

BAĞLILIK KURALI

Yrd. Doç.Dr. Berrin AKBULUT*

ÖZET

Bağlılık kuralı, suçun işlenmesine katkı sağlayan, ancak bu katkısı faillik niteliğine varmayan şeriklerin işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır. Bu anlamda bağlılık kuralı, fail tarafından işlenmiş fiile katılmayı şart koştuğu gibi, şeriklerin sorumluluğunun işlenen asıl fiil kapsamında olduğu sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Bağlılık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağladığı için, neyin kastedildiğinin, bağlılığın ölçüsünün ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu ölçü ceza kanunumuzun 40.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla failin fiili kasıtlı ve hukuka aykırı değilse suça iştiraktan ve şeriklerin sorumluluğundan söz edilemez. Failin kusur yeteneğine sahip olup olmaması suça katılanların sorumluluğu açısından önemli değildir. Bağlılık kuralında suça katılan her kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır.

Türk Ceza Kanununun 40.maddesinde ayrıca özgü suçlarla ilgili belirleme yapılmıştır. Özgü suçlarda özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin bu suçlarda fail olamayacağını, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacağını ifade etmektedir. Bu suçlarda özel faillik niteliği taşımayan kişi azmettiren veya yardım eden olduğu için özgü suçlar bağlılık kuralı içinde düzenlenmiş ve bu kişilerin(özel faillik niteliği taşımayan) sorumlulukları da bağlılık kuralı gereğince olacaktır.

Anahtar Kelimeler : Bağlılık kuralı, faillik, şeriklik, şerik, özgü suçlar, azmettiren, yardım eden.

THE RULE OF ACCESORİNESS

The Rule of Accessoriness maintains the responsibility of the related accomplices whose contribution to an offence does not reach to the level of perpetration. In this sense, the Rule of Accessoriness does not only not require the participation to the act committed by the perpetrator, but also ascertains that the responsibility of the accomplices is also in the scope of the primary act. Since the Rule of Accessoriness enables to punish the accomplices according to the act committed by the perpetrator, it is necessary to determine what is intended and the criteria of the Accessoriness (attachment). This criteria is designed in Article 40 of our Penal Code. According

* Selçuk Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim Üyesi.

to this Article, the existence of an intentional and unlawful act is required for the participation to an offence. Therefore, there is no participation to an offence or responsibility of accomplices unless the act of the perpetrator is intentional and unlawful. In terms of the responsibility of participants, it is also not important whether the perpetrator has the capacity of culpability. According to the Rule of Accessoriness, each participant would be punished according to their own culpable act.

Article 40 of Turkish Penal Code also brings a specific provision regarding to the Peculiar Offences. According to this provision, those, who are not eligible to be a perpetrator of a peculiar offence, can only be responsible as an instigator or an aider in terms of this peculiar offence. Since these non-eligible individuals are instigators and aiders in peculiar offences, their responsibility would also be determined in accordance with the Rule of Accessoriness...

Key Words : *The Rule of Accessoriness, Perpetration, Accompliceness, Accomplice, Peculiar Offences, Instigator, Aider*

GİRİŞ

Suçun kanuni tanımında kural olarak, fiilin bir kişi tarafından tek başına gerçekleştirilmesi esas alınmaktadır. Ancak somut olayda suçlar çoğunlukla birden çok kişinin katılımıyla gerçekleştirilmektedir. Suçun gerçekleştirilmesi açısından yapılan katkılar ise aynı değere sahip bulunmamaktadır. Bazıları suçun kanuni tanımına uygun katkı niteliği taşıırken, bazıları da suçun gerçekleştirilmesi açısından değer taşımakla birlikte korunan hukuki değeri doğrudan ihlal etmemektedir. Dolayısıyla faillik niteliğinde katkı sağlayan kişiler kanuni tanım gereğince cezalandırılırken, katkıları faillik niteliğinde olmayan, şerik olarak nitelendirilen kişiler özel kısımda düzenlenen norma dayanılarak sorumlu tutulamamaktadırlar. Bunun için kanunlar genel kısma iştirakle ilgili hükümler koymakta ve fail dışında şeriklerin de cezalandırılacağını hükme bağlamaktadırlar.

Bağlılık kuralı, faillik ile şeriklik arasında ayırım yapıldığı sistemlerde katkıları faillik niteliğinde olmayan kişilerin, işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle fail olamayan kişinin işlenen fiilden sorumluluğu bağlılık kuralıyla mümkün olmaktadır. 765 sayılı Kanunda bağlılık kuralı açıkça düzenlenmemiştir. Söz konusu kanunda ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin ortaklara uygulanmasıyla ilgili hükümler bulunmakta, ancak düzenlemeler eleştirilmekte ve sorunlar ortaya çıkarmaktaydı. Yürürlüğe giren 5237 sa-

Bağlılık Kuralı

yılı Kanun, 40.maddesiyle bağlılık kuralını açıkça mevzuatımıza dahil etmiştir. Şeriklerin işlenen suçtan sorumlu olması için aranan şartların neler olduğu açıkça ifade edilmiş ve kusurluluk ile kişisel cezasızlık nedenlerinin ilgisi için sonuç doğuracağı, diğerleri içinse göz önüne alınmayacağı belirtilmiştir. Ancak şeriklerin sorumluluğunun kaynağının kanunda açıkça düzenlenmiş olması ve bununla ilgili belirlemelerin yapılmış bulunması, doktrinde şeriklerle ilgili yaşanan sorunları tamamen ortadan kaldırmamıştır. Doktrinde yaşanan bu durum uygulama için de sorun doğuracak niteliktedir. Özellikle bu durum nitelikli unsurların şeriklere uygulanıp uygulanmayacağıyla veya kime uygulanacağıyla ilgilidir.

5237 sayılı Kanun bağlılık kuralı çerçevesinde özgü suçlarla ilgili de belirlemeler yapmış, ancak getirilen düzenleme kast unsuru açısından somut olayda sorunlar ortaya çıkaracak niteliktedir.

Hazırlanan bu çalışmayla bağlılık kuralının içeriği, ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I.TARİHİ GELİŞİM

Bağlılık kuralı, şeriklerin sorumluluğuyla ilgili olduğundan suça iştirak eden kişilerin katkıları arasında ayırım yapılması düşüncesine ilk olarak Roma Hukukunda rastlamaktayız. Roma Hukukunda iştirak şekilleri arasında ayırım yapılmakla beraber, kullanılan kavramlar gündelik dilden hukuk literatürüne geçtiği için bugünkü anlamda faillik-şeriklik ayırımından bahsetmek mümkün değildir¹. Söz konusu hukukta tek tip fail² sistemine rastlandığından, suça katılan herkese aynı ceza veriliyordu³. Şerikler cezalandırılmalarını failin esas fiilinden almadıkları için de bağlılık kuralının bu dönemde uygulandığını söylemek mümkün değildir.

¹ Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.24.

² Tek tip fail, suça katılanlar arasında ayırım yapmayan sistemdir. Neticenin oluşumuna sebebiyet veren herkes bu sistemde faildir. Tek tip fail kavramı, geniş fail kavramına dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 2005, s. 350, 351; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1988, s. 583vd.; Roxin, Claus, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar(Erster Band), 11., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2005, Vor §25, kn 3vd.

³ Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. II), Yeni-den Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul 1997, 453; Özgenç, Suça İştirakin, s. 24.

Cermen Hukukunda ilk zamanlar cezalandırma yalnızca faille ilgili olarak kabul edildiğinden, azmettiren veya yardım edenin sorumluluk açısından dikkate alınması söz konusu değildi. Daha sonraları azmettiren veya yardım eden kişinin cezalandırıldığı görülmekle birlikte, şeriklik halleri Cermen Hukukunda müstakil suç olma özelliğine sahipti⁴. Bu durum Cermen Hukukunda şeriklerin sorumluluğunun tespitinde bağıllık kuralının uygulanmadığını göstermektedir.

Ortaçağ İtalyan hukukçuları tarafından bağıllık kuralının tanınıp tanınmadığının tartışmalı olduğu belirtilmekle beraber, bazı yazarlar tarafından bağıllık kuralıyla ilgili tespitler yapıldığı, dolayısıyla da bağıllık kuralının bu dönemde şeriklerin sorumluluğunun açıklanmasında ileri sürüldüğü ifade edilmektedir⁵.

Müşterek Ceza Hukuku devrinde ortaçağ İtalyan hukukçularının görüşleri etkili olmuş, yeni bir fikir ortaya atılmamış, İtalyan hukukçularının görüşleri çok az farkla tekrarlanmıştır⁶.

Aydınlanma devrinde ise, bazı yazarlar(Bauer, Luden, Birkmeyer gibi) tarafından şeriklerin cezalandırılmasının bağıllık prensibi sayesinde mümkün olduğu belirtilmiştir⁷.

Ceza hukukçuları tarafından bağıllık kuralının ifade edilmesi, fail kavramına verilen anlamla yakından ilgilidir. Tek tip fail sisteminin⁸ veya geniş fail

⁴ Özgenç, Suça İştirakin, s. 24-26.

⁵ Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.27,28. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından bağıllık kuralının Almanya’da ortaya atıldığı ve uzun süre kabul gördüğü ifade edilmektedir: Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2008, s. 277.

⁶ Özgenç, Suça İştirakin, s.28.

⁷ Özgenç, Suça İştirakin, s.34,36, 46.

⁸ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu da suçun işlenişine katılan herkesin fail olarak idari para cezası ile cezalandırılacağını belirterek tek tip fail sistemini kabul etmiştir. Dolayısıyla kabahat teşkil eden fiilin gerçekleşmesine katılan herkesin katkısı illi nitelik taşımaktadır. Katılanlar arasında sorumluluk açısından fark yaratılmamaktadır. Bu çerçevede fiilin gerçekleşmesinin kimin hareketinden kaynaklandığının tespiti, yani kimin fail(doğrudan, müşterek) olduğunun ya da şerik olarak kabul edileceğinin belirlenmesi gerekmemektedir. Önemli olan kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olmasıdır(m.14). Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu(Kabahatler Kanunu) da tek tip fail sistemini kabul etmiştir. Ancak pratikteki farklılaştırma ihtiyacının Kabahatler Kanunu için bile gerekli olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim söz konusu Kanundaki tek tip fail prensibini uygulama gevşetmiştir. Kabahatler Kanununun 14. maddesine göre başkasının düzene aykırılığına iştirak etmek için, o kimsenin de kasten hareket etmesi şartı aranmıştır. Almanya’daki düzenleme için bkz.: Gropp, s.350, 351.

Bağlılık Kuralı

kavramının⁹ kabul edildiği hallerde bağlılık kuralının varlığı söz konusu değildir¹⁰. Geniş fail kavramını kabul eden görüş, bağlılık prensibinin, şerikliğin faillğe göre tali, bağımlı iştirak şekilleri olduğunu izah edemediğini ileri sürmektedir¹¹. Bununla beraber cezanın tespitinde iştirak şekillerinin göz önüne alınması, bu durumun bağlılık prensibi çerçevesinde yorumlanıp yorumlanmayacağı tartışmasını doğurmaktadır. Örneğin tek tip fail sistemini kabul eden Avusturya'da, faillik şekilleri cezanın tayini açısından da önem taşımakla birlikte, 12- 14. maddelerin yardımın bağlılığı sistemine göre yorumlanıp yorumlanamayacağı konusunda ciddi tartışmalar bulunmaktadır¹². Buna karşın dar fail kavramının kabul edildiği durumlarda, iştirakte şerikliğin bağlılığı geçerlidir¹³. Çünkü bu görüşe göre, ceza kanununda yer alan kişi, kimse ibareleri suçun oluşmasında katkı sağlayan her kişiyi değil, bilakis suçun kanuni tanımına uygun katkıyı gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla özel kısımda faili ifade eden norma dayanılarak şerikler cezalandırılmazlar. Bunun için kanunlar genel kısımda iştirake ilişkin hükümler koymakta ve faillik ile şeriklik arasında ayırım yapmaktadırlar¹⁴. İşte şerikliğe ilişkin genel kısımdaki hükümler, cezalandırmayı genişleten hükümlerdir¹⁵. Bu sistemde şeriklerin cezalandırılması, failin haksızlık teşkil eden fiiline katılmalarından kaynaklanmaktadır(bağlılık kuralı). Failin suç teşkil eden esas davranışı olmaksızın şeriklerin cezalandırılması mümkün değildir¹⁶.

⁹ Geniş fail kavramı, neticenin oluşumuna sebebiyet veren herkesi fail olarak kabul ettiği gibi, yani tek tip fail sistemini kabul ettiği gibi(fail-şerik ayırımı kabul etmiyor), suç ortaklarının sübjektif yönünden hareketle iştirak şekilleri arasında ayırma da gidebilmektedir. Geniş fail kavramını kabul eden yazarlar, suçun işlenişine bulunulan katkıları illi bakımdan eşit kabul etmekte beraber, iştirak şekillerini(azmettiren veya yardım edeni) cezanın hesaplanmasında dikkate alınacak kıstaslar, yani cezanın sınırlandırılması sebepleri olarak ifade etmektedirler. Dar-geniş fail kavramı konusundaki tartışma, ceza hukukçuları arasında 1930'lu yıllarda hakimdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 52-57; Roxin, in: LK, Vor §25, kn. 9vd; Jescheck, s. 588, 589.

¹⁰ Gropp, s. 350; Jescheck, s. 584. Ancak modern doktrinin giderek eşit sorumluluk esasına doğru kaydığı da bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir: Toroslu, s.280.

¹¹ Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.56.

¹² Gropp, s.351.

¹³ Gropp, s.352. Ancak şu da ifade edilmelidir ki, Ceza Kanunlarında bağlılık kuralı kabul edilmekle birlikte yazarlar tarafından geniş fail kavramının kabul edildiği de görülmektedir. Çünkü bu yazarlara göre, faillik ile şeriklik arasındaki ayırımın tamamen kanun koyucunun eseri olduğunu, bağlılık prensibinin dahi böyle bir ayırımın ontolojik karaktere sahip olduğunu göstermediğini ifade etmektedirler. Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 55, 66, 67.

¹⁴ Faillik-şeriklik ayırımının yapıldığı sistemlerde bağlılık esasının geçerli olduğu ifade edilmektedir: Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler(C.II, III), İstanbul 1992, s.437.

¹⁵ Dar fail kavramıyla ilgili olarak bkz.: Toroslu, s.276; Gropp, s.352,353; Jescheck, s. 586, 587.

¹⁶ Gropp, s. 380.

Ceza Hukuku doktrininde yaşanan bu gelişmeler kanunlaştırma faaliyetlerinde de etkili olmuş ve ülkeler kanunlarının genel kısmına iştirak ve dolaşısıyla şeriklikle ilgili hükümler koymuşlardır¹⁷. Kanunlarda faillik ile şerikliğin düzenleniş şekli ülkelerin bağlılık kuralını kabul edip etmediği tespit edilebilir. Dar fail kavramından hareket eden şekli objektif teorinin¹⁸ etkilerinin görüldüğü 1768 tarihli Theresiana Ceza Kanunu, 1803 (1852) tarihli Avusturya Ceza Kanunları ve 1794 tarihli Prusya Ceza Kanunu fail-şerik ayrımına yer vermişlerdir. Ancak 1975 tarihli Avusturya Ceza Kanunu(m. 12-15) tek tip fail sistemini kabul etmiş, faillik şekilleri arasında cezanın tayini açısından da önemli olan bir ayırım kabul etmiştir¹⁹

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu dar fail kavramını kabul etmiş ve fail-şerik ayrımına yer vermişti. Fransız Ceza Kanunu, fail-şerik ayrımına yer vermekle beraber eşit ceza verilmesini de kabul etmişti. Doktrin, faillik ile şe-

¹⁷ İştirake ilişkin hükümler ilk defa ortaçağ İtalyan hukukçularının görüşleri doğrultusunda hazırlanan 1507 tarihli Bambergensis ve 1532 tarihli Carolina Ceza Kanunlarında genel hükümler şeklinde düzenlenmiştir: Özgenç, Suça İştirakin, s.36,37.

¹⁸ Failli ile şerikliğin sınırlandırmasında şekli objektif teori, maddi objektif teori, aşırı sübjektif teori ve objektif ve sübjektif teorileri bir araya getiren fiil hakimiyeti teorisi söz konusudur. Dar fail kavramından hareket eden şekli objektif teori, faillik ile şerikliğin ayrımında kanunun düzenleme şeklini esas almaktadır. Bu görüşe göre, özel kısımda tanımlanan suçun kanuni tanımında yer alan hareketi bizzat (en azından kısmen) gerçekleştiren kişi fail, diğer tüm yardım edenler ise şeriktir. Maddi objektif teori ise, fiile yapılan katkının tehlikeliliğini esas almak suretiyle faillik ile şeriklik arasında ayırım yapmaktadır. Aşırı sübjektif teori (kast teorisi de denilmektedir)geniş anlamda fail kavramından hareket etmekte ve suça katılanın hangi iradeyle davrandığına göre ayırım yapmaktadır. Bu teoriye göre, fail iradesiyle hareket eden(animus auctoris), bir başka ifadeyle fiili kendisi için isteyen kişi fail, buna karşılık suç ortağı iradesiyle (animus socii) hareket eden, yani fiili başkası için isteyen kişi ise şeriktir. Fiil hakimiyeti teorisi ise, objektif teori ile aşırı sübjektif teorinin sentezinden oluşturulmuş ve Roxin tarafından geliştirilmiştir. Bu teoriye göre, tipik olayın gelişimini dizginleyebilme durumunda olan kişi fail, bunun dışındakiler ise şeriktir. Yazar'a göre faillik asli ve dar bir kavramdır. Buna karşılık, şeriklik tali bir kavramdır ve cezanın genişletilmesi sebebi teşkil etmektedir. Fiil hakimiyeti çerçevesinde hareket hakimiyeti, irade hakimiyeti ve fonksiyonel fiil hakimiyeti ayırımı yapılmaktadır. Faillik ve şerikliğin sınırlandırılmasındaki teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, s.354 vd.; Roxin, in: LK, Vor §25, kn.3 vd.; Cramer, Peter-Heine, Günter, in: Schönke, Adolf-Schröder, Horst-Cramer, Peter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. neubearbeitete Auflage von Leckner, Theodor-Eser, Albin-Stree, Walter-Eisele,Jörg-Heine, Günter-Perron, Walter- Sternberg-Lieben, Detlev-Schittenhelm, Ulrike, München 2006, Vorbem §§ 25 ff., kn. 53vd.; Erdem, Mustafa Ruhan, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", HPD, 2005, S. 5, s. 205,206; Lackner, Karl-Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26.Auflage, München 2007, Vor §25, kn.4; Jescheck, s.586 vd.; Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, kn.2.

¹⁹ Gropp, s.351.

Bağlılık Kuralı

riklik arasındaki ayrımı objektif görüşe göre yapmaktaydı²⁰. Nitekim Fransız Ceza Kanunu'nda açık hüküm bulunmamasıyla beraber, doktrinin söz kanundaki düzenlemeden sınırlı bağlılık prensibini geliştirdiği ifade edilmektedir²¹. Uygulama ise geniş ölçüde sübjektif görüş doğrultusunda karar vermekle beraber²², objektif görüşü uyguladığı kararları da bulunmaktaydı²³.

1975 yılına kadar yürürlükte kalan 1871 tarihli Almanya İmparatorluk Ceza Kanunu da faillik-şeriklik ayrımı kullanmaktaydı. Söz konusu Kanunda 1943 yılında yapılan değişikliğe kadar katı bağlılık kuralının esasları geçerli olmuştur. Bu değişiklikten sonra sınırlı bağlılık kuralının esasları uygulanmaya başlanmıştır²⁴.

İngiliz Hukukunda da faillik-şeriklik ayrımı yapılmış ve bu ayırmada objektif görüş esas alınmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da İngiliz Hukukunda bağlılık kuralı geçerli olmuştur²⁵.

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu faillik-şeriklik ayırımına (asli-fer'i iştirak) yer vermekle beraber, bu Kanunu yürürlükten kaldıran ve 1930 yılında yürürlüğe giren İtalyan Ceza Kanunu tek tip fail sistemini kabul ederek faillik-şeriklik ayırımına kanunda yer vermemiştir. Monist bir anlayışın ürünü olduğu belirtilerek söz konusu kanunun ortakların cezai sorumluluğunu, neticenin oluşumunda hukuki nedenselliğin tekliği ilkesine bağladığı ifade edilmektedir²⁶. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1889 tarihli Zanardelli Kanununun iştirakle ilgili hükümlerinin kişi özgürlük ve güvenliğini korumak için yapıldığını, ancak bu düzenlemelerin hayatın gerçeklerine uymadığını, iştirakin bir bütün olduğunu, suça katılanlar arasında ayırım yapılamayacağını, dolayısıyla faillerin sorumluluğunun ilke olarak eşit olması gerektiğini kabul etmiştir. Ancak tüm faillerin hareketlerinin değerinin fiilen eşit olmasının mümkün olması nedeniyle faillerin suçtaki rollerine göre cezanın tespitinde hakime tak-

²⁰ Jescheck, s. 599.

²¹ Bkz.:Özgenç, Suça İştirakin, s. 38, dip not 88.

²² Ancak sert eleştiriler bulunuyordu: Jescheck, s.599.

²³ Nitekim Fransız mahkemeleri tarafından sınırlı bağlılık kuralının tatbik edildiği ifade edilmektedir: Kunter, Nurullah, "Suçortaklığında Sorum ve Ceza", İÜHFİM, 1947, C. XIII, S.1-4, s. 75.

²⁴ Jescheck, s. 593.

²⁵ Jescheck, s.599.

²⁶ Yalçın Sancar, Türkan, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 45

dir yetkisi verilmiştir²⁷. Daha az aktif veya daha tehlikeli şerikler bakımından ceza adaletinin sağlanması için İtalyan Ceza Kanununda basit bazı istisnalar öngörüldüğü ifade edilmektedir²⁸.

Aynı şekilde 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu²⁹ ve Brezilya Ceza Kanunu³⁰ tek tip fail sistemini kabul etmişlerdir.

Türk Hukuku açısından tarihi gelişime bakıldığında, İslamiyet'in kabulünden önce kurulmuş olan Türk devlet ve topluluklarında Ceza Hukuku kapsamına giren müesseselerin ve suçların olduğu kabul edilmekle birlikte, bu konuda yapılmış araştırmalar olmadığı için³¹ çalışmalarda kullanılacak somut bilgiler bulunmamaktadır.

İslamiyet'in kabulünden sonra, Türk Hukukunda da İslam Hukuku kuralları uygulanmış, ancak bu kuralların yanında kanunnamelere dayanan bir Ceza Hukuku da ortaya çıkmıştır³². İslam Hukuku çerçevesinde iştirakle ilgili hükümler incelendiğinde, öldürme suçuyla ilgili olarak fail ve yardım eden ayrımının yapıldığı, iştirak şekillerinin fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakiyet ölçü alınarak belirlendiği, yardım eden kişinin cezasının failden farklı olarak verildiği görülmektedir. Ayrıca failin gerçekleştirdiği öldürme suçunun kasten işlenmesi ve iştirakin de kasten yapılması gerekmektedir³³. Kanunlaştırma faaliyetleriyle ilgili olarak iştirakle ilgili hükümlere ilk defa 1267 hicri (M.1851) Kanun-ı Ceditte yer verilmiştir. Bu Kanun, fasl-ı evvel kısmında (14. ve 15. maddelerde) iştirak ve azmettirmeyle ilgili hükümlere yer vermiştir. 14. madde iştirak halinde işlenen öldürme suçunda azmettirenin, failin ve yardım edenin sorumluluğunu düzenlemektedir³⁴. Burada fail ile suç katılanlar arasında ayırım yapılmıştır. Ayrıca azmettirenin ve yardım edenin sorumluluğu için öldürme suçunun kasten işlenmesi gerekmektedir. Ancak gerek az-

²⁷ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Ankara 2005, s. 472.

²⁸ Yalçın Sancar, s.60.

²⁹ Roxin, in: LK, Vor §25, kn. 13.

³⁰ Jescheck, s. 599.

³¹ Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. I), 13. Tıpkı Bası, İstanbul 1997, s.115.

³² Dönmezer-Erman,C.I, s.115,121.

³³ Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008, s.78,79.

³⁴ Bkz.: Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.108.

Bağlılık Kuralı

mettirenin gerekse yardım edenin sorumluluğu (1 seneden 5 seneye, 1 seneden 3 seneye kürek ve pranga cezası) faile (idam cezasına) göre farklı belirlenmiştir. 15. madde ise, kadınların fail olduğu öldürme suçuyla ve bir başkasının fiiline kadının yardımıyla ilgili düzenlemeyi içermektedir. Madde, kadının yardım eden olması halinde ıslah oluncaya kadar hapsedileceğini düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeler çerçevesinde 1267 tarihli Kanun açısından bağlılık kuralının geçerli olduğunu söylememiz mümkündür.

1810 Fransız Ceza Kanununun tercümesi olan ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanan 1274 tarihli Ceza Kânunname-i Humâyûnun 45. maddesinde iştirakle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu madde daha sonra 22 Mayıs 1327 (4 Nisan 1911) tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu madde hemfiiller (değişiklikten önce müşterek failler) ile feran zimthal olanlar(şerikler) arasında ayırım yapıyordu³⁵. 45. madde azmettirmeyi faillik olarak değil, şeriklik olarak kabul ediyordu³⁶. Bu belirlemelerden Kanunnamenin dar fail sistemini, dolayısıyla da bağlılık kuralını benimsediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

1889 İtalyan Ceza Kanununun 63 ve devamı maddelerinin tercümesi niteliğindeki 765 sayılı ve 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, 64 ve devamı maddelerinde iştirakle ilgili hükümlere yer vermiştir. Düzenlemede asli iştirak-fer'i iştirak ayırımı yapılmış, azmettirme asli iştirak kapsamında düzenlenmiştir(m. 64). Ayrıca şahsi ve fiili sebeplerin ortaklara sirayeti(m. 66, 67), suça katılanların cezalarının işlenmiş fiile göre tespit edileceği hükme bağlanmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda bağlılık kuralıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, belirtilen düzenlemelerden Kanunumuzun iştirakte bağlılık kuralını kabul ettiği ifade edilmiştir³⁷.

Ceza Kanununun değiştirilmesi için hazırlanan Tasarılar da 765 sayılı Kanunda olduğu gibi iştirak şekilleri arasında ayırım yapılmış, ancak bağlılık kuralıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun komisyon çalışmaları sırasında daha önceki Tasarılar da bulunmayan bağlılık kuralı iştirak hükümleri içerisine ilave edilerek kanunlaştırılmıştır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bağlılık kuralını açıkça düzenleyerek, kapsamına nelerin girdiğini hükme bağlamıştır.

³⁵ Kunter, s. 77.

³⁶ Taner, Tahir, Ceza Hukuku, Umumî Kısım, İstanbul 1949, s. 531, dip not 1.

³⁷ Önder, C.II-III, s. 446.

II. TANIM VE NİTELİĞİ

Ceza Hukukunda suçun kanuni tanımına dayanarak, bu tanıma uygun katkıyı sağlayan kişi cezalandırılabilir (dar fail kavramı). Suça katılan diğer kişilerin suç tipini düzenleyen norma dayanılarak cezalandırılması söz konusu değildir. Ancak failin dışında suçun gerçekleşmesine katkı sağlayan, ama bu katkısı suçun kanuni tanımına uygun olmayan diğer kişi veya kişilerin ihlal edilen fiilden sorumlu olmaları gerekmektedir.

Fail dışında suça katılan kişiler şerik olarak isimlendirilmektedir³⁸. Dar fail kavramının söz konusu olduğu sistemde, kim failse, şerik değildir veya fail olmayan sadece şerik olabilir kuralı geçerlidir³⁹. Suç ortaklığı da denilen şeriklik kapsamına azmettiren ve yardım eden girmektedir. Bir başka ifadeyle şeriklik, azmettiren ve yardım etmeyi kapsayan üst bir kavramdır⁴⁰. İşte ceza kanunlarının genel kısmındaki iştirakle ilgili hükümler, fail dışında suça katılan bu kişilerin cezalandırılmalarını sağlamaktadırlar. Bu özellikleri nedeniyle şerikliğe ilişkin hükümler sorumluluk alanını genişleten hükümler olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün sonucu olarak, dar fail kavramının kabul edildiği bir iştirak sisteminde faillik asli nitelik taşıırken, şeriklik tali bir kavramdır⁴¹. Dolayısıyla fail tarafından suçun kanuni tanımına uygun hareket yapılmadığı sürece şeriklerin cezalandırılması söz konusu değildir⁴². İşte bağlılık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağlayan kuralları ifade etmektedir. Şerikliğin bağlılığından dolayı, faillik olmadan şeriklik olmaz kuralı geçerlidir⁴³. İşte bağlılık kuralı, suçun işlenmesine katkı sağlayan, ancak bu katkısı faillik niteliğine varmayan şeriklerin işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle şeriklik hallerinde her ne kadar şerikin bir fiil icra etmesi gerekliyse de, bu fiil kanuni tanımındaki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte olmadığı için⁴⁴, fail olmayan kişinin, suç niteliği taşıyan fiilden sorumluluğu bağlılık kuralıyla müm-

³⁸ 765 sayılı Ceza Kanunumuz döneminde de kabul edildiği gibi fer'i kavramı da kullanılmaktadır. Tek tip fail sisteminin kabul edildiği ülkelerde de faillik arasında ayırım yapılırken değişik isimlere yer verilmektedir.

³⁹ Gropp, s.352.

⁴⁰ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 1.

⁴¹ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 6.

⁴² Bkz.: Yalçın Sancar, s.56, 57.

⁴³ Gropp, s. 352.

⁴⁴ Özgenç, Suça İştirakin, s.141.

Bağlılık Kuralı

kün olmaktadır. Bu anlamda bağlılık kuralı, fail tarafından işlenmiş fiile katılmayı şart koştuğu gibi, şeriklerin sorumluluğunun işlenen asıl fiil kapsamında olduğu sonucunu da ortaya çıkarmaktadır

Şeriklik, kasıtlı olarak işlenen ve hukuka aykırı fiile faillik niteliğinde olmayan katkı sağlamak suretiyle kasıtlı hukuki değer ihlalidir. Bir başka ifadeyle şerik, suçun kanuni tanımına uygun davranmadan, suçun koruduğu hukuki değere dolaylı olarak, yani başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle saldırıda bulunduğu için cezalandırılmaktadır. Kanuni anlamda şeriklik, şerik kendisine karşı da korunan hukuki değeri ihlal ettiği takdirde mevcut olabilir. Talep üzerine öldürmede mağdur olmadığı takdirde, kendisinin öldürülmesini talep eden kişi azmettirmeden dolayı cezalandırılmaz. Çünkü saldırılan yaşam, kendini öldürmenin cezasızlığından dolayı öldürülmesini talep edene karşı ceza hukukuyla korunmamaktadır. Bu da göstermektedir ki, şerikliğin haksızlığının yalnızca bağlılık kuralıyla açıklanması ve esas fiilin haksızlığına dayandırılması doğru değildir. Aynı durum ajan provokatörlük açısından da geçerlidir. Dolayısıyla fail cezalandırılabilir bir haksızlık gerçekleştirilmesine rağmen, katılma cezasız olabilir. Bir başka ifadeyle failin fiili haksızlık teşkil etmesine rağmen, şerikin fiili haksızlık teşkil etmeyebilir. Diğer taraftan şerikliğin haksızlığı, önemli ölçüde esas fiilin haksızlığıyla belirlenir. Bu da kasıtlı fiile katılmanın, her zaman yeterli olmadığı ama daima her bir şerikliğin cezalandırılması için zorunlu şart olduğunu göstermektedir. Esas fiile olan bu bağlılık, söylendiği gibi onun sadece gerçek tabiatından çıkmamakta, bilakis şerikliğin cezalandırılmasında bunun kanunen ölçü olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece cezalandırılabilir şeriklik, asli fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmasını şart koşar Böyle bir çözüm, şerikliğin haksızlığının failin fiilin haksızlığından tamamen bağımsız olduğu görüşünün doğru olmadığını gösterir. Aynı şekilde azmettirme ve yardımın cezasının, işlenen asıl fiil çerçevesinde belirlendiğini ve failin fiilin haksızlığının, şerikliğin haksızlığını sınırlandırdığını da ortaya koymaktadır⁴⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, şeriklik bağlı hukuki değere saldırı (akzessorischen Rechtsgutsangriff) olarak tanımlanabilir. Çünkü şerik, doğrudan değil, başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki değere saldırıda bulunmaktadır. Hukuki değere saldırı kavramı, şerikliğin cezalandırılmasının esas nedenini açıkladığı gibi, şeriklik

⁴⁵ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 1,2,3,4.

haksızlığının bağımsız unsurlarının içerik itibariyle kurulmasını da sağlamaktadır. Bu kavrama bağlı sıfatının eklenmesi, cezayı gerektiren şerikliğin sadece suçun kanuni tanımına uygun davranan faille mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Bir başka ifadeyle bağlı kavramı, şeriklik haksızlığının büyük ölçüde asıl fiil haksızlığıyla belirlendiğini ve şeriklik kavramının faillik karşısında tali bir kavram olduğunu açıklamaktadır. Ki bu suretle şeriklik asli failliği tamamlamaktadır⁴⁶.

Ancak doktrinde şerikliğin cezalandırılmasının nedeni tartışmalıdır ve bu konuda değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Bağlılık kuralına dayalı sebebiyet veya nedensellik teorisi (Die akzessorietätorientierte Verursachungstheorie) bugün hakim olan görüştür⁴⁷. Bu görüşe göre, özünde şeriklik başkasının hukuki değer ihlaline katılmadır. Şeriklikle ilgili hükümler, faillik karşısında cezayı genişleten nedenlerdir. Sebebiyet teorisine göre, şerikliğin cezalandırılması nedeni, şerikin asıl fiil için ya suç işleme kararını uyandırması veya faili fiziki/psikolojik olarak desteklemesi suretiyle nedensel olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu görüşün temelinde şerikin kendisinin suç tipine ait normu ihlal etmesi değil, aksine onun haksızlığı failin norm ihlaline katkı sağlamasında yatmaktadır. Bu görüş tamamen bağlılık kuralını ön plana koymaktadır. Şerikliğin haksızlığı, asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. Dolayısıyla da sebebiyet teorisi, şerikliğin bağımsız unsurlarını ihmal etmektedir. Bu nedenle şerikin de neden olduğu asıl fail tarafından işlenen haksızlık, hakim olan görüşe göre hareketin ve neticenin haksızlığından oluşmaktadır⁴⁸. Jescheck'e göre şerikin haksızlığı, failin norm ihlaline katkı sağlamasından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden şerikin fiilinin haksızlığı sebep ve ölçüsüne göre asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. Maurach/Gössel ise, şerikliğin ceza nedenini, başkasının haksızlığının desteklenmesi veya buna sebep olunması olarak görmekteirler⁴⁹.

⁴⁶ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 7.

⁴⁷ Hukukumuzda da kabul edilen görüştür: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Ankara 2009, s. 486, 487; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2009, s. 417.

⁴⁸ Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 17; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 17

⁴⁹ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 17.

Bağlılık Kuralı

Eski görüşlere dayanarak belirleme yapan kusura veya haksızlığa iştirak teorisi (Die Schuld-bzw. Unrechtsteilnahmetheorie), şerikliğin cezalandırılma nedenini, failin kusurluluğunda şerikin sorumlu olmasında veya (yardım eden olarak) sorumluluğu paylaşmasında görmektedir: Azmettirenin hukuki değere saldırısı çok yoğun olmasa da, yani onun öldürmeyi gerçekleştirdiği söylemese de, katili yarattığı söylenebilir. Bu görüş çoğunlukla reddedilmektedir. Zira yardım eden için kusura iştirak teorisi bariz şekilde eksiktir. Bunun haricinde de kanunun düzenlemesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü kanuna göre kusursuz işlenen bir fiile şerik olarak katılmak mümkündür. Ayrıca düzenleme herkesin kendi kusuruna göre cezalandırılacağı esasını ifade etmektedir⁵⁰.

Diğer bir teori saf sebebiyet teorisidir(Die reine Verursachungstheorie). Schmidhäusers ve Lüderssen tarafından kısmen farklı sebeplerle ve farklı sonuçlarla savunulmaktadır⁵¹. Bu teori, şeriklikte bağımsız şeriklik suçu gören anlayıştır. Bu teoriyi savunanlara göre, şerik haksızlığı tamamen bağımsızdır. Şeriklik, tüm cezalandırılabilirlik şartlarında asıl fiilin haksızlığından türetilmez. Bu tezin savunucularından Lüderssen'e göre, şerikliğin ceza sebebi başkasının haksızlığına sebebiyet verilmesi değil, bilakis şerik tarafından haksızlığın bizzat gerçekleştirilmesidir⁵². Örneğin intihar etmek ceza hukuku anlamında suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak intihar eden kişinin hayatı dışarıdakilere karşı korunmaktadır. Dolayısıyla, intihar edenin yardım edeni asıl suçun failidir. Ama bu suç da intihar edenin yardımıyla gerçekleştirilmektedir⁵³. Yazar bağımsız şeriklik haksızlığını benimsediğinden, bağlılık kuralının rolünü kabul etmemektedir⁵⁴. Schmidhäusers'e göre, asıl failin hukuki değeri ihlal ettiği ve şerikin ona katıldığı doğru değildir. Bilakis şerik hukuki değeri bizzat ihlal etmektedir. Yazar için bağlılık kuralı, ceza kanununun şerik suçunu geniş ölçüde işlenmiş asıl fiile bağlı yapması şartıyla, bir nevi cezalandırılabilirlik koşuludur⁵⁵.

⁵⁰ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 19.

⁵¹ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 12.

⁵² Gropp, s.381.

⁵³ Karşılaştırmız Gropp, 381; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 14.

⁵⁴ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 14; Özgenç, Suça İştirakin, s. 141, dip not 48.

⁵⁵ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 12.

Bizim de kabul ettiğimiz bağlı hukuki değere saldırı teorisi⁵⁶, saf sebebiyet teorisi ve bağıllık kuralına dayalı sebebiyet teorisinin arasında yer almaktadır. Bu teori her iki görüşün tek taraflılığını reddeder. Şerikliğin haksızlığı kısmen failin fiilinden, kısmen de katılanın kendisinin hukuki değere saldırısından türetilir. Yani hem cezalandırılabilir şerikliğin bağlı olmasını hem de daima bağımsız hukuki değere saldırı ihtiva etmesini ister. Yani bu teori karma sebebiyet teorisidir. Bugün şerikliğin cezalandırılması nedeniyle ilgili tartışmalar, teoriler noktasında olmayıp (çünkü failin kusuru aranmıyor), sebebiyet teorisi çerçevesinde, şerikliğin haksızlığının bağımsız mı yoksa failin fiilinden mi türetilip türetilmeyeceğiyle ilgilidir⁵⁷. Aynı durumun şerikliğin sorumluluğunda failin kusurluluğunu aramayan hukukumuz açısından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak şeriklerin cezalandırılmasının esasıyla ilgili teorik tartışmalara çok fazla rastlamamaktayız. Bu durum özellikle 765 sayılı Kanun dönemi için geçerlidir. 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu konuyla ilgili belirlemeler yapılmaya başlanmıştır.

III. BAĞLILIK ŞEKİLLERİ

Her şeriklik, bağılıdır. Yani failin işlediği fiile bağılıdır. Bağıllık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağılı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağladığı için, işlenen fiile neyin kastedildiğinin, bağıllığın ölçüsünün ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bağıllığın ölçüsü, kanun koyucunun düzenlemesine bağılıdır⁵⁸. Bu ölçü, Ceza Kanunumuzun 40. maddesinde “suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” şeklinde belirtilmiştir. Ancak doktrinde bağıllık kuralının ölçüsüyle ilgili değişik belirlemeler yapılmaktadır. Mayer tarafından bağıllık kuralının farklı dereceleri isimlendirilmiş ve tanımlanmıştır. Bu yazara göre şeriklikteki bağıllığın 4 farklı şekli bulunmaktadır⁵⁹:

Asgari bağıllık kuralı(minimaler Akzessorietät), şeriklik için suçun kanuni tanımına uygun asıl fiilin varlığını yeterli kabul eder.

Sınırlı bağıllık kuralı(limitierter Akzessorietät), kanuni tanıma uygun fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesini şart koşar.

⁵⁶ Bkz.:Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 7. Aynı yönde bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 17a, 41; Lackner-Kühl, Vor §25, kn.9.

⁵⁷ Bkz.: Roxin, in: LK , Vor §26, kn. 22.

⁵⁸ Bkz.: Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 23

⁵⁹ Bkz.: Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 23; Önder, C. II-III, s. 448,449.

Bağlılık Kuralı

Ekstrem bağlılık kuralı(extreme Akzessorietät), cezalandırılabilir şerikliğın, fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu bir fiilin varlığına bağlı olduğunu benimser.

Aşırı bağlılık kuralı(Hyperakzessorietät), fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu fiilin dışında, cezayı ortadan kaldıran, cezayı artıran ve cezayı azaltan şartların şerike isnadiyetini de arar. Örneğin babasının parasını çalması için azmettirilen kişinin bu fiili gerçekleştirmesi durumunda fail cezalandırılmadığı için azmettirilen de cezalandırılmayacaktır.

Bu kurallardan asgari ve aşırı bağlılık kuralı ceza kanunlarındaki mevcut düzenlemeler gereğince doktrin tarafından kabul edilmemektedir. Zira yalnızca kanuni tanıma uygunluk cezalandırılabilirlik için yeterli değildir⁶⁰. Keza cezalandırılabilirlikle ilgili şartlar da kanunlarda açıkça düzenlendiğinden yazarlar tarafından kabul edilmemektedir. Örneğin Ceza Kanunumuzun 167.maddesindeki düzenleme gibi. Sınırlı bağlılık ve ekstrem bağlılık kuralının ise doktrinde kabul edildiği görülmektedir. Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde bağlılık kuralıyla ilgili kanunda açık hüküm bulunmaması nedeniyle her iki kuralın da doktrinde ifade edildiği tespit edilmektedir. Bazı yazarlar suça iştirak için, kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesini arayarak, failin kusur yeteneğine sahip olmasının şerikler yönünden önem taşımadığını belirterek sınırlı bağlılık kuralını kabul etmişlerdir⁶¹. Bazı yazarlar ise ekstrem bağlılık kuralının varlığını arayarak şeriklik için asıl fiili gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğine sahip olması gerektiği kanaatinde dirler⁶². 765 sayılı Kanun döneminde iştirakte suç birliğini benimsemeyen, işlenen suçun şerikin de suçu olduğunu belirten bazı yazarlar tarafından bağlılık kuralının ka-

⁶⁰ Önder, C.II-III, s.448.

⁶¹ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 422; İçel, Kayıhan-Sokullu-Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih M.-Ünver, Yener, Suç Teorisi (2. Kitap), 2. Bası, İstanbul 2000, s. 371; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri (C.I), Manisa 1982. Bazı yazarlar kastla ilgili açıkça belirleme yapmamakla beraber sınırlı bağlılık kuralını benimsedikleri sonucu ortaya çıkmaktadır: Erman, Sahir, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, s.87; Dönmezer-Erman, II, s. 484.

⁶² Önder, C. II-III, s. 450; Erem, Faruk-Danışman, Ahmet- Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 385; Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2001, s. 268, Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler(I), Ankara 2002, s. 815,819.

bul edilmediği de görülmektedir⁶³. Yargıtay ise bağlılık kuralı konusunda, önceleri ekstrem bağlılık kuralına öncelik verirken, daha sonra görüşünü değiştirek sınırlı bağlılık görüşünü benimsemiştir⁶⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 40.maddede bağlılık kuralı başlığı altında suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığını arayarak, failin kusur yeteneğine sahip olup olmamasının suça katılanların sorumluluğu açısından önemli olmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla Ceza Kanunumuz sınırlı bağlılık kuralını açıkça düzenleyerek, iştirakte suça azmettiren veya yardım eden olarak katılan kişilerin sorumluluğunun doğabilmesi için fail tarafından kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesini şart koşturmuştur. Dolayısıyla failin fiili kasıtlı ve hukuka aykırı değilse bu fiile iştirak edildiği ifade edilemez. Bir başka ifadeyle suç teşkil etmeyen fiile iştirak söz konusu değildir. Ayrıca 38. ve 39.maddelerde azmettiren veya yardım eden kişinin cezasının, işlenen suça göre belirleneceği belirtilerek şeriklikte sorumluluğun tespitinde bağlılık kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir. Böylece bağlılık kuralının, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğunu sınırlandırdığı ortaya çıkmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, şeriklik haksızlığının yalnızca bağlılık kuralıyla açıklanması ve esas fiilin haksızlığına dayandırılması doğru değildir. Bununla birlikte failin fiilin haksızlığı şerikliğin haksızlığını sınırlandırmaktadır.

Doktrindeki bazı yazarlar, 5237 sayılı Kanundan sonra da bağlılık kuralı anlayışının hatalı olduğunu, zira iştirak edenin cezalandırılabilmesi için asıl fiilin varlığının arandığını ifade etmektedirler. Asıl fiilin varlığının aranmasının, birden fazla hareketli suçlarda veya icranın parçalara ayrıldığı, ancak her bir hareketin veya icranın başka kişiler tarafından gerçekleştirdiği durumlarda, iştirak edenlerin cezalandırılmasını açıklayamadığını ifade etmektedirler. Aynı şekilde özgü suçlarda, bu özgülüğe sahip olmayan, ancak iştirak eden kişilerin sorumluluğunu da açıklayamamaktadır. Yazar bu nedenle bağlılık kuralına gerek olmadığını, bunun yerine çok failli suç tipi anlayışının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Yazara göre, özel kısımdaki suç tipi tek failli suç iken, genel kısımdaki iştirake ilişkin düzenleme çok failli suç tipidir. Suça iştirak eden kişilerin davranışları, tek failli suç tipi yönünden tipik olmasalar bile çok failli suç tipinin kurucu unsurlarına sahip olduğundan söz konusu ki-

⁶³ Kunter, s.76.

⁶⁴ Özgenç, Suça İştirakin, s. 119, 120.

Bağlılık Kuralı

şiler işlenen suçtan sorumludurlar⁶⁵. Ancak Yazarın bu görüşleri, dolaylı failliği iştirak kapsamında kabul etmesi, birden fazla hareketli veya suçun icrasının kısımlara bölünebildiği suçlarla ilgili olarak verilen örneklerin şeriklik kapsamına değil, müşterek faillik kapsamına girdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁶.

Doktrindeki diğer bir kısım yazarlar da, özgü suçlarla bağlantılı olarak bağlılık kuralının bazı noktalar açısından sorun doğurduğunu ve bundan sonra da doğuracağı muhtemel sorunların söz konusu olduğunu belirterek, bu kural üzerinde biraz çalışılmış olmasının daha iyi olacağını ifade etmektedirler⁶⁷.

IV. ÖZGÜ SUÇLAR

Ceza Kanunu, genellikle suçların herkes tarafından işlenebileceği esastan hareketle düzenlemeye gitmektedir. Kanunda “her kim”, “bir kimse” gibi kavramlar kullanılmak suretiyle bu suçların her hangi bir kimse tarafından işlenebileceği belirtilmektedir. Buna karşın bazı suç türlerinin ancak suçun kanuni tanımında belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebileceği düzenlenmektedir. İşte suçun kanuni tanımında failin niteliğiyle ilgili belirlene yapılan bu tür suçlara özgü suçlar adı verilmektedir. Suçun kanuni tanımında, herhangi bir kimse olmanın dışında, failin belli özel niteliğe sahip olmasının aranması bu kapsamdadır⁶⁸. Örneğin bazı suçlar açısından(zimmet, görevi kötüye kullanma, işkence suçu gibi) kamu görevlisi, sağlık mesleği mensubu(doktor eczacı, hemşire, diş doktoru gibi)(m. 280), bilirkişi (m.276) olmak gibi özellikler bu niteliktedir.

Özgü suçlarda suçun failinin diğer insanlara göre özel yükümlülüğü söz konusudur. Bu özel yükümlülük çoğunlukla ceza hukuku dışında bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, özel koruma yükümlülüğünden, hukuki değer sahibine karşı özel güven yükümlülüğünden veya belirli tehlike kaynakları için özel kanuni yetkiden ve tehlikeyi belirli hukuki değerden uzak tutma yükümlülüğünden ortaya çıkabilir⁶⁹. Örneğin bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, kamu hukuku yükümlülüğü altındadır. Bu kişi, kamu görevinin adalet ilkelere uygun yürütüldüğü, kamu görevlisinin satın alınamayacağı konularında toplumda hakim olan inancın sarsılmaması için belirtilen hususlara ri-

⁶⁵ Toroslu, s.277-279.

⁶⁶ Özgenç, Suça İştirakin, s. 114-116.

⁶⁷ Soyaslan, s. 489.

⁶⁸ Bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.188.

⁶⁹ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 84, 84 a.

yet etmek yükümlülüğü altındadır⁷⁰. Bu çerçevede görünüşte ihmali suçlarda garantör de özel yükümlülük altındadır ve neticeyi önlemek sorumluluğuyla yüklenmiştir. Keza aile hukukundan kaynaklanan nafaka, bakım, koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi de buna ilişkin kanuni tanımda belirtilen özgü suçun failidir⁷¹.

Özgü suçlarda, özel yükümlülük altında olan kişi suçun faili olabilir. Kanunun aradığı niteliğe sahip olmayan kişiler katkısı ne olursa olsun ancak bu suçlarda şerik olabilmektedirler. Ancak doktrinde özel yükümlülük altında bulunan kişiyle birlikte bu niteliği taşımayan kişilerin birlikte suç işlemleri halinde her ikisinin de fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁷². 5237 sayılı Ceza Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden sonra da, bazı yazarlar özgü suça ait tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesi konusunda mantıki bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmektedirler. Bu zorunluluğun yalnızca bizzat işlenebilen suçlar açısından geçerli olduğunu ifade etmektedirler⁷³.

Ceza Kanunumuz 40.maddesinde, “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” hükmünü düzenleyerek, özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin bu suçlarda fail olamayacağını açıkça ifade etmiştir.

Özgü suçlar gerçek özgü suçlar ve görünüşte özgü suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Gerçek özgü suçlar, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişiler tarafından işlenebilirler. Örneğin görevi kötüye kullanma suçu (m. 257) ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir⁷⁴.

Görünüşte özgü suçlar ise, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği, buna karşılık nitelikli halinin ancak kanuni tanımda belirtilen özel faillik niteliği taşıyan kişinin gerçekleştirilebildiği suçları ifade etmektedir. Ör-

⁷⁰ Özgenç, Suça İştirakin, s.170, 171.

⁷¹ Wessels, Johannes-Beulke, Werner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 32., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, § 13 II, s. 169.

⁷² Bu görüşü savunanlar için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 166, 167.

⁷³ Toroslu, s. 301.

⁷⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 189.

Bağlılık Kuralı

neğin resmi belgede sahtecilik suçu bu niteliktedir. Temel şekli herkes tarafından işlenebilirken(m. 204/1), nitelikli şekli(m. 204/2) ancak kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebilmektedir⁷⁵.

Gerçek özgü suçlarda suçun kanuni tanımında aranan özelliğe sahip olmayan kişi ne doğrudan fail, ne dolaylı fail, ne de müşterek fail olabilir. Ancak bu tür suçlarda fail olabilmek için yalnızca yükümlülük ihlalinin yeterli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, özgü suçlarda özel faillik niteliğinin dışında fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Fiil üzerinde hakimiyet kuramamışsa özel faillik niteliğine sahip kişi, şerik de olabilir. Diğer görüş yükümlülüğün ihlal edilmesini faillik için yeterli görmektedir. Faillik için yükümlülüğün ihlal edilmesi tek şarttır. Dolayısıyla katkısı ne olursa olsun özel yükümlülük altındaki kişi yükümlülüğünü ihlal etmişse şerik olamaz. Özel yükümlülük altındaki kişi dışındaki kişiler ise ancak azmettiren veya yardım eden olabilirler⁷⁶. Diğer görüş ise, failliğin tespitinde, ne fiil hakimiyetini ne de yükümlülük ihlalinin ölçü olarak almaktadır. Bu görüşe göre, failliği her iki kıstas belirleyebileceği gibi, yükümlülük kıstası tek başına da belirleyebilir. Eğer özgü suçta(örneğin işkence suçunda) suçu oluşturan fiil tarif edilmişse, bu suç tipi özel faillik sıfatına sahip kişi tarafından kanunda belirtilen fiilin gerçekleştirilmesiyle mümkün olabilir. Yani yükümlülüğün yanında fiil hakimiyeti de gerekmektedir. Ancak özgü suç da yükümlülüğün ihlalinin sağlayan hareket tanımlanmamışsa yalnızca yükümlülüğün ihlali fail olabilmek için yeterlidir. Görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi⁷⁷. Ceza Kanunumuzun 40.maddesinin gerekçesinde, özel faillik niteliğine sahip olmanın özgü suçun faili olmak için yeterli olmayabileceği, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerektiği ifade edilerek son görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kanunumuza göre özgü suçlarda, kanunun aradığı özel faillik niteliğini taşımayan kişi katkısı ne olursa olsun fail olamamaktadır. Ancak azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeye göre fail olmayan kişi eğer katkısı azmettiren sayılabiliyorsa azmettiren olarak işlenen

⁷⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.189. Bu durum özgü suçlar kapsamında belirtilmekle birlikte, özgü suçların dışında olduğu belirtilmektedir. Örnek olarak kamu görevlisi vasfının suçun nitelikli hali oluşturması verilmektedir: Dönmezer- Erman, II, s. 425.

⁷⁶ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 84. Ayrıca bkz.: § 25, kn. 37.

⁷⁷ Bu görüş için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.169, 170. Yazar kendisi de aynı görüştedir. Bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 472, 473.

suçun cezasıyla, bu nitelikte sayılamıyorsa yardım eden olarak işlenen suçun cezası indirilmek veya çevrilmek suretiyle belirlenecektir. Ancak kanun koyucu bazı suçlarda(işkence suçu) bu kuraldan ayrılmıştır. İşkence suçunda (m.94/4.fıkra) suçun işlenişine iştirak eden ve kamu görevlisi olmayan kişilerin kamu görevlisi gibi, yani fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir⁷⁸. Azmettirenin veya yardım edenin özgü suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için özel faillik niteliğini biliyor olmaları gerekir. Çünkü, özgü suçlara iştirakte kastın varlığı için iştirak eden kişinin suça ilişkin kastının failin suçun kanuni tanımında belirtilen niteliğini de kapsamaması gerekir. Kapsamıyorsa veya bilmiyorlarsa hata kuralları gereğince özgü suça azmettiren veya yardım etmeden dolayı cezalandırılmaları söz konusu değildir. Bu durumda filleri başka bir suçu oluşturuyorsa, örneğin özgü suçun temel şeklini ihlal ediyorsa bundan sorumlu olacaklar, aksi takdirde suç oluşturmayan fiillerinden dolayı cezasız kalacaklardır⁷⁹.

Ceza Kanunumuzun 40.maddesi, görünüşte özgü suçlar için de belirleyicidir. Çünkü bu suçlarda özel faillik niteliğini taşımayan kişi, suçun nitelikli halinden fail olarak sorumlu olmayacaktır. Görünüşte özgü suçlarda, özel faillik vasfını taşıyan kişi ile bu niteliğe sahip olmayan kişinin birlikte suç işlemeleri halinde(her ikisinin hareketi de icra hareketi niteliğinde), özgülüğe sahip kişi suçun nitelikli halinden fail sıfatıyla sorumlu olurken, diğer kişi suçun temel şeklinden fail olarak cezalandırılacaktır⁸⁰. Özel faillik vasfını taşımayan kişi, bu niteliğe sahip kişinin gerçekleştirdiği suçun nitelikli şekline aynı zamanda şerik olarak(örneğinimiz açısından yardım eden olarak) iştirak etmiştir. Ancak asli norm- tali norm ilişkisi ve asli normun önceliği ilkesi gereğince özel faillik niteliğine sahip olmayan kişiyi sadece asli normdan sorumlu tutulacaktır⁸¹.

Görünüşte ihmali suçların özgü suçlar kapsamında olduğu ifade edilmektedir⁸². Bu suçlarda ancak garantör olan şahıs suçun faili olabilmektedir. Garantör olan şahıs neticeyi önlemekle yükümlü olmasına rağmen, önlememek

⁷⁸ Mahmutoğlu, Fatih S., "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İÜHFİM, 2005, C. LXII, S. 1-2, s. 81.

⁷⁹ Bkz.: Toroslu, s.302. Bilmeleri gerekmediği görüşü için bkz.: Soyaslan, s. 489.

⁸⁰ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 84.

⁸¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 493.

⁸² Roxin, in: LK, § 25, kn.206; Erdem, s.206; Wessels-Beulke, § 13 II, s. 169.

Bağlılık Kuralı

suretiyle suçu işlemektedir. Garantör olmayan kişi görünüşte ihmali suçun faili olamaz. Görünüşte ihmali suçların, icrai şekilleri de kanunda yer almaktadır. İcrai şekilleri herkes tarafından gerçekleştirilebilirken, ihmali suretiyle işlenmelerinde ancak garantör şahıs fail olabilmektedir. Bu suçlara azmettiren veya yardım eden olarak katılmak mümkündür. Örneğin polisin olaya müdahale etmemesine yönelik azmettirme bu niteliktedir. Yapılan katkının faillik niteliğinde mi, yoksa şeriklik statüsünde mi olduğunu tespiti ilişkin değişik görüşler ileri sürülmektedir. Görünüşte ihmali suçlarda faillik ve şeriklik arasındaki ayrım, ne sübjektif ne de fiil hakimiyeti kriterlerine ikna edici bir şekilde dayandırılmamaktadır. Sübjektif teorinin yetersizliği, yalnızca hareket-siz kalmanın failin veya şerikin isteğinin anlaşılamayacağına dayanmaktadır. Çünkü, engellenmeyen şey, failin hareketinin dışında gerçekleştiği ve kendiliğinden devam ettiği için garantörün kendi isteği olamaz. Fiil hakimiyetinin temelinde, failliğin neden işe yarar şekilde açıklanamamasının nedeni de budur. Çünkü neticenin önlenme imkanı ihmalden sorumluluk için şart olduğundan, aktif gerçekleştirme imkanı anlamında olayın akışına hakimiyetten söz edilemez. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlarda faillik ve şerikliğin birbirinden ayrılması için farklı kriter olmak zorundadır⁸³. Bir görüş, neticeyi garantörlük yükümlülüğünün içeriği ve niteliğine göre ayrım yapmaktadır. Buna göre belli bir hukuki değerle özel bir ilişki içinde bulunması nedeniyle neticeyi önlemeyi ihmal eden garantör, fail sayılacaktır. Örneğin annenin yeni doğmuş çocuğu öldürmesi fiiline babanın engel olmaması halinde, baba annenin icrai davranışla gerçekleştirdiği fiile yardım eden olarak değil, bizzat kendisinin ihmali suretiyle işlediği öldürme fiilinden sorumlu olacaktır. Eğer neticeyi önleme yükümlülüğü belli bir hukuki değerle olan özel ilişkisinden değil de, bu kişinin kendi sorumluluğu altındaki belli şahısların bir hukuki değeri ihlal etmelerinin önlenmesi niteliğinden kaynaklanırsa, ihmali davranan kişi şerik olarak cezalandırılacaktır. Örneğin bir ebeveyn çocuğunun işlemekte olduğu suçu önlemeyi ihmal ederlerse, çocuğun işlediği suça yardım eden olarak sorumlu olacaklardır. Aynı şekilde daha önce işlenen bir fiil başka birinin suç işlemesini temin ediyorsa, önceki fiili gerçekleştiren şahıs sonraki suçun işlenmesini önlemediği için bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Örneğin B'ye silah satan A, B'nin bu silahla birini öldüreceğini öğrense ve engel olmasa öldürme fiiline yardım eden olarak cezalandırılacaktır⁸⁴. Diğer

⁸³ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 85.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 104 vd.

görüŖ, failin tespitinde neticenin önlenmesi yükümlülüğünün esas alınacağını, ihmali davranışın icrai davranışla olan eşdeğerliliğinin, yalnızca önlenmesi gereken netice açısından söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ancak bağılı hareketli suçlarda, neticenin önlenmesinin ihmal edilmesi, genel ve soyut bir ihmal değil, suçun kanuni tanımında ifade edilen fiile eşdeğerde bir ihmal olarak ortaya çıkmalıdır⁸⁵. Bizim de katıldığımız diğere görüş ise, neticenin gerçekleşmesini önlemeyen herkes değil, neticenin önlenmesi kendisine yükümlülük olarak yüklenen kişi fail olabilir. Garantörlük dışında suçun işlenişine bulunulan katkı failliğın tespitinde önemli değildir. İhmali suçların en belirgin özelliğı, icrai suç olarak hukuki değeri ihlal eden hakimiyet suçlarının yükümlülük suçlarına dönüşmesidir. Bir başkasının işlemekte olduğu suçu önlemeyen garantör, icrai bir suçun yanında ihmali suç tipi de varsa ihmali suçun failidir. Buna karşılık, ihmali hareket başka birinin fiiline katkı niteliğı taşıyorsa icrai suç açısından yardım eden statüsündedir. Ancak bazı durumlarda istisnai olarak ihmali davranan kişinin ancak Ŗerik olabileceğı ifade edilmektedir. İki halde bunun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Birincisi, başkasının işlediğı suç bizzat işlenebilen suç ise, neticeyi önlemeyen şahsın fail olamayacağıdır. Bu kişi ancak yardım eden olabilecektir. Firar suçunun faili ancak firar eden kişi olacağından firarı engellemekle yükümlü şahıs engellemeyi yapmadığı takdirde firar suçunun faili değil, ancak yardım edeni olacaktır⁸⁶. İkincisi ise amaç, saik gibi özel sübjektif unsur taşıyan suçlarda neticeyi önlemeyen garantörün ancak yardım eden olabileceğidir⁸⁷.

Özgü suçlar kapsamında ifade edilen bir suç şekli de bizzat işlenebilen suçlardır⁸⁸. Bu suçlar, suçun kanuni tanımında yer olan hareketin sadece failin kendi bedensel davranışıyla gerçekleştirebildiğı suçlardır. Söz konusu suçlarda, faillik ve Ŗerikliğın sınırlandırılması için ileri sürülen kriterler başarısız olmaktadır. Bizzat işlenebilen suçlarda fail, suçun kanuni tanımında belirtilen hareketi bizzat gerçekleştirmek zorunda olduğu için, kendi eliyle olmayan müşterek faillik ve dolaylı faillik mümkün değildir⁸⁹. Kanununda belirtti-

⁸⁵ Özgenç, Suça İştirakin, s. 156.

⁸⁶ Örneğın Ceza Kanunumuzda işkence suçunda ihmali davranan kişiyle ilgili hüküm varken, hükümlü ve tutuklunun kaçmasına ilişkin maddede(m.292) bir belirleme yapılmamıştır.

⁸⁷ Bu görüş için ve diğere görüşler için bkz.: Roxin, in: LK, § 25, kn. 204 vd.

⁸⁸ Toroslu, s. 301. Roxin'de yükümlülük suçları içinde görünüşte bizzat işlenebilen suçlara yer vermektedir.Bkz.: Roxin, in: LK, § 25, kn.45.

⁸⁹ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86; Roxin, in: LK, § 25, kn. 40. Aynı şekilde Wessels-Beulke, § 13 II, s.169.

Bağlılık Kuralı

len hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kişiler yalnızca şerik(azmettiren veya yardım eden) olabilir⁹⁰.

Bizzat işlenebilen suçların varlığı esas itibariyle kabul edilmektedir. Tartışılan hangi suçların buraya dahil edileceği ve bizzat işleme için ölçü olan kriterlerin nelerden ibaret olduğudur. Uygulama söz konusu olan suçun lafzını esas alarak ilgili haksızlığın bizzat kendi bedeniyle gerçekleştirilen fiilde olup olmadığına göre karar vermektedir. Bedeni hareket teorisi olarak adlandırılan Beling'in ve Engelsing'in görüşü de benzer sonuca varmaktadır. Bu düşünce netice suçlarının aksine sırf hareket suçlarında bizzat işlenebilen suçları görmektedirler⁹¹. Bir başka ifadeyle, bu suçlarda önemli olan bedenin belli bir tarzda hareket etmesidir. Bunun dışında ortaya çıkan neticeler bizzat işlenebilen suçların gerçekleşmesi açısından önemli değildir⁹². Faille ilgili suçlar görüşü ise, suçun kanuni tanımında suçun işlenişinde kişinin bizzat kendi bedenini araç olarak kullanmasının belirtildiği suçları bizzat işlenebilen suç olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre bizzat işlenebilen suçlarda, fiilin faili, konusu ve aracı aynı kişide toplanmaktadır. Bedeni hareket teorisinden farkı, bedeni hareket teorisinin hareketi esas alması, neticeyi bizzat işlenebilen suç açısından itibar etmemesidir. Faille ilgili suç teorisi ise, neticeyi oluşturan fiilin faille yakın bağlantıda olduğunu kabul etmektedir. Askerlikten firar suçu, sarhoşluk suçu gibi suçlar bu nitelikte suçlardır⁹³. Diğer görüş ise Roxin tarafından ileri sürülen görüştür. Yazar bizzat işlenebilen suçları, gerçek ve görünüşte olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Gerçek bizzat işlenebilen suçlar, suçun kanuni tanımında yer alan hareketin bizzat işlenmesi halinde fail oluna-bilen suçlardır. Bu suçlarda belli bir hukuki değer ihlali söz konusu değildir. Bu suçlar, cezanın belli bir davranışa izafe edildiği(fücur, yetişkin eşcinseller arasındaki aleni olmayan cinsel ilişki gibi) veya belli bir tutum, yaşantı tarzına(fahişelik gibi) bağlandığı suçlardır. Görünüşte bizzat işlenebilen suçlar ise, kaynağını ceza hukuku dışında bulan bir yükümlülüğün ihlalinin söz konusu olduğu suçlardır. Görünüşte bizzat işlenebilen suçlarda söz konusu olan yükümlülük, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin bizzat gerçekleştirilmesi suretiyle ihlal edilebilecek nitelikte bir yükümlülüktür. İfade suçları, ya-

⁹⁰ Wessels-Beulke, § 13 II, s.169.

⁹¹ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86.

⁹² Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 173.

⁹³ Özgenç, Suça İştirakin, s.176, 177; Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86.

lan yere yemin, askerlikten firar gibi suçlar bu kapsamda kabul edilmektedir. Bu suçlarda haksızlık teşkil eden şey, kanunda belirtilen hareketin doğrudan icrası değildir⁹⁴.

Bizzat işlenebilen suçlar kavramı hukukumuzda da ifade edilen bir suç grubu olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁵. Ancak bazı yazarlar tarafından özel yükümlülüğün varlığına istinaden bizzat işlenebilen suç kavramının icadının isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, özgü suçlar için önemli olan özel yükümlülük altında olmaktır. Bizzat işlenebilen suçlar arasında gösterilen yalan şahitlik suçu, ancak şahitlik vasfına sahip bir kişi tarafından işlenebilir. Çünkü hakim önünde belli bir maddi vakıa hakkında gerçeği söyleme yükümlülüğü altında olan bu kişidir. Keza özgü suç olan askerlikten firar suçunun da bizzat işlenebilen suç olarak nitelendirilmesine gerek bulunmamaktadır⁹⁶. Ceza Kanunumuzun düzenlemesine baktığımızda 40.madde, yalnızca özgü suçtan bahsetmiş, bunu da özel faillik niteliğinin söz konusu olduğu suçlar olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla Kanunumuz açısından özel yükümlülüğün söz konusu olduğu tüm suçlar özgü suçlar olarak kabul edilecektir.

Kanun koyucu özgü suçlarla ilgili düzenlemeyi bağlılık kuralının içinde yapmıştır. Çünkü suça katılan kişi özel faillik niteliğini taşımadığı için ancak azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Şeriklerin sorumluluğu, bağlılık kuralı gereğince işlenen suç üzerinden tespit edildiğinden, özgü suçlarda fail olamayan kişilerin, yani azmettiren ve yardım edenin, gerçekleşen haksızlıktan sorumluluğu da bağlılık kuralı gereğince mümkün olmaktadır. Buna bağlılık kuralının çifte fonksiyonu adı verilmektedir. Bağlılık kuralı bir taraftan fiil üzerinde hakimiyet kuramadığı için fail olamayan kişilerin, diğer taraftan da suçun kanuni tanımında ifade edilen özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan kişilerin sorumluluğunu sağlamaktadır. Özgü suçların bu özelliği nedeniyle 40.maddenin 2. fıkrası kaleme alınmıştır. 40.madde özgü suçları tanımlamamış, özel faillik niteliğini özgü suçlar için belirleyici ölçü olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla özel faillik niteliği yukarıda belirtilen belirlemeler ölçüsünde tespit edilecektir.

⁹⁴ Bkz.: Roxin, in: LK, § 25, kn. 44, 45; Özgenç, Suça İştirakin, s.174, 175; Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86.

⁹⁵ Erdem, s. 206; Toroslu, s. 301.

⁹⁶ Özgenç, Suça İştirakin, s.178, 179.

V. SINIRLI BAĞLILIK KURALI

A.Genel Olarak

Bağlılık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağlamaktadır. Sınırlı bağlılık kuralı ise şeriklerin sorumluluğunun kaynağı olan failin fiilinin hangi şarlara sahip olması gerektiğinden yola çıkılarak yapılan belirlemeyi ifade etmektedir. Sınırlı bağlılık kuralına göre, şeriklerin sorumluluğu için kasıtlı işlenmiş haksız bir fiilin varlığı şarttır. Dolayısıyla suça katkıları faillik niteliğinde olmayan kişilerin (azmettiren veya yardım edenin) sorumlulukları için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığını arayan bağlılık kuralına sınırlı bağlılık kuralı adı verilmektedir.

Doktrinde sınırlı bağlılık kuralının iki önemli sonucu üzerinde uzlaşma bulunmaktadır. Bunlardan birincisi azmettiren veya yardım eden olarak bir fiile katkı sağlayan kişilerin, ancak kasıtlı ve hukuka aykırı nitelik taşıyan fiilin gerçekleştirilmesi şartıyla (tamamlanması veya teşebbüs edilmesiyle) cezalandırılabilecekleridir. İkincisi azmettiren ve yardım edenin fail tarafından işlenen fiil çerçevesinde sorumlu olacaklarıdır. Ceza Kanunumuz ilk sonucu bağlılık kuralının düzenlendiği 40.maddenin 1. ve 3.fıkralarında, ikinci sonucu ise azmettirme ve yardım etmenin düzenlendiği 38. ve 39.maddelerinde düzenlemektedir. İşlenen fiil şerik tarafından istenenin gerisinde kalırsa, gerçekleşen durum şeriklik açısından göz önüne alınacaktır. Eğer fiil tamamlanmayıp teşebbüs halinde kalırsa şeriklerin sorumluluğu da bu çerçevede olacaktır. Keza yardım edilen yağma suçu yerine failin hırsızlık suçunu işlemesi halinde şeriklerin sorumluluğu hırsızlık suçuna (m.141) göre olacaktır⁹⁷.

Sınırlı bağlılık kuralı, suça iştirakten ve suça katılanların sorumluluğundan söz edilebilmesi için failin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilinin varlığını aradığından unsurların dışında kalan kusurluluğa, failin sahip olması gerekmemektedir. Dolayısıyla sınırlı bağlılık kuralında, suça katılan her kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. Kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran nedenler kimde varsa o bundan yararlanacak, suça katılan diğer kişileri etkilemeyecektir. Ayrıca suçun işlenişine iştirak edenlerin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler, bu neden kendisinde bulunan kişi açısından sonuç doğuracak, diğer katılanları etkilemeyecektir. Bu belirlemeler sınırlı bağlılık kuralının niteliksel etkisini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle sı-

⁹⁷ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 25.

nırlı bağıllık kuralından ortaya çıkan bu etkilere niteliksel bağıllık kuralı adı verilmektedir⁹⁸.

Sınırlı bağıllık kuralı, suça iştirakten bahsedebilmek için suçun unsurlarının varlığını aramaktadır. Bir suçtan söz edilebilmesi içinse fiilin tamamlanması veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Tamamlanmış suçlarda işlenmiş suçtan bahseden düzenleme, şeriklerin sorumluluğunu sağlamaktadır. Ancak icrasına başlanmış olmakla beraber tamamlanmamış suçlarda, şeriklerin teşebbüs aşamasında kalmış suçtan sorumlu olup olmayacağına da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü teşebbüs halinde kalan suçlara da iştirak edilmektedir. İştirak halinde işlenmeyen suçlardaki failin teşebbüs sorumluluğu, iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumluluğu için de kabul edilmektedir. Çünkü teşebbüs halinde kalmış suçlar da haksızlık oluşturmakta ve bağıllık kuralı şeriklerin sorumluluğunu failin fiiline göre belirlemekte olduğundan, tamamlanmamış suçlarda da şeriklerin sorumlu olması gerekmektedir. Bu sonuca bağıllık kuralının niceliksel etkisi, bir başka ifadeyle niceliksel bağıllık kuralı adı verilmektedir. Çünkü teşebbüs, tamamlanmış suça göre niceliksel bir eksikliği ifade etmektedir. Dolayısıyla bağıllık kuralının uygulanması ve şeriklerin sorumluluğunun doğabilmesi için, fail tarafından suçun tamamlanması veya en azından fiilin işlenmesine teşebbüs edilmesi gerekmektedir⁹⁹.

B. Şartları

Sınırlı bağıllık kuralı, faillik niteliğinde olmayan katkıyla suça iştirak eden azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu için, asıl fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olmasını aramaktadır. Ceza Kanunumuz bu şartları, “kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiil” kavramlarıyla ifade etmiştir.

Faillik, her bir suça ilişkin kanunda tanımlanan haksızlığın gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur. Dolayısıyla fail, kanunda tanımlanan ve haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir¹⁰⁰. Bir başka ifadeyle davranışıyla suçun kanuni tanımındaki maddi ve manevi unsurları bizzat gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir¹⁰¹. Ceza Kanunumuzun 40. maddesinde ge-

⁹⁸ Koca-Üzülmez, s. 418, 419.

⁹⁹ Bkz.: Türk Ceza Kanunu 40.madde gerekçesi. Ayrıca bkz.: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 530; Koca- Üzülmez, s. 419.

¹⁰⁰ Özgenç, Suça İştirakin, s.139.

¹⁰¹ Biz burada doğrudan failliğin tanımını yaptık. Failliğin türüne (müşterek fail, dolaylı fail)

Bağlılık Kuralı

çen ve şeriklerin suça iştirakten dolayı sorumluluğunu doğuran fiil kavramı, fail olmayı sağlayan ve suçun kanuni tanımında tarif edilmiş haksızlığı ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, asıl fiilin suçun kanuni tanımına uygun olması, yani özel kısımda yer alan suçun kanuni tanımındaki tüm objektif(maddi) ve sübjektif(manevi) unsurları yerine getirmesi gerekmektedir¹⁰². Çünkü bugün Ceza Kanunumuzun da kabul ettiği hakimiyet(fail) kriteri¹⁰³, kanuni tanımındaki fiilin(suçun) gerçekleştirilmesi üzerinde hakimiyet kurulmasını ifade etmektedir. Bu hakimiyet de maddi ve manevi unsurları bünyesinde muhafaza etmek durumundadır¹⁰⁴.

Her şeyden önce fail tarafından gerçekleştirilen davranışın fiil niteliğine sahip olması gerekir. Failin yaptığı davranış ceza hukuku anlamında fiil niteliğinde değilse fail ve şerikliğin varlığından bahsedilemez. Ancak bir şahsın mutlak kuvvet kullanılmak suretiyle suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde kuvveti uygulayan doğrudan fail durumundadır. Doğrudan failin fiiline katılanların iştirak ilişkisi de buna göre belirlenmelidir.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiil icrai veya ihmali olabilir. Bugün icrai suçlara iştirak gibi, ihmali suçlara iştirak de kural olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵. Ancak neticeyi önlemekle yükümlü olan şahıs bazı suçlarda fail olamamakta, ancak şerik olarak kabul edilmektedir. Eğer garantörün önlemekle yükümlü olduğu suç bizzat işlenebilen suç ve garantörün ihmali davranışı da bu suç tipini oluşturmuyorsa, bizzat işlenebilen suçu önlemeyen garantör bu suçtan şerik olarak sorumlu olmaktadır¹⁰⁶. Örneğin hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin 292.maddeye göre, suçun faili tutuklu veya hükümlü olacağından gözetim yükümlülüğüne sahip görevlinin kaçmaya müdahale etmemesi bu suça yardım eden olarak nitelendirilmesini sağlayacaktır.

Suçun kanuni tanımında asıl fiili karakterize eden unsurlar söz konusuysa bunların da gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin failin belirli sıfat ve ni-

farklı belirlemeler söz konusu olabilir. Diğer faillik türleri için bkz.: Erdem, s. 206 vd.

¹⁰²Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 27; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 24.

¹⁰³Erdem, s.206. ayrıca 37.madde gerekçesine bakınız.

¹⁰⁴Özgenç, Suça İştirakin, s. 145.

¹⁰⁵Kabul edilmeyen durumlar ve ihmali suçlara iştirak için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 147 vd.; Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 278 vd.

¹⁰⁶Roxin, in: LK, § 25, kn. 209.

teliğe sahip olması aranıyorsa, suçtu gerçekteştiren kişinin bu sıfata sahip olması gerekir. İşlenen fiil başka bir suç oluşturmadığı müddetçe, bu nitelik ve sıfata sahip olmayan kişilerin yaptığı hareket kanuni tanımda belirtilen suçtu ve faillğini oluşturmayacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi faillğın olmadığı yerde şerikliğın varlığından bahsetmemiz söz konusu olmayacaktır. Yükümlülük suçlarında veya garantörsel ihmali suçlarda da aynı şey geçerlidir. Keza bizzat işlenebilen suçlarda da suçun faili kanuni tanımda belirtilen fiili bedensel davranışıyla gerçekteştiren kişi olacağından diğer kişilerin fail olması söz konusu değildir. Nitekim 40.maddenin ikinci fıkrası, “özüğü suçlarda ancak özel faillik niteliğı taşıyan kişi fail olabilir” diyerek bu hususu ifade etmiştir.

Suçun kanuni tanımında fiilin kasten işlenmesi dışında başka sübjektif unsurlar da aranmışsa bunların da gerçekteştirilmiş olması gerekir. Çünkü fiilin tüm sübjektif unsurları içermesi gerekmektedir. Örneğın fiilin kast yanında¹⁰⁷ amaç veya saikle gerçekteştirilmesi aranıyorsa ve fail bu saik veya amaç olmadan hareket ettiyse, azmettirme ve yardım söz konusu olamaz. Örneğın hırsızlıkta(m.141/1) yarar sağlamak maksadıyla, insanlığa karşı suçlar açısından(m.77/1), bazı fiillerin “siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle işlenmesi, tefecilik suçunda(m.241) kazanç elde etmek amacı bu niteliktedir. Bu manevi unsura ilişkin haksızlık unsurlarının yalnızca failde bulunması gerekir. Azmettiren veya yardım edenin bu haksızlık unsurlarına sahip olması gerekmemektedir. Failde olduğunu bilmek şartıyla şerikler gerçekteşen suçtan azmettiren veya yardım eden olarak sorumludurlar. Örneğın, hırsızlıkta failin yarar sağlamak amacını bilen, ancak kendisinde bu amaç bulunmayan şerik, hırsızlığa şeriklikten ceza alabilir¹⁰⁸. Eğer amaç, saik arayan suçlarda, neticeyi önlemekle yükümlü olan şahıs (garantör), bu yükümlülüğünü ihmâl suretiyle yerine getirmemişse yarar sağlamak amacı bulunmadığından fail değil, ancak yardım eden olabilecektir. Örneğın hırsızlık suçunun işlendiğini fark eden gece bekçisi, ihmali davranmak suretiyle neticeyi önlemezse, buna yükümlü olmakla beraber yarar sağlamak amacı taşımadığından fail olamamaktadır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ceza Kanunumuzun sisteminde amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türünü oluşturmamakta, kast gibi suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır(Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.272, 273). Bu yüzden amaç veya saik kast kapsamında incelenmemiştir.

¹⁰⁸ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 28.

¹⁰⁹ Roxin, in: LK, § 25, kn. 209. Ancak verilen örnek açısından gece bekçisinin fail mi yoksa şerik mi olduğu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, İhmali suç, s. 289 vd.

Bağlılık Kuralı

Azmettiren ve yardım edenin, dolayısıyla da bu kişilerin sorumluluğunun söz konusu olması için, 40.maddenin de belirttiği gibi asıl fiilin kasten işlenmiş olması gerekir. Kanun koyucu yaşanabilecek tartışmaları önlemek amacıyla fail tarafından işlenen fiilin kasten gerçekleştirilmesini aramıştır. Bu düzenlemeden taksirli suçlara iştirak edilemeyeceği, şerikliğin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ancak şeriklik için asıl fiilin kasıtlı işlenmesini arayan Almanya'da, kast unsurunun kanuna eklenmesinin doğru olup olmadığı noktasında tartışmalar yaşanmaktadır. Tercihin hukuk politikası açısından doğru olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁰. Bu durum aşağıda belirteceğimiz bazı noktalar açısından yaşanmakta olup, haklı nitelik taşımaktadır. İleri sürülen itirazlar aynı kuralı benimseyen ülkemiz açısından da geçerlidir.

İlk durum şerikin yanılarak failin kasıtlı hareket ettiğini düşünmesidir. Bu durumda şerikin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusunun şüpheli kaldığı belirtilmektedir. Kıyas yasağı ihlal edilmeksizin zannedilen kastla yetinilmesi ve şerikin cezalandırılmasının söz konusu olmadığı ifade edilmektedir¹¹¹. Dolayısıyla fail fiili kasten gerçekleştirmediği, şerikin yanılması söz konusu olduğu için, cezalandırılabilir bir şeriklik söz konusu değildir. Belirtilen durumda şerikliğe teşebbüs söz konusudur. Ceza Kanunumuz ise şerikliğe teşebbüsü cezalandırmamaktadır. Ancak Almanya'da azmettirmeye teşebbüs cezalandırılırken, yardıma teşebbüse ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Alman Ceza Kanunu'na göre belirtilen yanılmada azmettirmeye yönelik bir hareket varsa, kişi azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olacak(m.30), diğer tüm durumlarda ise cezasız kalacaktır¹¹². Bir kimse kasıtlı olduğunu düşündüğü bir kişiye zehir temin ederse ve bu kişi de kasıtsız olarak bir kimseyi öldürürse, öldürme suçuna yardımdan dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak taksirle öldürmeden sorumlu tutulma imkanı vardır. Bu da yapılan fiile uygun olmayan bir cezadır¹¹³. Çünkü suç kasten işlenseydi öldürmeye yardımdan cezalandırılacakken, örnekte taksirle öldürmeden cezalandırılacaktır.

Bugün artık özgü suçlarda kastsız davranan ve fakat doğrudan hareket eden şahsı araç olarak kullanan kasıtlı kişinin fail olamaması anlaşılabilir. Buna çeşitli itirazlar yöneltilmektedir. Çünkü bu suçlarda araç şahsı kas-

¹¹⁰ Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 29; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 26..

¹¹¹ Jescheck, s. 594.

¹¹² Jescheck, s. 594; Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 30.

¹¹³ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 30.

tı ortadan kaldıran hataya sevk etmek suretiyle veya var olan hatadan yararlanmak suretiyle suç işleyen kişi fail olamamaktadır. Ancak böyle bir hataya sebep olmaksızın veya var olan hatadan yararlanmaksızın, bir başka ifadeyle kast sorunu söz konusu olmaksızın, doğrudan davranan şahıs arkadaki adamın cebir veya tehdidiyle suç işlemişse, yani arkadaki adam onun suç işlemesine sebep olmuşsa ya da arkadaki adam özel sorumlu olan kişinin haksızlık yanılığını kullanmışsa kasıt unsuru ortadan kalkmadığı için bu fiilleri gerçekleştiren arkadaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır¹¹⁴.

Kast unsurunun aranması taksirli davranan kişinin arka plandaki kişi tarafından suçun işlenmesinde kullanılması durumunda da olumsuzluklara sebep olmaktadır. Belirtilen durum özgü suçlar için geçerlidir. Özgü suçlarda taksirli hareket eden kişiyi (özel faillik niteliğine sahip kimseyi) kullanan ve kendisi bu niteliğe sahip olmayan kişi fail olamamaktadır. Ancak azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Ancak öndeki kişi taksirle hareket ettiğinden ve taksirli suçlara iştirak söz konusu olmadığından bu kişiyi kullanan arkadaki şahıs azmettiren veya yardım eden statüsünü edinmemektedir¹¹⁵.

Sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde aranan kast unsuru bazı durumlar açısından da zorluklara sebep olmaktadır. Özellikle doğrudan davranan kişinin bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılmasının 40.madde anlamında kast kapsamına girip girmeyeceği tartışılmaktadır. Bir görüş, doğrudan davranan şahsın hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, kastı ortadan kalktığından, dolayısıyla da kasten işlenmiş bir haksızlık bulunmadığından cezalandırılabilir bir şerikliğin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ancak fiile katkı sağlayan kişi, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hataya düşüldüğünü biliyorsa veya öndeki şahsı hataya sevk etmişse kastsız davranan bu kişiyi araç olarak kullanan arkadaki şahıs dolaylı fail olur. Bunun için yanılmayı bilen arkadaki şahsın fail olma özelliğine sahip olması gerekir. Diğer görüş ise bunu kabul etmemektedir. Bu görüşe göre, eğer asıl fail hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşmüşse asıl fiilin kasıtlılığı söz konusudur. Çünkü bağlılık kuralı çerçevesinde aranan kast fiil kastıdır (kanuni tanıma ilişkin kasttır, unsur kastıdır). Yani maddi unsura ilişkin bilmeyi içermektedir. Hukuka uygunluk sebepleri-

¹¹⁴ Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff., kn. 30, 31.

¹¹⁵ Gropp, s. 382.

Bağlılık Kuralı

nin maddi şartlarındaki hatanın ilgili olduğu kast belirlenmesi ise bu çerçevede değildir. Aksi durumda kabul edilemez kanun boşlukları oluşurdu¹¹⁶. Dolayısıyla bu görüş maddi unsurlara ilişkin kastın ortadan kalktığından yola çıkmak suretiyle dolaylı failliği izah etmemektedir. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde maddi unsurlara ilişkin kast değil, bilakis kastın cezası (cezalandırılabilen kast) ortadan kalkmaktadır. Hatta burada katı kusur teorisinin savunduğu gibi, haksızlık yanılığının kabul edilebileceği de belirtilmektedir¹¹⁷.

Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinde hataya ilişkin bu durum özgü suçlarda daha da önem kazanmaktadır. Nitekim bu durumun özgü suçlarda pratik bir önemi olduğu belirtilmektedir. Özgü suçlarda bu niteliğe sahip olmayan bir kimse sahip bir kimseyi hukuka uygunluk sebebinin şartları konusunda kandırmak suretiyle suç işlemeye yönlendirirse sorumlu olacak mıdır? Örneğin bir kimsenin bir doktoru susma yükümlülüğü olmadığını söyleyerek kandırması suretiyle sırrın açıklanmasına sebep olması bu niteliktedir. Biraz önce belirttiğimiz görüşler, aynı gerekçelerle sorunu incelemektedirler. Bir görüş hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında yanılma durumunda cezalandırılabilen bir kast bulunmadığından doktorun cezalandırılmasının söz konusu olmadığını belirtmektedir. Fiilin taksirli şekli cezalandırılmadığından doktorun taksirli sorumluluğu da söz konusu değildir. Arkadaki şahıs doktor olmadığı ve susma yükümlülüğü olmadığı için, yani özgülük niteliğine sahip bulunmaması nedeniyle dolaylı fail olamaz. Ancak arkadaki şahsın en azından azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Çünkü bağlılık kuralı anlamında failde aranan kast, fiile(kanuni tanıma) ilişkin kast olarak anlaşılmalıdır. Hata anlamında kasttan ayrılmalıdır. Fiile ilişkin kastta maddi unsura ilişkin bilgi yeterlidir. Fiil kastında, failin doktorlukla ilgili bir sırrı açıkladığının bilincinde olması yeterlidir. Buna karşın yaygın düşünce kast kavramını hata öğretisinden ayırmayı reddetmektedir. Bu görüşe göre, kasıtlı esas fiilin eksikliğinden dolayı arkadaki kişinin cezalandırılması söz konusu değildir¹¹⁸.

¹¹⁶ Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 32.

¹¹⁷ Bkz.: Roxin, in: LK, §25, kn.82.

¹¹⁸ Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 26. Ayrıca bkz.: Aynı yazar, kn.27,28. Türk Hukukunda bir görüş, özgülüğe sahip olmayan bir kişinin kanunun aradığı özelliğe sahip kişi tarafından kasıtsız işlenen asıl fiilden dolayı ne dolaylı fail olarak ne de azmettiren olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. Aynı görüşe göre kanunun aradığı özelliğe sahip olmayan kişinin esas itibarıyla cezasız kalması gerekir. Bu istenmeyen bir netice olabilir. Bu gibi durumlarla ilgili olarak kanun koyucu ya özel suç tipleri düzenlemek veya genel hükümlerde bir belirleme yapmak şeklinde bir tercihi suç politikası çerçevesinde benimseyebilir(Özgenç, Suça

Ceza Kanunumuz 40.maddesinde (2.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 tutulur” düzenlemesini getirmiştir. Dolayısıyla özgü suçlarda bu sığata sahip olmayan arkadaki şahsın kanunun aradığı şartı taşıyan kişiyi suçun işlenmesinde kullanması halinde fail olması söz konusu değildir. Geriye yalnızca şerikliğin uygulanması imkanı kalmaktadır. Eğer kast kavramı tek bir anlamda kabul edilirse şerikliğin uygulanmasına da 1.fıkra hükmü engel olmaktadır. Ortada cezai bir boşluğun olduğu tartışmasıdır. Bunun için kanunun aradığı şartı taşımayan kişinin bu şartı taşıyan bir kişiyi kandırmak suretiyle suç işlemeye yöneltmesi durumunda da, yani kastı olmayan bir kişiyi suça azmettirmesi halinde de cezalandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu tür olayları kapsayacak bir düzenlemeyi kanuna eklemesi gerekmektedir. Ancak böyle bir düzenleme şu an için kanunumuzda bulunmamaktadır. Arkadaki kişinin ya cezasızlığını kabul etmek, ya da cezalandırılmasını bir gerekçeyle izah etmek gerekmektedir. Biz cezalandırılmasını kabul ettiğimizden kast kavramının ilk görüş anlamında yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Yani faillik niteliğini taşıyan kişi, suçun maddi unsurlarını bilerek hareket ediyorsa kastın varlığı kabul edilmelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde cezalandırılabilen bir kastın olmadığı benimsenmelidir. Bunun sonucu olarak da faillik niteliği taşıyan kişinin suç işlemesine sebep olan diğer şahsı azmettirmeden dolayı sorumlu tutmak gerekmektedir.

Özgü suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinde hataya düşen şahsa bilerek yardım niteliğindeki hareketlerde bulunan kişi için de aynı şekilde düşünmek ve şerikliği kabul etmek gerekir¹¹⁹.

Asıl failin haksızlık yanılığısı içinde olması halinde ise, bu hata kastla ilgili olmayıp kusurlulukla ilgili olduğundan kast şartı gerçekleşmiş olur. Şeriklik başkasının haksızlık teşkil eden fiiline katılmayı gerektirdiğinden ve belirtilen durumda da bu söz konusu olduğundan iştirak gerçekleşmiştir. Dolayısıyla şeriklik mümkündür. Hatanın kaçınılmaz olup olmaması önemli değildir. Dolaylı faillik de mümkündür. Eğer arkadaki kişi doğrudan davranan kişi-

İştirakin, 208, 209). Diğer görüş ise, kanunun aradığı niteliğe sahip olmayan kişinin dolaylı fail olarak gerçekleşen suçtan sorumlu olacağını kabul etmektedir(Dönmezer-Erman,II, s. 504, 505). Bazı yazarlar ise, özgü suçları tek başına işleyemezse de ona iştirak edebileceğini ifade etmektedirler(Toroslu, s.300, 301).

¹¹⁹ Ancak konu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.203, 204.

Bağlılık Kuralı

nin haksızlık yanılığını biliyorsa ve bu kişiyi suçun işlenmesinde kullanıyorsa dolaylı faillikten dolayı sorumlu olur¹²⁰.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda da kastedilenden ortaya çıkan başka veya ağır netice açısından ortakların sorumlu olup olmayacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun için iştirak edilen suçun kasıtlı suç olması, yani failin kasten hareket etmesi gerekir. Çünkü taksirli suçlarda da(m.89) netice sebebiyle ağırlaşan suç hallerine yer verilmiştir. Ancak taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Kasten işlenen suçtan ortaya çıkan ağır veya başka netice açısından şeriklerin sorumlu olup olmadıklarının tespiti netice sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından kabul edilen sisteme bağlı olarak çözülecektir. Dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağır netice açısından sorumluluk için failde olduğu gibi şeriklerin de en az taksirinin bulunması gerekir. Burada kast-taksir kombinasyonu olduğu için gerçekleşen ağır neticenin şeriklere yüklenebilmesi gerekir¹²¹. Ağır veya başka neticenin meydana gelebileceğinin muhtemel olduğu durumlarda şeriklerin sorumlu olduğu konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Kasten yaralamasının netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinde olduğu gibi¹²².

Şeriklerin bağlılık kuralı gereğince failin işlediği suçtan sorumlu olmaları için failin fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. Eğer fail hukuka uygun davranıyorsa fiili suç teşkil etmeyeceğinden Ceza Hukuku anlamında sorumluluğu doğuran olan bir azmettiren veya yardım edenden bahsedilemez. Şerikin fiilinin hukuka aykırı olduğunu zannetmesi, örneğin suç olduğunu düşünerek bir kimseyi azmettirmesi hukukumuz açısından cezalandırılan bir hareket olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi şerikliğin cezalandırılabilmesi açısından önemlidir. Cezalandırılabilirlik şartı gerçekleşmediği sürece azmettiren veya yardım eden de cezalandırılmaz. Çünkü bu şartın gerçekleşmediği durumda asıl fiilin ve bu nedenle de şerikin ceza sorumluluğun-

¹²⁰Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 33.

¹²¹Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§25ff.,kn. 34; Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 495. Ayrıca bkz.: Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı(C. I), Genel Hükümler, İzmir Şerhi, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2005, s. 450

¹²²Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 481, 482

dan söz edilemez¹²³. Örneğin hileli iflas suçunda(m.161) cezalandırılabilirliğin varlığından bahsedebilmek için iflase karar verilmesi gerekmektedir. İflasa karar verilmediği takdirde azmettiren veya yardım edenin cezalandırılması mümkün değildir.

Şeriklerin bağıllık kuralı gereğince sorumlulukları için katıldıkları suçun işlenmiş, yani tamamlanmış olması gerekir. Çünkü kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı aranmaktadır. Ancak kesintisiz suçlar, suçun icrasının devam ettiği suçlar olduğundan söz konusu suçların bitmesine kadar iştirak mümkündür. Dolayısıyla bu tür suçlarda suçun işlendiğinden söz edebilmek için suçun bitmesi gerekmektedir. Ama her zaman iştirak halinde işlenen suç tamamlanmamış, yani teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu gibi durumlarda da haksızlık olduğundan, bir başka ifadeyle korunan hukuki değer ihlal edildiğinden bağıllık kuralının niceliksel etkisi gereğince suça katılanlar teşebbüs halinde kalan suçtan sorumlu olacaklardır. Kanunumuz da 40.maddenin 3.fikrasında, “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” şeklinde belirleme yapmıştır. Belirtilenlerin doğal sonucu olarak, suça iştirakte sorumluluk için failin icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir. İcra hareketleri başlamadığı müddetçe şeriklerin sorumluluğu söz konusu değildir. Teşebbüs edilen şeriklik Ceza Kanunumuzun genel hükümlerine göre sorumluluğu gerektirmemektedir. Ancak bazı ülke kanunlarında azmettirmeye teşebbüsle ilgili hüküm bulunmakta ve bu tür eylemlerin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanununun 30.maddesi, “her kim bir başkasını cürüm işlemeye veya ona azmettirmeye teşebbüs ederse, suça teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası § 49 1 uyarınca hafifletilir” hükmüyle cürümlere azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılacağını hükme bağlamaktadır. Ceza Kanunumuzun genel kısmında bir düzenleme yoksa da bu konuyla ilgili olarak özel kısmında bazı belirlemeler yapılmıştır. Örneğin suç işlemeye tahrikin düzenlendiği 214.madde, başkalarının suç işlemeye tahrik edilmesini yaptırım altına almaktadır.

İştirakte şeriklerin sorumluluğu için icra hareketlerinin başlaması gerekmele birlikte suça iştirak etmek için icra hareketlerinin başlaması şart değildir. Nitekim azmettirme zorunlu olarak asıl fiilin icrasından önce gerçekleşir. Aynı şekilde yardım da genellikle fiilin işlenmesinden önce söz konusu olur.

¹²³Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 39.

Bağlılık Kuralı

Ancak bunların bir değer ifade edebilmesi için failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir¹²⁴. Ancak bazen kanun koyucu hazırlık hareketi taşıyan bir fiili bağımsız suç olarak düzenleyebilmektedir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak fiili (m. 220) gibi.

Sınırlı bağlılık kuralında şeriklerin sorumluluğunu sağlayan asıl fiil, iştirak iradesindeki suçtur. İştirak iradesindeki suçtan başka bir suç işlenmişse, kural olarak şeriklerin bu suçtan sorumlulukları yoktur. Önemsiz sapmalar hariç. Ama burada ayrıma gidilmesi de lüzumludur. Eğer işlenen suç daha hafif suçsa, şeriklerin sorumluluğu için işlenen suçla iştirak iradesindeki suçun aynı nitelikte olması gerekir. Farklı nitelikteyse şeriklerin sorumluluğu söz konusu değildir. Daha ağır suçlarda şeriklerin sorumluluğu söz konusu değildir¹²⁵. Netice sebebiyle ağırlaşan suçlar için yukarıda yaptığımız belirlemeler geçerlidir.

C. Kusurluluk

Sınırlı bağlılık kuralı, şeriklerin sorumluluğu için haksızlık teşkil eden fiilin yapılmış olmasını yeterli kabul etmekte, failin kusurluluğunun önemli olmadığını benimsemektedir. Bu kurala göre kusur suça katılan herkes için ferdi olarak belirlenmelidir¹²⁶. Failin veya şeriklerin kusurluluğu kendi sorumluluğunun belirlenmesinde etken olup, diğerlerinin sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmaz. Nitekim bu Ceza kanunumuzun 40.maddesinin 1.fıkrasının ikinci cümlesinde, “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” düzenlemesini taşımaktadır.

Kusurun ferdi olarak benimsenmesi her şeyden önce kusurluluğu kaldıran sebepler için geçerlidir. Kaçınılmaz haksızlık yanılığı(m.30/4), kusur yeteneğine sahip olmama(m.31/1,2, 32/1, 33), algılama yeteneğini ortadan kaldıran veya irade yeteneğini önemli ölçüde azaltan geçici nedenler veya irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma(m.34/1), zorunluluk hali(m.25/2), meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaştan aşılması(m.27/2) bu niteliktedir. Ancak bu gibi hallerde şeriklik ih-

¹²⁴Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 8.Baskı, Ankara 2005, s. 243.

¹²⁵Ayrıntılı bilgi için bkz.: Önder, C.II-III, s. 450, 451, 452; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 481; Özbek, s.450,451; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s.495,496.

¹²⁶Roxin, in: LK, § 29, kn.1.

timali büyük pratik bir anlam kazanmamaktadır. Çünkü bir kimse suçun gerçekleştirilmesinde (fail olarak) kusuru olmayan bir kişiyi kullandığında çoğunlukla dolaylı faillik mevcuttur¹²⁷. Eğer suça katılan bir kimse failin kusur yeteneği bulunmadığını biliyorsa veya kusur yeteneği olmayan bir çocuğu suç işlemeye azmettirmişse kural olarak dolaylı fail olur (karşılaştırınız m.37/2, 38/2). Aynı şey, kusurluluğu ortadan kaldıran duruma arkadaki kişinin sebep olması halinde de geçerlidir¹²⁸. Burada asıl tartışılan mazeret sebebi¹²⁹ teşkil eden zorunluluk hali ile meşru savunmada sınırın aşılmasında, failin mazur görülen fiiline iştirak eden şeriklerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Kabul etmeyenler olmakla birlikte hakim görüş, şeriklerin cezalandırılacağı yönündedir¹³⁰. Ancak bu durumun şerikin sorumluluğunu cezanın azaltılması nedeni olarak etkilemesi gerektiği ifade edilmektedir¹³¹. Kanun koyucu açıkça kastın varlığını aradığından, kusurun bireysel olarak göz önüne alınacağını ve şeriklere yansıtılmayacağını belirttiğinden, son görüşe katılıyor, şeriklerin sorumluluğunun mevcut olduğunu ifade etmek istiyoruz. Ancak tabi ki şeriklerin cezasının tespitinde bu durum göz önüne alınabilir.

Kusurluluğu azaltan nedenler (haksız tahrik, kaçınılabilir haksızlık yanılığı, kusur yeteneğini azaltan akıl hastalığı gibi), bu neden kimde varsa onu etkileyecektir. Dolayısıyla failde bulunan kusur yeteneğini etkileyen bir neden şeriklerin sorumluluğunda etkili olmayacaktır¹³².

Ceza Kanunumuz bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddede (1.fikra/2. cümle), kusurun dışında aynı zamanda diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebeplerin de göz önünde bulundurulmayacağını belirtmiştir. Kanun koyucu suçun haksızlık unsurlarını oluşturmayan veya suçun nitelikli unsurları kapsamına girmeyen hallerin sorumluluk üzerindeki etkisini ayrıca düzenlemiştir. Bu nedenler kişiyle ilgili olduğundan sadece kendisinde bulunan için hukuki sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla bu neden kimde varsa o yaralanacak,

¹²⁷Roxin, in: LK, § 29, kn. 2.

¹²⁸Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 37.

¹²⁹Mazeret sebepleri kusurluluğu etkileyen nedenlerin değişik bir ifadesi olarak kabul edilmektedir. Mazeret sebepleri için bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 378,379; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri (C. I), Manisa 1982, s. 253,254. Ayrıca hukuka uygunluk sebepleri kapsamında bkz.: Erem-Danişman-Artuk, s.549 vd.; Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s.84..

¹³⁰Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 24; Roxin, in: LK, § 29, kn. 3.

¹³¹Roxin, in: LK, § 29, kn. 3.

¹³²Roxin, in: LK, § 29, kn. 4.

Bağlılık Kuralı

suça katılan diğer kişilerin sorumluluğu üzerinde etkili olmayacaktır. Adından da anlaşıldığı gibi bu neden şahsi nitelikte olduğu için, failde bulunan kişisel cezasızlık sebepleri şeriklerin sorumluluğu üzerinde etkili olmayacaktır. Çünkü bu şartların varlığı halinde fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen çeşitli nedenlerle kişiye ceza verilememektedir¹³³.

Madde metninde cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerden söz edilmiş, indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler belirtilmemişse de, kusur yeteneğini azaltan nedenlerde olduğu gibi, cezada indirimde gidilmesini gerektiren nedenler de göz önünde bulundurulacak, ancak sadece ilgisi için geçerli olacaktır. Çoğun kabul edildiği yerde azda benimsenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran nedenlerin ilgili suç ortağı hakkında hukuki sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Dolayısıyla failin ceza alınmasını veya cezasında indirimde gidilmesini gerektiren neden yalnızca fail açısından hüküm doğuracak, fiil haksızlık teşkil ettiği için şerikler bundan yararlanamayacak ve indirilmemiş ceza ile sorumlu tutulacaklardır.

Cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenler kapsamına, şahsi cezasızlık nedenleri ile cezayı kaldıran şahsi nedenler girmektedir. Söz konusu nedenler, ya ceza verilmemesini veya cezada indirim yapılmasını gerektirmektedir.

Şahsi cezasızlık nedenleri, suçun icrası sırasında var olan sebeplerdir¹³⁴. Cumhurbaşkanı vatana ihanet dışında sorumlu olmaması, milletvekili sorumsuzluğu, gönüllü vazgeçme (m.41), bazı suçların belli akrabalık ilişkisi içerisinde bulunanlar tarafından işlenmesi(m.273/1, 284/4) veya birbirlerine karşı işlenmeleri(m.167, 245/4)), kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme(m.281/1), işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçtan elde ettiği eşyayı satması(m.165) gibi nedenler cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık nedenleridir.

Cezayı kaldıran şahsi nedenler ise, suçun işlenmesinden (tamamlanmasından) sonra ortaya çıkan ve kişinin cezalandırılmamasını veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren nedenlerdir. Bu halde de işlenmiş bir haksızlık bulduğundan ve sonradan ortaya çıkan şahsi nedenler bu haksızlığı ortadan kaldırmadığından, yalnızca bu neden kendisinde bulunan kişinin cezasını etkilemekte, söz konusu neden kendisinde bulunmayan kişilerin sorumluluğu or-

¹³³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.545.

¹³⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.545.

tadan kalkmamaktadır. İşlenen haksızlığın neticelerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması nedeniyle yalnızca bunu gerçekleştiren kişinin cezası ortadan kaldırılmakta veya azaltılmaktadır¹³⁵. Kanun koyucu bazı suçlar açısından etkin pişmanlık gösterilmesini bu nitelikte kabul etmiştir: Örneğin, hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri vermesi veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilecektir. Dolayısıyla pişmanlığı kim gösterirse o bundan yararlanacak, diğerlerinin sorumluluğu devam edecektir. Bunun dışında etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği belirlenmelere 93,110, 184/5, 192, 248, 254, 269, 274, 281,293. maddeler örnek gösterilebilir.

Yukarıda belirtilen kusurlulukla ve cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerle ilgili belirlenmeler, yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi yalnızca fail-şerik ilişkisi için geçerli değildir. Müşterek faillik de dahil suça katılan herkes için uygulanabilme imkanı vardır.

Kanun koyucu bu şekilde düzenleme yapmak suretiyle ve sınırlı bağlılık kuralını kabul etmek suretiyle şeriklerin sorumluluğunu fail tarafından icra edilen suçun belirlediğini, bunun dışında failin cezalandırılabilir olup olmasının onu ilgilendirdiğini, şeriklerin sorumluluğunda etkili olmadığını veya kişisel nedenlerin ancak kendisinde bulunan kişi için sonuç doğuracağını, bu durumun şerikler için sorumsuzluk veya az sorumluluk doğurmayacağını ifade etmiştir.

D. Nitelikli Unsurların Ortaklara Uygulanması

Kanunlar suçları düzenlerken önce suçun temel şeklini daha sonra da o suçun nitelikli unsurlarını düzenleme altına alırlar. Bu unsurlar, suçun temel şeklinin cezasından daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir neden olabileceği gibi, daha az ceza verilmesini gerektiren bir belirleme niteliğinde de olabilir. İştirak halinde işlenen suçlarda da suçun nitelikli şekilleri somut olayda gerçekleşebilir. İşte bu gibi durumlarda gerçekleşen nitelikli unsurun ortaklara uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Türk kanun koyucusu 40.maddede şeriklerin sorumluluğunun belirlenmesinde suçun nitelikli unsurlarının ortaklara geçişiyle ilgili herhangi bir düzen-

¹³⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.555.

Bağlılık Kuralı

leme yapmamıştır. Konu 765 sayılı Kanun döneminde tartışmalı olduğu gibi günümüzde de tartışmalı ve sorunlu olmaya devam etmektedir.

765 sayılı Kanun döneminde nitelikli unsurlar yerine ağırlatıcı veya hafifletici nedenler ifadesi kullanılmaktaydı. Kanununun 66.maddesinde şahsi ağırlatıcı nedenlerin ortaklara sirayeti düzenleniyordu. Bu nedenin failde veya şerikte olması fark etmiyor, iştirak edildiği anda bilinmiş olmak kaydıyla şahsi ağırlatıcı neden tüm ortaklara uygulanıyordu. Ayrıca maddede kendisinde bu neden bulunmayanlar için cezanın indirilmesi imkanı da getirilmiştir. Kanunun ifadesi indirimin ölüm ve müebbet hapis cezasında mecburi, diğer hallerde ihtiyari olduğu şeklinde kaleme alınmıştı¹³⁶. Bu hüküm şerikte bulunan şahsi ağırlatıcı nedenin fail için de uygulanması yönünden eleştirilmiştir¹³⁷. Doktrinde sorun oluşturan diğer bir konu da, hangi nedenlerin şahsi nitelikte sayılacağıdır. Örneğin bazı yazarlar, fail ile mağdur arasındaki usul-fürü ilişkisini şahsi nitelikte ağırlatıcı sebep sayarken¹³⁸, bazı yazarlar ise hem şasi hem fiili nitelik taşıdığını, ancak fiili yönünün daha bastığını kabul etmekteydiler¹³⁹.

765 sayılı Kanun yalnızca şahsi ağırlatıcı sebeplerin sirayetini kabul etmiş, aynı zamanda fiili nitelikteki ağırlatıcı nedenlerin de ortaklara uygulanacağını benimsemiştir. Fiili ağırlatıcı nedenlerin düzenlendiği 67.madde, yalnızca fiili nedenlerin sirayetini kabul etmemiş, suçun vasfını değiştiren nedenlerin de ortaklar için geçerli olduğu belirlemesini yapmıştır. Fiili ağırlatıcı nedenin fiilin işlendiği anda bilinmek şartı ile suça katılanlardan kimde olduğu önemli değildir. Fiili ağırlatıcı nedenin bulunduğu ortak şerik olsa da faile uygulanması kabul ediliyordu. 66.maddedeki indirim ise bu madde açısından kabul edilmemiştir. 67.madde hükmü, bilme anı açısından şahsi ağırlatıcı neden ile fiili ağırlatıcı neden arasında fark yaratması yönünden eleştiriliyordu¹⁴⁰.

¹³⁶Kanunun ifade tarzı İndirimin zorunlu olduğu izlenimi vermekte ise de, doktrinde kaynak kanun esas alınmak suretiyle tüm cezalar bakımından indirimin ihtiyari olduğu belirtilmiştir: Dönmezer-Erman, II, s.536; Erem-Danişman-Artuk, s.413. Yargıtay ise kanunun ifade tarzına göre karar vermektedir. Bkz.: Önder, C.II-III, s. 471.

¹³⁷Kunter, s. 85; Önder, C.II- III, s. 471.

¹³⁸Dönmezer-Erman, s. 536. Ancak yazarlar, ırza tecavüz veya tasaddinin usulden biri tarafından yapılmasını fiili ağırlatıcı sebep saymışlardır: s. 518.

¹³⁹Erem-Danişman-Artuk, s.414.

¹⁴⁰Dönmezer-Erman, s. 537; Kunter, s. 84; Erem-Danişman-Artuk, 415; Önder, C. II-III, s. 472.

5237 sayılı Kanun ise, nitelikli unsurların geçişiyle ilgili olarak 765 sayılı Kanundaki gibi bir belirleme yapmamıştır. Madde gerekçesinde, “ Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda 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 neden” lerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 43. madde hükümleri metinden çıkarılmıştır” ibareleri yer almaktadır. Ancak Ceza Kanunumuzda düzenleme yapılmaması nedeniyle nitelikli unsurların ortaklara uygulanıp uygulanmayacağıyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Hakeri, cezayı artıran kişisel nitelikli hallerin failer açısından uygulanmayacağını(yalnızca bu neden kendisinde bulunan faile uygulanacağını), buna karşılık diğer ortaklara, yani şeriklere sirayet edeceğini belirtmektedir. Yani failde bulunan nitelikli hal şeriklere, şerikte bulunan nitelikli hal de fail ya da faille uygulanacaktır. Ancak bunun için suça iştirak edenlerin nitelikli halin varlığını bilmeleri gerekir. Cezayı artıran fiile ilişkin nitelikli haller ise, fiilin işlendiği zaman bunları bilen ortaklara sirayet edecektir. Cezanın azaltılmasını sağlayan nitelikli haller ise, kural olarak bütün şeriklere uygulanacaktır. Bunun için nitelikli halin gerçekleşeceğinin kesin olarak bilinmesi gerekir. Cezanın hafifletilmesine yol açan nitelikli hallerden ise bütün şerikler yararlanacaktır. Ancak etkin pişmanlık ve TCK 144/1-b ve 150/1’deki haller, kişisel sebepler olduğundan, bu kimsenin fiiline iştirak eden diğer şerikler indirimden yararlanamayacaktır¹⁴¹.

Özbek, 40.maddedeki kişisel cezasızlık nedenlerine ilişkin düzenlemeden nitelikli hallerin ortaklara sirayetiyle ilgili doğrudan bir sonucun çıkarılmasının zor olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, cezanın artırılması veya indirilmesini sağlayan nedenler, cezalandırmayı engellemezler. Ancak kişisel cezasızlık nedenlerinin düzenlenmesinin karşıt anlamından cezanın artırılmasını ve azaltılmasını sağlayan nedenlerin tüm şeriklere etki edeceğidir. Cezanın azaltılması sağlayan nitelikli hal, bilinsin veya bilinmesin tüm şerikler

¹⁴¹ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2009, s. 428,429.

Bağlılık Kuralı

bundan yararlanacak, ağırlatılmasını sağlayan nedenler ise bilme halinde sirayet edecektir. Bilmenin ise, icra hareketlerinin başlamasından önce veya en geç icra hareketlerinin yapıldığı anda mevcut olması gerekir. Ancak belirtilen bu sonuçlara ulaşılması açısından kanunun ifadesinin son derece yetersiz olduğu ifade edilmektedir¹⁴².

Erdem, 40.maddenin 1.fikrasından yola çıkarak cezanın indirilmesi ve ortadan kaldırılmasını sağlayan kişisel nedenlerin ortaklara sirayet etmeyeceğini, yalnızca bu neden kendisinde bulunan kişinin yararlanacağını, kişisel olmayan cezasızlık veya cezada indirim sağlayan nedenlerin ise tüm suç ortaklarına uygulanacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre cezanın ağırlaştırmasını gerektiren nitelikli neden ise ancak bunu bilene uygulanacak, bilmiyorsa cezası artırılmayacaktır¹⁴³.

Toroslu, karşılaştırılan hareketin sınırı içinde kalmak şartı ile ortaya çıkan farklı sonuçların cezanın artırılması veya azaltılmasını sağlamasına bakılmaksızın faille birlikte tüm ortaklara uygulanacağını belirtmektedir¹⁴⁴.

Demirbaş, nitelikli hallerin suç vasfını değiştirmeyen durumlar olduğunu belirterek suç vasfının değişmesini etkileyen nedenlerin, kusurluluğu etkileyen nedenlerin ve kişisel cezasızlık nedenlerinin bu kapsamda değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda faillerden veya ortaklardan birinde bulunan nitelikli unsurların diğerlerine sirayet edeceğini, bunun için bilmenin yeterli olduğunu ileri sürmektedirler¹⁴⁵

Koca- Üzülmüş, sınırlı bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğu, asıl fiile göre belirlendiğinden nitelikli haller şeriklere uygulanacaktır. Ancak bunun için şeriklerin iradesinin belirleyici olduğunu belirtmektedirler. Nitelikli unsuru biliyorlarsa bu neden kendisine uygulanacak, aksi halde uygulanmayacaktır. Yazarlar nitelikli unsurun uygulanmasını gerektiren nedenlerle ilgili herhangi bir belirleme yapmamaktadırlar¹⁴⁶.

¹⁴² Özbek, s. 449. Ayrıca bkz.: Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s. 494.

¹⁴³Erdem, s. 214, 215; Aynı şekilde Öztürk- Erdem, s. 249, 250.

¹⁴⁴Toroslu, s. 298.

¹⁴⁵Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2009, s. 483, 484.

¹⁴⁶Koca-Üzülmüş, s.420.

Yıldız, failde bulunan kişisel veya fiili ağırlatıcı nedenlerin suça katılanlar tarafından bilinmesi ve kast kapsamında olması şartıyla şeriklere uygulanabileceğini, buna karşın suça katılanlarda bulunan cezanın ağırlaştırmasını gerektiren nedenlerin faile ve diğer suç ortaklarına uygulanabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler¹⁴⁷.

Soyaslan ise, fiile ve şahsa ilişkin ağırlatıcı nedenlerin bilinmesi şartıyla tüm şeriklere sirayet edeceğini belirtmektedirler. Buna karşılık fiile bağlı hafifletici nedenlerin bilen ve bilmeyen tüm şeriklere, şahsa ilişkin ağırlatıcı nedenlerin ise yalnızca bilen şerike etki göstereceğini ifade etmektedirler¹⁴⁸.

Özgenç ise, cezayı artıran veya hafifleten nedenlerin, şahsa bağlı veya fiile bağlı diye ayrılmasının zorluklara sebep olduğunu, günümüz suç genel teorisinin iştirakle ilgili hükümlerine uymadığını belirterek, nitelikli hallerin bilinmesi şartıyla şeriklere uygulanacağını, ancak nitelikli haller açısından özgülük söz konusuysa, yani faille ilgili bir belirleme yapılmışsa, bu suçları ancak özgülüğe sahip fail işleyeceğinden bu niteliğe sahip olmayan kişi ancak şerik olarak sorumlu tutulacak, fail olamayacaktır. Nitelikli halin şerike uygulanması için bilmesi yeterlidir¹⁴⁹.

Bazı yazarlar ise bu konuda herhangi bir belirleme yapmamaktadırlar¹⁵⁰.

Her şeyden önce şunu ifade etmeliyiz ki, Ceza Kanunumuzun 40.maddesinde düzenlenen kişisel cezasızlık nedenleri, suçun maddi unsurları kapsamına girmeyen nedenlerdir. Kendisinde bulunan kişinin bilip bilmemesi, dolayısıyla da suça katılan diğer kişiler tarafından bilinip bilinmemesi de önemli değildir. Kişisel nitelikte olduğu için kendisinde bu neden bulunan kişi dışında diğer suça katılanları etkilemesi de söz konusu değildir. Kanun koyucu kanunilik ilkesi gereğince ve tereddütlere yer vermemek amacıyla bu nedenlerin kime uygulanacağıyla ilgili belirleme yapmıştır. Bu nedenlere bakılarak suçun maddi unsurları kapsamına giren nitelikli unsurların uygulanıp uygulanmayacağıyla ilgili belirleme yapmanın tam doğru olduğunu söylemek

¹⁴⁷Yıldız, Ali Kemal, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007, s. 123.

¹⁴⁸Soyaslan, s.490.

¹⁴⁹Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.490-492.

¹⁵⁰Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2007, s.778, 779; Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu İle İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 2008, s. 524, 525.

Bağlılık Kuralı

mümkün değildir. Maddi unsurlar kast kapsamına girmekte, bir başka ifadeyle kastın suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsamaması gerekmektedir. Aksi takdirde hata hükümleri gereğince sorumluluk tayin edilmektedir. Dolayısıyla şeriklerin sorumluluğu işlenen suça göre olduğundan ve suça iştirak için de şeriklerin kasten hareket etmesi gerektiğinden, kanuni tanımda belirtilen nitelikli unsur veya unsurları bilmeyen kişiye bu nitelikli unsurlar uygulanamaz. Örneğin azmettirmede azmettiren kişinin kasten hareket etmesi gerekmektedir. Azmettirme kastının hem azmettirmeye ilişkin hem de azmettirilen fiile ilişkin iki yönü bulunmaktadır. Azmettiren kişinin azmettirilen fiile ilişkin kastının suçun unsurlarını (nitelikli hal de dahil) kapsamaması gerekir. Kast kapsamında olmayan ve fail tarafından gerçekleştirilen nitelikli unsurlar veya başka suçlar azmettirenin sorumluluğu kapsamına girmez. Keza yardım etme için de yardım edenin kasten hareket etmesi gerekir. Failin yardım edenin kastının dışına çıktığı hallerde yardım eden bundan sorumlu değildir¹⁵¹. Dolayısıyla nitelikli unsurların şeriklere uygulanması azmettirmenin ve yardım etmenin niteliğiyle, bir başka ifadeyle iştirak kastları kapsamında olduğundan kanun koyucu ayrıca bir belirleme yapmamıştır. Bütün bunların sonucu olarak kast kapsamında olmak şartıyla, yani bilmek şartıyla tüm nitelikli unsurlar şeriklere uygulanacaktır. Örneğin babasını öldürmek isteyen kişiye bunu bilerek silah temin eden kişi nitelikli öldürmeye yardım eden olarak sorumlu olacaktır(m.82). D'nin A'yı öldürmesi için azmettirdiği B, A'yı canavarca hisle öldürürse ve D'nin de bu nitelikli unsur açısından kastı yoksa sorumluluğu 81. maddeye azmettirmeden olacaktır. Örneklerden de anlaşılacağı gibi, Ceza kanunumuz bağlılık kuralını olduğu gibi uygulamakta, bazı yazarların¹⁵² belirttiği gibi katı bağlılık kuralını benimsemektedir.

Ancak örnekler incelendiğinde veya değiştiğinde sorun yukarıda yapılan tespitle kolayca çözülsün de, ulaşılan sonuç tatmin edici veya ceza hukuku ilkeleriyle uyusur gözükmemektedir. Örneğin A, B'nin kardeşi C'yi B'nin öldürmesine yardım ediyor. B fail olarak 82.maddeden sorumludur. Bunu bilen A'da 82. maddeden yardım etme nedeniyle sorumludur. Ters durumda ise A kendi kardeşi C'yi öldüren B'ye yardım ediyor. Bu durumda B 81.maddeden sorumlu. A'da 81.maddeden yardım eden sıfatıyla sorumludur. Dolayısıyla A başkasının kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha fazla ceza almak-

¹⁵¹ Azmettirme kastıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, s. 388 vd.; Lackner-Kühl, § 26, kn. 4.; Joecks, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. Auflage, München 2004, s.141, 142.

¹⁵² Koca-Üzülmez, s.420.

ta, kendi kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha az ceza ile sorumlu olmaktadır. Yukarıdaki örnekleri azmettirme şekline uyguladığımızda da aynı sonuçlara ulaşmaktayız. Örneğin A kendi babasını öldürmesi için B'yi azmettirdiğinde 81.maddeden sorumlu olacaktır. Kanun koyucu bu gibi durumlarda 82. maddede belirtilen aile yakınlarını öldürmek istenildiğinde bunu kendilerinin yapmalarını bir başkasına yaptırmalarını, çünkü daha az ceza alacaklarını ifade etmektedir. Ya da birini öldürülmesine yardım edecekse, başkasının yakının öldürülmesine değil de kendi ailenizin öldürülmesine yardım edin daha faydanıza olur diyor.

Kanunun nitelikli hallerle ilgili belirleme yapmamasının diğer bir sakıncası da şudur. Failin sıfatının nitelikli hal olarak kabul edildiği hallerde, fail sıfatına sahip olmayan kişi suçu bizzat işlediğinde daha az ceza almakta, nitelikli hale azmettirdiğinde daha fazla ceza almaktadır. Örneğin resmi belgede sahteciliği bizzat kendi işlediğinde, m. 204/1 göre sorumlu olmakta, kamu görevlisini azmettirdiğinde nitelikli unsur olan 204/2 den ceza almaktadır. Keza müşterek faillik söz konusu olduğunda özel faillik niteliği taşımayan kişi 204/1 den sorumlu olmakta, özel faillik niteliğini taşıyan kimseyi azmettirdiğinde ise 204/2 den cezalandırılmaktadır. Ters düşünülürse, yani bir kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik suçunu kendi işlediğinde daha fazla ceza almakta, herhangi bir şahsı resmi belgede sahtecilik suçuna azmettirdiğinde daha az ceza almaktadır. Belirtilen durumların, işlenen haksızlıkla doğru orantılı olmadığını düşünüyoruz.

Benzer durum müşterek faillik şeklinde icra edilen bir fiile şerik olarak katkı sağlayan kişi açısından da söz konusu olmaktadır. Azmettirme niteliğinde katkı sağlayan kişi, müşterek faillerden biri babasını öldürmesi ve azmettirenin de bunu bilmesi şartıyla 82. madde gereğince sorumlu olacaktır. Fiili kendisi icra ettiğinde 81.maddeden sorumlu olacak, azmettiren olduğunda 82. maddeden cezalandırılacaktır.

Bağlılık kuralını yukarıda belirtildiği şekilde uygulamak gerçek özgü suçlar, yani kurucu nitelikteki özgü suçlar açısından da sorun doğurmaktadır. Bu durum özgü suçlara azmettiren veya yardım eden olarak katkı sağlandığı durumlara ilgilidir. Dolayısıyla her hangi bir şahıs kanunun aradığı sığa sahip bir kişiyi ancak onun tarafından işlenecek bir suçta azmettirmişse, söz konusu kişi failin işlediği özgü suçtan azmettiren olarak sorumludur. Ters durumda ise, kanunun aradığı sığa sahip bir kişi yine ilgili suç tipinde belir-

Bağlılık Kuralı

tilen sığfata sahip diğer bir kişiye 6zgü suçu işlemeye azmettirirse azmettiren kişi 6zgü suçtan azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi suça azmettiren kişi kanunun aradığı sığfata sahip bir kişi olduğunda bu niteliğe sahip olmayan kişi ile aynı cezayı almaktadır. Aynı durum özel faillik sıfatına sahip olmayan kişinin araç olarak kullanıldığı durum için de geçerlidir(hukuka uygunluk sebeplerinde hataya ilişkin kabul ettiğimiz görüş ağısından). Örneğin Almanya'da failin cezalandırılabilmesinin nedenini teşkil eden özel kişisel vasıflara sahip olmayan azmettiren veya yardım edenin cezası indiriliyor. Özgüluğe sahip olanlar ise indirilmemiş cezaıyla azmettirmeden veya yardım etmeden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Ancak bunun için failin cezalandırılabilmesinin nedenini teşkil eden şeyin özel kişisel vasıf olması gerekmektedir (m. 28/1). Bu özel kişisel vasıfların içine suç tipinde failin şahsıyla ilgili olan belirlemeler girmektedir. Asker olmak, kamu görevlisi olmak gibi vasıflar bu nitelikte kabul edilmektedir. Garantörlük ise herkesle ilgili olduğu, failin şahsıyla ilgili olmadığı için bu kapsamda deđerlendirilmemektedir¹⁵³.

Kanunumuzdaki düzenlemenin şerikliğin bağlılığını katı olarak koruduğunu söylemek mümkünse de, getirilen hükümlerle beklenen amacın sağlandığını ifade etmek mümkün değildir. Dolaysıyla bağlılık kuralının yukarıda belirtilen şekillerde uygulanmasının doğru olmadığını belirtmek istiyoruz. Aynı şekilde bazı yazarlar tarafından belirtildiği gibi nitelikli unsurların şahsa ve fiile bağlı nedenler diye ikiye ayrılması ve her birine farklı esasların uygulanması, kanunumuzda böyle bir ayırım yapılmadığı için sistemimize uygun değildir. Nitelikli unsurların tüm ortaklara uygulanacağını, yani failde bulunan nitelikli unsurun şeriklere şeriklerde bulunan nitelikli hallerin fail ya da faillere bilmek şartıyla sirayet edeceğini belirtmek hem bağlılık kuralının esasına aykırı hem de sorunu çözememektedir. Zira bağlılık kuralı şeriklerin sorumluluğunun kaynağını göstermekte, failin sorumluluğunu tespit etmemektedir. Dolaysıyla şeriklerde bulunan nitelikli unsurların faile uygulanacağını belirtmek bağlılık kuralının esasıyla uygun değildir. Keza bu görüş yukarıda belirtilenlerden bazıları gibi haksız sonuçlara da yol açmaktadır. Özgüluğün söz konusu olduğu durumlarda, örneğin resmi belgede sahteciliği kendisi gerçekleştirdiğinde daha az ceza almakta, bir kamu görevlisini azmettirdiğinde daha fazla ceza almaktadır. Veya birinin babasını kendisi öldürdüğünde 81.maddeden ceza almakta, başka biriyle iştirak halinde(örneğin azmetti-

¹⁵³Gropp, s. 383. Garantörlük ağısından sorunun tartışmalı olduğunu da belirtmek istiyoruz. Bkz.: Tröndle-Fischer, ř 28, kn. 6.

ren olarak) o kişinin babasını öldürmesine katkı sağladığında 82.madde gereğince sorumlu olmaktadır.

Her şeyden önce şunu ifade etmeliyiz ki, şerik, doğrudan değil, başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki değere saldırıda bulunmaktadır. Bu da şerikliğin sadece suçun kanuni tanımına uygun davranan faille mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Ancak başkasının fiiline katılmanın zorunlu, ama her zaman şerikin cezalandırılması için yetmediğini, onun fiilinin de hukuki değeri ihlal etmesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kabul ettiğimiz görüşe göre, şerikliğin haksızlığı kısmen(önemli ölçüde) failin fiilinden, kısmen de katılanın kendisinin hukuki değere saldırısından(haksızlığından) türetilmektedir. Yani şeriklerin cezalandırılması, hem cezalandırılabilir şerikliğin bağlı olmasını hem de şerikin fiilinin de haksızlık ihtiva etmesini gerektirmektedir. Ayrıca Ceza Kanunumuz, azmettirme ve yardım etmenin düzenlendiği 38 ve 39. maddelerinde şeriklerin cezasının işlenen suça göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bilindiği gibi suç kavramı, temel şeklini ifade ettiği gibi, nitelikli halini de kapsamaktadır (m.43). Keza Kanunumuz sorumluluk için faili ve onun cezasını ölçü almamıştır. Bu belirtilenler ışığında daha önce ifade edilen sakıncaları da göz önüne alarak sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğu tespit edilirken failin işlediği suça bağlı olarak ceza tayin edilmekle birlikte şerikliğin de göz önünde tutulması şarttır. Ancak bu söylediklerimiz nitelikli hal açısından özgülük taşıyan, yani görünüşte özgü suçlar için geçerlidir. Dolayısıyla babasını öldürmesi için bir başkasını bu fiil için azmettiren kişi, fail 81.maddeden sorumlu olsa da kendisi 82. maddeden sorumlu olmalıdır. Fail 81.maddeden sorumlu olmakta, çünkü ölenle kendi arasında kanunun aradığı anlamda usul-füru şeklinde bir özgülük bulunmamaktadır. Azmettiren babasını öldürmeye azmettirdiğinden, onun için babasını öldürmeye azmettirmekten sorumluluk tayin edilmelidir. Başkasının babasını öldürmeye azmettirdiğinde ise, fail 82. maddeyi ihlal etmiştir. Kanunumuzun düzenlemesine göre, fail olamayan veya özgü suça katılan kişiler azmettiren veya yardım edem olarak işlenen suçtan sorumlu tutulurlar. Ancak burada failde varlığı söz konusu olan özellik azmettiren veya yardım edende bulunmamaktadır. Taşımadığı bir nitelikten dolayı cezasını artırmak doğru değildir. Kendisi için herhangi birinin öldürülmesine katkı sağlamak söz konusudur. Azmettiren bulunan bu niteliği bağlılık kuralı gereğince faile uygulayamıyorsa, ceza hukuku yaptırımının haklı ve ölçülü olması esastan hareketle failde bulunanı da azmettiren

Bağlılık Kuralı

veya yardım edene uygulayamayız. Aksi durumda daha önce belirttiğimiz sa-kıncalar ortaya çıkar. Özgürlük dışındaki hallerde failin işlediği suçta bulunan nitelikli haller bilmek şartıyla şeriklere uygulanacaktır. Örneğin nitelikli hal-lere ilişkin saik, amaç gibi unsurlar özgürlük niteliği taşımadığı için failde bu-lunan bu unsurlar bilmek şartıyla şeriklere uygulanacaktır. Örneğin failin suç delillerini gizlemek için birini öldürdüğünü bilen ve bu fiile yardım eden kişi fail gibi 82.maddeden sorumlu olacaktır. Aslında burada her ne kadar 40.mad-denin gerekçesinde kişisel fiili ayırımın doğru olmadığı belirtiliyorsa da, kişi-sel kavramının özelliğinden dolayı bu neden kimde varsa onun hakkında ge-çerli olması gerekir. Bu neden kendisinde olamayan kişinin cezasını sırf bili-yor olmasından dolayı artırmak doğru değildir. Daha önce kanunumuzda böy-le bir neden olmadığı için bunun uygulanmasının tam doğru olmadığını belirt-miştik. Tam doğru değil, çünkü, kanunumuzda böyle bir ayırma yer verilme-miştir. Ama doğru, çünkü kişisel nitelikteki nedenleri, kendisinde bulunma-yan kişiye uygulamamız gerekmektedir. 40.maddede özgürlüğe yer verildiği için belirlememizi bu noktadan yaptık. Ancak en doğru seçim, tüm tereddütle-ri ve eleştirileri ortadan kaldıracak değişikliğe gitmektir. Örneğin sınırlı bağ-lılılık kuralının geçerli olduğu Almanya’da Alman Ceza Kanunu’nun 28.mad-desinde kişisel nitelikteki nedenlerin(artıran, ortadan kaldıran veya azaltan) ancak kendisinde bulunan kişiye uygulanacağına ilişkin hüküm bulunmakta-dır(2.fıkra). Kanunumuzda da özgürlüğe yer verdikten sonra benzer düzenle-meye gidilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz cezanın ağırlaştırılmasını sağlayan nitelikli unsur-larla ilgili açıklamalar cezanın indirilmesini sağlayan haller için de geçerlidir. Cezanın indirilmesini sağlayan nedende özgürlük varsa bu yalnızca fail için geçerli olacak. Şerikte böyle bir neden varsa o zamanda yalnız kendisinde bu-lunan şerik bundan yararlanacaktır. Özelliği taşımayan şerik ve faile uygula-namayacaktır. Diğer durumlarda failin gerçekleştirdiği suçta bulunan cezanın indirilmesi nedenleri suça katılan herkese uygulanacaktır.

SONUÇ

Ceza Kanunumuzun 40.maddesi, esas olarak iki açıdan sorun doğurmaktadır.

Bunlardan birincisi kasten işlenmiş bir failin aranmasından kaynaklan-maktadır. Bu durum özgü suçlar açısından geçerlidir. Kasıtsız davranan, fa-

kat doğrudan hareket eden bu şahsı kullanan arkadaki kişi düzenleme gereğince özgü niteliğe sahip olmadığından dolayı fail (dolaylı fail) olamamaktadır. Söylenenler hem taksirli hareket eden hem de hata içerisinde bulunan kişiyi suç işlemekte kullanan kişi için geçerlidir. Dolaylı fail olamayan kişi aynı zamanda asıl fiilin kasıtlılığını arayan düzenleme nedeniyle azmettiren veya yardım eden statüsünü de edinmemektedir. Belirtilen nedenlerle kasıtsız davranan öndeki kişiyi kullanan arkadaki şahsın cezasız kalmaması ve uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri ortadan kaldırmak için kanunumuzda bu konuyla ilgili düzenleme yapılması gerekmektedir.

İkincisi ise, suçun nitelikli unsurlarının şeriklere uygulanmasıyla ilgilidir. Failde bulunan nitelikli unsurların hiç ayrıma yer verilmeksizin şeriklere uygulanması birçok açıdan haksız sonuçlara neden olmaktadır. Kanunun düzenlemesi özellikle 82.maddede belirtilen yakınların öldürülmesinde başkasından yararlanılması gerektiğini önerir niteliktedir. Nitelikli unsurlar konusunda hangi hallerde failde bulunan bu unsurların şeriklere uygulanacağıyla değil, uygulanamayacağıyla ilgili olarak kanunumuzda belirlemeler yapılmalıdır. Çünkü önerilecek veya uygulanacak tüm çözümler tartışmalı kalacaktır. Bütün bunların önüne geçilmesi için açıkça belirlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.