

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN İŞTİRAK KURUMUNA BAKIŞI

Mustafa ÖZEN *

İştirak, suçun işlenebilmesi için gerekli olan kişi sayısından en az bir veya daha fazla kişinin o suçu işlemesi halinde, işlenen suç açısından, cezai sorumluluğunun esasını belirleyen ceza hukuku kurumudur. Genel olarak, suçlar bir kişi tarafından işlenebilir. Bu suçların işlenmesine, ikinci bir kişinin katkı sağlaması, ikinci kişi açısından iştirakı oluşturur. Bazı suçlar ise, unsur olarak en az iki veya daha fazla kişinin birlikte bulunmasını gerektirir. Bu suçlara, çok failli suçlar denir. Mesela, rüşvet suçunun işlenebilmesi için, biri kamu görevlisi olmak üzere iki kişinin anlaşması gerekir. Aynı şekilde, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgüt kurma suçunun işlenebilmesi için en az üç kişinin bulunması gerekir. Çok failli suçlara, suçun oluşabilmesi için zorunlu olan sayının dışındaki diğer kişilerin katkısı iştiraki oluşturacaktır.

İştirak konusunda, eşitlik ve ikilik olmak üzere iki farklı sistem bulunmaktadır. Eşitlik sisteminde, suçun işlemesine katkısı olan herkes, indirim olmaksızın işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır. Bir başka ifadeyle, bütün şerikler aynı ceza ile cezalandırılırlar. İkilik sisteminde ise, suça iştirak eden kişilerin, suça katkılarına göre cezalandırılmaları söz konusudur. Bu sisteme göre, şeriklerden bazıları suçun cezasıyla cezalandırılmakta, bazıları ise, daha az ceza ile cezalandırılmaktadır. Hem hem de 5237 sayılı kanun ikilik sistemini benimsemiştir.

Biz bu çalışmamızda, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun iştirak kurumuna bakış açısını incelemeye çalışacağız. Bu incelememizi yaparken, yeni kanunun neler getirip neler götür-

* Ar. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

düğünü belirleyebilmek için, 765 sayılı önceki kanunu da göz önünde bulundurup ilgili bölümlerde farklarına değineceğiz.

I. İŞTİRAKIN KOŞULLARI BİRDEN ÇOK KİŞİNİN BULUNMASI

Suçta iştirakin olabilmesi için, unsur olarak gerekli sayıdaki kişi/lerden çok kişi/lerin suçun işlenişine katılmaları gerekir.¹ Yukarıda kısaca açıklandığı gibi, çok failli suçlarda, suçun oluşabilmesi için zorunlu olan kişi sayısından başka kişilerin, diğer suçlarda ise, ikinci kişinin suçun işlenişine katkı sağlaması, iştirak kurallarının uygulanması için gereklidir. 765 sayılı kanun bu koşulu; *‘Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde’*, 5237 sayılı kanun ise, *‘Suçun kanuni tanımında yer alan fülü birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri’* şeklinde düzenlemişlerdir.

DEĞERLENDİRME

765 sayılı kanun, *‘birkaç kişi’* ifadesini kullanırken, 5237 sayılı kanun, *‘her biri’* ifadesini kullanmıştır. Özü itibariyle birden fazla kişi anlamına gelen bu ifadeler, farklı şekillerde ifade edilmiştir. Dolayısıyla yazım farklılığı dışında öze ilişkin bir farklılık yoktur.

SUÇA KATILMA KASTI

İştirak, bir amaca yönelmiş iradeyi gerektirir. Bu amaç, kanunun suç saydığı neticeyi istemektir. Doğal olarak, bu neticeyi isterken, neticeye götürecek hareketler de bilinip istenecektir. Her suçun somut bir neticesi yoktur. Bu nedenle, neticesiz suçlarda, hukuken korunan menfaatin ihlali istenecektir. Kast, TCK’nun 21. maddesinde, *‘suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi’* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıktığımızda, iştirakte, kastın unsurların bulunması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Taksir, TCK’nun 22. maddesinde, *‘suçun kanunda öngörülen neticelerinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla’* şeklinde tanımlanmıştır. Taksirde, hareket bilerek yapılmakta ve fakat netice istenmemektedir. Dolayısıyla,

¹ Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1989, s. 481.

kastta netice de istendiği için, taksirle işlenen suçlara iştirak mümkün değildir. 765 sayılı kanunda, bu koşulu açıkça görmek mümkün değildir. Ancak, bu koşul, 5237 sayılı kanunun bağlılık kuralını düzenleyen 40. maddesinin 1. fıkrasında, *‘Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir’* şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

DEĞERLENDİRME

Suçta katılma kastı, 765 sayılı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. 5237 sayılı kanunda, bağlılık kuralının bir gereği olarak açıkça düzenlenmiştir. 765 sayılı kanunda, suça katılma kastının açıkça düzenlenmemiş olması ne öğretide ne de Yargıtay içtihatlarında bir eksiklik olarak görülmüştü. Çünkü, iştirak kurumunun niteliği gereği, zaten bu koşul kendiliğinden çıkmaktadır. Bu koşul, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda² da açıkça düzenlenmemiş, fakat İtalyan öğretisinde kabul edilmiştir. 5237 sayılı kanun, bu boşluğu doldurmak amacıyla bağlılık kuralı altında, suça katılabilmek için, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddenin gerekçesine bakıldığında, bu kuralın, suçun işlenişine müşterek fail olanların dışında katkı sağlayan kişilerin cezalandırılmasının hukuki temelini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu, aslında, iştirak iradesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, suça katılma kastı, bağlılık kuralını karşılamaktadır. Gerek öğretide ve gerekse uygulamada herhangi bir tartışmanın olmadığı bu koşulun, açıkça ve bağlılık kuralı altında düzenlenmiş olması, kanunun fazlaca ayrıntıya girdiği izlenimini verebilmektedir. Suça katılma iradesi, en geç, suçun işlendiği ana kadar gösterilmelidir.³

C. ÜZERİNDE ANLAŞILAN SUÇUN AYNI OLMASI

İştirak, kelime anlamı olarak, bir konu üzerinde, bir işin yapılmasında fikir birliğine varma, anlaşma anlamına gelmektedir. Bu anlama uygun olarak, hukuki anlamı da, işlenmek istenen suçun bütün şerikler / suça katılanlar için aynı olması gerekir. Bir başka ifadeyle, şerik-

² 110. madde; ‘Aynı suçun işlenmesine birden çok kişi iştirak ettiği zaman, o kişilerden her biri, ilerdeki kanuni düzenlemelerdeki durumlar hariç olmak üzere, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır’.

³ Antolisei, a. g. e, s. 492.

lerin / suça katılanların aynı suçu işleme iradesi içerisinde olmaları gerekir. Şeriklerden biri, anlaşılardan başka bir suç işlerse, şerikler o suçtan sorumlu olmayacaklardır. Örneğin, konut içinde hırsızlık için anlaşılan üç şerikten A, binaya girdikten sonra, B'ye karşı cinsel saldırı suçunu işlerse, diğer şerikler / suç ortakları, cinsel saldırı suçundan sorumlu olmayacaklardır.

DEĞERLENDİRME

Hem 765 sayılı kanunda hem de 5237 sayılı kanunda, bu koşul açıkça yer almamıştır. Ancak, iştirak kurumunun yapısı gereği, hem öğreti hem de uygulama tarafından bu koşul kabul edilmiştir. Burada üzerinde durulması gereken noktalardan birincisi, üzerinde anlaşılan suçun, bütün unsurlarının bilinmesinin gerekip gerekmeyeceği, ikincisi ise, üzerinde anlaşılan suç ile uzak veya yakın bağlantı kurulabilen suçlar konusunda da ayrıca iştirak iradesine gerek duyulup duyulmayacağıdır. Örneğin, konutta işlenecek hırsızlık suçunda, ev sahibinin direnmesi üzerine, bıçakla yaralanması veya öldürülmesi durumunda, dışarıda gözcülük yapan kişi, ayrıca yaralama veya öldürme suçundan sorumlu olacak mıdır? Hırsızlık suçunu işlemek isteyen bir kişinin, malın zilyedinin karşı koyma ihtimalini düşündüğü ve bu direnci kırmak için, yaralama hatta, öldürme fiilini gerçekleştirebileceğini ön kabul olarak iradesinde bulundurduğu kabul edilecek midir? Hırsızlık suçları işlenirken bu suçların işlenmesi ihtimali yüksek olduğu için şerikler açıkça bu yönde bir irade beyanında bulunmasalar bile, iştiraklerinin varlığı, kabul edilebilir.⁴ Eğer, ortak işlenmek istenen suçun dışına çıkmışsa (önemli sapma olmuşsa) ortak iradenin dışına çıkarak suç işleyen kişi, işlenen suçtan sorumludur.⁵ Her olayın özelliğine göre değerlendirilmeli, eğer olası kast derecesinde bir kusuru varsa, şeriklikten cezalandırılmalıdır. İşlenen ikinci suçun işleneceğini bilen ve iradesini o yönde kullanan kişi, ikinci suçtan sorumludur.⁶ Netice sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından, ağırlaşan neticeden, asıl fail ile birlikte şerikler de sorumlu olacaklardır.⁷

⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 423-424; Aksi yönde karar için bkz., Vural Savaş – Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara 1999, s. 1249- 1250.

⁵ Mustafa Ruhan Erdem, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, *HPD Dergisi*, Sayı 5, Aralık 2005, s. 207.

⁶ Antolisei; a. g. e., s. 493.

⁷ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005, s. 521.

D. İŞLENİLMESİNE KARAR VERİLEN SUÇUN İCRASINA BAŞLANILMASI

İştirak iradesinin cezalandırılabilmesi için, üzerinde anlaşılan suçun en az icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Burada, icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı teşebbüs kurumunu ilgilendirmektedir. 5237 sayılı kanun, icra hareketlerine başlanmış sayılabilmesinin kabulü için, *‘doğrudan doğruya icraya başlama’* ölçütünü getirmiştir. Buna göre, suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin ihlal edilebilmesi için zorunlu olarak bağlı olan ve suçun kanuni tanımındaki unsurlardan birinin, önlenmediği zaman ihlal edilebileceği aşamaya gelen hareketler, icraya başlama sayılacaktır. Bu sonuçtan, doğal olarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı anlamı ortaya çıkacaktır. Mesela, A’nın B’ye, sadece *‘eğer, C’yi öldürmek istersen sana tabanca bulurum’* demesi, tek başına cezalandırmak için yeterli değildir. Öldürme fiilinin icrasına başlanmış olması gerekir.

DEĞERLENDİRME

İşlenmek istenen suçun en azından icrasına başlanmış olmasının gerektiği konusunda 765 sayılı kanunda, açık bir hüküm yoktu. 5237 sayılı kanun, 40. maddesinin 3. fıkrasında, *‘Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir’* ifadesiyle bu konuyu açıkça düzenlemiştir. Konuya, 5237 sayılı kanunun, teşebbüsü düzenlediği 35. maddesi açısından bakılarak, suçun icrasına ne zaman başlanmış olunacağının ölçütünde yeni bir anlayış getirdiği göz önüne aldığımızda, 5237 sayılı kanunun önemli ve yerinde bir yenilik getirdiği söylenebilir.

II. SUÇA İŞTİRAK BİÇİMLERİ

A. MÜŞTEREK FAİLLİK

Müşterek faillik, suçun kanunda belirtilen unsurlarının işlenmesine doğrudan doğruya katkı sağlanması / ortak olunması anlamına gelir. Bu husus, 37. maddenin 1. fıkrasında, *‘Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur’* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak burada, *‘suçun kanunda belirtilen unsurlarının işlenmesine’* ifadesi değil, *‘suçun kanuni tanımında yer alan fiili’* ifadesi kullanılmıştır. *‘Kanundaki unsur’* yerine *‘fiil’* kelimesinin kulla-

nılmış olması farklı yorum ve buna bağlı olarak sorunlara yol açabilir. Örneğin, ırza geçme şeklindeki cinsel saldırı suçunda, mağdurun elini tutan kişi ile ırza geçme fiilini gerçekleştiren kişinin iştirakteki konumları ne olacaktır? Bu örneğimizde, kanunda yer alan *'fiil'* kelimesinin suçtaki karşılığı *'ırza geçme'* davranışdır. Ancak mağduru tutan kişi, ırza geçme suçunun kanunda yer alan fiilini işlememiştir. Aynı şekilde, insan yaralama suçunda mağdurun elini tutan kişi, yaralama suçundaki yaralama fiilini işlememiştir. Ancak, bu durum, suçun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, müşterek faillik sayılacaktır. 765 sayılı kanunun 64. maddesinin 1. fıkrasında, *'Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre, suçun kanuni tanımındaki unsuru ihlal eden kişi *'irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri'*, suçun kanuni tanımında yer alan fiili işlememekle birlikte işlenmesine önemli derecede katkı sağlayan kişi, *'zorunlu fer'i iştirak'* şeklinde adlandırılmakta ve bu, 65. maddenin 4. fıkrasında, *'Bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimse iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifade edemez'* şeklinde düzenlenmişti.

DEĞERLENDİRME

5237 sayılı kanun, *'Suçun kanuni tanımında yer alan fiili'* işleyen kişilerin, müşterek fail olacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemesiyle yeni kanun, 765 sayılı kanundaki, *'irtikap etme veya doğrudan doğruya beraber işlemiş'* olma ölçütünü terk etmiştir. Önceki kanundaki, *'zorunlu fer'i iştirak'* şeklinde adlandırılan ve irtikap eden veya doğrudan doğruya beraber işleyen kişilerden farkının ortaya konulmasının zaman zaman güçlük çıkardığı durum, yerinde olarak kaldırılmıştır. İşlenen fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulması ifadesinin, müşterek faillik için esas alınmış olması yerinde olmuştur. Ancak, *'Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri'* ifadesi, farklı yorum ve sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, bu fıkranın *'suçun kanuni tanımında yer alan unsurları birlikte gerçekleştirenlerden her biri'* şeklinde düzenlenmesi yerinde olurdu.

B. DOLAYLI FAİLLİK

Dolaylı faillik, 37. maddenin 2. fıkrasında ‘*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar arttırılır*’ şeklinde düzenlenmiştir. Dolaylı faillikte, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi, aslında cezai anlamda kusurlu değildir. Bir başka kişi, suçu işleyen kişiyi, suçu işlemekte araç olarak kullanmaktadır. Öyle ki, görünürde suçu işleyen kişi, aslında bir başka kişi tarafından suçu işlemeye araç olarak kullanılmaktadır. Dolaylı fail, görünürde suçu işleyen kişinin iradesini ederek / ortadan kaldırarak onu bir araç gibi kullanmaktadır. Kanun 2. fıkranın son cümlesinde, kusur yeteneği olmayanları, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmasını daha fazla ceza ile cezalandırma yoluna gitmiştir. Böylelikle, kusur yeteneği olmayanlar ile olup da sonradan ortadan kaldırılanlar arasında bir ayırım yapmış ve kusur yeteneği olmayanların suçta araç olarak kullanılmalılarının daha kolay olması nedeniyle bu kişilerin zayıflıklarından yararlanılmasını daha ağır ceza ile cezalandırmıştır. 765 sayılı kanunda dolaylı faillik düzenlenmemiştir, fakat, gerek öğretide ve gerekse uygulamada kabul edilmekteydi.

DEĞERLENDİRME

5237 sayılı kanun, dolaylı failliği yerinde olarak açıkça düzenlemiş ve sanki suçu işlemiş gibi yani müşterek fail gibi cezalandırmıştır. Dolayısıyla failliğin bir iştirak şekli olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktadır. Aksi yönde görüş belirten yazarlar olmasına rağmen genel kanı, bir iştirak şekli olduğu yönündedir.⁸ Suçun işlenmesinde, kusur yeteneği olmayanlar ile olup da ortadan kaldırılmış olanlar arasında verilecek ceza bakımından ayırım yapılmıştır. Buna göre, kusur yeteneği olmayan kişilerin kandırılmalarının, zayıf veya saf hallerinden yararlanılmasının diğer kişilere göre daha kolay olacağı için, bu kişilerin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmaları hali yerinde olarak daha ağır bir cezai yaptırım altına alınmıştır. Burada geçen kusur yeteneği ifadesi, ‘*isnad kabiliyeti*’ olarak anlaşılması gerekir. Yoksa, kusurlu hareket edebilme yeteneği şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü, 12 yaşından küçük çocuklar kast veya taksirle hareket edebilirler. Bu

⁸ Antolisei, a. g. e., s. 471.; Nevzat Tororslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 282.

nedenle bu kişiler, normal koşullarda kusurlu hareket etme yeteneğine sahiptirler. Son olarak, ‘Kusur yeteneği’ olmayanların dolaylı faillikte kullanılmasının cezada arttırım nedeni olduğu düzenlenmektedir. Kusur yeteneği olmayan kişilerin kimler olduğu kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak; çocuklar, akıl hastaları, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olanlar, geçici nedenlerin etkisi altında olanlar ile sağır ve dilsizlerin kusur yeteneği olmadığı kabul edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, dolaylı failliğin uygulanması açısından bu saydığımız sınıfa girenler bakımından bir ayrım olmaksızın, dolaylı faillik hükümleri uygulanabilecektir. Fakat, azmettirmenin düzenlendiği, 38. maddenin 2. fıkrasında, çocukların azmettirilmesi halinde, cezanın üçte birinden yarısına kadar arttırılacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra, kusur yeteneği olmayan kişilerden sadece çocuklardan bahsedilip, yukarıda saydığımız diğer, akıl hastaları, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olanlar, geçici nedenlerinin etkisi altında olanlar ile sağır ve dilsizlerden bahsedilmemesi, bu kişilerin, azmettirilmesi halinde, azmettirenin ceza sorumluluğuna gidilirken, daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal uygulanamayacaktır. Böyle bir ayrımın, hukuki dayanağı madde gerekçesinde bulunmamaktadır. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorunları önleme açısından, bu fıkra, kusur yeteneği olmayanların azmettirilmesi halinde, azmettirenin cezai sorumluluğunun arttırılacağı şeklinde düzenlenmesi daha uygun olabilirdi.

C. AZMETTİRME

Azmettirme, kanunun 38. maddesinin 1. fıkrasında, ‘Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır’ şeklinde düzenlenmiştir. Azmettirme, suç işleme düşüncesi olmayan bir kişi-de suç işleme düşüncesi oluşturmaktır. Azmettirme ile dolaylı faillik, birbirine yakın olup bazen karıştırılabilmektedir. İki kurum arasındaki fark; (1) Azmettirmede, azmettiren azmettirilenin fiili üzerinde hakimiyet kurmaz. Azmettirilen, bir iştirak iradesinin sonucu olarak hareket ettiğinin bilincindedir. Dolaylı faillikte, dolaylı fail, suçu işleyen kişinin hareketleri üzerinde hakimiyet kurmaktadır. (2) Azmettirmede, azmettirilen suçu işlerken bir araç olarak kullanılmaz. Suç üzerinde tasarruf etme imkanı vardır.⁹ Özgür iradeye sahiptir. Dolaylı faillikte ise, suçu işleyen kişi, özgür iradede yoksun olup, bir araç olarak kul-

⁹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 369.

lanılmaktadır. Mesela, tam ceza ehliyetine sahip bir kişinin hipnotize edilerek, babasının öldürtülmesinde dolaylı faillik vardır.

DEĞERLENDİRME

Kanunun 2. fıkrası, ‘Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar arttırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın arttırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz’ şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, kan hısımlığı yoluyla elde edilen nüfuz hakkının kötüye kullanılmasının cezalandırıldığı görülmektedir. Akrabalık ilişkisi güç / yetki kullanımının en kolay olduğu alanlardan biridir. Bu imkanın kötüye kullanılması cezalandırılmak istenmiştir. Ancak başkaca güç / yetki kullanımının kolay olduğu yerler de vardır. Örneğin, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar belli bir altlık – üstlük ilişkisine göre hareket ederler. Bu gibi yerlerde, amir konumunda olan kişiler de, yetkilerini kötüye kullanabilirler. Bu durumları da kapsamına alacak bir ifadenin kanunda yer alması mümkün olabilirdi. Çocukların azmettirilmesi durumunda, cezanın ağırlaştırılabilmesi için, alt soy – üst soy ilişkisinin varlığı aranmayacaktır. Bu demektir ki, altsoy – üstsoy ilişkisi olmadan 18 yaşından küçüğün suça azmettirilmesi ile altsoy – üstsoy ilişkisi olup 18 yaşından büyük olanın suça azmettirilmesi hali aynıdır. Bu durumda kişiye tek cezayı ağırlatan nitelikli hal uygulanır. Ancak, azmettirilen 18 yaşından büyük ise, altsoy – üstsoy ilişkisinin varlığı aranacaktır.

765 sayılı kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, 64. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesinde, ‘fili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olursa azmettiren şahsın cezası, ölüm yerine yirmi dört sene ve müebbet hapis yerine yirmi sene ağır hapistir. Sair cezaların altıda biri indirilir’ şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Bu düzenlemeye göre, eğer azmettirilen, azmettirildiği suçu işlemekte şahsi bir menfaati varsa, azmettirenin cezası indirilmekteydi. Yani, azmettirenin, azmettirme konusunda çok güçlük çekmemekte, kişiyi içinde bulunduğu durumdan yararlanarak daha kolay ikna edebilmekteydi. Yeni kanun, bunu dikkate almamış, herhangi bir derecelendirme veya azmettirmede kolaylık imkanını dikkate almadan cezalandırma yoluna gitmiştir.

3. fıkra, ‘Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet

hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir' şekilde düzenlenmiştir. Bu fıkra, özellikle örgüt suçları gibi suç delillerinin kolay elde edilemeyeceği veya suç faillerinin kolay yakalanamayacağı suçlar için getirilmiş bir düzenlemedir. Azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkartılmasını sağlayacak bilgi veren suç faillerinin cezasında indirimle gidilmesi ilk defa getirilmiştir. Bu düzenleme, özellikle örgütsel faaliyetler çerçevesinde işlenen ve bu nedenle suç ve faillerinin ortaya çıkartılmasının zor olduğu suçlarla etkin mücadele için getirilmiştir. Bu düzenleme, tamamen bir suç politikası sonucu getirilmiştir. Ancak, bu düzenlemenin, asılsız, somut dayanaktan yoksun olarak, kişilerin azmettiren sıfatıyla ceza soruşturmasına uğrama ve uğratılma tehlike ve ihtimalini doğuracağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu düzenlemenin olmaması halinde de her zaman bu ihtimalin olabileceği ileri sürülse de, yasal dayanağın olması, bu ihtimali daha da arttırmaktadır. Burada, Kanun koyucunun, niçin, sadece şerik olarak azmettirenin yakalanması için, yetkili makamlara bilgi verilmesini düzenleyip, diğer şerikleri düzenlememesi akla soru olarak gelebilir. Yani, şerikler arasında bu ayrımın, hukuki temelini ne olduğu düşünülebilir. Suça katılan şeriklerin, suçun işlenmesinde, farklı ağırlık ve önem taşımaları mümkün olduğu ve bütün şeriklerin de, nihayetinde, kanun hükmünü ihlal ettiği düşünüldüğünde, eğer suçlulukla daha etkin mücadele düşüncesiyle bu düzenleme yapılmışsa, tüm şeriklere bunun uygulanması hem gerçekleştirilmek istenen amaç, hem de kanun sistematığı açısından yerinde olurdu.

D. YARDIM ETME

Yardım edenler, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların işlenmesinde ortak hakimiyet kurmayan ve fakat suçun işlenmesine illi katkı sağlayan kişilerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda şeriklik sıfatı yardım eden bile olsa, söz konusu somut olayda, suçun işlenmesine olan somut katkısı, kişiyi müşterek fail konumuna getirebilir. Örneğin, çok iyi korunan büyük bir bankanın soyulmasında, o bankanın iç düzenini, teknik donanım ağı ve bu ağın zayıf taraflarını, para kasasının nasıl açılacağını, şifrelerini dışardan telsizle suçun işlenmesi anında birebir söyleyen kişi, her ne kadar, 39.

maddenin 2. fıkrasının (c) bendindeki yardım etme durumu içine giren ‘Suçun işlenmesinden önce veya o sırada yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak’ konumunda olsa da, somut olayda, müşterek fail olacaktır. Yardım etme, 765 sayılı kanunda, 65. maddede fıkralar halinde düzenlenmişti. 5237 sayılı kanun, genel olarak sadece, yardım etme başlığı altında düzenlemiştir.

DEĞERLENDİRME

Burada üzerinde durulması gereken konu, 765 sayılı kanunda olan, fakat, 5237 sayılı kanuna alınmayan bir şeriklik durumunun varlığıdır. Bu da, 765 sayılı kanunun 65. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ‘*fiilin işlenmesine yarayacak iş ...tedarik ederek*’ şeklinde düzenlenmiş bulunan ‘iş sağlama’ durumudur. Kanunun, mevcut haliyle, böyle bir şeriklik durumu meydana gelse nasıl bir cezalandırma yoluna gidilecektir? Örneğin, büyük bir şirketi dolandırmak için, uzun bir zaman öncesinden tasarlayarak bir veya birden çok kişinin o şirkete yerleştirilmesi sonucunda, bu kişilerin gerekli bilgileri edinmeleri ve bu bilgileri suçu işleyen kişilere vermeleri iş sağlama mı, yoksa, suçun işlenmesinden önce icrasını kolaylaştırmak olarak mı, kabul edilecektir? Suçun işlenmesinden önce icrasının kolaylaştırılması, iş ve vasıta sağlama ile her zaman aynı anlama gelir mi? Bu konuda bir boşluğun olduğu, önceki yasanın hükmünün muhafaza edilmesinin yerinde olacağı söylenebilir.

III. ÖZGÜ SUÇA İŞTİRAK

Kanunun 40. maddenin 2. fıkrası, ‘Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur’ şeklinde düzenlenmiştir. Özgü suç, ancak belli sıfat / lara sahip olan kişiler tarafından gerçekleştirilebilen suçtur. Örneğin, zimmet, rüşvet suçları gibi. Bu suçları, ancak, kamu görevlisi kişiler işleyebilirler.¹⁰

TCK’nun 94. maddesinin 4. fıkrası, ‘Bu suçun işlenmesine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır’ düzenlemesini göz

¹⁰ Bu konuda eleştiri için, bkz., Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 535.; Toroslu, a. g. e., s. 299.

önüne alırsak, acaba, buradaki ‘gibi cezalandırılır’ ifadesi, özgü suçlara iştirak konusunda, genel hükümlerdeki özgü suçlara iştirakin düzenlendiği 40. maddenin ikinci fıkrasından farklı bir iştirak şekli mi benimsenmiştir? Buradaki ‘gibi cezalandırılır’ ifadesi, müsterek fail olarak mı anlaşılmalıdır? Yani, bir iştirak şekli olarak mı anlaşılmalı yoksa, verilecek ceza bakımından aynı derecedeki ceza ile cezalandırılacağı bir başka ifadeyle, ceza miktarı olarak mı anlaşılmalıdır? 2. fıkra, özgü suça iştirak eden kişinin azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağını düzenlemektedir. Lafzi yorum yolu tercih edilecek olursa, kesin bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Ancak, amaçsal yorum yoluyla, buradaki ifadenin ceza bakımından bir eşitlik getirdiği anlaşılacaktır. Bu nedenle, bu fıkra bakımından, ‘cezai sorumluluk bakımından kamu görevlisinin alacağı ceza ile aynı cezaya mahkum olur’ ifadesi getirilmesi yerin olurdu.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

5237 sayılı kanun, şahsa ve fiile ait cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikli hallerin diğer şeriklere uygulanıp uygulanmayacağı ya da nasıl uygulanacağı konusunda bir düzenleme yapmamıştır. 765 sayılı kanun 66. maddesinde bu durumu, ‘Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmaya yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve idam ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezasına hükmolunur’ şeklinde düzenlemiştir.

66. maddeye bakıldığında, şahsa ait sürekli veya geçici ağırlatıcı nedenlerden bahsedilmekte ve bu nedenlerden dolayı sorumluluk için, ancak, şeriklerin bunu iştirak iradesini açıkladıkları zaman bilimleri gerekmektedir. Ancak, şahsa ait sürekli veya geçici ağırlatıcı nedenlerin neler olduğu açıklanmamıştır. Bu konuda görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktaydı. Özellikle, taammüd ve kan gütme saikinin şahsa mı ait, yoksa, fiile mi ait ağırlatıcı neden olduğu tartışmalıydı. Örneğin, babasını öldürmek isteyen bir kişiye yardım eden kişi, iştirak iradesini açıkladığı zaman, failin, babasını öldüreceğini biliyorsa, şahsa ait ağırlatıcı nedenden sorumlu olmaktadır. 765 sayılı kanunun 67. maddesi ‘Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbab dahi – cürüm veya kabahatin vasfını

tebdil edecek şekilde olsa bile – fiil işlendiği zaman ona vakıf olan şeriklere saridir’ şeklinde, fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanma koşullarını düzenlemişti. Nelerin fiile ilişkin ağırlatıcı neden olduğu, kanunda, açıkça düzenlenmemişti. Ancak, örneğin, zehirleyerek insan öldürme olayında, zehir, fiile ilişkin ağırlatıcı neden sayılmakta ve en geç fiilin işlendiği zaman öldürme fiilinin zehirle işlendiğini bilen kişi, ağırlatıcı nedenden sorumlu olmaktaydı. Hem şahsa hem de fiile ilişkin hafifletici nedenler konusunda ise, şahsa ilişkin hafifletici nedenler kimde ise sadece o yararlanıyor, fiile ilişkin hafifletici nedenler ise herkese uygulanıyordu. Örneğin, hırsızlık suçunda, sadece ayrı evlerde yaşayan kardeşlerden biri aleyhine hırsızlık suçunu işleyen kişi, şahsi cezadan indirim halinden yararlanabilmekteydi. Çalınan malın değerinin az olması halinde, bütün şerikler indirimden yararlanıyordu.

Burada açıkça görülmektedir ki; (1) şahsa ait ağırlatıcı nedenlerin, (2) fiile ait ağırlatıcı nedenlerin neler olduğu kesin olarak belirlenmiş değildi, (3) neden şahsa ait ağırlatıcı nedenlerde, iştirak iradesinin açıklandığı zaman uygulanmakta, (4) neden fiile ait ağırlatıcı nedenlerin en geç fiilin işlendiği zaman bilinmesi halinde uygulanmakta olduğunun gerekçesi doyurucu değildi, (5) ayrıca bu zamanların tespiti oldukça zor görünmekteydi.

BAĞLILIK KURALI

765 sayılı kanunda bulunmayan bu düzenleme, kısaca, şeriklerin cezai sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır.¹¹ Ancak, daha önce de, iştirakin koşullarını incelerken ilgili bölümde de değinildiği gibi,¹² bu düzenleme olmasa da, iştirak kurumunun özünde zaten bu vardır. Fakat düzenleme yapılması, bir fazlalık değildir. Burada değinilmesi gereken konulardan biri, 40. maddenin 1. fıkrasında yer alan ‘Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir’ ifadesidir. Hukuka aykırılık, aynı zamanda, suç teşkil etmekte midir? Bir başka ifadeyle, hukuka aykırı bir fiil, aynı zamanda suç mudur? Kanun maddesinin lafzına bakıldığında, kasten işlenmek koşuluyla hukuka aykırı bir fiil işlenirse, suça iştirak edilmiş olacaktır. Mesela, A kişisi, B şirketinin marka tescili yapılarak ürettiği bir ürüne çok ben-

¹¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 539; İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, 1996, s. 136, 141 vd.

¹² I - İştirakin Koşulları, B) Suça Katılma Kastı, s. 2.

zeyen bir ürün ortaya koysa, bu ürünün yapılmasına katılan C kişisi, suç işlemiş olacak mıdır? Salt maddenin lafzına bakıldığında bu mümkündür. Ancak, bu maddeden anlaşılması gereken, kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilen fiilin aynı zamanda suç olarak düzenlenmiş olmasıdır. Yani, sadece, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli olmayıp, işlenen fiilin de suç oluşturması gerekmektedir. Ancak, bu düzenleme olmasaydı, genel ilkelerden yola çıkılarak, bu sonuca ulaşılabilirdi. Bağlılık kuralı başlığı altında, ayrıca bir düzenleme olduğu için, dikkate alınmak zorundadır.

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Kanunu'nun 41. maddesinde, suça iştirakte gönüllü vazgeçme hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin 2. fıkrasına göre, a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayretin dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

765 sayılı kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu yönüyle gönüllü vazgeçme, yeni bir düzenlemedir.

DEĞERLENDİRME

Gönüllü vazgeçme, suç işlemek amacıyla suç yoluna (İnter Crimis) girmiş bir kimsenin, kendi isteğiyle, suç yolundan geri dönmesidir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, iştirak iradesiyle suça katılan kişinin, suça olan katkısını ortadan kaldırması veya iştirak iradesiyle oluşturduğu illi değeri ortadan kaldırması şeklinde gerçekleşmektedir. Burada, önemli olan, iştirak iradesinin sağladığı illi değer ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bu ise, kesin bir ölçüt ile değil, her somut olaya göre belirlenebilir. Bu açıklamalar ışığında bakıldığında, (a) bendinin, hukuki anlamda bir gönüllü vazgeçme olmadığı, çünkü, burada, iştirak eden kişinin, iştirakteki illi değeri kaldırdığı söylenebilir. Mesela, A, B'yi öldürmek istemekte, B'nin İstanbul'daki adresini bilmediği için, C'ye, 'B'yi öldürmek istediğini ama adresini bilmediğini' söyleyerek, C'den adresini aldığını ve fakat C, daha sonra pişman olarak, hem A'yı vazgeçirmek için uğraşıp hem de polise haber verdi-

ğini düşünelim. A'nın kararından dönmeyip Ankara'dan, İstanbul'a B'yi öldürmek için yola çıkıp İstanbul'a vardığında, aniden çok sevdiği eşinin hastalanıp hastanede yoğun bakıma alındığı haberi üzerine, B'yi öldürmekten vazgeçtiğini düşündüğümüzde, C açısından, iştirake sağladığı illi değer katkısını ortadan kaldırdığı söylenemez. Dolayısıyla, gönüllü vazgeçme, söz konusu değildir. Bu nedenle, burada, C'nin hukuksal açıdan sorumluluk durumu, tartışılabilir. Teşebbüsten dolayı, sorumluluğu düşünülebilir. Ancak, şerikin isteyerek yaptığı vazgeçme hareketi, failin, henüz korunan hukuki menfaat alanına girmediği ve dolayısıyla, hukuk kuralına karşı gelme kötü iradesinden vazgeçtiği için, cezalandırılmayacaktır. Yoksa, burada, illi değer, ortadan kalkmamıştır. Son olarak, belirtmek gerekir ki, bu düzenleme olmasaydı bile, genel ilkelerden yola çıkılarak aynı sonuca ulaşılabilirdi. Nitekim, 765 sayılı kanunda, bu konuda, bir açıklık olmadığı halde, gerek öğreti ve gerekse uygulamada, genel anlamda, bir sorun bulunmamaktaydı. Yeni kanun, iştirakçilerin sorumluluktan kurtulabilmesi için, katkının sağladığı illi değer kaldırılması gerekir görüşünü, bu fıkra hükmü ile kaldırmıştır.¹³

KAYNAKÇA

- Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 1989.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Erdem, Mustafa Ruhan, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, *HPD Dergisi*, Sayı 5, Aralık 2005.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt I, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996.
- Vural, Savaş/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara 1999.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005.

¹³ Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt I, Ankara 2005, s. 453.