kendi görüşlerinin yanında kanun koyucunun uygulamada ve öğretide çatışmalara sebep olan konuyu bir düzenleme yaparak daha açık hâle getirmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁵

SONUÇ

765 sayılı mülga TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin geçişi ile ilgili açık bir düzenleme yapmamıştır. Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın hazırlanması ve kabulü sürecinde, Hükûmet Tasarısında söz konusu durumla ilgili düzenleme bulunsa dahi, sonradan, şeriklerin cezalandırılmaları konusunda bağlılık kuralına atıf yapılarak bu kavramla sorunların çözülebileceği ifade edilmiş, bu konuda ayrıntılı ve açık bir düzenlemeye kanun metninde yer verilmemiştir. Bu sebeple Türk ceza hukuku öğretisinde tartışmalar mevcuttur.

Suçta etki eden sebeplerin şeriklere geçişi konusunda kanun boşluğu olduğunu ve bu konuda bir düzenleme yapılmadığı müddet zarfında verilen mahkeme kararlarında toplumun adalet duygusunun incindiğini ifade eden yazarlar, nitelikli hâllerin geçişi konusunu aydınlatmak adına şahsi ağırlaştırıcı sebeplerin kimden kaynaklandığı hususunun çözülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Onlara göre, failde bulunan şahsi ağırlaştırıcı nedenin şeriklere sirayet etmesi için şeriklerin bu durumu sadece bilmesi yeterli olarak kabul edilmemektedir. Bunun yanında, bu ağırlaştırıcı nedenin suçun işlenmesinde bir motivasyon sağlaması da aranmalıdır. Bununla birlikte şerikte bulunan bir ağırlaştırıcı sebep diğer şeriklere ve failere sirayet etmemektedir. Özetle ağırlaştırıcı nedenlerin sirayeti konusunda yasal boşluğun olduğunu söyleyen yazarlar iki gruba ayrılmaktadır. Birinci gruptakiler problemin kast kuralının uygulanması yöntemiyle çözüleceğini ifade etmektedir. Onlara göre sirayet için *bilme* unsurunun yanında *ağırlaştırıcı sebebin suçun işlenişinde etkili olması* da ayrıca aranmaktadır. İkinci gruptakiler ise şahsi sebebin failde veya şerikte bulunmasına göre bir ayırım

¹¹⁵ Zafer, s. 583.

yapmaktadırlar. Failde bulunduğu takdirde suçun icrasını kolaylaştırması sirayet etmesi için yeterliken, şerikte bulunması hâlinde diğer suç ortaklarına sirayet mümkün olmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesiyle beraber yeni bir anlayış benimsendiği görülmektedir. Bu anlayış, klasik ceza hukuku doktrininden uzaklaşılmasının yanı sıra, kendi içinde birbiriyle bağlantılı ve bütünlük arz eden ceza hukuku kurumlarının sağlıklı işlemesinden güç almaktadır. Takdir edilmelidir ki kendi içinde bir bütünlük arzeden kurumların, kanunun özüne ve ruhuna da temelde aykırı olmaması beklenmelidir. Bu sebeple kanunun sistematığının ve kurumların bir bütün olarak ele alınabilmesinin yanı sıra ayrıca zamanının ruhunu da gözetmesi gerekir. İlgili Hükûmet Tasarısında yer alan şahsi ve fiilî sebepler ayrımının 5237 sayılı TCK'ya alınmaması da bu dönemde kanun koyucunun benimsediği ceza politikasını yansıtır. Bahsi geçen ayrımın kanunlaştırılmama gerekçesi olarak, ilgili madde gerekçelerinde işaret edilen nedenler, öğretide tartışmaya açık olsa da neticede kanun koyucunun benimsediği cezalandırma rejiminde bağlılık kuralı esas alınmıştır.

Kanun koyucunun bu yaklaşımının en çok eleştirildiği noktalardan biri, bağlılık kuralına ilişkin mevcut düzenlemeye göre, örneğin kendi üstsoyunu öldürmesi amacıyla bir başkasını azmettiren kişinin, maktulle arasındaki akrabalık bağına rağmen nitelikli kasten öldürmeye değil, kasten öldürmenin temel şekline azmettirmeden cezalandırılması sonucunun doğmasıdır. İştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin geçişi noktasında bağlılık kuralının yetersiz olduğunu savunan yazarlar, burada kişilerin daha az ceza alma amacıyla bunu suistimal edecekleri yönünde hareket edeceğini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu eleştiriler, örnek üzerinde olduğu gibi kişilerin daha az ceza alacakları şekilde kasten öldürme suçuna azmettirme veya yardım etme şeklinde katılacakları endişesini taşımaktadır. Ancak, örneğin bir kişinin üstsoyunu bizzat öldürmesiyle, azmettiren olması arasında kanaatimizce haksızlık içeriği bakımından fark vardır. Eleştiren yazarlar sonuçta bir ölüm meydana geldiğini ve bu kasten öldürme suçuna şerik olarak katılanların sorumluluğunun nitelikli şekle göre değil temel şekle göre olacağını, bunun da adalet duygusuyla bağdaşmayan sonuçlara yol açacağını savunmaktadır. Bize göre, örneğin bir kişinin elleri kanlı şekilde üst soyunu öldürmesinin, bu fiili bizzat gerçekleştirmesinin içerdiği haksızlık; bir başkasını azmettirerek bu suçun gerçekleşmesini sağlamasına nispetle daha yoğundur. Ek olarak, TCK'daki mevcut bağlılık kuralı düzenlemesi kanaatimizce uygulamada duraksamaya mahal vermeyecek derecede açık bir çözüm sunmakta olup kanunun genel hükümlerinde kazuistik düzenlemelere yer verilmemesi de gerektiğinden, Hükûmet Tasarısındaki yaklaşımın kanunlaşma sürecinde benimsenmemiş olması isabetlidir. Sonuç olarak, şeriklerin işlenen suçtan sorumluluğunun doğrudan olmadığı, yeni TCK sistematığına göre işlenen fiillerden bağlılık kuralı gereğince sorumlu oldukları açık şekilde ifade edilmişken, 765 sayılı mülga TCK'nın kendi bütünlüğü içinde düzenlenmiş olan 66'ncı ve 67'inci maddelerinin benzer şekilde 5237 sayılı TCK'ya alınmamasını uygun bulmaktayız.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, 167-214.
- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 13.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aydın, Devrim. *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Bacaksız, Pınar. “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 26, 2014, 249-252.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Demirel, Muhammed. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
- Ekici Şahin, Meral. “İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, 637-686.
- Erem, Faruk. “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, 62-107.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hakeri, Hakan. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.1, 2006, 75-109.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayınları, 2018.
- Kaymaz, Seydi. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hâllerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2012, 117-167.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özen, Mustafa. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, 239-253.

- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özgenç, İzzet. “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 159-190.
- Özgenç, İzzet. *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996.
- Savaşçı Temiz, Bilgehan. “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, 2487-2512.
- Taşkın Kapusuzoğlu, Beril. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Töngür, Ali Rıza, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 28, 2015, 225-259.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Yeşil, Eyüp. “Kasten Öldürme Suçunda Bağlılık Kuralı”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 95-101.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.