Dr. Emre İkbal AÇIKGÖZ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

MÜŞTEREK FAİLLİK

Suça İştirakte Karşılıklı İsnadiyet

Dr. Emre İkbal AÇIKGÖZ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

MÜŞTEREK FAİLLİK

Suça İştirakte Karşılıklı İsnadiyet

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2024

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Müşterek Faillik
Emre İkbal Açıkgöz

Hukuk Yayınları Dizisi – 3914

Birinci Baskı : Eylül, 2024

ISBN : 978 – 605 – 264 – 988 – 6

ADALET YAYINEVİ

Merkez
Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara
Tel : (0312) 231 17 00
Fax : (0312) 231 17 10

İstanbul Şube
Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C
(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul
Tel : (0216) 305 72 81

Dağıtım
Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

Bursa Şube
Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

: adalet.com.tr – adaletyayinevi.com
: adalety@adaletyayinevi.com
: facebook.com/adaletyayinevi
: twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:
Nimet Yıldız

Kapak Tasarımı:
Yasin Özbudak

Baskı:
SAYFA Basım Sanayi Ticaret Ltd. Şti.
Tevfik İleri Mah. Emek Cad. Polat Sok. No: 2 Pursaklar / Ankara
Tel: 0312 394 83 94
Sertifika No: 77079

TAKDİM

Suçlar, ceza kanunlarında, genellikle tek bir kişi tarafından işleneceği varsayımı üzerine inşa edilir. Ancak uygulamada suçlar çoğunlukla birden fazla kişinin farklı şekillerde katılımıyla işlenir. Bu durum, katılımcıların cezalandırılması konusunda suç tiplerini aşan sorumluluk şekillerinin geliştirilmesine yol açmıştır. Elinizdeki eser, bu sorumluluk şekillerinden biri olan müşterek failliğe ilişkindir.

Eserde, müşterek failliğin diğer iştirak türlerinden bağımsız ve özgün bir iştirak şekli olup olmadığı tartışılmış ve bu sorumluluk şeklinin ceza hukuku içindeki yeri ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Eserin temel amacı, bir suça özgür ve bilinçli şekilde katılan birden fazla kişinin asli sorumluluğuna dayanak oluşturan müşterek fail sorumluluğunun hukuki esasını ve sınırlarını tespit etmektir. Bu temel amaçla bağlantılı olarak; müşterek failleri bir araya getiren unsurun ne olduğu, müşterek faillerin davranışlarının birbirlerine isnat edilip edilemeyeceği, müşterek fail sorumluluğu için kanuni bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı gibi konular derinlemesine tartışılmıştır. Ayrıca, müşterek faillerin suça katkılarının ağırlığı ve bu katkıların nedensel olup olmaması, ihmali suçlarda müşterek faillik, taksirli suçlarda müşterek faillik, müşterek faillerin teşebbüsten sorumluluğu gibi üzerinde hala esaslı tartışmaların devam ettiği hususlar da ele alınarak önemli sonuçlara ulaşılmıştır. Müşterek failliğin sınırları ve bu kavramın ceza hukuku içindeki yeri, literatürdeki teoriler ve mahkeme kararları ışığında değerlendirilmiştir. İncelemede özellikle fiil hâkimiyeti teorisinin müşterek failliği açıklamadaki rolü üzerinde durulmuş ve bu teorinin günümüzde nasıl yorumlandığına dair derinlemesine analizler yapılmıştır.

Özellikle Türk ve Alman doktrin ve uygulamalarının ayrıntılı olarak incelendiği eserin, ceza hukuku literatürüne ve uygulamasına önemli katkılar sağlayacağını temenni ederek, Dr. Emre İkbal Açıkgöz'ü büyük bir özveri ve gayretle tamamladığı eseri için tebrik ediyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇELEN

ÖNSÖZ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bu kapsamda ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, şüphesiz ceza hukukuna hakim olan ilkelerin başında gelmektedir. Bu açıdan bir suçun işlenmesinde birden fazla kimsenin birlikte asli sorumluluğuna imkan veren müşterek faillik, ilk bakışta ceza hukukuyla bağdaşmayan bir sorumluluk şekli olarak görünmektedir. Zira bu sorumluluk şeklinde bir kimse suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmese ve bu hususta bir başkasını araç olarak kullanmasa da ilgili suçtan doğrudan doğruya sorumlu olmaktadır. Bu özelliğine rağmen müşterek failliğin Türk ceza hukuku da dahil pek çok hukuk sisteminde kabul edildiği de görülmektedir. İşte müşterek failliğin bu özellikli durumu çerçevesinde çalışmanın temel amacı müşterek fail sorumluluğunun hukuki esasını tespit etmek ve bu sorumluluk şeklinin ceza hukukunun temel ilkelerine uygun şekilde sınırlarını belirleyebilmektir.

Genelde suça iştirak ve özelde müşterek failliğin açıklanmasında Alman hukukunda gelişen ve ülkemiz hukukunu da etkileyen fiil hakimiyeti teorisinin gerek öğreti gerek yargı kararlarındaki baskın konumu, bu teorinin sistematik ve pek çok açıdan tutarlı açıklamalarının varlığı yadsınamaz. Dolayısıyla ilk bakışta bu çalışmanın, zaten büyük ölçüde çözüme kavuşmuş bir konuyu mesele edindiği düşünülebilir. Ancak belirtmek isterim ki özellikle Alman hukukunda yakın zamanda fiil hakimiyeti teorisi önemli yeni eleştirilere muhatap olmuş ve konuya ilişkin farklı teoriler de geliştirilmiştir. Hatta öyle ki bu eleştiriler kimi fiil hakimiyeti teorisi taraftarlarının da belirli konularda görüşlerinin değişmesine neden olmuştur. İşte elinizdeki kitapta bu yeni görüşlere de yer verilmiş bu görüşlerle tartışmak suretiyle hem müşterek failliğin hukuki esası hem de müşterek failliğin diğer ceza hukuku kurumlarına etkisi bakımından belirli sonuçlara ulaşılmıştır.

Bu çalışma, 07.02.2024 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında savunmuş olduğum ve oybirliği ile kabul edilen aynı isimli doktora tezinin yayına hazırlanmış halidir. Bu vesileyle tez savunma jürimde yer alan, kıymetli vakitlerini ayırıp öneri, tenkit ve olumlu görüşleriyle teze sona

halinin verilmesinde büyük emekleri olan saygıdeğer hocalarım *Prof. Dr. Yusuf Ziya Taşkan, Prof. Dr. İlhan Üzülmez, Prof. Dr. Olgun Değirmenci ve Doç. Dr. Hakan A. Yavuz*'a teşekkürü borç bilirim. Akademik çalışmalarımın başlangıcından bu yana, bu tez konusunun seçilmesinden, tezin sona erdirilmesine değin tavsiyeleri, tenkitleri ve desteğiyle her daim bana rehberlik eden saygıdeğer hocam ve tez danışmanım *Dr. Öğr. Üyesi Ömer Çelen'*e en içten saygı ve şükranlarımı sunarım. Tezin hazırlanması sürecinde on iki ay süre ile Köln Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Enstitüsü'nde araştırma imkanı sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK) 2214-A yurtdışı doktora sırası araştırma bursu için teşekkür ederim. Ayrıca bu süre içerisinde enstitü ve üniversitenin tüm imkanlarından yararlanmamı sağlayan, önerileriyle teze katkı sunan ve bürokratik aşamaları geçmemde sabırla bana yardım eden sayın *Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Waßmer*'e şükranlarımı sunarım.

Çalışmanın ceza hukukunun temel ilkelerine uygun olacak şekilde müşterek fail sorumluluğunun sınırlarını daha belirgin hale getirdiğini umuyor ve çalışmanın Türk ceza hukuku öğreti ve uygulamasına faydalı olmasını temenni ediyorum.

Dr. Emre İkbal Açıkgöz

İÇİNDEKİLER

TAKDİM **5**
ÖNSÖZ **7**
İÇİNDEKİLER **9**
KISALTMALAR DİZİNİ **15**

GİRİŞ **17**
I. Çalışmanın Önemi ve Amacı 17
II. Çalışmanın Kapsamı 19

BİRİNCİ BÖLÜM
MÜŞTEREK FAİLLİĞİN GENEL İŞTİRAK TEORİSİNDEKİ KONUMU

§ 1. FAİLLİĞİN TESPİTİNDE FİİLİN KAPSAMI **22**
I. Geniş ve Dar Faillik Kavramları 22
II. Nedensellik Anlayışı: Geniş Fail Kavramı 23
III. Suç Tipi Anlayışı: Dar Fail Kavramı 26
IV. Değerlendirme 27
§ 2. SUÇA İŞTİRAKİN DÜZENLENİŞ ŞEKLİNE GÖRE KANUNİ SİSTEMLER **28**
I. Genel Açıklama 28
II. Teklik Sistemi 29
A. Sistemin Esası ve Yöneldiği Amaç 29
B. Teklik Sisteminin Türleri 31
1. Şekli Teklik Sistemi 31
2. Fonksiyonel Teklik Sistemi 32
C. Avusturya Ceza Kanunu Örneği 33
D. Teklik Sistemine Yönelik Eleştiriler 35
III. İkilik Sistemi 37
A. İkilik Sisteminin Esası 37
B. İkilik Sisteminde Şeriklerin Haksızlığının Esasına İlişkin Teoriler 39
1. Kusura ve Haksızlığa İştirak Teorisi 40
2. Başkasının Haksızlığıyla Dayanışma Teorisi 42
3. Saf Neden Olma Teorisi 44
4. Bağlılığı Esas Alan Neden Olma Teorisi 45
5. Bağlı Hukuki Değere Saldırı Teorisi 46
6. Değerlendirme 48

C. İkilik Sistemi ve Bağlılık Kuralı ... 49
1. Bağlılık Kuralının Esası ... 49
2. Bağlılık Kuralının Fonksiyonu ... 50
3. Bağlılık Kuralının Görünüm Biçimleri ... 51
4. Bağlılığın Konusu ... 54
D. Alman Ceza Kanunu Örneği ... 54
E. İkilik Sistemine Yönelik Eleştiriler ... 56
IV. Değerlendirme ... 57
§ 3. TÜRK CEZA KANUNU'NDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKİLLERİ ... 59
I. İştirak Hükümlerine İlişkin Sistematik ... 59
II. İştirak Şekillerinin İkili Ayrımı ... 60
III. Faillik ... 62
IV. Şeriklik ... 66
A. Azmettirme ... 66
B. Yardım Etme ... 68
§ 4. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN BAĞIMSIZ BİR FAİLLİK ŞEKLİ OLARAK ORTAYA ÇIKŞI ... 71
I. Genel Açıklama ... 71
II. Türk Hukukunda ... 72
A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müşterek Faillik ... 72
B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müşterek Faillik ... 79
III. Kıta Avrupası Hukukunda ... 81
A. 19. Yüzyıl Öncesindeki Gelişmeler ... 81
1. Roma Hukukunda Suça İştirak Edenler Arasında Ayrım Yapılması Fikri ... 81
2. Geç Orta Çağ İtalyan Hukukçularının İştirake İlişkin Görüşleri ... 82
3. Ortak Hukuk Devri ve Carolina Ceza Kanunu ... 85
B. 19. Yüzyılda Müşterek Faillik ... 90
§ 5. GENEL FAİLLİK TEORİLERİ KAPSAMINDA MÜŞTEREK FAİLLİK ... 94
I. Sübjektif Teoriler ... 94
A. Teorilerin Esası ... 94
B. Aşırı Sübjektif Teoriler ... 99
1. Şekli Sübjektif Teoriler (Kast Teorileri) ... 99
2. Maddi Sübjektif Teoriler (Menfaat Teorileri) ... 102
3. Aşırı Sübjektif Teorilerin Alman Mahkeme Kararlarındaki Etkisi ... 104
C. Sınırlandırılmış Sübjektif Teori (Normatif Kombinasyon Teorisi) ... 109
D. Değerlendirme ... 114
II. Objektif Teoriler ... 117
A. Şekli Objektif Teoriler ... 117

1. Teorilerin Esası 117
2. Teorilere İlişkin Görüşler 118
3. Değerlendirme 120
B. Maddi Objektif Teoriler 121
1. Teorilerin Esası 121
2. Teorilere İlişkin Görüşler 122
3. Değerlendirme 126
III. Fiil Hâkimiyeti Teorisi 127
A. Teorinin Esası 127
B. Teorinin Gelişimi 128
1. Fiil Hâkimiyeti Kavramının Ortaya Çıkışı 128
2. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Kurucuları 130
a. Welzel'in Görüşleri 130
(1) Final Hareket Teorisi 130
(2) Final Fiil Hâkimiyeti Teorisi 131
b. Maurach'ın Görüşleri 132
c. Gallas'ın Görüşleri 134
C. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Hâkim Görüş Haline Gelmesi 136
1. Roxin'in Fiil Hâkimiyeti Teorisi 136
a. Metodolojisi 137
b. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Oluşumu 140
(1) Fiil Hâkimiyeti Şartının Sınırı 140
(2) Fiil Hâkimiyetinin Türleri 140
aa. Harekete Hâkimiyet 141
bb. İradeye Hâkimiyet 142
cc. Fonksiyonel Hâkimiyet 145
(3) Fiil Hâkimiyetinin Geçerli Olamayacağı Suçlar 145
2. Teorinin Güncel Faillik Öğretilerinde Temsili ve Değerlendirme 146

İKİNCİ BÖLÜM
MÜŞTEREK FAİLLİĞİN HUKUKİ ESASI, YAPISI VE ŞARTLARI

§ 6. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN HUKUKİ ESASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER 152
I. Müşterek Failliği Hâkimiyet Kavramından Hareketle Açıklayan Görüşler 152
A. Fonksiyonel Fiil Hâkimiyeti Görüşü 152
B. Kısmi Hâkimiyet Temelinde Sübjektif Kriter Görüşü 159
C. Karar Birliği (Entscheidungsverbund) Görüşü 161
D. Özerklik İlkesi (Autonomieprinzip) Temelinde Kanuni İstisna Görüşü 162

E. Biçim Hâkimiyeti (Gestaltungsherrschaft) Görüşü 164
II. Müşterek Failliği Diğer İştirak Şekilleriyle Açıklayan Görüşler 170
A. Karşılıklı Dolaylı Faillik Görüşü 170
B. Karşılıklı Azmettirme Görüşü 173
III. Diğer Görüşler 174
A. Objektif İsnadiyet Görüşü 174
B. Özel Hüküm Problemi Görüşü 180
C. Davranış Normları Temelinde Arka Plandaki Kişi (Hintermann) Görüşü 181
IV. Müşterek Failliğin Hukuki Esasına İlişkin Kanaatimiz 184
§ 7. FONKSİYONEL FİİL HAKİMİYETİNE DAYALI MÜŞTEREK FAİLLİĞİN YAPISI 189
I. Müşterek Faillerin Asli Sorumluluğu ve Kanuni Düzenlemenin Niteliği 189
A. Müşterek Faillerin Asli Sorumluluğu 189
B. Müşterek Failliğe İlişkin Kanuni Düzenlemenin Niteliği 190
II. Müşterek Faillik ve Bağlılık Kuralı 194
A. Bağlılık Kuralı (Akzessorietätsprinzip) Açısından Değerlendirme 194
B. Müşterek Faillerin Karşılıklı Bağımlılığı (wechselseitige Abhängigkeit) 196
III. Müşterek Faillikte Karşılıklı İsnadiyet 197
A. Genel Açıklama 197
B. Karşılıklı İsnadiyetin Konusu 200
C. Nitelikli Hallerin Karşılıklı İsnadiyeti 202
D. Kısmi Müşterek Faillik 203
E. Cezalandırmayı Engelleyen Bir Sebebin Varlığı Halinde Müşterek Faillik 206
F. Kabahatlerde Karşılıklı İsnadiyet 208
§ 8. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ŞARTLARI 210
I. Birlikte Suç İşleme Kararı 210
A. Birlikte Suç İşleme Kararının Esası 210
B. Birlikte Suç İşleme Kararının Kapsamı 218
C. Birlikte Suç İşleme Kararının Oluşumu 220
D. Birlikte Suç İşleme Kararının Zamanı 228
1. Hazırlık Aşamasında Birlikte Suç İşleme Kararı 228
2. İcra Aşamasında Birlikte Suç İşleme Kararı: Art Arda Müşterek Faillik (Die sukzessive Mittäterschaft) 228
E. Suç Planından Önemsiz Sapmalar ve Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması 232
1. Önemsiz Sapmalar (unwesentliche Abweichungen) 232
2. Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması (Mittäterexzess) 234
a. Sınırın Kasten Aşılması 234
b. Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması 236

(1) Suçun Konusunda Hata Halinde Müşterek Faillik 237
(2) Hedefte Sapma Halinde Müşterek Faillik 240
(3) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda Müşterek Faillik 242
II. Suçun İşlenmesine Objektif Katkı 244
A. Genel Açıklama 244
B. Katkının Yapılacağı Zaman 246
1. Hazırlık Aşamasında Suça Katkı 246
2. İcra Aşamasında Suça Katkı 248
3. Değerlendirme 252
C. Katkının Esaslı Olması 254
1. Genel Açıklama 254
2. "Açık" Bir Kavram Olarak Esaslı Katkı 255
3. Esaslı Katkının Tespiti 255
4. Pozitif ve Negatif Fiil Hâkimiyeti Ayrımı 260
5. Esaslı Katkının Nedenselliği 262
a. Olmazsa Olmaz ve Esaslı Katkı Ayrımı 262
b. Katkının Nedenselliğine İlişkin Özel Durumlar 263
(1) İlave Müşterek Faillik (Die additive Mittäterschaft) 263
(2) Alternatif Müşterek Faillik (Die alternative Mittäterschaft) 265
(3) Korelatif Müşterek Faillik (Die korrelative Mittäterschaft) 267

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ CEZA HUKUKU KURUMLARI

§ 9. MÜŞTEREK FAİLLİKTE TEŞEBBÜS, VAZGEÇME VE ETKİN PİŞMANLIK 270
I. Teşebbüs 270
A. Genel Açıklama 270
B. Bütüncül Çözüm 271
C. Bireysel Çözüm 272
1. Dar Bireysel Çözüm 273
2. Yenilenmiş Bireysel Çözüm 274
D. Değerlendirme 275
II. Teşebbüste ve Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme 276
A. Suça Teşebbüste Vazgeçme 276
B. Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme 279
C. Görünüşte Müşterek Faillik 280
III. Etkin Pişmanlık 282

§ 10. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ SUÇLAR 283
I. Özgü Suçlar ve Bizzat İşlenebilen Suçlar 283
A. Özgü Suçlarda Müşterek Faillik 283
1. Terminoloji: "Yükümlülük Suçu" ve "Özgü Suç" Kavramları 283
2. Özel Faillik Niteliğine İlişkin Yeter Şart Tartışması 285
3. Gerçek ve Görünüşte Özgü Suçlarda Müşterek Faillik 287
B. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Müşterek Faillik 288
II. İhmalî Suçlar 289
A. İhmalî Suçların Özgü Suçlarla İlişkisi 289
B. İhmalî Suçlarda Fail-Şerik Ayrımı 290
1. Genel Açıklama 290
2. İcraî Suça İhmalî Davranışla İştirakte Fail-Şerik Ayrımı 292
a. Ayrımı Reddeden Görüş 292
b. Potansiyel Fiil Hâkimiyeti Görüşü 293
c. Yardım Eden Teorisi 294
d. Yükümlülük Suçu Görüşü 295
e. Koruma ve Gözetim Garantörü Ayrımını Esas Alan Görüş 297
f. Değerlendirme 298
C. İhmalî Suçlarda Müşterek Faillik Açısından İki Temel İhtimal 299
1. İcraî ve İhmalî Davranışın Birlikteliği 299
2. Birden Fazla Kimsenin İhmalî Davranışta Bulunması 300
III. Taksirli Suçlar 302
A. Genel Açıklama 302
B. Tartışmalara Zemin Hazırlayan Yargı Kararları 303
C. Alman Hukukundaki Görüşler 306
1. Aleyhe Görüşler 306
2. Lehe Görüşler 308
D. Türk Hukukundaki Görüşler 312
E. Değerlendirme 317
IV. Zincirleme Suçlar 320
V. Çok Failli Suçlar 323
VI. Örgütlü Suçlar 326
VII. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşleme Nitelikli Halini İhtiva Eden Suçlar 329
§ 11. MUHAKEME VE YAPTIRIM 335
I. Müşterek Failliğin Özellik Arz Ettiği Bazı Ceza Muhakemesi Kurumları 335
II. Müşterek Failler Hakkında Cezanın Belirlenmesi 338

SONUÇ 341

KAYNAKLAR 349

KAVRAM DİZİNİ 371

KISALTMALAR DİZİNİ

Alm. CK	**:**	Alman Ceza Kanunu
AT	**:**	Allgemeiner Teil
AÜHFD	**:**	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. CK	**:**	Avusturya Ceza Kanunu
BGH	**:**	Bundesgerichtshofs
BGHSt	**:**	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bkz.	**:**	Bakınız
BT	**:**	Besonderer Teil
BVerfG	**:**	Bundesverfassungsgericht
C.	**:**	Cilt
CD	**:**	Ceza Dairesi
CMK	**:**	Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	**:**	Dipnot
E.	**:**	Esas
Ed.	**:**	Editör
FS	**:**	Festschrift
GA	**:**	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	**:**	Gedächtnisschrift
GÜHFD	**:**	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	**:**	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	**:**	Juristische Arbeitsblätter
JCE	**:**	Joint Criminal Enterprise
JR	**:**	Juristische Rundschau
JURA	**:**	Juristische Ausbildung
JuS	**:**	Juristische Schulung

JZ : Juristische Zeitung
K. : Karar
kn. : Kenar numarası
LK : Leipziger Kommentar
m. : Madde
MDR : Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo : Münchener Kommentar
NJW : Neue Juristische Wochenschrift
NK : Nomos Kommentar
NStZ : Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG : Oberlandesgericht
Par. : Paragraf
RG : Reichsgerichts
RGSt : Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
s. : sayfa
ss. : sayfa aralığı
S. : Sayı
SK : Systematischer Kommentar
StGB : Strafgesetzbuch
StR : Revisionsverfahren in Strafsachen
T. : Tarih
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TCK : Türk Ceza Kanunu
vd. : ve devamı
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

I. Çalışmanın Önemi ve Amacı

Suça iştirak ceza hukukunun kadim uğraş alanlarından biridir. İştirak öğretisi tarih boyunca meseleci, suç tipini esas alan bir yöntemden, zamanla daha soyut ve suç tiplerinden bağımsız bir yönteme doğru gelişmiştir. Günümüz öğretilerinde de üzerinde ittifak edilmiş bir iştirak teorisi olmasa da suça iştirakte farklı sorumluluk kategorilerine ilişkin kavramsallaştırmada büyük ölçüde birlik vardır. Bir tarafta suçtan aslen sorumlu olan dolaylı fail ve müşterek fail kavramları söz konusu iken; diğer tarafta suçtan bir başkasına bağlı şekilde sorumlu olan azmettiren ve yardım eden kavramları söz konusudur. Çalışmanın konusu olan müşterek failliğin ise bu iştirak şekillerinde özel bir yeri vardır. Öyle ki müşterek failliğin -diğer iştirak şekillerinden farklı olarak- bağımsız bir iştirak şekli olduğu dahi tartışılmaktadır. Kimi görüşler müşterek failliği sadece birden fazla doğrudan faillik durumu olarak kabul ederken, kimi görüşler müşterek failliği karşılıklı dolaylı faillik ve hatta karşılıklı azmettirme olarak dahi kabul etmektedir. Bu görüş çeşitliliğinin temel nedeni ise müşterek faillikte, özellikle dolaylı faillikten farklı olarak, suça özgür ve bilinçli bir şekilde katılan birden fazla kimsenin, suçtan müştereken, aslen sorumlu olduğunu kabul etmenin ceza hukukunun temel ilkeleriyle çatışma potansiyeli taşımasıdır. Nitekim, bugün için büyük ölçüde kabul edildiği üzere, müşterek faillikte suçun işlenmesine özgür ve bilinçli olarak katılan birden fazla kimse, davranışlarının birbirlerine isnat edilmesi suretiyle işlenen suçtan aslen sorumludur. Yine, azmettirme ve yardım etmeden farklı olarak müşterek faillik bir başkasına bağlı bir sorumluluk değil, haksızlıkla doğrudan temas halinde, asli bir sorumluluktur. Söz gelimi müşterek failliğin şartlarının gerçekleşmesi halinde mağduru kollarından tutan da bıçağı saplayarak mağduru öldüren de kasten öldürme suçunu işleyen, bu suçtan aslen sorumlu olan kimse olarak kabul edilir. İşte burada mağduru kollarından tutma davranışı tek başına kasten öldürme olmadığına ve bunu gerçekleştiren kimse de diğerinin hâkimiyeti altında olmadan, özgür ve bilinçli bir şekilde hareket ettiğine göre bu kimsenin yine de suçtan hangi gerekçeyle aslen sorumlu olacağı, hem müşterek failliğin temel tartışma noktası hem de onu diğer iştirak şekillerinden ayıran özelliğidir.

Bu kapsamda çalışmanın temel amacı, bir suça özgür ve bilinçli şekilde katılan birden fazla kişinin birlikte asli sorumluluğuna imkân veren bir iştirak şekli olarak müşterek faillik kavramının hukukî esasını tespit etmektir. Her ne kadar fiil hâkimiyeti teorisinin gelişimiyle birlikte suça iştirak konusunda teorik tartışmalar azalmış ve müşterek faillik de büyük ölçüde fonksiyonel fiil hâkimiyeti kavramıyla açıklanmış olsa da özellikle Alman hukukunda dikkat çekici pek çok yeni teorinin de ortaya çıktığı görülmektedir. Bu görüşler fiil hâkimiyeti teorisini tahtından edememiş fakat teoriyi pek çok konuda test etmiş ve bu suretle teoriyi benimseyen yazarları, teorinin henüz farkına varılmamış bazı boşluklarını doldurmaya zorlamıştır. Söz konusu önemi nedeniyle fiil hâkimiyeti teorisinin bu çalışmada da başrolde olduğunu ifade edebiliriz. Bu anlamda farklı görüşler, özellikle müşterek failliğin fonksiyonel fiil hâkimiyeti kapsamında üzerinde yükseldiği iki şartta yani birlikte suç işleme kararı ile suçun icrasına esaslı katkı şartlarında, yoğunlaşacak şekilde ele alınmıştır.

Çalışmada cevabını aradığımız temel soru ise, birden fazla kimsenin davranışları, ayrı ayrı suçun kanuni tanımındaki fiil olarak değerlendirilemese de bu kimselerin, birlikte suçun işlenmesinden aslen sorumlu olup olamayacaklarıdır. Bu temel soruyla bağlantılı olarak; müşterek failleri bir araya getiren unsurun ne olduğu, müşterek faillerin davranışlarının birbirlerine isnat edilip edilemeyeceği, müşterek fail sorumluluğu için kanuni bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı, müşterek faillerin farklı suçlardan sorumlu olup olamayacakları, müşterek faillerin suça katkılarının ağırlığının ne olması gerektiği, müşterek faillerin davranışlarının netice bakımından nedensel olmasının gerekip gerekmediği, suçu salt planlayan ve organize edenin müşterek fail olup olamayacağı sorularına da cevap aranacaktır. Saydığımız bu temel soruların çözümü müşterek failliğe ilişkin diğer ceza hukuku kurumları kapsamında ortaya çıkacak sorular için de yol gösterici olacaktır. Söz gelimi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan birden fazla kimsenin taksirli suçu müştereken işlediğinden bahsedilebilecek midir? Yahut ihmali bir davranış müşterek fail sorumluluğuna yol açabilecek midir? İnanıyoruz ki bu sorulara verilen cevaplar müşterek failliğin sınırlarını olabildiğince net bir biçimde ortaya çıkaracaktır.

II. Çalışmanın Kapsamı

Bu çalışmada müşterek faillik, farklı görüşlere rağmen, failliğin bağımsız bir görünüm şekli olarak kabul edilmiş ve genel sistematik de buna göre oluşturulmuştur.

Birinci bölümde esasen müşterek failliğin suça iştirak teorisindeki konumu saptanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla öncelikle her iştirak teorisinin başlangıcı olan geniş ve dar fail kavramlarıyla, iştirak şekillerinin düzenleniş şekline göre kanuni sistemlerin esasları ortaya konularak müşterek failliğin tartışılacağı çerçeve belirlenmiştir. Ardından müşterek failliği, birden fazla doğrudan faillikten ziyade failliğin bağımsız bir görünüm şekli olarak ortaya çıkaran tarihi gelişmeler incelenmiştir. Nihayet bu bölümde sübjektif teori, objektif teori ve fiil hâkimiyeti teorisi olmak üzere genel faillik teorileri kapsamında müşterek faillik ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise fiil hâkimiyeti teorisinden sonra ortaya çıkan güncel görüşler incelenerek müşterek failliğin hukuki esasına dair bir sonuca ulaşılmıştır. Bu suretle müşterek fail sorumluluğunun yapısı ve genel esasları belirlenmiştir. Genel esasların ardından müşterek failliğin iki temel şartı olan birlikte suç işleme kararı ile suçun işlenmesine objektif katkı şartları detaylıca ele alınmıştır.

Nihayet üçüncü bölümde ise müşterek fail sorumluluğunun özellik arz ettiği ceza hukuku kurumlarına ilişkin tartışmalar, ikinci bölümde ulaştığımız esaslarla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde özellikle taksirli ve ihmali suçlarda müşterek failliğe ilişkin sorunlar tespit edilmiş, ilgili sorunların somutlaştığı bazı mahkeme kararlarına yer verilmiş ve müşterek failliğin taksirli ve ihmali suçların birlikte işlenmesi meselesine yansımaları, müşterek faillik kurumunun teorik esasları ışığında incelenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki müşterek fail sorumluluğunun tespitinde Türk hukuku ile sınırlı kalınmamış, ülkemiz hukukunun yanı sıra pek çok başka hukuk sistemini de etkileyen fiil hâkimiyeti teorisinin menşei olan ve müşterek failliği bağımsız bir faillik şekli olarak ortaya çıkaran Alman hukukundan da büyük ölçüde faydalanılmıştır. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan İtalyan ve Avusturya hukuklarında suça iştirakte teklik sistemi esas alındığından; Fransız hukukunda ise genel olarak müşterek faillik, bağımsız bir faillik şekli olarak kabul edilmediğinden, bu ülke hu-

kukları çalışmanın amacı kapsamında özel olarak incelenmemiş ve yeri geldikçe bunlara ilişkin kısa açıklamalarla yetinilmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil olan ve bu açıdan ceza hukukunun kaynağını genelde örf ve âdet hukukuna dayandıran Amerika, İngiltere, Kanada gibi ülke hukukları ise kapsam dışında bırakılmıştır.