

Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*

Evaluation of Co-Perpetration and Indirect Perpetration within the Scope of Crimes Committed by Omission

Zahit YILMAZ**

ÖZ

Suç, doktrinde “toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin bilerek ve istenerek ihlalini (kast) veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği (taksir) ifade eden insan davranışları” olarak tanımlanmaktadır. Suçlar kanunda genel olarak tek kişi tarafından işlenebilir şekilde düzenlenmiş ise de çoğu zaman birden fazla kişi tarafından birlikte işlenir. İştirak kanunen tek kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişi tarafından, aralarında yaptıkları anlaşma ve fiilin işlenişine katkıda bulunarak birlikte işlenmesidir. Suçlar kural olarak icrai, ihmali ve ihmali suretiyle icrai şekilde işlenebilmektedir. Çalışmamızda müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumlarının ihmali suçlar açısından değerlendirilmesine çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Müşterek faillik, Dolaylı faillik, İştirak, İhmali hareketle işlenen suçlar, Garantör

ABSTRACT

Crime is described in the doctrine as human behaviours that intentionally violate the rules introduced in order to protect public order (intent) or that neglect these rules (negligence). Despite being defined as committed by a single perpetrator; crimes are usually committed by more than a single person. Complicity, is the term that defines the situation in which a crime that could have been committed by a single person but instead has been committed by many who have agreed to and have participated efficiently to a crime's perpetration. Crimes may be committed by an act of commission as well as an act of omission. This paper aims to study the relationship between indirect and co-perpetration and crimes committed by an act of omission.

Keywords: Co-perpetration, Indirect perpetration, Complicity, Crimes committed by an act of omission, Guarantor

* Bu çalışma, yazarın, Doç.Dr.Yusuf Yaşar danışmanlığında tamamlamış olduğu doktora tezinden üretilmiştir.

** Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
Haydarpaşa Yerleşkesi Tıbbiye Caddesi Üsküdar/İstanbul,zahityilmaz@marmara.edu.tr, (0216) 349 8400

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından Kanun koyucu iştirakin türlerini tespit açısından sınırlı bir biçimde sayma sistemini tercih etmiştir. İştirak türleri, 5237 sayılı Kanun'da faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır¹. İştirak açısından suçun işlenişine yapılan katkının cezanın belirlenmesine olan etkisi bu Kanun döneminde de devam etmiştir².

5237 sayılı TCK'nın genel hükümler başlıklı 1 inci kitabının ceza sorumluluğunun esasları başlıklı ikinci kısmının suça iştirak başlıklı dördüncü bölümünün 37 nci maddesi "*Faillik*" başlığı altında "(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" şeklinde düzenlenmektedir. Kanun'un 37 nci maddesinde müşterek faillik düzenlemekle birlikte bu tanımın doğrudan failliği de açıklamaya uygun olduğu söylenebilir.

37 nci maddenin ikinci 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 artırılır*" şeklindeki düzenleme ile dolaylı faillik yasal olarak bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Çalışmamız, faillik türleri arasında yer alan müşterek faillik ve dolaylı faillik türleri açısından suçun işleniş biçimleri ya da hareketin ortaya çıkış biçimleri arasında sayılan ihmali suçların değerlendirilmesini ana hatlarıyla yapmayı amaçlamaktadır.

I-İHMALİ SUÇ

Hareketin ortaya çıkış biçimine göre suçların genel olarak *icrai, ihmali veya ihmal sureti ile icrai* olarak üç şekilde incelendiğini görmekteyiz³. Kanuni düzenlemeler gereği yapılmaması istenen ve yasaklanan kuralların olumlu hareketlerle ihlal edildiği suçlar icrai suçlar; Kanun'un belirli bir hareketin yapılmasını emrettiği davranışı yapmamak suretiyle işlenebilen suçlar ise ihmali suçlardır. Bu tür suçlar ise gerçek ihmali suç veya saf ihmali suç olarak adlandırılmaktadır. Olumlu ya da icra hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle işlenmesi ve gerçek olmayan ihmali suç, görünüşte ihmali suç, garantörsel suç olarak da adlandırılan ve sadece neticeyi önleme hususunda özel bir yükümlülük veya garantörlük durumunda olan kişilerin işleyebildiği suçlar ise ihmal suretiyle icra suçlarıdır⁴.

Alman ceza hukuku açısından ihmali suçlara ilişkin olarak sorumluluk Alman Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesinde düzenlenmiş ve madde 5237 sayılı TCK'nın 83 üncü maddesine benzer bir biçimde ancak genel hüküm olarak ihmali bir suçtan dolayı sorumluluk için hukuki yükümlülük

1 Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, M.Emin-Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler,11.Baskı, Ankara 2017, s.647.

2 Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut,Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9.Bası, İstanbul 2016, s.492.

3 Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.256 vd.; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014, s.153.

4 Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.258 vd.

ve ihmalin icraya eş sayılması şartına tabi tutulmuştur. Alman Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesi bu durumda verilecek cezada indirimle gidilmesini hakimine bırakmıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere ihmali suçları saf ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar şeklinde ikiye ayırabiliriz.

Gerçek ya da saf ihmali suçlar herhangi bir harekette bulunmamayı değil, kanunun istediği harekette bulunmama, hukuk tarafından kendisinden beklenen hareketi gerçekleştirme durumunu yaptırım altına almaktadır⁵. Bu suçlara örnek olarak 5237 sayılı TCK'nın 97 nci maddesinde düzenlenen terk suçu ve 98 inci maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu gösterilebilir.

İhmali suçların bir diğer türü olarak ifade edilen görünüşte ihmali suç ya da garantörsel suçlar da 5237 sayılı TCK'da yer bulmuştur. Kanun koyucu suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince esasen icrai davranışla işlenebilen bazı suçların ihmali hareketle işlenmesini ayrıca suç olarak kabul etmiş ve bu suçların kimler tarafından hangi şartlarla işlenebileceklerini de açıkça düzenlemiştir. Hukukumuz açısından ihmal suretiyle işlenen suçlara ilişkin Alman Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesine benzer genel bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple bir suçun ihmal suretiyle icrai şekilde işlenebilmesi için buna ilişkin kanuni bir düzenlemenin mevcudiyeti gereklidir⁶. Bu suçlar 5237 sayılı TCK'da kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83), kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.88) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence (TCK m.94/5) şeklinde ifade edilebilir.

“Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlığı altında (TCK m.83) kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesi halinin hangi koşullarla mümkün olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut ise de TCK'nın 88 inci maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu açısından da bu koşullara atıf yapılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 83 üncü maddesinde *“(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. (2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir”* denilmek suretiyle ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin aranan şartlar düzenlenmiştir.

İfade etmek gerekir ki ihmal suretiyle icra suçları açısından teşebbüs veya iştirak bakımından Avrupa ceza hukuku kapsamında kanunun açıklığına hizmet etmesi anlamında açık bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç duyulduğu şeklinde bir düşünce söz konusudur⁷. Bu anlamda

5 **Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2014; s.177; **Hafizoğulları, Zeki-Özen,Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.199.

6 **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.260, s.261; **Hakeri**, s.158.

7 **Aydın, Öykü Didem**, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*,

Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde Alman Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmesinin gerekliliği ifade edilebilir.

II – MÜŞTEREK FAİLLİK VE İHMALİ SUÇLAR

Müşterek faillik, 5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinde düzenlenen bir faillik türüdür. Maddenin gerekçesinde yer alan “Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir” şeklindeki açıklama, maddenin ilk fıkrasında düzenlenen iştirak türünün müşterek faillik olduğunu göstermektedir.

Müşterek faillik birden çok kişinin “*kanunda tanımlanan haksızlığı*” müşterekeken yani ortaklaşa gerçekleştirmesi anlamına gelmektedir ki burada tanımlanan müşterekeken ifadesi fiil üzerinde iştirak anlamında ciddi oranda anlaşma zorunluluğu olarak anlaşılmalıdır⁸. Müşterek hareketlerin, iki veya daha fazla kişi tarafından üzerinde mutabık kalınan ve belirli bir suçu işleme anlamında karşılıklı bir anlaşmaya dayanan ortak bir suç işleme kararı gerektirdiğini ifade etmek gerekir⁹. Müşterek failliğin genel anlamda bütün suçlar açısından mümkün olduğunu ifade etmekle beraber¹⁰ müşterek failliğin tatbik edilebilmesi için ilgili suç açısından iştirak hükümlerinin tatbik edilebilir olmasının öncelikli şart olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

Saf ihmalî suçlar bakımından da müşterek faillik söz konusu olabilir ancak bunun için yükümlülük altında birden fazla kişinin olması ve bu kişilerin yükümlülüklerini ihmal etmesi gerekmektedir¹¹. Failler arasından bir birliktelik yok ise bu durumda müşterek faillikten değil faillerin birbirinden habersiz şekilde aynı suçu işlemelerinin söz konusu olduğu yan yana faillikten bahsetmek gerekmektedir¹².

Saf ihmalî suçun aynı zamanda özgü bir suç olması halinde iştirak hali bakımından bağıllık kuralının da dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin TCK'nın 279 uncu maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun hareketin şekli açısından gerçek bir ihmalî suç olmasından hareketle bahse konu suçun aynı zamanda özgü bir suç olduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 40/2 nci maddesi kapsamında kanunun fail olmak açısından aradığı sığata

TBB Dergisi, Sayı 53, 2004. s.86.

8 **Schmidhäuser, Eberhard**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, zweite Auflage, 1975, s.506.

9 **Rengier, Rudolf**, *Täterschaft und Teilnahme*, Unverändert aktuelle Streitpunkte, JuS (Juristische Schulung), 50.Jahrgang, April 2010, Heft :4., s.284.

10 **Schmidhäuser**, s.513.

11 **Aydın, Devrim**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, 2009, s.270; **Koca, Mahmut – Üzülmöz, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Baskı, Ankara 2016, s.451 vd.

12 Kanaatimizce TCK'nın 278 inci maddesinde düzenlenen suçu bildirmeme suçu açısından birden fazla kimsenin işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmemesi halinde aralarında iştirak iradesi mevcut ise müşterek faillik söz konusudur. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunun ihmalî halini teşkil eden 257/ 2 nci maddede yer alan suç açısından belli bir kamu görevini üstlenen kişilerin fiil üzerinde hakimiyet kurmaları halinde müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. **Üzülmöz, İlhan**, *Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. M. 257)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_1_6.pdf, s.212 (Erişim Tarihi : 1.12.2016).

sahip olmayan kişilerin suça iştirak etmesi halinde azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olabileceklerini belirtmek gerekmektedir. Bu anlamda bahse konu suçun müşterek faillik şeklinde işlenmesi söz konusu olabilir ise de bu durumda Kanun'un 40 ıncı maddesinin aradığı şartların da sağlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak kanaatimizce saf ihmali suçlar açısından da müşterek faillik açısından aranan genel kurallardan sapmaya gerek yoktur. Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken durum daha ziyade birlikte suç işleme kararının saptanmasıdır.

İhmal suretiyle icra suçları açısından da müşterek faillik söz konusu olabilir. Bu anlamda müşterek faillik için gerekli olan fiil üzerinde müşterek hakimiyetin kurulup kurulmadığı, birlikte suç işleme kararı ve faillerin tamamının özel yükümlülük sahibi olup olmadığı hususlarına dikkat edilmesi gerekmektedir¹³. Yükümlülük suçları olması nedeniyle neticeyi önleme konusunda yükümlülük sahibi olmayan kişilerin bahse konu suçlara iştirak etmeleri ancak azmettirme veya yardım etme şeklinde olmaktadır (TCK m.40)¹⁴. Dikkat edilmesi gereken husus kişinin kanunun aradığı yükümlülük şartını haiz olmaması nedeniyle tek başına fail olmadığı ihtimallerde, müşterek fail olmasının da mümkün olmadığıdır¹⁵.

İcrai bir suç açısından ihmal sureti ile müşterek failliğin söz konusu olup olmadığı başka bir sorundur. Bu konuda doktrinde genel kabul gören görüş açısından icrai bir suçta *ihmal suretiyle* müşterek faillik kabul edilmemelidir. İşte bu tip durumlar açısından icrai fiille suçu işleyen kişinin suçun icrai halinden (ör. TCK m.81), ihmali hareketle fiili gerçekleştiren kişinin ise ihmal suretiyle icrai suçun faili olarak (ör. TCK m.83) sorumlu tutulmasının gerekli olduğu ifade edilmekte buna gerekçe olarak failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı gösterilmektedir¹⁶. Konuya ilişkin olarak Özgenç "*ihmali davranışta bulunan kişi bakımından bu ihmali davranış kanunda müstakil bir suç olarak tanımlanmış ise, artık bir başkasının icrai davranışla işlemekte olduğu suça ihmali davranışla iştirak edilerek yardım eden (şerik) sıfatıyla sorumluluktan değil, ihmali suçtan dolayı fail sıfatıyla sorumluluk cihetine gitmek gerekir*" şeklinde bir yaklaşımda bulunmaktadır¹⁷. Yazar konuya ilişkin verdiği örnekte kasten öldürme suçunun işleneceğini öğrenmesine rağmen duruma müdahale etmeyen ve neticede bir kimsenin yaralanmasını ya da ölmesini engellemeyen kolluk görevlerinin bu hareketinin kasten öldürme ya da yaralama suçu açısında yardım ve dolayısıyla şeriklik olarak ifade edilebilmesine rağmen bahse konu fiillerin bağımsız suç olarak

13 Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.660. Ayrıca bkz. Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.292; Özgenç,İzzet, Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Özel Sayısı, C:4, S:1-2, Konya, 1994, s.189,190.

14 Aydın, s.270.

15 Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11.Auflage, Bielfeld 2003, § 29, kn. 15.

16 Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.661. Ayrıca bkz. Özgenç, Suça İştirakin, s.292. Mahmutoğlu bu konuya ilişkin garantörün gösterdiği ihmal onu fail yapmak için yeterlidir demektedir. Mahmutoğlu Fatih Selami, *Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu*, İÜHF, C:LXIII, S.1-2, İstanbul 2005, s.79.

17 Özgenç, İzzet, *İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler*, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, s.7.

düzenlenmesi nedeniyle (TCK m.83 veya TCK m.88) bu kişilerin fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiğini yukarıda ifade ettiğimiz üzere failliğin şerikliğe nazaran asliliği ile izah etmektedir¹⁸.

Doktrinde garantörsel yükümlülük gerektiren suçlar açısından neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişiyi azmettirmenin de mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁹. Örneğin A, hastabakıcı B ve C'yi hasmı D'ye ilaçlarını vermemeleri konusunda para vererek ikna ederse ve D bu nedenle hayatını yitirirse B ve C müşterek fail, A ise azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Ayrıca azmettirenin yükümlülük altında bulunan kişi olmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir²⁰. Kanaatimizce kişiyi neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmemeye azmettiren kişi de yükümlülük sahibi ise bu durumda müşterek faillik durumunu dikkate almak gerekmektedir. Bundan hareketle doktrinde yükümlülüğün sadece müştereken mevcut olduğu hallerde müşterek failliğin ciddi şekilde önemli arz ettiği zira bu durumda bir kişinin katkıda bulunmamasının örneğin kurtarma hareketinin başarısız olmasına önemli derecede etki ettiği ifade edilmektedir²¹.

III-DOLAYLI FAİLLİK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Türk Ceza Kanunu'nun faillik başlıklı 37 nci maddesinin 2 nci 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 artırılır*” şeklinde dolaylı faillik olarak adlandırılan faillik türüne yer verilmektedir.

Pratikte gerçekleşmesi müşterek faillığe nazaran daha zor bir faillik ve genel anlamda iştirak türü olan dolaylı faillik açısından ihmali suçlar konusu dolaylı faillığe ve özellikle de araç olarak kullanma kavramına verilecek olan anlam ile yakın ilişkili olacaktır.

Doktrinde saf ya da gerçek ihmali suçlar açısından araç olarak kullanmadan bahsetmeye imkan olmadığı belirtilmektedir²². Bu anlamda dolaylı faillik açısından ihmali suçların, daha ziyade ihmal suretiyle icrai suçlar yönünden ele alındığını ifade etmek gerekir.

İhmal suretiyle işlenen suçlar ya da yükümlülük suçları bakımından dolaylı failliğin söz konusu olup olmadığı hususu bahse konu suçların kendine özgü durumu nedeniyle farklı bir biçimde ele alınmalıdır.

Belirtmek gerekir ki ihmali suçlarda dolaylı faillik konusunda gerek araç kişinin gerekse de dolaylı failin hareketlerinin icrai veya ihmali olabileceği ifade edilmiştir²³. Boğulmakta olan eşini

18 **Özgenç**, *İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak*, s.7.

19 **Hakeri**, s.556.

20 **Hakeri**, s.556.

21 **Ransiek, Andreas**, Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 8, 2010, , s.678.

22 **Şahin, Meral Ekici**, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 109, Eylül 2013, s. 8.

23 Bkz. **Şahin**, s.8.

kurtarma yükümlülüğü olan diğer eşi cebirle veya tehditle durduran kişinin hareketi icraidir. Bu ihtimalde yükümlülük altında olan kişinin hareketi ihmalidir, ancak buna mecbur bırakılmıştır. TCK'nın 83 üncü maddesi gereği ihmal suretiyle icra suçu ihmali bir suç iken burada ihmale sebebiyet veren arka plandaki kişinin icrai hareketidir²⁴.

Alman ceza hukuku açısından da meseleye değinmek yararlı olacaktır. Alman doktrininde yer alan bir görüş açısından olayın harici seyrine hakim olunmasa da normatif bir kural olarak hakim olma durumunun mevcut olduğu bu halde de ihmal suretiyle olayı şekillendirerek dolaylı faillik mümkün olmaktadır²⁵. Bu görüş, ihmali suçların normatif yönüne işaret etmektedir.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre ihmali suçlarda dolaylı faillik mümkün olduğu gibi doktrinde de bu görüşün kısmen kabul edildiği ifade edilmektedir²⁶. Belirtelim ki bir diğer görüş ise böyle bir yaklaşımı gereksiz bulmaktadır. Bu görüş açısından ihmal suretiyle icra kurumunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesi anlamında faillik neticeyi önleme yükümlülüğüne sahip olan herkesi kapsamaktadır ki bu anlamda bahse konu faillik kavramı dolaylı failliği de içermektedir. Alman doktrininde meseleye ilişkin olarak farklı bir yaklaşım getiren *Ransiek* neticeyi önleme yükümlülüğüne sahip olan kişinin bu ihmali gerçekleştirirken ihmalin kendisi tarafından mı yoksa üçüncü bir kişi tarafından mı kaynaklandığının önemsiz olduğuna işaret etmektedir²⁷.

Alman hukuku açısından bir görüşe göre bu ihtimalde dolaylı faillikten bahsedilebilmesi arka planda yer alan kişinin neticeyi önleme konusunda bir yükümlülüğü olması halinde mümkündür²⁸. İhmali hareketlerle dolaylı failliğin genellikle reddedildiğini ifade eden görüş ise dolaylı failliğin arka plandaki şahsın aktif hareketlerle olay sürecini yönlendirme şartına gereksinim duymasından hareket etmektedir²⁹.

Neticeyi önleme yükümlülüğü altındaki şahsın yükümlülük görevini kasten yerine getirmemesi halinde meydana gelen netice açısından dolaylı faillikten değil işlenen suça göre bir değerlendirme yapılarak ihmal suretiyle icrai suç açısından doğrudan faillikten bahsedilebileceği kanaatindeyiz. Örneğin bu durumda yükümlülük görevini ihmal eden kişi açısından kasten öldürme suçunun ya da kasten yaralama suçunun ihmal suretiyle işlenmesinden bahsedilebilecektir. Saf ihmali hareketlerle bir kimse üzerinde "*hakimiyet*" kurulmasından söz edilemeyeceğini ifade etmek gerekmektedir³⁰.

24 Şahin, s.8,9.

25 Satzger, Helmut – Schluckebier, Wilhelm-Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 2.Auflage, Köln 2014, ilgili kısım için bkz.Murmann, § 25, kn.6.

26 Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, München 2015, § 25, kn.10.

27 Ransiek, s.679.

28 Heinegg, Bernd von Heintschel, Strafgesetzbuch Kommentar (İlgili kısım Kudlich, Hans), 2.Auflage 2015. Leipold, Klaus – Tsambikakis, Michael-Zöller, Mark.A, Anwalt Kommentar StGB Strafgesetzbuch, 2010, İlgili Kısım için bkz.Waßmer,Martin Paul , § 25, kn.47.

29 Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, s.471.

30 Sınar,Hasan, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011, s.79.

Yükümlülük altında olan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için icrai hareketlerinin varlığından bahsetmek gerekmektedir³¹. Örneğin yükümlülük altında olan kişinin bizatihi kendisinin nezaretle yükümlü olduğu kişiyi kasten öldürme fiilini işlemeye sevk etmesi halinde artık arka plandaki kişi TCK'nın 83 üncü maddesi gereğince doğrudan fail olarak değil 81 inci maddesi anlamında kasten öldürme suçu nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Aksi halde saf ihmali bir hareketin ihmal suretiyle icra suçları açısından dolaylı faillik olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

İhmalî bir hareketlerle dolaylı failliğin mümkün olmadığını ifade etmemize karşın ihmal suretiyle icraen işlenen suçlar açısından dolaylı failliğin söz konusu olabileceğini tekrar etmekteyiz. Doktrinde ihmali dolaylı faillik adı verilen³² bu duruma örnek olarak ölüm neticesini engellemekle yükümlü olan ve bu anlamda garantör durumdaki kişiyi tehditle engelleyen kişinin meydana gelen ölüm açısından dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gösterilmektedir³³.

SONUÇ

Çalışmamızda genel olarak müşterek faillik ve dolaylı faillik durumları karşısında ihmali suçların ne şekilde değerlendirilebileceğine değinmeye çalıştık. Bu anlamda ihmali suçlar açısından müşterek faillik ve dolaylı faillik durumlarının gerçekleşmesine ilişkin çeşitli sonuçları aşağıda özet olarak ifade etmeye çalışacağız.

Müşterek faillik halinin 5237 sayılı TCK bakımından icrai suçlarla sınırlandırıldığını söylemek Kanun lafzına göre mümkün değildir. Müşterek faillik için gereken şartlar birden fazla fail tarafından fiil üzerinde müşterek hakimiyet ve birlikte suç işleme kararının varlığı olarak kabul edilmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi ve fiil üzerinde hakimiyet kurulması kaydıyla saf ihmali suçların da icrai suçlar gibi müşterek faillik şeklinde işlenmesi mümkündür. Aynı yorumu ihmal suretiyle icrai suçlar için de yapabiliriz. Ancak bu durumda bu suçların kendine özgü şartlarının da varlığının aranmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Buna göre yükümlülük suçları olması nedeniyle fiil üzerinde müşterek hakimiyetin kurulup kurulmadığı, birlikte suç işleme kararı ve faillerin tamamının özel yükümlülük sahibi olup olmadığı hususlarına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu şartların sağlanması durumunda müşterek faillik söz konusu olmaktadır.

Dolaylı faillik 5237 sayılı TCK'da düzenlenen faillik türlerinden biri olarak bir kimsenin başkasını suç işlemede araç olarak kullanması şeklinde karakterize edilebilir. İhmalî hareketlerle dolaylı faillik mümkün olmamasına karşın ihmali suçlar açısından dolaylı faillik hükümlerinin tatbiki söz konusu olabilir. İhmalî suçlar açısından dolaylı faillik hükümlerinin tatbik edilebilirliği ihmal suretiyle icrai suçlar açısından tartışılan bir husustur. Saf ihmali suçlar açısından bir kimsenin araç olarak kullanılmasının ise mümkün olmadığı söylenmektedir.

31 Sınar, s.79.

32 Üzülmöz, İlhan, *Dolaylı Faillik*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1. S.1 2006, Kayseri 2006, s.92.

33 Sınar, s.80; Üzülmöz, s.92; Koca-Üzülmöz, s.462.

İhmal suretiyle icrai suçların dolaylı faillik şeklinde işlenmesi açısından da bir kimseye nezaret etme noktasında garantörsel yükümlülük altında olan kişinin örneğin yükümlülüğünü ihmal ederek engellemek zorunda olduğu neticeyi salt ihmali bir hareketle engellememesi suretiyle suç teşkil eden bir neticeye sebep vermesi halinde bu kişiyi araç olarak kullandığını ifade etmek mümkün değildir. Elbette neticeyi önlemekle yükümlü olan kişi nezaretindeki kişiyi suçta araç olarak kullanabilir ancak bu durumda egemenliğin kurulması ve bu kişiyi araç konumuna indirilmesi için arka plandaki kişinin icrai harekette bulunması gerekmektedir. Son olarak engellemekle yükümlü olduğu neticenin gerçekleşmesini önlemeye çalışan kişiyi cebir, tehdit ve sair yolu ile engelleyen kişinin de dolaylı fail olabileceğini ifade etmek gerekmektedir

KAYNAKÇA

- Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet – Alşahin, M.Emin – Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,11. Baskı, Ankara 2017.
- Aydın, Devrim**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.
- Aydın, Öykü Didem**, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004.
- Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11.Auflage, Bielfeld 2003.
- Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9.Bası, İstanbul 2016.
- Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, München 2015.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014.
- Heineeg, Bernd von Heintschel**, Strafgesetzbuch Kommentar (İlgili kısım **Kudlich, Hans**), 2.Auflage 2015.
Leipold, Klaus – Tsambikakis, Michael-Zöllner, Mark.A, Anwalt Kommentar StGB Strafgesetzbuch, 2010, İlgili Kısım için bkz.**Waßmer, Martin Paul**
http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_1_6.pdf , s.212 (Erişim Tarihi : 1.12.2016).
- Koca, Mahmut – Üzülmöz, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Baskı, Ankara 2016.
- Mahmutoğlu Fatih Selami**, *Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Cezai Sorumluluğu*, İÜHFİM, C:LXIII, S.1-2, İstanbul 2005.
- Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
Özgenç, İzzet, *Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Özel Sayısı, C:4, S:1-2, Konya, 1994.
- Özgenç, İzzet**, *İcrai Suça İhmalî Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler*, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2014.
- Ransiek, Andreas**, Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 8 2010.
- Rengier, Rudolf**, *Täterschaft und Teilnahme , Unverändert aktuelle Streitpunkte*, JuS (Juristische Schulung), 50.Jahrgang, April 2010, Heft:4.
- Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006.
- Satzger, Helmut – Schluckebier, Wilhelm-Widmaier, Gunter**, Strafgesetzbuch Kommentar, 2.Auflage, Köln 2014.
- Schmidhäuser, Eberhard**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, zweite Auflage, 1975.
- Sinar, Hasan**, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011.
- Şahin, Meral Ekici**, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 109, Eylül 2013.
- Üzülmöz, İlhan**, *Dolaylı Faillik*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1. S.1 2006, Kayseri 2006.
- Üzülmöz, İlhan**, *Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. M. 257)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1.