

ALMAN CEZA HUKUKUNDA FAİLLİK

Elvan KEÇELİOĞLU*

Yeni Türk Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun hazırlanırken, bu kanunun İspanya'dan Rusya'ya kadar bir çok ülkenin kanunları göz önüne alınarak hazırlandığı söylenmiştir. Ancak hiç şüphe yok ki yeni kanun hazırlanırken en çok göz önünde tutulan Alman Ceza Kanunu'dur. Bu bakımdan bugün Türk ceza hukuku alanında ve Türkçe'de Alman ceza hukukuna ilişkin çalışmalar düne göre daha önemli bir hale gelmiştir. Bu çalışmada iştirak kalıplarından yalnızca failliğin Alman Hukuku'nda görünüşü üzerine notlar almaya çalışılmıştır. Suç ortaklığı, ağırlaştırıcı unsurların sirayeti, suç planı dışına çıkma, iştirakin değişik suçlarda ortaya çıkışı ile ilgili, konular çalışma sınırının dışında tutulmuş, yeri geldikçe kısa bilgiler verilmekle yetinilmiştir.

1. Genel Olarak

Alman ceza hukuku genel hükümlerinin temeli; tipik, hukuka aykırı ve kusurlu hareketi sorgulayan ve bunların açıklanmasını sağlayan sorular üzerine kurulmuştur. Bir suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilip, gerçekleştirilmediği; eğer birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmişse, bunların suçun gerçekleşmesinde ne biçim bir rol aldıklarına ilişkin tartışmalar bunları takip etmektedir.¹ Bu iki aşamalı çalışmaların amacı iki başlık altında toplanabilmektedir.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilimdalı araştırma görevlisi.

¹ Gropp Walter, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil 2. Auflage Berlin 2001, s. 325.

a. Kim(ler); tipik, hukuka aykırı ve kusurlu hareketi gerçekleştirmektedir? Fail(ler) Kim(ler)dir?

b. Birden fazla kişi suçu gerçekleştirmişse bunların arasındaki rol dağılımı nedir? Aslında bunların arasındaki rol dağılımının tesbit edilmesindeki başlıca amaç, yine kimin fail olduğunun bulunmasıdır. Tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiili kim işlemiştir? Fail belirlendiğinde, suça katılan fakat fail olarak nitelenemeyen kişilerin sorumluluk formları kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

Suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesinin üst başlığı olarak iştirak kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu üst kavram kendi içerisinde faillik ve şeriklik olarak iki alt temel kavrama ayrılmakta² ve bunlara ilişkin öğretilerin birleşmesinden oluşmaktadır. Alman hukukunda prensip sadece tipik fiili gerçekleştiren kişinin cezalandırılmasıdır ve kanunun özel hükümleri buna göre dizayn edilmistir. Bu bakımdan teşebbüs ve iştirake ilişkin düzenlemeler, tipikliğin sınırlarını genişleten, tipiklik dışında kalan kişilerin cezalandırılmasına yol açan düzenlemeler olduğundan, bunlar aynı zamanda cezai sorumluluğun sınırlarını da genişleten düzenlemelerdir.

Ceza hukukunda, birden fazla kişinin farklı ağırlıktaki rollerle suç işlemeleri durumunda nasıl cezalandırılacaklarına ilişkin sorunun cevabı iki şekilde verilmektedir.³

a. Teklik (Eşitlik) sistemi: Tipik fiilin gerçekleşmesinde aldıkları rollere bakılmaksızın suça katılan tüm kişiler fail olarak nitelenmekte ve suçun tam cezası ile cezalandırılmaktadır. Teklik sistemi iştirake kademeyi ve şerikler arasına hiyerarşi sokulmasını tamamen reddetmektedir. Her fail kendi kusurlu ve hukuka aykırı fiilinden suçun en azından teşebbüs aşamasında ortaya çıkması ile sorumludur. Kişinin illiyet bağı zinciri içerisinde suçun gerçekleşmesini sağlayacak bir hareket yapması yeterlidir. Failin kusuru ve bunun derecesi somut cezanın tayininde dikkate alınan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ Ancak kişisel özelliklerin ağırlaştırıcı sebep olarak belirlendiği suç tiplerinde

² Gropp, s. 325 Ancak Alman hukukunda bir başkasının işlemiş olduğu yabancı bir fiile katılmak olarak iştirak; müşterek failliği ve şerikliği kapsamaktadır bu bakımdan Faillik başlığı altında incelenen, tek başına fail, dolayısıyla fail ve yan yana faillik bir bu anlamda bir iştirak şekli değildir.

³ Haft,Fritjot, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil 5. Auflage München 1992, s. 186.

⁴ Kindhauser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Auflage* Baden Baden 2002, s. 388.

ve özgü suçlarda sadece bu özelliklere sahip kimselerin fail olarak nitelenmesi zorunluluğu, iştirakte herhangi bir kademeye yer vermeyen teklik sistemini, cezalandırma prensipleri bakımından zaafiyete uğratmıştır,⁵ Alman Kabahatler Kanunu ve Avusturya Ceza Kanunu(m. 12-13) suça iştirak bakımından teklik sistemini kabul etmiş kanunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Her ne kadar Alman Ceza Kanunu'nun (ALCK) reform çalışmaları sırasında teklik sistemi önerilmişse de bu kabul görmemistir.⁷

b. İkilik sistemi: İştirakte ikilik sisteminin tarihi kökenleri 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nda, 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda ve 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda bulunabilir. Bu üç kanunda faille, suç ortağı arasına cezalandırma bakımından farklılıklar koymuş ve bunları farklı iştirak formları olarak düzenlemişlerdir. İkilik sisteminde suça katılan kişiler arasında aldıkları role karşı verilecek cezalar bakımından bir ayrıma gidilmektedir. Suça katılan kişilerden bazıları fail olarak nitelenip suçun karşılığı olan tam ceza ile cezalandırılırken, diğer kimseler suç ortakları olarak nitelenmekte ve aldıkları rollere bakılarak değişik cezalar ile cezalandırılmaktadır. Hiç kuşkusuz bu sistem herkesin kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılmasını sağlamaya daha yatkın bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸

Alman ceza hukuku ikilik sistemine uygun olarak kendi ceza kanununda bir farklılıklaşmaya gitmiştir. Suça iştirak eden kimseleri "*Failler ve Şerikler*" olarak ikiye ayırmıştır. Alman Ceza Kanunu'nun 25. maddesine göre faillik;

- a. Tek Başına Faillik,
- b. Dolayısıyla Faillik,
- c. Birlikte Faillik olarak

Üç değişik şekilde düzenlenmiştir. Bunlara bazı somut olayların çözümünde kullanılmak üzere doktrin tarafından geliştirilmiş olan

- d. Yanyana Faillik

kurumunu da eklemek gerekmektedir.

⁵ Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre 2. Auflage. 1991 Berlin s. 595.

⁶ Jakobs, s. 596.

⁷ Gropp, s. 330 .

⁸ Kindhauser, s. 381.

Şeriklik ise, Alman Kanunu'nun 26. ve 27. maddelerinde "Azmet-tirme ve Yardım Etme" olarak ikiye ayrılmaktadır.⁹

Kanunun kabul ettiği sistemin sonucu olarak fail; kanunda gösterilen tipik fiili gerçekleştiren kişidir.

Şeriklik ise; bu suça azmettirici ya da yardım eden olarak katılan kimseyi ifade etmektedir. Almanya'da iştirake ilişkin hükümler bu günkü halini 1975 tarihli Ceza Hukuku Reformu ile almıştır.¹⁰

Alman hukukunda faillikle suç ortaklığı arasındaki ilişki 3 cümle ile özetlenmektedir

- a. Fail; şerik olmayandır.
- b. Şerik; sadece fail olmayanlar olabilir.
- c. Failsiz, şeriklik olamaz.¹¹

Bu özet seklindeki 3 cümledende anlaşılacağı gibi Alman Ceza Kanunu'nda fail, şerikliğe göre daha merkezi bir rol üstlenmiştir. Alman Kanunu'nda, azmettiricilik ya da yardım etme tanımlanırken bir başkasını kasıtlı ve hukuka aykırı harekete azmettirme ve bir başkasının kasıtlı ve hukuka aykırı hareketine yardımdan bahsedilmektedir. Bu doktrinde "Bağlılık" suç ortaklığının faillğe bağlılığı olarak ifade edilmektedir. Ancak bu bağlılık sınırlı bir bağlılıktır. Buna göre her suç ortağı kendi kusurlu fiilinden dolayı sorumludur. Failin kusursuz oluşu(yaş küçüklüğü, akıl hastalığısebebiyle ya da bir mazeret sebebi altında fiili gerçekleştirmesi halinde) kusursuz failin hukuka aykırı fiiline iştirak mümkündür.

2. Fail – Şerik Ayrımı

Alman hukukunda faillik ve suç ortaklığı arasındaki ayrımının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Çünkü

⁹ Yeni Türk Ceza Kanunu için eski kanundan farklı olarak tek bir kaynak kanundan bahsetmek olanaksızdır. Her ne kadar YTCK'nın genel hükümlerinden Kıta Avrupası'nın değişik ülke kanunlarının izleri gözlemlensede en çok etkilenilen kanunun Alman Kanunu olduğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle de İştirake ilgili düzenlemeler Alman Kanunu'yla büyük benzerlikler göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Roxin Claus, Isfen Osman Der Allgemeine Teil des neuen türkischen strafgesetzbuches, Golttdammer's Archiv für Strafrecht . 2005/4 s. 228-243.

¹⁰ Joecks, Wolfgang, Studien Kommentar STGB. 5. Auflage München 2004, s. 111.

¹¹ Gropp, s. 330.

faillik ve şeriklik arasındaki ayırım bazı konularda sorunlu olmaktadır. Özellikle birlikte faillik ile yardım etme arasındaki sınırın çiziminde ve dolayısıyla faillik ve azmettirme arasındaki sınırların çiziminde güçlükler yaşanmaktadır.¹² Ayrıca özgü suçlar, ihmali suçlar ve yükümlülük suçları ile iştirak kurumu birleştiğinde konu teorik olarak daha da zorlaşmaktadır. İşte faillik ve şeriklik arasındaki kıstasları belirlemeye çalışan teoriler bunun yanı sıra, ihmal ve özgü suçlar bakımından da değişmeyecek kıstaslara yer vermeye çalışmıştır.

Bu teoriler kendi içerisinde eski ve yeni olarak adlandırılabilir. Eski teorilerin başlıcaları; aşırı subjektif teori, şekli objektif teori ve maddi objektif teoridir. Güncel teoriler ise, hakimiyet teorisi, bütünlük teorisi ve geliştirilmiş subjektif teoridir.¹³ Burada Alman uygulamasına etki eden teorilerden en önemlileri genel hatlarıyla tanıtılacaktır.

a. Biçimsel-Objektif Teori

Biçimsel Objektif teori Alman hukukçuları Liszt/Schmidt ve Hippel tarafından geliştirilmiş¹⁴ ve 1930 lu yıllara kadar geçerliliğini sürdürmüş bir teori olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵ Bu teoriye göre tipikliğin objektif ve subjektif unsurlarını kendi davranışları ile kısmen veya tamamen gerçekleştiren kişi fail olarak adlandırılmaktadır. Şerik ise, bu durumlar dışında kalan ve almış olduğu rol herhangi bir hazırlık ve yardım hareketi olarak adlandırılabilir kimsedir. Bu teoriye göre iştirak, tipikliği genişlettiği için cezai sorumluluğun sınırlarını da genişleten bir kurumdur.¹⁶

Bir örnekle açıklamak gerekirse;

A ve B hırsızlık yapmak için karar almışlar bu karar gereğince; A, soyulacak eve girmiş B ise onu arabada beklemiştir. Bu örnekte sadece A fail olmaktadır çünkü kanunda tanımlanan tipik hareketi sadece A yerine getirmiştir.¹⁷

¹² Kinhauser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2. Auflage 2002, Baden Baden s. 388.

¹³ Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II 2003, München s. 78 Woelk, Birgit, *Täterschaft bei zwei aktigen Delikten* 1993 Berlin, s. 22-26.

¹⁴ Gropp, s. 332 Burada Listz'ın modern ceza hukuku doktrinini kuran kişilerden olduğunu hatırlamakta fayda vardır.

¹⁵ Hauf, Claus – Jürgen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2001, Neuwied s. 76.

¹⁶ Haft, s. 188.

¹⁷ Haft, s. 188.

Bu teori dolayısıyla faillik kurumunu açıklayamaması ve özellikle organize suçlulukta örgüt liderinin cezai statüsünü tanımlayamaması dolayısıyla yoğun eleştirilere uğramıştır.¹⁸ Ancak faillik ile şeriklik arasında kesin sınırlar çizebilmesi teorinin en kuvvetli yanını oluşturmaktadır.

b. Subjektif Teori

Yargı içtihatlarında geçmişte yaşam alanı bulmuş bir teoridir. Ancak Alman Kanunu 25-I(tek başına faillik) yürürlüğe girdikten sonra kullanılmamıştır.¹⁹ Bu teoriye göre fail, fail olma isteğini içeren ve buna göre hareket eden, fiili kendisi için isteyen kimsedir. (animus auctoris) Şerik ise, sadece katılma isteğiyle hareket eden herhangi bir asli faillik isteği bulunmayan, fiili başkası hesabına gerçekleştiren(animus socii) kimsedir.

Yukarıdaki örneğe dönecek olursak;

Burada (B) araç içerisinde oturmasına rağmen içerisinde asli faillik kastı taşıyorsa fail olabilmekte (A) ise yeri geldiğinde şerik olarak cezalandırılabilmektedir.

Bu teori gerçek anlamda faillik ve şerikliği açıklamaktan çok uzaktır. Her olaya uygulanacak kesin kıstaslar gerçekleştiremediğinden yoğun eleştirilere uğramıştır. Ancak Alman yargı içtihatlarında yer alan iki tanınmış eski-olaya uygulanmıştır. Babasından korktuğu için yeni doğmuş gayri meşru çocuğunu boğmak isteyen Anne A, kendisi çok güçsüz olduğu için kızkardeşi ile beraber çocuğu öldürmüştür. Olayın çözümünde bu teoriden yararlanan mahkeme, anneyi fail olarak cezalandırırken, kızkardeşi sadece yardım etmeden sorumlu tutmuştur. Başka bir olayda ise sovyet gizli servisinde çalışan bir ajan, Almanya da birden fazla adam öldürmüştür. Alman Mahkemesi ajanın bu suçları gizli servis hesabına ve onun baskısı altında yaptığını karar vererek ajanı sadece yardım etmeden sorumlu tutmuştur. Kuşkusuz Alman Ceza Kanunu'nun yeni hükümleri karşısında olayların çözüm şekilleri farklı olacaktır.²⁰

¹⁸ Haft, s. 188.

¹⁹ Haft, s. 188.

²⁰ Haft, s. 189 .

c. Hakimiyet Teorisi

Teoriyi ilk geliştiren ve tanımlayan Maurach olsa da, teori bugünkü şeklini Roxin'in çalışmaları ile almıştır.²¹ Objektif ve subjektif teorinin hareket noktalarından yola çıkan bir sentez arayışına girişmiştir.²² Alman doktrininde bu teoriyi objektif ve subjektif yönlü hakimiyet teorisi olarak ikiye ayırıp inceleyen yazarlar da vardır.²³ Bu teoriye göre Fail; iştirak halinde işlenen bir suçta merkezi anahtar ve hakim hareketi yapan suç sürecini kendi özgün iradesi ile yöneten ve bu süreci durdurabilme erkine sahip olan kişidir. Bu kişi aynı zamanda kanundaki hareketi gerçekleştirecek subjektif iradeye de sahip olması gerekmektedir. Suçun gerçekleşme erkini elinde bulundurmaksızın suça katılan kimseler şerik olarak tanımlanmaktadır. Suça katılım hareketi kanundaki tipik hareket dışındaki hareketlerdir. Hakimiyet teorisi de kendi içerisinde alt dallara ayrılmaktadır.

aa. Hareket Üzerinde Hakimiyet: Buna göre Fail, kendi hareketiyle kanunda tanımlanmış tipik sonucun gerçekleşmesine yol açan kimsedir. Alman Ceza Kanunu'nda tanımlanmış tek başına failliği açıklamak için kullanılmaktadır.

bb. İrade Üzerinde Hakimiyet: Kendisi fail olmak kastıyla bir başkasını suçta araç olarak kullanan ve onun tipik hareketi gerçekleştirmesini sağlayan kişi, araç olan kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmuştur. Bu teori Alman Ceza Kanunu'nda dolayısıyla faillik kurumunu açıklamak için kullanılmaktadır.

cc. Fonksiyonel Hakimiyet: Burada fail suçu baska birisiyle ya da birileriyle beraber işlemektedir. Ancak kişinin hareketi fonksiyonel bir anlam taşımaktadır. Burada fail olarak kabul edilen kişinin hareketi olmaksızın suç planının başarıya ulaşması söz konusu değildir.²⁴ Bu kıstasda Alman hukukunda, müşterek faillik düşüncesini açıklamak için kullanılmıştır.

Bu üç kıstasa göre fiil üzerinde hakimiyet kuramayan kişiler iştirakte fail olarak nitelenemezler. Bu kişiler iştirakte, azmettirici ya da yardım eden sıfatıyla suç ortağı olarak sorumludurlar.

²¹ Gropp, s. 334, Roxin teori üzerindeki en önemli eseri "Täterschaft und Tatherrschaft" adlı doçentlik çalışmasıdır. Bkz., Joecks. s. 113

²² Haft, s. 189

²³ Karşılaştırmak için bkz., Gropp 332

²⁴ Hauf, s. 76

Hakimiyet teorisi gerek subjektif teorinin getirmiş olduğu güvensiz faillik yaklaşımını ortadan kaldırması gerekse failliğin değişik ortaya çıkış biçimleri olan dolayısıyla faillik ve müşterek faillik düşüncelerini açıklayabilen kıstaslar getirmiş olması dolayısıyla diğer teorilere göre üstünlük kazanmıştır. Bu teori de kuşkusuz diğer teoriler gibi kusursuz değildir. Aralarında Schmidhauser, Jakobs ve Stein gibi ünlü Alman ceza hukukcularının da bulunduğu kimseler tarafından ciddi eleştirilere uğramıştır. Bu eleştiriler ışığında çeşitli kısımları değiştirilmiş, çeşitli kısımları sağlamlaştırılmıştır.²⁵ Ancak hiç kuşkusuz şu an için Alman Hukukunda en çok üzerinde durulan ve geçerli kabul edilen teori olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Alman uygulamasının sadece bu teoriye dayandığı söylenemez. Alman içtihatları, dar subjektif teori ve hakimiyet teorisini temel alıp çeşitli destek ölçüler kullanarak sonuca ulaşmaktadır.²⁶

3. Faillik Formları

a. Tek Başına Faillik

Alman Ceza Kanunu'nda (§25 I) tanımlanmıştır. Tek başına fail kendi davranışı ile tipikliğin objektif ve subjektif unsurlarını kendisi gerçekleştiren kimsedir. Bugün için problemsiz bir alan olarak görülmektedir.²⁷ Ancak tek başına failliğin söz konusu olabilmesi için suç tipinin buna uygun olması gerekmektedir. Alman kanunda yer alan doktriner tartışmalarda da ağırlıklı olarak yer tutan öyle suç tipleri vardır ki, bu suçların işlenebilmesi için failin belli bir hukuki statüde yer alması gerekmektedir. Gerek özgü suçlar, gerek bizzat işlenebilen suçlar gerekse yükümlülük suçları ancak belli kimseler tarafından işlenebilir. Bu suçlarda faillik niteliğine sahip olmayan herkes ancak şerik olarak sorumlu olabilmektedirler.

b. Dolayısıyla Faillik

Alman Ceza Kanunu (25/ II) de düzenlenmiştir. Buna göre suçu bir başkası vasıtasıyla işleyen kimseye dolayısıyla fail adı verilmektedir.

²⁵ bkz., Joecks. s. 113

²⁶ Haft, s. 189

²⁷ Haft, s. 194

Burada temel olarak kanundaki tipik filli gerçekleştiren kişi (öndeki kişi, araç kişi) ve işlenmesini sağlayan (arkadaki kişi) dolayısıyla fail, olmak üzere iki kişi vardır ve öndeki kişi, dolayısıyla failin aleti durumundadır. Burada dolayısıyla fail öndeki kişinin hareketini cebir, tehdit ya da bir hata vasıtası ile yönetmektedir. Suç üzerindeki esas hakimiyet öndeki kişinin üzerindeki iradi hakimiyet dolayısıyla, dolayısıyla faile aittir. Ayrıca dolayısıyla failin suç ve öndeki kişi üzerindeki hakimiyeti öndeki kişinin zihni bir zayıflığından ortaya çıkmış olabilir. Örneğin öndeki kişi akıl hastası ya da cezai sorumluluğu olmayan bir çocuk olabilir. Dolayısıyla failik durumunda suçun tipik hareketini gerçekleştiren öndeki kişinin cezai sorumluluğundan (taksirli suçlara ilişkin tartışmalar ve failin arkasındaki fail öğretisi bir yana bırakılırsa) bahsedilemez.

Dolayısıyla faillik çeşitli formlarda ortaya çıkmaktadır. Bu formları belirleyen husus öndeki kişinin yapmış olduğu hareketin hukuki nitelenmesine dayanmaktadır.

ba. Hareketin Tipik Olmaması

Alman doktrininde verilen tipik örnek mağdurun ve alet olarak kullanılan kişinin birleştiği durumlardır. Bir kişinin kendisini öldürmesi ve yaralanmasının sağlanması buna örnektir.²⁸ Örneğin öndeki kişinin yüksek gerilim hattına dokunmasına yol açarak ölümüne yol açan dolayısıyla fail Alman Kanununun 212. madde gereğince niteliksiz adam öldürme suçundan sorumludur. Doktorun bilinçli bir şekilde hastaya yanlış tanı koyup kanser olduğunu söyleyerek intiharına yol açması örneğinde olduğu gibi, kişinin bilinçli bir şekilde intiharına yol açmakta buradaki dolayısıyla faillik kurumuna örnektir.²⁹

bb. Araç Kişinin Kusurlu Olmaması

Alet olarak kullanılan kişinin kastının ortadan kaldırıldığı fiili hata durumuna düşürüldüğü durum anlatılmak istenmektedir.³⁰

²⁸ Bu olaylarda dolayısıyla fail Alman CK'nın 211 ve 223. maddeleri gereğince sorumludur.

²⁹ Gropp, s. 339, burada da doktor, Alman Kanunu'nun 212 ve 25 maddeleri dolayısıyla Dolayısıyla fail olarak adam öldürmeden sorumludur.

³⁰ Ayrıca özel kast gerektiren suçlar bakımından özel kastın bulunmadığı durumlarda dolayısıyla faillik durumuna yol açabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Gropp, s. 340.

Otelde konuk olarak kalan hırsız H aynı odada kaldıkları M nin kol saatini odadaki masa üzerinde bıraktığını farketmiş, oda görevlisi (O) dan saatini odada bıraktığını getirmesini rica etmiştir. (O) saati odadan alarak(H)'ye teslim etmiştir. Burada (O), kastı olmadığı için hırsızlık suçundan sorumlu değildir. (H) dolayısıyla fail olarak sorumludur.³¹

Ayrıca kişinin yaşamına, vücuduna ve özgürlüğüne karşı bir eylemle kusurluluğu ortadan kaldıran ıztırrar hali (AL.CK.35) çerçevesinde kişinin suç islenmeye zorlanması durumunda öndeki kişi değil, onu bu suç işlemeye mecbur kılan kişi dolayısıyla fail olarak sorumludur.³² Örneğin; başkasının kafasına silah dayayarak ona suç işletmek.

bc. Hareketin Hukuka Uygun Olduğu Durum

Bu durumda da alet olarak kullanılan kişinin hareketi hukuka uygundur. Hareket suçun oluşabilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık unsurundan yoksundur. Örneğin;

A kasıtlı ve yalan bir ithamla baskasının yakalanmasına yol açmıştır. Burada ceza kovuşturma organlarının hareketi hukuka uygundur, Ancak A kişi özgürlüğünün sınırlanması suçundan dolayısıyla fail olarak sorumludur.³³

Dolayısıyla failiğin kanunun uygulanmasında oynadığı en önemli rol, öndeki failin hareketinin suç için gerekli olan tipiklik ve hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı durumlarda arkadaki kişinin cezalandırılmasının sağlanmasıdır. Her ne kadar bu gibi durumlarda azmettiricilik kurumu akla gelse bile, kişinin azmettirici olarak sorumlu olabilmesi için, tipik ve hukuka aykırı bir haksızlığın bulunmuş olması gereklidir. Bu ve benzeri hukuki durumlarda azmettiricilik sıfatı için gerekli olan objektif ve subjektif koşulları sağlaması söz konusu değildir.

Öndeki kişinin hata durumuna düşürüldüğü durumlarda, kanunda düzenlenmiş ise araç olarak kullanılan kişinin taksirli sorumluluğundan bahsedilebilmektedir. Öndeki kişinin taksirli sorumluluğunun olması dolayısıyla failin kasıtlı sorumluluğunu etkilememektedir. Taksirli suçlarda dolayısıyla faillik durumu yoktur. Çünkü başkasının iradesi

³¹ Haft, s. 88.

³² Gropp, s. 337.

³³ Haft, s. 89.

üzerinde bir egemenliği gerektiren dolayısıyla faillik kurumunun yapısı taksirli hareketlere uygun değildir.³⁴ Ayrıca bizzat işlenen suçlar ve özgü suçlar bakımından dolayısıyla faillik söz konusu olmamaktadır.³⁵ Ayrıca ihmal suretiyle işlenen suçların yapısı da dolayısıyla faillik kurumuna uygun değildir. Çünkü garantörlük görevinin bilerek ihmal edildiği durumlarda artık doğrudan faillik söz konusu olmaktadır.³⁶

c. Müşterek Faillik

Alman Ceza Kanunu'nun 25. maddesi 2. fıkrasında müşterek failliği tanımlamıştır. Buna göre, suçu baska birisi ile ortaklaşa gerçekleştiren (irtikap eden ve beraber gerçekleştiren) kişiler müşterek fail olarak cezalandırılmaktadır. Müşterek bir suçun beraberce gerçekleştirilmesi prensibine dayanmaktadır. Beraberce işlemekten kasıt, müşterek faillerin fiili bilinçli ve istekli bir şekilde beraberce gerçekleştirmeleridir.³⁷ Suç, müşterek faillerin eşit partnerler şeklinde karşılıklı çalışmalarının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Değişik zamanlardaki değişik objektif katkılardan hangilerinin yardım etme hangilerininse müşterek faillik olarak niteleneceği tartışmalar yaratmıştır. Bunun ortaya çıkarıldığı hukuki belirsizlik ortamını fonksiyonel hakimiyet teorisi ortadan kaldırmaya çalışmıştır.

Bu teoriye göre failin müşterek fail olarak sorumlu tutulması için, suç planı doğrultusunda karşılıklı bir işbirliği içerisinde suçu beraberce gerçekleştiren kimselerin fiili üzerinde ortaklaşa hakimiyet kurmaları asıdır.³⁸ Hazırlık hareketlerinin beraberce yapılmasının sonuçta müşterek faillğe yol açıp açamayacağı tartışma konusu olmuştur, ancak doktrindeki ağırlıklı görüş bunun yeterli olmadığı hiç bir hazırlık hareketine katılmanın, fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kuramayacağı yönündedir.³⁹

Ancak karşıt görüşte olanlar ise, hazırlık aşamalarında yapılmış bir hareketin suç için olmazsa olmaz koşulda bulunduğu ve suçun gerçekleşme aşamasının bu harekete dayandığı durumlarda müşterek

³⁴ Gropp, s. 341, Haft, s. 190.

³⁵ Gropp, s. 341, Haft, s. 190.

³⁶ Gropp, s. 343, Haft, s. 190.

³⁷ Gropp, s. 347.

³⁸ Joecks, s. 129.

³⁹ Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band II 2003 München s. 78 .

failliğin mümkün olduğu görüşündedirler.⁴⁰Müşterek failliğin ortaya çıkarılabilmesi için subjektif ve objektif olmak üzere iki unsurun bir arada bulunması gerekir.⁴¹

Bunlar:

1. Suçu Beraber İşleme Planı ve Kararı, (Subjektif Unsur)

Burada subjektif koşul olarak karşımıza çıkan bu husus suçun birlikte işlenmesi kararının verilmesi ve bunun planlanmasıdır. Ortaklaşa gerçekleştirilecek suç, istisnasız olarak tarafların karşılıklı bilincinin ve istencinin bir ürünü olmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, birbirinden habersiz olarak aynı amaca ulaşmak için çalışan insanlar arasında bu subjektif unsur bulunmazsa herhangi bir müşterek faillik durumu ortaya çıkmamaktadır.⁴² Suçun en başından itibaren suç planı üzerinde beraber çalışılması ve kesinleştirilmesi gerekli değildir.

Başkasının yapmış olduğu suç planı kabul edilerek de subjektif unsur sağlanmış olabilir.⁴³ Suçun birlikte işlenmesi kararı suçu icra hareketlerine başlamadan önce verileceği gibi suç sonuçlanıncaya kadar geçen sürede de verilebilir. Müşterek faillerin, ortaklaşa hareketi sona erdikten sonra, müşterek faillerden birisinin harekete devam ettiği durumlarda artık geçerli suç planından bahsedilemez. Alman Mahkemesi, kızlarını öldürmek isteyen çiftin sonuca ulaştıkları düşüncesi ile icra hareketlerini sona erdirdikleri, adamın olay yerinden ayrılmasından sonra, çocuğun yaşadığını fark eden annenin kızı öldürmesi üzerine vermiş olduğu kararda, müşterek failliğin sadece adam öldürmeye teşebbüste söz konusu olduğunu suçun sona erdirilmesi aşamasında kadının yalnız olduğunu, bu durumda artık ortak suç planından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Suçun sona erdirilmesinin adamın hisleri doğrultusunda gerçekleştirildiği ya da eğer çocuğun ölmediğini farketseydi, muhakkak suçu sonuçlandıracağı gibi tezlerin birer hipotezden ibaret olduğunu ve

⁴⁰ Kindhauser, s. 400. Bu görüşte olanlar organize suç liderlerinin, müşterek fail olduklarına ilişkin görüşlerini bu prensibe dayandırmaktadırlar ve objektif teoriden hareket etmektedirler. Kindhauser, s. 391.

⁴¹ Hoft, s. 197 Roxin kendi çalışmalarında 3. bir unsur daha belirtmektedir, İcra hareketleri aşamasında yapılmış fonksiyonel hareket. bkz., Roxin, s. 78.

⁴² Roxin, s. 78. Bu durumda yanyana faillik müessesesi akla gelmelidir. Ayrıntı için bkz., aşa. başlık "Yanyana Faillik".

⁴³ Roxin, s. 78.

ceza hukukunun hipoteze dayalı sorumluluk kurmadığını söylemiştir. Mahkemeye göre bu tür durumlarda ortak bir suç planından ve bunun beraberce gerçekleştirilmesinden bahsedilemez.⁴⁴

Öte yandan suçun manevi koşullarından olan kast ya da eğer kanunda özel kast aranıyorsa bu hususların failde bulunması gerekir⁴⁵ Bu hususlardan özellikle suçun beraberce bilinerek ve istenerek yapılması hususundan dolayı taksirli suçlar ortaklaşa fail olarak işlenemezler.⁴⁶

2. Suçun Ortaklaşa Gerçekleştirilmesi (Objektif Unsur)

Müşterek failliğin objektif koşulu suçun beraberce işlenmesidir. Burada gerçekleşen suç tipik bir ortak çalışmanın ürünüdür.⁴⁷ Kanuni tanımda yer alan suçun objektif koşullarından bir kısmını gerçekleştiren fail, bu çalışmasıyla suçun gerçekleşmesini mümkün kılmaktadır.⁴⁸ Prensipten itibaren müşterek faillerin suçu beraber irtikap etmeleri asıldır. Ancak suçu beraber işlemek aynı zamanda işlemek anlamına gelmemektedir. Suçun müşterek faillerden herbirince aynı zamanda işlenmesi bir koşul olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bu bakımdan kişinin müşterek fail olarak sorumlu olabilmesi için, suç planı doğrultusunda tipik hareketin en azından bir kısmını gerçekleştirmiş olması gerekmektedir.⁴⁹ Bu hareket suçun gerçekleştirilmesi için fonksiyonel bir anlam taşımaktadır. Hırsızlık suçunda kapıyı maymuncukla açan (A) ve parayı alan (B) farklı hareketleri yapmalarına rağmen müşterek fail olarak sorumludurlar. Suç planı doğrultusunda, kapının maymuncukla açılmasından 1 gün sonra (B) nin parayı alması durumunda da sonuç değişmemektedir.⁵⁰ Burada hareketler eş zamanlı değildir.

Öte yandan suçun beraberce gerçekleştirilmesi koşulunun sağlanabilmesi için faillerden her birinin olay yerinde bulunması da önemli değildir. Olay yerinin uzağından suçun gerçekleştirilmesi için gerekli olan bilginin iletişim vasıtaları ile olay yeri failine aktarılmasında da suç beraber işlenmiş kabul edilir.⁵¹

⁴⁴ Roxin, s. 79.

⁴⁵ Holf s. 197.

⁴⁶ Gropp, s. 347.

⁴⁷ Holf s. 197.

⁴⁸ Roxin, s. 77.

⁴⁹ Gropp, s. 348.

⁵⁰ Roxin, s. 82.

⁵¹ Roxin, s. 82.

Yukardaki örneklerin yan anlamlarından çıkartılacağı gibi, fiil üzerinde ortak hakimiyet kuramamış ve beraberce gerçekleştirilmemiş hareketleri yapan kimseler müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumludurlar.

d. Yanyana Faillik

Kanunda düzenlenmemiş fakat doktrin tarafından işlenen bir faillik formu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihi Roma Hukuku'na kadar dayanmaktadır.⁵² Yanyana faillik, birden fazla kişinin bir suçu, dolayısıyla fail, müşterek fail ve herhangi bir iştirak kalıbı içerisinde olmaksızın gerçekleştirmeleridir.⁵³ Burada dikkat edilmesi gereken failler arasında her hangi bir ortak suç işleme kararının olmamasıdır. Bu karar olmaksızın failler suçun tipik unsurunu gerçekleştirmektedirler.

Yanyana faillik özellikle herhangi bir iştirak formu olmayan taksirli suçlar alanında kendisini göstermektedir ve çeşitli içtihatlarla rastlanmaktadır.⁵⁴ Karşı yönlerden hız limitinin üzerinde araç kullanan (A) ve (B)'nin çarpışması sonucu yaya (O)'nun yaralanmasında Alman Mahkemesi iki tarafı yanyana fail olarak sorumlu tutmuş ve her ikisini de adam yaralamaktan cezalandırmıştır.⁵⁵

Kasıtlı suçlarda seyrek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁶

A ve B beraberce bir evi soymaktadırlar. A ve B arasında ortaklaşa faillğe ilişkin bir plan ve anlaşma subjektif unsur bulunmamaktadır. 242. madde gereğince ayrı ayrı hırsızlık suçundan sorumludurlar.

Yan yana failliğin ceza hukuku dogmatığı bakımından bir anlamı yoktur. Her fail kendi kusurlu hareketine göre cezalandırılmaktadır.⁵⁷ Ancak pratik bir anlamı vardır. ALCK 24/2 ye göre iştirak halinde işlenen suçlardan teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçen kişi, iştirak bağından çözülerek yan fail haline gelmekte o ana kadarki işlemiş olduğu

⁵² *Corpus iuris civilis*'te yer alan haksız fiille ilgili kuralların ceza hukuku alanına aktarılması ile, oluşmaya ve tartışılmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Murmann, Uwe, *Die Nebentaterschaft im Strafrecht*, Berlin 1993. s. 21.

⁵³ Holf, s. 199.

⁵⁴ Holf, s. 199.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Murmann, s. 19.

⁵⁶ Holf, s. 199.

⁵⁷ Roxin, s. 105.

suçlardan yan faillik hükümlerine göre cezalandırılmakta ve teşebbüs edilen suçtan cezalandırılmamaktadır.⁵⁸ Yan yana faillikle ilgili temel problem kişilerin yapmış oldukları fiillerin karşılıklı olarak illiyet bağı zinciri içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Ancak bu sorunun cevabı illiyet bağıyla ilgili genel kurallarda yer almaktadır.⁵⁹

Sonuç

ALCK faillikle ilgili üç kanuni tip düzenlenmiştir. Bunlar, *“Tek Başına Faillik, Müşterek Faillik ve Dolayısıyla Faillik”* tir. Bunlara doktrin tarafından geliştirilen *“Yan Yana Faillik”* kurumu da eklenebilir. Tek-başına fail tipik fiili gerçekleştiren kimse iken, müşterek fail tipik fiili beraberce gerçekleştiren kimseler, dolayısıyla fail ise, suçu bir başkasını araç olarak kullanarak tipik fiili gerçekleştiren kimsedir. Basit olaylar bakımından faillik formlarının ortaya konulması sorun yaratmamaktadır. Ancak olayın içerisine müşterek faillik, özgü suçlar ve yükümlülük suçları gibi nisbeten sıkıntılı konular girdiğinde sorunlar yaşanmaktadır. Bu tür sorunların çözümünde kullanılan ve doktrin tarafından genel kabul gören kıtas *“Hakimiyet Teorisi”* dir.

Yeni Türk Ceza Kanunu incelendiğinde Alman Ceza Kanunu’nun faillikle ilgili hükümlerinin Yeni Türk Ceza Kanunu’nu yoğun olarak etkilediği gözlenmektedir. Bu etki o kadar yoğundur ki kanunun gerekçesinde⁶⁰ Faillikle ilgili temel kıtasın Hakimiyet teorisi olduğu açıkça yazılmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda *“Tek Başına Faillik”*, özel hükümlerdeki tipik fiili gerçekleştiren kimse olduğu için ayrıca düzenlenmemiş, Faillik başlığı altında Müşterek Faillik ve Dolayısıyla Fail düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun’un taksirle ilgili 22. maddenin 5. bendinde *“Birden Fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”* denilmiştir. Bu maddenin uygulaması Alman Hukuku’ndaki yanyana faillikle ilgili tartışmaları akla getirecektir. Hiç kuşkusuz uygulama geliştikçe Alman Hukuku’nda bulunan ve yukarıda anılan ve doktriner tartışmaları beraberinde getiren konular bizimde karşımıza çıkacaktır. Bu tür konularla karşılaşıldığında her hangi bir hataya sebebiyet verilmemesi

⁵⁸ Holf, s. 200

⁵⁹ Roxin, s. 105

⁶⁰ Bkz., 37. maddenin gerekçesi.

için, Türk ceza hukuku doktrinde faillik ve iştirakle ilgili yayınların çoğaltılması ayrıca Alman Doktrininin ve yargı kararlarının bu konudaki birikiminden de azami şekilde faydalanılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Grop Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2, Auflage Berlin 2001.
- Haft, Fritjot, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5, Auflage, München 1992.
- Hauf, Claus - Jürgen, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch*, Neuwied 2001.
- Jakobs Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* 2. Auflage, Berlin 1991.
- Joecks, Wolfgang, *Studien Kommentar STGB*. 5, Auflage München 2004.
- Kinhauser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*: 2, Auflage Baden Baden 2002.
- Murmann, Uwe, *Die Nebentaterschaft im Strafrecht*, Berlin 1993.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II München 2003.
- Roxin Claus- Ifsen Osman, *Der Allgemeine Teil des neuen türkischen strafgesetzbuches*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2005/4 s 228-243. *Strafgesetzbuch*, 40. Auflage München 2005.
- Woelk, Birgit, *Taterschaft bei zwei aktigen Delikten*, Berlin 1993.