

Suçta İştirak

Yazan: Doçent Dr. Faruk Erem

BİRİNCİ BÖLÜM:

I. Giriş: A. Sistemler; B. Suçta iştirakin müstakil hâdise olarak incelenmesi; II. İştirakin genel şartları: A. Manevî unsur: (a. kastin mahiyeti; b. Hata; c. Anlaşma anı; ç. Tak-sirli suçlar; d. kabahatler); B. Maddî unsur: (a. Katılma; b. selbî fiiller; c. İştirake teşebbüs; ç. Teşebbüse iştirak; d. Tamamlanmamış suç.
III. Muhtelif suçlar bakımından iştirak: A. Toplu suçlar; B. mütemadî, müteselsil suçlar C. Muayyen sıfatı haiz kim-selerin suçları; Ç. İşliyenin bilinmeyen adam öldürme ve mü-essir fiil; D. Kavga.

İKİNCİ BÖLÜM:

İştirakin neveleri: I. Aslî iştirak; A. Aslî maddî iştirak: (Suçta irtikâp edenler; Doğrudan doğruya beraber işliyen-ler) B. Manevî - aslî iştirak: (a. azmettirmede manevî unsur; b. Azmettirmede maddî unsur; c. Azmettirme vasıtaları; ç. Azmettirme şekilleri: 1. suçta vekâlet; 2. Teşci; 3. Birlik; d. Azmettirilenin cezası, şahsî menfaatten ileri gelen tahfif sebebi); II. Fer'î iştirak: A. Fer'î - maddî iştirak: (a. Vasıta veya iş tedariki; b. müzaheret, muavenet); B. Fer'î - manevî iştirak: (a. Teşvik; b. Kararı takviye; c. Müzaheret, muave-net vadi; ç. Talimat vermek); C. Fer'î iştirakte zaruret: (a. Zarurî olmayan fer'î iştirak; b. Zarurî olan fer'î iştirak).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

Cezaya müessir sebeplerin ortaklara sirayeti: I. Cezayı kal-dıran sebepler; II. Cezayı arttıran sebepler: A. Cezayı arttı-ran kişiye bağlı sebepler; B. Cezayı arttıran fiilî sebepler.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GİRİŞ: Bir suçun birden ziyade kimseler tarafından işlen-mesi mümkündür. Aynı suçta birden fazla failin bulunması, onları suçta ortak haline sokar. Ortakların birlikte işlemiş oldukları suçta nazaran mesuliyetlerinin tâyini için hususî kaidelere ihtiyaç vardır.

«Suça iştirak» hükümleri (CK. m. 64 - 67) bu ihtiyacı karşılamak için konulmuştur (1).

A. SİSTEMLER: İştirakte ortakların mesuliyetini tâyin hususunda üç sistem düşünülebilir: (2)

Birinci sistem, cezada ve mesuliyette müsavat sistemidir. Bu sisteme göre başkasının fiiline iştirak eden kimse, onun fiilini bütün neticeleri ile kendine maletmiş sayılmalıdır. Suça ortaklıktaki hisseleri ne olursa olsun bütün ortaklar aynı cezaya çarpılmalıdır. Roma hukukunda prensip olarak kabul edilmiş olan bu sistem, 1791 ve 1810 Fransız ceza kanunlarına da intikal etmiştir (3).

İkinci sistem, ceza hukukunda klâsik mektebin isteklerine en fazla uyabilen sistemdir. Bu sisteme göre ortakların mesuliyetini suçun işlenmesindeki faaliyet hisselerine göre tâyin etmek lâzımdır. Bu sebeple ortakların aslî ve fer'î olarak tefrik edilmesi ve aslî failere verilecek cezanın fer'î failerin cezasından üstün olması icap eder. Çünkü suçun müessir sebebi aslî failerdir, fer'î failer ise sadece yardımcıdırlar.

Türk Ceza kanununca kabul edilen hükümler ikinci sisteme uygundur. Kanunumuza göre aslî failerle (m. ü4) fer'î failer (m. 65) in mesuliyeti farklı cezalarla müeyyidelendirilmiştir.

Üçüncü sistem, ortakların ceza mesuliyetlerini birbirinden ayıran ve iştirakte maddî veya manevî alâka nisbetlerine göre değil, kötülük derecelerine göre ceza verilmesini isteyen sistemdir. Yeni

(1) **BİBLİYOGRAFİ:** ALTAVİLLA, *Delitti contro la persona*, Milano 1921. — BECCARİA, *Des délits et des peines*, Paris 1856. — BRUNO, *Codice penale del regne d'Italia*, 1927. — CASABIANCA, *Code pénal du royaume d'Italie*. — DALLOZ, *Code d'instruction criminelle et code pénal*, Paris 1922. — FERRİ, *Sociologie criminelle*. — FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, C. II, bası 3, Milano 1926. — GARÇON, «rapor» *Congrès pénitentiaire international de Washington* (ayrı bası) 1910. — GARAFALO, *Criminologie*, bası 5, Paris 1905. — GARRAUD, *Droit pénal français*, C. III, bası 3, Paris 1915. — KANTAR, *Ceza hukuku*. — LOGOZ, *Commentaire du code Pénal suisse*, Nöşatel, 1939. — MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, C. II, bası 2, Torino 1926. — MAJNO, *Ceza kanunu şerhi*, «tercüme», C. I, Ankara 1927. — Nocito, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, C. V, s. 307 - 386. — POZZOLİNİ, *istituzioni di diritto penale italiano* 1921. — Pessina, *II nuovo codice penale italiane*, Milano 1890. — PRİNS, *Science pénale et droit positif*, Brüksel, 1899. — ROSSİ, *Traité de droit pénal*, Paris 1872. — SUMAN, *II codice penale italiano*, Torino 1892. — TANER, *Ceza hukuku*. — VIDAL, *Cours de droit criminel*, bası 8, Paris 1935.

(2) Vidal dördtlü bir tasnif kabul eder, n. 406.

(3) Vidal n. 406.

İsviçre ceza kanunu (m. 24 - 26) mutedil bir şekilde, Yeni İtalyan Ceza kanunu (m. 110) tamamen ortakların mesuliyette ayrı tutulmaları fikrinden mülhem olmuştur (4).

B. SUÇA İŞTİRAKİN MÜSTAKİL HÂDİSE OLARAK TETKİKİ:
Bir suçun ortakları arasındaki münasebeti tâyin hususundaki hükümlerden müstakil olarak «iştirak» müstakil bir hâdise olarak da tetkik edilebilir. Meselenin böyle bir cepheden yapılan ilk incelemesini pozitivistlere borçluyuz.

Ferri'ye göre (5) bir ihtiras dalgası içinde bir cürüm işlemiş olan topluluk hali müstesna en az tehlikeli suçlular (tesadüfi suçlar, ihtiras suçluları) suçu yalnız ve ortaksız işlemek hususunda devamlı bir psikolojik karakter arzederler. Halbuki en tehlikeli olan suçlularda (doğuştan suçlular, itiyadi suçlular) aksi müşahede edilir. O halde bu sonuncular için iştirak hali, müstakil bir cezayı arttırıcı sebep sayılmalıdır.

Garrafalo'da, Ferri gibi düşünmektedir. Garrafalo'ya göre (3) ortakların aynı sınıfa mensup suçlular olmadıkları halde aynı mahiyetteki cezalara çarpılmaları anlaşılmasız bir şeydir. Bir kimse ailesinin uğramış olduğu kanlı bir taarruzun intikamını almak için diğer bir kimseyi bu intikamı alması için para ile tutsa, intikam saiki ile hareket eden kimse ile para ile tutulmuş olan şahıs birbirinden farklı kimseler değil midir? O halde neden aynı mahiyetteki cezalara çarpılsınlar? Neden hırsızlığı meslek edinmiş kimse ile bu kimse tarafından hırsızlığa sürüklenmiş diğer bir şahıs aynı cezayı görsün?

Ferri'nin düşüncelerini genişleten ve pozitivistlere göre umumî iştirak nazariyesini etraflıca tetkik eden Sighele (7) de aynı neticeye varmış ve tasarlanmış iştirakin (complicita premeditato) yalnız suç için cemiyet teşkili ve saire gibi muayyen hallerde değil, umumî bir şiddet sebebi sayılması lâzım geleceği neticesine varmıştır. Çünkü iştirak bilhassa ağır suçlarda görülen bir haldir ve iştirak hâdisesi çok kötü ruhlu suçluların bilhassa hırsızların katillerin kullandıkları bir şekildir. İştirak halinde suç işleyenler doğuştan suçlu, itiyadi suçlulardır.

Positivistler tarafından ileri sürülen bu düşüncelerin doğrulu-

(4) Bu hususta Vidal, n. 406; Logoz s. 92; Casabianca m. 110 not.

(5) Ferri s. 478.

(6) Garrafalo, s. 352 - 353.

(7) Sighele, La teorica positiva della complicita, Ferri'den naklen, s. 479 not 1; Sighele nazariyesi hakkında Florian s. 15, 16; Garçon «rapor, ayrı bası» s. 3.

ğundan şüphe edilemez. İstatistikler iştirak halinde suç işlemenin mahiyetleri en ağır olan suçlarda ekseriyeti teşkil ettiğini göstermektedir (8). O halde ekseriya yığın içinde suç işlemek halinde tesadüf edilen âni iştirak hâdiseleri hariç olmak üzere, tasarlanmış iştirak hallerinin cezayı arttırıcı umumî bir sebep olarak kabulü doğrudur. Pozitivist mektebin düşünceleri ile bir dereceye kadar klâsik mektebin düşüncelerini bu sahada telih imkânı bulabilir. Hem ortakların suç husulündeki hisselerini nazarı itibare almak ve hem de iştiraki müstakil bir şiddet sebebi saymak mümkündür (9). Çünkü birden ziyade kimselerin birleşmesinden bunların ferdin sahip olmadıkları maddî ve manevî kuvvetler ortaya çıkar, artan tehlikeye karşı şiddetli ceza vazetmek makul bir düşüncedir (10).

Türk Ceza kanununda fiilin müstelzim olduğu ceza ölçü tutulmakta, ve aslı failere verilecek ceza ile aynı suçun bir kişi tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza arasında fark görülmemekte ve fer'î failerin cezası da indirilmektedir. O halde kanunumuz iştirakin umumî bir şiddet sebebi olmasını kabul etmemektedir. Buna mukabil, bazı suçlar hakkında kanun suçta birden ziyade kimselerin birleşmesini hususî şiddet sebebi olarak kabul etmek suretiyle (11) bu ihtiyacı hissetmiş ve bu ihtiyacı bir dereceye kadar gidermek için de hususî hükümler vazetmiştir, denilebilir.

(8) Pozzalini s. 172.

(9) Bu hususta Pozzolini s. 172.

(10) İştirakin umumî şiddet sebebi sayılması tanınmış birçok müelliflerce kabul edilmiştir. Garraud «C. III, n. 883» bu sebeplerin iştirakin müstakil bir suç sayılmasını bile haklı gösterebileceğine kanidir; Pozzolini «s. 172» iştirakin şiddet sebebi sayılmasına taraftar, müstakil suç sayılmasına muhaliftir; Manzini «n. 493» birleşme keyfiyetinde fiil ve kastta bir kesafet ve cemiyet için de tehlikeli bir durumun mevcut olduğunu, kabahatler hariç suç işlemek için birleşmelerin şiddetli cezalandırılmasının cemiyet menfaatine ve adalete uygunluğunu ve en iyi çarenin hâkime, bütün suçlara kabili tatbik ve ortakların sıfatına bakılmaksızın cezayı arttırma imkânı veren bir hükmün kanuna konulması olduğunu bildirmektedir; Garçon «rapor, ayrı bası s. 13» iştirak halinin müstakil suç sayılmasına muhalif, suç için cemiyet teşkilinin müstakil suç sayılması ile bu ihtiyacın tatmininin mümkün olduğu, iştirakin umumî bir şiddet sebebi sayılmasının da aşılmasız mânilerle karşılaşacağını, ezcümle ancak birkaç kişi tarafından işlenebilecek suçlara böyle bir şiddet sebebinin tatbiki imkânsız olduğunu, taksirli adam öldürmede birden ziyade ortak bulunmasının cezayı arttıran bir hal olarak kabul edilemeyeceğini bildirmektedir.

(11) Bk. m. 168, 171, 188, 183, 236, 254, 299, 417, 497, 514, 517; bu hususta Pozzolini n. 172; Manzini n. IV.

II. İŞTİRAKIN GENEL ŞARTLARI: Türk Ceza Kanunu ortakların aslı veya fer'i şekilde suçta iştirak edebileceklerini kabul etmekte iki iştirak nevine ait hükümleri ayrı maddeler halinde göstermektedir. Bununla beraber her iki iştirak halinin vücudu için bulunması gereken umumî şartlar aynıdır:

A. MANEVİ UNSURLAR: Suç ortaklarının muayyen bir suçun işlenmesine iştirak ettiklerini bilmiş ve bunu istemiş olmaları lâzımdır, yani her failde suçta iştirak kasdi bulunmalıdır. Kastın bulunması yolundaki şartın iştirak hükümlerinde sarahaten zikredilmemiş olması, böyle bir sarahate lüzum görülmediğindendir (12), çünkü 45 inci madde hükmü iştirak hakkında da caridir. İştirak hükümlerinde böyle bir kaydın mevcut olmaması sebebi sadece lüzumsuz tekrarlara mlydan vermemek içindir.

a) KASTIN MAHİYETİ: İştirakin manevî unsuru «suçta iştirak iradesi» dir. Bundan gayrı bir irade, kanunun sarahati bulunan hallerde (169, 314 üncü maddelerde olduğu gibi) müstakil bir suç unsuru olabilirse de, iştirakin manevî unsuru olamaz (13).

İştirak iradelerinin muayyen bir suç üzerinde birleşmesi anlaşmayı meydana getirir. İki aslı failden biri öldürmek, diğeri sadece müessir fiide bulunmak iradesi ile hareket ederlerse, husule gelen suçta ortak sayılmazlar, ortada iki ayrı suçun müstakil failleri vardır (14). Kastı aşan suçlarda (452, 458 inci maddelerde olduğu gibi) ise iştirak hali mümkündür, çünkü suçu teşkil eden fiilin muhtevası bakımından ortaklar arasında bir anlaşmazlık mevcut değildir (15).

Bir suçta iştirak etmiş olduğunu bilmeyen bir kimsenin bu bilmemeziği iştirakin maddî unsuru hakkında fiilde bilmemezi (fiili cihalet) haline sebebiyet verir ve bilmemezi hakkında umumi nazariye gereğince kastı da ortadan kaldırır. Bir adam öldürmek için kullanacağını bilmeksizin bir şahsa silâh tedarik eden silâhçı,

(12) Meyhaz kanun hazırlanırken hükümlerine «Scientemente» yahut *conscendone* ile *fine criminosa*» kayıtlarının ilâvesi ileri sürülmüş ve bu fikir projenin gözden geçirilmesi için kurulan komisyonda Pessina tarafından müdafaa edilmiş olmasına rağmen Lucchini'nin eğer böyle bir sarahat kabul edilecek olursa bütün ceza kanunu sisteminin yıkılacağı, çünkü bu sistemin esasının bütün suçlarda zaten suçta vukuf şartını aradığını bildirmesi üzerine kabul edilmemiştir. Bu hususta Florian s. 46; Majno m. 63; no. 322; Pozzolini n. 174.

(13) Manzini n. 484.

(14) Manzini n. 477.

(15) Manzini n. 488 IV.

bir işçi ile konuşurken evin dahili taksimatı hakkında hırsızlıkta istifade edileceğini bilmeksizin malûmat veren kapıcı (16) suça işti-
ra ketmiş sayılmaz (17).

b) HATA: Bilmeden suça iştirak ile hata neticesinde işlenil-
miş suça iştirak halleri birbirinden farklıdır. Hata neticesinde iş-
lenilmiş suçta, netice iradî olmadığından böyle bir suç hakkında
iradelerin birleşmesi halinden bahsedilemez. Hata neticesinde işlen-
miş suçlarda ceza kanununun aradığı şartlara uygun bir kusur mev-
cut ise taksirli suçtan dolayı ve her fail kendi fiilinden mesul tutu-
lur (18). Kendisine malsahibi süsü veren bir hırsız bir çilingire evin
kilidini açtırır ve hırsızlık suçunu da işlerse, çilingirin ihtiyatsızca
hareketi hırsızlığa iştirak değil, müstakil bir suçtur (m. 583).

Ortakların sarîh bir anlaşmaya varmış olmalarına rağmen, fiilin
ikai sırasında hataya düşmeleri halinde, hâdiseyi bir tahlile tâbi tut-
mak lâzımdır: Adam öldürme suçunu irtikâp etmek veya doğrudan
doğruya beraber işlemek (maddî aslî iştirak halleri) üzere anlaşan
aslî failer yanılarak öldürmeyi istedikleri kimseden başkasını öl-
dürececek olurlarsa, zannımıza göre, iştirak hali teşekkül etmiştir.
Başkası tarafından suç işlemeğe azmettirilmiş olan kimsenin hataya
düşerek azmettirenin istediği kimseden başka bir kimseyi öldürmesi
halinde de iştirak hali husule gelmiş sayılmalıdır, çünkü azmettiril-
miş kimsenin hatası, anlaşma hududunu aşan bir netice doğurmuş sa-
yılmaz. Bu her iki misalde de muayyen bir suçu işlemek hususun-
da anlaşma mevcuttur ve netice anlaşma hududu içinde kalmıştır,
çünkü adam öldürme suçunda muayyen bir kimsenin değil herhangi
bir kimsenin öldürülmüş olması kâfidir, bu gibi hallerde 52 inci mad-
de hükmü mahfuzdur.

c) ANLAŞMA ANI: Muayyen suç üzerinde iradelerin birleş-
mesinden ibaret olan anlaşmanın suçun *tekemmülünden* evvelki saf-
hada yer almış olması lâzımdır. Suçun *tekemmülünden* sonraki an-
laşmalar *müstakil* suçların unsuru olabilir. Anlaşma anının sarîh
olarak bilinmesi ne zaman hususî suç hükümlerinin ve ne za-
man da iştirak hükümlerinin tatbiki lâzım geleceğini tâyin eder:

Çalacağı malı satacağını veya imal edeceği kalp parayı süreceği-
ni suçluya, suçtan evvel vadeden kimse, Adliye aleyhine işlenilmiş

(16) Prins n. 549.

(17) Aynı mahiyette Majno n. 345.

(18) Aynı mahiyette Majno n. 323.

bir suç olan 296 ncı maddedeki suçu irtikâp etmiş olmaz. Suçtan evvel yapılan bu nevi anlaşmalar neticesinde işlenen fiiller iştirak mefhumuna dahildir. Hattâ iştirakin kabulü için vadin *ifa edilmiş olmasına* da ihtiyaç yoktur, çünkü yerine getirilmemiş olsa bile, vait suç iradesini kuvvetlendirmiş olmakla vadedenin iştirakteki mesuliyet hissesini tâyin etmiştir.

Suçtan sonra adliyenin faaliyetini şaşırtmak hususunda suçtan evvel yapılan anlaşma sonunda *vait de ifa edilmiş* ise, ortada cezayı gerektiren iki halin bulunduğu, bunlardan birisinin muzaheret vadi ile suça manevî bir iştirak diğeri de adliye aleyhine işlenmiş 296 ncı maddedeki suçtan ibaret bulunduğu ve bu gibi hallerde tek fiil ile birden ziyade hüküm ihlâl edildiğine göre 78 inci maddeye göre karar verilmesi lâzım geldiği mütalâası da ileri sürülmüştür (19).

Anlaşma anının tâyininde «suçu tekemmülünden evvel anlaşma» kıstasının kabulü yerinde olur. Çünkü suçtan evvel anlaşma ile suçtan sonra anlaşma arasında mutavassıt bir safha mevcut olabilir: suç anında anlaşma.

Bu mutavassıt safhadaki anlaşmaya *beklenilmeyen suçlar* (delitti improvissi) da tesadüf olunur. Ani bir kızgınlık, coşma neticesinde birkaç kişinin birlikte harekete geçmeleri hâdiselerinde kenidni gösteren bu nevi suçlar da iştirakin mevcut olup olmayacağı hususu münakaşalıdır. Böyle bir ruhi durumda bulunan kimselerin iştirakin şartı olan anlaşmaya varmış olmalarının kabulüne imkân olmaması mutaleasına istinat eden bazı müellifler bu nevi suçlar için iştiraki kabul etmemekte ve her failin kendi fiilinden, diğerklerinden müstakil olarak mesul olması lâzım geldiğini ileri sürmektedirler. Fakat ekseriyeti teşkil eden müellifler aksi fikirdedir, bu müelliflere göre: iştirakte şart olan ortakların evvelce anlaşmış olmaları değildir, ortaklar arasında bir anlaşmanın mevcut olması kâfidir, ortaklar arasında ani bir anlaşma sadece mümkün değil, aynı zamanda ekseriyetle tesadüf edilen bir haldir, yeter ki onu icap ettirecek fırsat zuhur etsin (20). Bu gibi hallerde anlaşmanın mevcut olup olmadığının tâyini «hukukî bir mesele olmaktan ziyade takdiri bir meseledir» (21).

O halde beklenilmeyen suçlarda anlaşmanın bilhassa iştirakin mevcut olmadığını, evvelden tâyine imkân yoktur, hâdisenin hususiyetlerine ve hal ve şartlara göre bir neticeye varmak lâzım gelir.

(19) Nocito s. 352, 353.

(20) Bu hususta Manzini n. 476, 488; Pozzolini n. 174.

(21) Majno n. 323.

Nasıl bu gibi suçlarda anlaşmanın hiçbir zaman mevcut olamayacağı iddia edilemezse, aynı anda iki kişinin aynı suçu işlemesi hallerinde de her zaman bir anlaşmanın mevcut olduğu da ileri sürülemez (22).

ç) TAKSİRLİ SUÇLAR: Taksirli suçlarda iştirakin kabul edilip edilemeyeceği ihtilâflı bir meseledir.

Bazı müelliflere göre iştirakin unsuru olan «anlaşma» ile taksir mefhumunun telifine imkân yoktur, anlaşma kasta dayanır, taksir ise kastın bulunmadığı hallerde aranılan bir kusurdur (23).

Diğer bazı müellifler taksirli suçlarda, iştirakin mümkün olacağı fikrindedirler. Bu müelliflere göre taksirli fiiller dahi iradeye dayanan fiillerdir. Taksirde fiil irade edilmiş ve ancak netice istenmemiştir. Bu sebeple fiilin işlenmesi hususunda failer arasında bir irade birleşmesi daima mümkündür. Meselâ «X» odun keser, «Y» bunları toplar, «Z» bu odunları tehlikeli bir yerde yakacak olur ve bundan bir yangın husule gelirse bu üç şahıs taksirli bir suçun hem fiilleridir, çünkü hepsinin müşterek gayeleri birlikte ısınmaktır ve taksirli suç bunların birleşmiş kuvvetlerinden ileri gelmiştir. Aynı istikamette frensiz iki arabanın çok büyük bir sür'atle gitmesi esnasında ikisi arasında kalarak bir kimsenin ezilmesi halinde de araba sürücüleri hem fiildirlere (24).

Taksirli suçlarda iradelerin birleşemeyeceği iddiası nazarı bir iddiadır, iradelerin fiilen birleştiği her hâdisede iştirak mevcut olabilir. Kalabalık bir yolda nizamata muhalif olarak bisikletle yarış edenlerin ve kalabalık bir mahalde atış talimi yapanların fiillerinde olduğu gibi (25) diğer birçok hâdiselerde de iradeler arasında fiilî bir birleşme daima mümkündür.

Taksirli suçlarda iştiraki kabul eden müelliflerin fikri daha yerindedir. Halen nakil vasıtalarının tekemmülü ve bunların işletmelerinde görülen komplike durum, birçok taksirli suçlarda faileri

(22) Garraud «s. 574» şu misali verir: «bu ipoteze nadiren tesadüf edilir, fakat mümkündür. Meselâ iki kimse öldürmek istedikleri bir şahsın yolunu beklerler, iki silâhtan aynı zamanda iki kurşun çıkar, mağdur biri başından, diğeri kalbinden olmak üzere iki yara alırsa, her iki suçlunun durumu ayrı ayrıdır, bir mağdur olmasına rağmen ortada iki suç vardır».

(23) İtalyan Yargıtay kararı; Bruno m. 63: «taksirli suçlarda hem fiillik ve fer'an zimethallik kabul edilemez. Zararlı neticeyi doğuran sebepler ayrı ayrıdır, her suçlu kendi kusurundan mesuldür».

(24) Misaller Manzini'den alınmıştır, n. 488 II.

(25) Altavilla, n. 145.

müstakil olarak tâyine imkân bırakmamaktadır, bir demiryolu istasyonunun işletmesi düşünülecek olursa bu düşüncelerin doğruluğu daha fazla anlaşılır.

Taksirli suçlarda iştiraki kabul için suçu husule getiren fiilden iradelerin birleşmesi lâzımdır, hâdisede mevcut müstakil ve müteaddit taksir sebeplerinin sadece bir araya gelmesi kâfi değildir. *Meselâ bir istasyon şefi, aksi istikametten gelen bir katar makinistine haber vermez ve makinist te nizamlara göre lüzumlu olan emniyet hareketlerine tevessül etmezse, kaza vukuunda istasyon şefi ile makinist hem fiil sayılamazlar (26).*

Taksirli suçlarda iştirakin kabul edilip edilmemesi, hem fiiller bahis mevzuu olduğu zaman tamamile nazari bir münakaşa halinde kalmaktadır, çünkü hem fiiller müstakil telâkki edilse bile, her biri kendi taksirinden mes'ul tutulacaklarından cezasız kalmıyacaklardır. Şiddet sebeplerinin sirayeti bakımından bu iki görüşün başka başka neticeler vereceği endişesi de sirayet için şart olan «vukuf» unsuru ile bertaraf edilmektedir.

Taksirli suçlarda fer'i iştirake gelince kanunun metnine göre, bu nevi iştiraki kabule imkân yoktur, çünkü fer'i iştirakin kanun tarafından tâyin edilmiş olan bütün şekilleri iştirak fiilini ve neticeyi isteyen faaliyetlere ihtiyaç göstermektedir, bu ise taksirle uzlaşması imkânsız bir haldir.

Taksirli bir suçta aslı bir iştirakin kabulü doğru ise de, böyle bir suç iradî bir iştirak veya kasdî bir suçta taksirli bir iştirak hukuken kabili tasavvur değildir, böyle hallerde herkes kendi fiilinden ve şartları mevcut ise taksirli veya kasdî suçundan mes'ul olur (27, 28).

d) KABAHAHLER: Kabahatlerde iştirak mümkündür. Kanun sarahaten bu hususu işaret etmektedir (29). Kabahatlerde manevî unsurdan bahseden 45 inci maddenin son fıkrası ile kabahatlerde iştiraki sarahaten kabul eden iştirak hükümleri arasında tenakuz yoktur. Çünkü 45 inci madde kabahatlerin kastsiz suçlar olduğunu de-

(26) Manzini n. 488.

(27) Manzini 488.

(28) Aksine karar, İtalyan yargıtayı, Bruno m. 63: «Bir adam öldürme suçunu irtikâp edeni öldürmek kasti ile fiili işlemiş kabul eden ve doğrudan doğruya beraber işlemiş olanı da bukasta sahip olmaksızın fiili işlemiş sayan hüküm mütenakız bir hüküm değildir».

(29) Bk. Altıncı bap, başlık.

ğil, bilâkis bunların da cürümler de olduğu gibi kasta dayanan fiillerden bulunduğunu ve aradaki farkın sadece isbat külfeti meselesini ilgilendirdiğini ifade etmektedir.

B. MADDİ UNSUR: İştirak halinde suç, birden ziyade kimse-lerin fiillerinin birleşmesinden husule gelir. O halde sebepler müteaddit, suç tektir. İştirak halinde işlenilmiş suçun böylece bir bütün teşkil ettiği görülür.

a) KATILMA: İştirakin maddî unsuru, bütüne müessir şekilde katılmakla husule gelir. Suçun husule gelmesinde tesirli bir faaliyet de bulunmuş olması ortağın mesuliyetinde maddî unsuru teşkil eder. Bu sebeple suç ortağının mesuliyetinin esası başkasının işlemiş olduğu bir fiil değil, kendisinin suç teşkil eden bir fiile sebep olduğudur. Çünkü tek olan suçun müteaddit sebepleri arasında ortağın da faaliyeti yer almaktadır.

Sadece anlaşmanın mevcut olması, ortakların mesul tutulmaları için kâfi değildir. İştirakin maddî unsurunun da vücudu lâzımdır.

Sözleşmenin husule gelmiş olmasına rağmen iştiraki tazammun eden fiiller işlenmemiş ise ortaklık yoktur.

Maddî fiillerin işlenmesine rağmen bunların neticesiz sayıldığı hallerde de iştirak cezayı mucip değildir. Bu sebeple bir başkasını işlenmez suça (muhal suç) azmettiren — işlenmez suçta mesuliyeti kabul etmiyen telâkkiye göre — cezalandırılmaz. Suç olmaktan çıkmış bir fiile iştiraktan dolayı da ortakların cezalandırılması imkânsızdır (30).

İntihar etmek suç değildir, bu sebeple başkasının intihar fiiline iştirakin de cezalandırılmaması lâzım geleceğini düşünmüş olan kanun bu hususun sarıh bir hükümle müstakil suç saymıştır (m. 453) (31, 32).

Aile hırsızlığı (m. 524) sadece bir cezasızlık sebebidir. Cezasızlıktan istifade eden yalnız bu sebep kendinde bulunandır, suç baki

(30) Aynı mütalâa Pozzolini, n. 178.

(31) Bu maddede intihara, ikna ve buna yardımdan bahsedilmektedir. Meyhaz kanununun bu maddeye tekabül eden 370 inci maddesinde «başkasını intihara azmettirmek veya intiharda muvayenet etmek» kaydı mevcuttur. Kanunumuzun 64 üncü maddesinde «azmettirmek» 453 üncü maddesinde ise «ikna etmek» denilmesine müsteniden lâfzı bir tefsire temayül etmemek ve iknaya, azmettirme mânasından gayrı bir mâna atfetmemek muvafık olur.

(32) İntihara azmettirmek, muavenet etmek meseleleri hakkında Altavilla n. 224; Pozzolini n. 178.

kaldığından iştirak mümkündür. Buna mukabil meşru müdafaa şartlarından istifade edenin fiiline iştirak cezalandırılmaz, çünkü iştirak fiilinin merbut olduğu aslı fiil suç değildir (33).

b) SELBİ FİİLLER: Kanunun iştirak hakkındaki hükümleri münahasıran icabî fiillere yer vermiş gibidir. Bu sebeple selbî bir iştirakin kabul edilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkar. Suç mahallinde hiçbir icraî fiil işlemeksizin sadece hazır bulunmak, yahut, bakmak, nezaret etmek, korumak gibi vazifelerle mükellef olanların sadece hareketsiz kalmak suretile suçun işlenmesine imkân vermeleri gibi hâdiselerde bu selbî hareketlerin iştirakin maddî unsurunu teşkil edip etmeyeceğini tâyin etmek lâzımdır. Şüphesiz iştirakin sadece menfî şekli (forma di concorso negativa) kabul edilemez, bir suçun işlenmesine mâni olmamak suç sayılmaz (34, 35), fakat selbî fiillerle (evin arkadaşları tarafından soyulabilmesi için kapıyı kapamayan hizmetçinin fiili gibi) husule gelecek bir iştiraki kabul etmeme için sebep yoktur (36), iradi olan bir hareketsizlik suçun husulünde tesirli bir unsur olabilir, kanunun iştirak hakkındaki hükümlerinde munhasıran icabî fiillere yer vermiş olduğu düşüncesi varit değildir, çünkü icabî fiillerden mütevellit neticelerin selbî fiillerde de elde edilmesi daima mümkündür (37). Hukukî bir vazifenin ifa edilmemiş olması halinde iştirak mevcuttur (38). Diğer taraftan selbî bir iştirak fiilinin kolaylıkla işlenmesini temin ettiği hallerde kanunun kabul ettiği «müzaharet» «muavenet» (m. 65, bent III) hallerine dahil olabilir.

Bu sebeple bir kimsenin suç mahallinde sadece bulunması suçun işlenmesine tesir etmiş ise selbî iştiraki kabul etmek lâzımdır. Fakat şüphesiz «bir kimsenin suç mahallinde fiilen bulunmuş olması

(33) Prins, n. 551.

(34) Roma hukukunda, oğlun babasını öldürmek kastı olduğunu bilen kimsenin baba ile hiçbir akrabalık rabıtası olmasa ile onu keyfiyetten haberdar etmemesi suç sayılıyordu, bu hususta Nocito, s. 357.

(35) Manzini n. 483.

(36) Selbî iştirakin mümkün olduğu hakkında Florian, s. 45; Pozzolini n. 174; Majno n. 347.

(37) Manzini'nin selbî suçlar hakkındaki nazariyesi. bu hususta bk. Manzini C I. s. 456; C II. 293. bu nazariyenin izahı hakkında Kantar s. 138.

(38) Fransız yargıtay kararı, Dalloz s. 370: «passif bir iştirak kanunun kabul ettiği fer'î iştirak şekillerinden hiçbirine dahil olmaz. Bu sebeple bir müessir fiil sahnesinde hazır bulunduğu halde passif kalan şahidin manevî fer'î fail olarak mahkûm edilmesi yolsuzdur».

ve suç teşkil eden fiilin başkası tarafından işlenmesi o kimsenin işti-
rakini isbata yetmez. Bundan başka iştirak hususunda sarih veya
zımnî bir iradenin vücudu lâzımdır» (39).

Selbî iştirak hali yalnız fer'î failliğe değil, aslî failliğe de meydan
verebilir, bu sebeple İtalyan Yargıtayı «hırsızlığın işlenmesine pas-
sif bir surette yardım ederek müsaade eden kimsenin çalınan şeyden
istifadeye iştirak etmemiş olsa bile, hırsızlığa hemfillikten mesul ol-
duğuna» karar vermiştir (40).

c) İŞTİRAKE TEŞEBBÜS: Kanun teşebbüs müessesesini suç-
ları nazara alarak tâyin etmiştir. Bu sebeple iştirake teşebbüsün ce-
zalandırılıp cezalandırılmıyacağı tereddüdü mucip olmaktadır. Or-
tağın cezalandırılmasının müessir bir faaliyette bulunması yolunda-
ki maddî unsura dayandığı gözönünde tutularak, teşebbüs halinde
kalmış bir iştirakin müessir bir faaliyet olamıyacağı ve binnetice
iştirake teşebbüsün cezalandırılmıyacağı neticesine varılmıştır. Bu
sebeple kabul edilmemiş olan suç işleme teklifleri (41) aslî fail ola-
rak harekete geçmesi istenilen kimsenin suçu işlememiş olması hal-
lerinde iştirake teşebbüsü gösteren maddî bazı vâkıalar mevcut olsa,
bile, ortağa ceza verilemez. O halde ortağın cezalandırılması, aslî fai-
lin işlediği suçun cezayı müstelzim bir safhaya intikali şartına bağlan-
mıştır. Teşebbüsteki bütünlük ancak bu şartın tahakkuku ile tamam-
lanmış olabilecektir. Fakat kanunun bazı kışkırtmaları (teşvik) müs-
takil suç saydığı hallere (42) iştirake teşebbüsün cezalandırdığı hu-
susî haller nazarı ile bakmak mümkündür.

İştirake teşebbüs unumiyetle reddedilmekte ise de (43) teşeb-
büste suç işleme kararının haricileşmesini kâfi gören düşünce tar-
zı (44) esas tutulacak olursa iştirake teşebbüsü cezalandırmak kabil
olacaktır. Aslî failin suç işlememiş olması halinde, bile, ortağın faa-
liyeti onun cemiyet için tehlikeli bir şahıs olduğunu gösterebilir, bu
gibi hallerde iştirake teşebbüsün cezalandırılmasında faide vardır,
aslî fail için icra başlangıcı olmıyan bir hareket ortağın suça iştirak

(39) İtalyan Yargıtay kararı, Bruno m. 64.

(40) İtalyan Yargıtay kararı, Bruno m. 63.

(41) Florian s. 48, 49.

(42) 311 inci maddede olduğu gibi; bu hususta Pozzolini n. 176; Manzini
n. 485.

(43) Garraud, C. III, n. 897.

(44) Erem, Ceza kanununun 61 ve 62 inci maddeleri, Adalet dergisi, 945,
n. 7 m. 61 IX Ç; m. 62 III.

kararını icraya başladığını gösterecek vüzuhan kazanmış ise iştirake teşebbüste icra başlangıcı olarak kabul edilebilir.

ç) **TEŞEBBÜSE İŞTİRAK:** Teşebbüs halinde kalmış suçlara iştirak daima mümkündür. «Teşebbüse iştirak tekemmül etmiş suçta iştirakteki aynı esaslara dayanır» (45). Teşebbüs hükümleri ile kanun yalnız tekemmül etmiş cürümleri değil, tam veya nakıs teşebbüs halinde kalmış cürümleri de nazara almaktadır. Bu sebeple kanunumuzun altıncı babının başlığı olan «cürüm ve kabahate iştirak» cümlesi teşebbüs halinde kalmış olan cürümlere iştirake mâni bir kayıt değildir.

İştirak halinde işlenmiş teşebbüste vazgeçmenin ortaklar üzerindeki tesirlerini aslî ve fer'î iştirak nevilerine göre ayırmak lâzımdır:

aa. Aslî iştirakte nakıs teşebbüste vazgeçme ve tam teşebbüste faal nedamet hususunda tatbik edilecek kaideler tatbik olunur.

Aslî faillerden (irtikâp edenler, doğrudan doğruya beraber işleyenler) birinin «cürmün ef'ali icraiesinden ihtiyarı ile vazgeçtiği» hallerde suçtan müsbet bir feragat neticesi husule gememiş ise, böyle bir vazgeçmenin ortaklar arasındaki münasebete tesiri olamaz, yani ortaklardan birinin suçtan çekilmesi kâfi değildir, diğerlerinin hareketine de mâni olması lâzımdır, mâni olmak istemiş fakat mâni olmak imkânını elde edememiş olması, lehinde bir sebep olarak kabul edilemez, çünkü suç iştirak anında icra ettiği iradî fiilin neticesidir ve iştirakte kastın icranın bütün safhalarında mevcut kalması şart değildir.

Aynı mütalâa, tam teşebbüste ihtiyarı ile neticeye mâni olma hali için de varittir. Eğer ortaklardan biri «cürmün icrasına taallük eden bütün fiiller» ikmal edilmiş olmasına rağmen neticenin husule gelmesine ihtiyarı ile mâni olmuş ise, bu müessir nedamet diğer ortaklara da sirayet eder ve bütün ortaklar tam teşebbüsten değil, nakıs teşebbüsten mesul olurlar (46).

Aslî iştirakte manevî failin (azmettiren) durumuna gelince, azmettirme neticesinde fail icraya başlamış fakat ihtiyarında olmıyan bir sebepten dolayı fiiller tamamlanmamış (nakıs teşebbüs) veya netice husule gelmemiş (tam teşebbüs) ise azmettiren, maddî fail gibi nakıs veya tam teşebbüsten mesul olur. Maddî failin nakıs te-

(45) Suman m. 63; III.

(46) Tam teşebbüste faal nedamet halinde bulcunana nakıs teşebbüs hükümlerinin tatbiki hakkında, Erem, adı geçen makale, m. 62, III A.

şebbüste ihtiyarı ile vazgeçmesi teşebbüsün hukukî mevcudiyetini ortadan kaldırmaz, böyle bir vazgeçme ancak vazgeçen için bir cezasızlık sebebidir ve böyle şahsî bir sebebin azmettirenin teşmiline imkân yoktur, maddî failin ihtiyarı ile vazgeçmesi azmettiren bakımından «ihtiyarı haricinde bir sebep» ten başka bir şey değildir.

Maddî fail, tam teşebbüste neticenin husulüne mâni olmuş ise, kendisi nakıs teşebbüsten, azmettiren tam teşebbüsten mesuldür, çünkü azmettirenin harekete geçirdiği vasıta (maddî fail) suçun husulüne muktazi her şeyi ikmal etmiştir. Maddî failin neticeye mâni olması azmettirenin iradesi ile ilgisi olmayan bir haldir.

Eğer nadim olan azmettiren ise ve fail suçu işlemeğe başlamış ise veya işlemiş ise bu nedametın tesiri olamaz. Çünkü müessir olmayan bir nedametın değeri yoktur. Fakat azmettiren fiillerin ikmaline veya neticenin husulüne failin hareketini durdurmak suretile mâni olabilmiş ise azmettirenin durumu değişir, azmettiren nakıs teşebbüs sahasında, faili vazgeçmeğe mecbur etmiş ise fail nakıs teşebbüsten mesul olur, azmettiren ceza göremez, azmettiren tam teşebbüs sahasında neticeye mâni olmuş ise fail tam teşebbüsten azmettiren nakıs teşebbüsten mesuldür.

bb. Aslî failerin nakıs teşebbüsten vazgeçmeleri, tam teşebbüste faal nedametleri fer'î failerin cezasına tesir etmez (47).

Fer'î failin vazgeçmesi, hareketi suçun husulünde tesir icra etmeden evvel vukua gelmiş ise, ortada henüz fer'î iştirak mevcut olmadığından ceza vermekte bahis mevzuu olamaz. Eğer fer'î failin nedameti suçu icraya başlamasına mâni olmak suretile faal bir nedamet halinde ise yine cezalandırılmıyacaktır, çünkü fer'î failin müdahalesi ile fer'î iştirakin şartı olan asıl fiilin işlenmiş veya hiç olmazsa işlenmeğe başlanmış olması hali tahakkuk etmemiştir.

Eğer suçu teşkil eden fiil işlenmeğe başladıktan sonra fer'î failin vazgeçerek mâni olucu hareketlerde bulunması sebebi ile suçun tekemmülü için gereken hareket tamamlanmamış ise, aslî fail için ortada nakıs teşebbüs mevcuttur, çünkü aslî failin ihtiyarında olmayan bir sebeple cürmün husulüne muktazi hareketler tamamlanmıştır. Bu durumdaki fer'î failin cezaya çarpılmaması lâzım geleceğini sanıyoruz, hakkında 62 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki ile cezadan muaf tutulması yerinde olur (48). Fakat bu durum sarahaten «müteşebbis» ten bahseden bu fıkra hükmünün lâfzına aykırı

(47) Manzini n. 485.

(48) Aksi mutalâa Manzini n. 488.

düşmektedir, fakat bu fıkranın vaz'ı sebebindeki ceza siyaseti mü-lâhazalarına tamamen uygundur.

Suçun tekemmülünden evvel, fer'i fail vazgeçer ve fakat asli faili feragata razı edemezse fer'i failin böyle bir vazgeçmesinin tesiri olamaz. Çünkü kaideten cezayı müstelzim bir iştirakten sonraki vazgeçme, fer'i faili cezadan kurtaramıyacaktır. Çünkü iştiraki tazammun eden fiil yapıldığı andan itibaren bu fiil kendine has olan tesiri yani suçu teşvik, kolaylaştırma ve saire gibi tesiri icra etmiştir. Bu sebeple suçu işlemek için talimat vermiş, silih tedarik etmiş olan kimseler cezadan kurtulmak için bilâhare faileri durdurmak maksadile iktidarlarında olan her şeyi yapmış, hattâ salâhiyetli makamlara ihbarda bulunmağa bile tevessül etmiş olduklarını isbat etseler cezadan kurtulamazlar, feragatleri geç kalmıştır, çünkü suçtaki rolleri sona ermiş ve iştiraki teşkil eden maddî fiil tekemmül etmiştir (49).

d) TAMAMLANMIŞ SUÇ: Tamamlanmış suça iştirak edilemez, çünkü iştirak suçun husulünde hisse sahibi olmağı icap ettirir. Bir kimsenin hiç bir müdahalesi olmaksızın tamamlanmış suça bilâhare iştirak tasavvur edilemez. Suçun tamamlanması ile iştirak imkânları sona erer, suçtan sonraki müdahaleler kanunun sarahaten kabul ettiği yerlerde müstakil suç olabilirler, cürüm işleyenleri saklamak, cürüm delilleri yoketmek (m. 296) cürüm eşyasını satın almak, saklamak (m. 512) suçlarında olduğu gibi. İşlenmiş bir suçun onu tasdik ve kabul edene atfı, ceza hukuku prensiplerine uymaz, tasdik ve kabul diğer şartlarda mevcut ise müstakil suç olaabilir (m. 312) (50).

III. MUHTELİF SUÇLAR BAKIMINDAN İŞTİRAK: Aksine kanunda sarahat bulunmadıkça (51) ve suç mahiyeti itibarile iştirake müsait oldukça, iştirak hükümleri tatbik olunur.

Bu sebeple kendiliğinden hak alma (52), hiyleli iflâs (53) evlenme maksadı ile kaçırma (54) suçlarında iştirakin mümkün olduğuna karar verilmiştir.

Bazı suçlar kanunda sarıh bir kayıt bulunmasa bile, iştirak

(49) Garraud C. III n. 897 VII.

(50) Pozzolini n. 177.

(51) Fransız yargıtay karar, Dalloz s. 369.

(52) İtalyan yargıtay kararı, Bruno m. 63.

(53) İtalyan yargıtay kararı, Bruno m. 63.

(54) 1. C. D. 12. 8. 937 esas 4873 karar 3079 tem. kar. 937 s. 295.

hükümlerinin tabikına müsait değildir. Bu suçların ayrı ayrı tetkiki faideli olacaktır:

A. TOPLU SUÇLAR: Toplu suçlar ancak birden ziyade kimselele işlenmesi mümkün suçlardır, zina suçunda olduğu gibi. İştirakte suçu teşkil eden fiil tek, fail birden ziyadedir. Toplu suçlarda ise gerek fiil, gerek fail birden ziyadedir (55).

Toplu suçlara iştirak mümkün olup olmadığını tayin için şu tefriğe ihtiyaç vardır. Mahiyeti itibarile bir ortaklık hareketi teşkil eden bir fiil eğer suçun unsuru veya şiddet sebebi ise bu hareketi yapanlara iştirak hükümleri tatbik edilemez. Fakat toplu suçlarda müstakil fail sayılanların fiillerine asli veya fer'i fail olarak iştirak etmek mümkündür, çünkü toplu suçlarda failer bir suçun işlenmesine katılmış veya bir suçun işlenmesini kolaylaştırmış değil, her biri müstakillen suçu işlemiştir, ortada yalnız hem zaman olan müstakil fiiller mevcuttur. Toplu suçlar her faile müstakil fail sıfatı ile isnad olunur. Toplu suçlara asli veya fer'i fail olarak iştirak edenlerin iştiraki ise suçun teşkili için zarurî değildir, meselâ zina suçunda kadınlara erkek bu suçun hem fiilleri sayılamazlar, her biri kendi suçundan mesuldür, fakat kadını zinaya azmettiren kimse, kadının suçunda manevî asli fail, suça yardım etmiş olanda fer'i faildir (56).

O halde netice olarak şu ölçü teklif olunabilir: iştirak hükümleri bir kişi tarafından işlenebileceği gibi müteaddit kimseler tarafından da işlenebilecek olan suçlar hakkında tatbik olunur (57).

B. MÜTEMADÎ, MÜTESELSİL SUÇ: Mütemadî suça başlamadan evvel mevcut bir anlaşmaya dayanan iştirak hali daima mümkündür.

Başlamış fakat ikmal edilmemiş mütemadî suçlara gelince, devam etmekte olan mütemadî suça maddî asli iştirak kabildir, çünkü suç devam ettiğine göre suç unsurları ve cezalandırma şartları da tükenmemiştir. Buna mukabil başlamış olan mütemadî suça Manevî - asli iştirak (azmettirmek) mümkün değildir, çünkü fail suçu işlemeğe azmettiricinin faaliyetinden evvel başladığından azmettirme bahis mevzuu olamaz.

Başlamış, fakat ikmal edilmemiş mütemadî suçlarda fer'i iştirak

(55) Pozzolini. n. 163; bu nevi suçlara kollektif suç, iki taraflı suç isimleri de verilmekte (Manzini n. 488) veya bu nevi ortaklığa zarurî iştirak (participation nécessaires) (Ligoz s. 95 n. 3) adı da verilmektedir.

(56) Manzini n. 488.

(57) Pozzolini n. 163.

rakin her şekli mümkündür, mütemadî suçun devamına teşvik, devam kararını takviye, suçun ne suretle devam edebileceğine dair talimat vermek ve diğer bütün fer'i iştirak faaliyetleri bu nevi iştirake meydan verir.

C. MUAYYEN SIFATI HAİZ KİMSELERİN SUÇLARI: Suçun teşekkülü için kanunun failde muayyen bir sıfatı bulunmasını şart saydığı hallerde kendisinde bu sıfat bulunmayan ortak bu sıfatı haiz bulunan bir kimsenin suçuna iştirak edebilir (58). Bu sebeple bir memurun, bir ruhanî reisin suçuna bu sıfatı haiz olmıyan kimselerin iştiraki mümkündür. Fakat faildeki bu sıfatın asli veya fer'i ortak tarafından bilinmiş olması lâzımdır (59). Bu sebeple memurların memuriyetlerine taallük eden suçlarına memur olmıyanların «bile-rek» iştirak etmelerinin mümkün olduğu yolundaki yargıtay içtihadı yerindedir (60).

Ç. İŞLEYENİ BİLİNMIYEN ADAM ÖLDÜRME VE MÜESSİR FİİL (Faili gayri muayyen katil ve müessir fiil) (Complicita corrispettiva) (61): Kim tarafından işlenmiş olduğu bilinmiyen adam öldürme ve müessir fiil suçlarında fiili işliyenlerin hepsinin cezalandırılması ve fakat bu cezanın indirilmesi keyfiyetine «işliyenini bilinmiyen adam öldürme ve müessir fiil» denir. Kanun bu hali 463 üncü maddesinde göstermiş ve bu hükmün adam öldürme ve müessir fiil suçlarını teşkil eden «fiilleri birkaç kişi birlikte yapmış olup ta failin kimolduğu belli olmazsa» tatbik edileceğini beyan etmiştir. Bu hükümde kullanılan tabirlere nazaran 463 üncü maddenin münhasıran asli iştirak hükümlerine istisna teşkil ettiği neticesine varmak lâzımdır (62). Çünkü fer'i ortaklar suçu teşkil eden fiilleri «yapan» lar değil, yapılan yardım edenlerdir.

İşliyenini bilinmiyen adam öldürme ve müessir fiil hallerinde suçlulardan bazıları (463 üncü maddeye göre karşılıklı ortak, diğerleri de 65 inci maddeye göre fer'i fail olarak kabul edilirse, fer'i faillerin cezasını tâyin de esas karşılıklı ortakların cezası değil, suçun faili hakkındaki mevzu cezadır) (63).

(58) Manzini n. 488.

(59) Manzini n. 488.

(60) C. Gk. 21. 2. 944 esas 3 - 20 karar 23.

(61) Bu tabir Majno tercümesinde «faili aslisiz feran zimethallik» tarzında dilimize çevrilmiştir, s. 455.

(62) Aynı yorum, Manzini n. 489; aksi yorum Altavilla n. 192.

(63) İtalyan yargıtay kararı Bruno m. 64.

İştirak hükümlerine istisna teşkil eden bu hüküm (şüphe sanığın lehinde yorumlanır) kaidesinin kanunî bir tatbikından ibaretir (64) ve esasa taallük etmekten ziyade usule aittir. Bu hüküm yersiz bir hükümdür, suç işliyen bulamamaktan ileri gelen adli iktidarsızlığın, ortağa kendine ait olandan daha ağırının tahmili için bir sebep olamaz, diğer taraftan cezadaki musavat ortakların kötülüğündeki eşitliğinden değil, sadece delil yokluğundandır (65).

D. KAVGA: Bir kimsenin ölümü veya yaralanması ile neticelenmiş bir kavgaya katılmış olmak halini kanun ayrı bir hüküm ile cezalandırmıştır (m. 464), böyle bir kavgada mağdura el kaldırmış olmak hali bir suç teşkil ettiği gibi cezası daha hafif olmakla beraber, sadece kavgaya dahil olmak ta suçtur.

Müteaddit kimselerin bir araya gelmesine ihtiyaç gösteren kavgâ hâdisesinde iki mesuliyet hali mevcuttur: Kavgaya öldürmek veya yaralamak kastı ile katılmış olanın mesuliyeti adam öldürme veya yaralama mesuliyetidir (66), bu neticeyi istememiş olmakla beraber ölüm veya yaralama ile sona eren kavgaya iştirak edenlerin mesuliyeti ise 464 üncü maddeye girer, bu sonuncu mesuliyet aslî veya fer'î bir iştirak hali değildir, kavgaya katılmış olanın durumu suis generis bir aslî suçluluk (67) yani müstakil bir suçtur.

464 üncü madde iştirak hükümlerine bir istisna sayılamaz, çünkü bu madde hususî bir fiili suç mevzuu saymış ve iştirak hükümlerine ne sarîh, ne de zmnî bir istisna komamıştır, bu sebeple kavgâ esnasında işlenen veya işlenilmesine iştirak edilen suçlar kavgâ hükmünde değil (68) iştirak hükmüne tâbi olmakta devam ederler.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAKIN NEVİLERİ

İştirak şekilleri kanunen tâyin edilmiştir. Bu sebeple kanunî iştirak şekillerine girmiyen bir birleşmiye, iştirak hükümlerinin teşmiline imkân yoktur. Bazı müellifler iştirak şekillerinin kanunda tasrih edilmesinde, vatandaşların adalet karşısında emniyetlerini sağ-

(64) Aynı mahiyette Majno n. 355.

(65) Pozzolini n. 179.

(66) Pozzolini n. 179.

(67) Altavilla n. 178.

(68) Manzini n. 489.

lıyan bir vasıf görmektedirler, «eğer kanun hangi hallerde iştirakin mevcut olacağını tâyin hususunu hâkimlerin takdirine bıraksa idi, adalete hudutsuz bir kuvvet tanımış ve vatandaşların emniyetini ortadan kaldırmış olurdu» (1).

Bu düşünce kuvvetli esaslara dayanmamaktadır. İştirak halinde nasıl hareket olunacağını kanunda gösterilmesi ve fakat hangi hallerin iştirak sayılacağı hususunun hâkimin takdirine bırakılması daha doğrudur. Bütün iştirak hallerinin kanunda tâyini usulü daima eksik kalma tehlikesi arzeder... Hâkimin iştirak halini tâyin serbestisinin vatandaş emniyetini tehlikeye koyması da varit olamaz. Yeni Ceza kanunlarında iştirak hallerini sayma usulü terkedilmiştir.

Bir suçta ortaklık mesuliyet sahibi kimseler arasında husule gelebilir. Ceza mesuliyeti olmayanın fiiline (akıl malûlü, küçük gibi) katılmada iştirak hükümleri tatbik edilemez, çünkü bu gibi hallerde mesuliyeti olmayın kimse ortağın elinde bir alettir, mesul onu kullanandır, çünkü bu kimse, mesul olmayandan «şuursuz bir enerji» (2) gibi istifade etmiştir (3).

Doktrinde iştirakin muhtelif taksimlerine tesadüf olunur. Aslî - fer'î; maddî - Manevî; Mukaddem - Hemzaman; Zarurî - Zarurî olmayan iştirak taksimleri ekseriyetle kabul edilmiş tasniflerdir. Kanunumuz sarahaten aslî - fer'î iştirak tefrikini kabul etmiş ve bu iki iştirak nev'ini ayrı maddelerde göstermiştir (m. 64, 65).

Kanunda sarahaten kabul edilmiş olan aslî - fer'î iştirak tasnifine esas itibarile pozitivistlerde muhalif değildirlere, yalnız klâsik mektebin yaptığı gibi, munhasıran objektif unsurları değil, aynı zamanda suç işleme saikının da nazara alınmasını isterler. O halde pozitivistlere göre hâkime suçlunun karakteri suç sebepleri, iştirakin tesir derecesini gözönünde tutarak aslî ve fer'î iştiraki tefrik bir ceza yerine diğerini tatbik hususunda takdir hakkı tanılacaktır (4).

Kanunumuzun koyduğu esaslara göre aslî iştirakte suçun «icrasına iştirak» edilmektedir (5), bu husus 64 üncü maddeden sarahaten anlaşılmaktadır. Fer'î iştirakte ise ortakların faaliyeti icranın bütününe nazaran fer'î bir vasıf arzeder.

Aslî iştirakte ortakların her birinin yaptığı kanunen memnu

(1) Prins n. 552.

(2) Manzini n. 475.

(3) Pozzolini n. 178.

(4) Pozitivistlerin bu sahadaki düşünceleri hakkında Pozzolini n. 170.

(5) Manzini n. 472.

olan fiillerdir, halbuki fer'i iştirakte ortakların hareketleri müstakillen nazara alındıkta suç teşkil etmez, aslî faile bıçak tedarik etmek gibi. Bu nevi fiillerin suç oluşu, haddi zatında suç olan diğer bir fiil ile birleşmiş olmalarından ileri gelir (6).

Aslî iştirak fer'i iştiraktan suçun teşekkülündeki hisseleri bakımından ayrıldığına göre müstelzim olacakları cezanın da farklı olması lâzım gelecektir. Fakat suçun bütün ortaklarına müsavi ceza vermek fikri de müdafaa edilmiştir. Ortolan, başkasının fiiline iştirak edenin suçtan mütevellit bütün ihtimalleri de ve binnetice bundan mütevellit cezaları da kabul etmiş olduğu fikrindedir (77). Bazı alman müellifleri de başka bir gerekçe ile, aynı fikri müdafaa ederler: suç, herhangi bir hâdise gibi onu husule getirecek olan sebep ve şartların birleşmesi neticesidir, bu sebeplerden her biri yalnız başına değil ve fakat diğer sebep ve şartlarla birleşerek suçu meydana getirir. Bundan her şartın suçun husulü için zaruri olduğu neticesi çıkar, çünkü bunlardan biri olmasa idi suç meydana gelmiyecekti. Bu sebeple bütün şartlar arasında objektif bir değer eşitliği vardır. O halde suça katılanların hepsine aynı cezanın verilmesi lâzımdır (8).

Ortaklara müsavi ceza verilmesi fikri, kanunumuzca kabul edilmemiştir. Her ortağın hissesindeki aslî veya fer'i vasfa göre ceza görmesi mesuliyette objektif unsuru esas tutan kanunumuzun umumî sistemi iktizasındandır.

I. ASLİ İŞTİRAK: Aslî iştirak aslî failerin arasındaki iştiraktır. Aslî fail meyhaz kanunun gerekçesine göre «suçu teşkil eden fiili işliyen kimse» dir (9). «işlemek» tâbiri selbî hareketleri de içine alır. Bir fiili işlemiş sayılmak için onu bizzat yapmış olmak şart değildir. İsteddiği suç neticesini husule getirmek için tabii bir kuvveti (ateş vesaire gibi) yahut bir hayvanı (mağdura karşı tahrik edilmiş azgın bir köpek) kullanan kimse de suçun failidir (10). Ceza mesuliyeti olmıyanı bir alet gibi kullanan da suçu işliyen kimsedir.

Aslî iştirak maddî ve manevî olmak üzere ikiye ayrılır. Aslî - maddî iştirak 64 üncü maddenin birinci fıkrasında, aslî - manevî iştirak aynı maddenin ikinci fıkrasında gösterilmiştir.

(6) Bu hususta Carraud C. III n. 876.

(7) Pozzolini'den naklen, n. 168.

(8) Bon Buri'nin fikri, Pozzolini'den naklen.

(9) Pozzolini n. 180.

(10) Logoz s. 93.

A. ASLÎ - MADDÎ İŞTİRAK: Asli - maddî iştirak suçu «irtikâp edenler, doğrudan doğruya beraber işliyenler» arasındaki iştiraktır.

Kanun «irtikâp edenler, doğrudan doğruya beraber işliyenler» den bahsetmekte fakat bunların faaliyetlerinin mahiyetini sarahaten göstermemektedir:

a) SUÇU İRTİKÂP EDENLER: Suçu irtikâp edenler, cezayı müstelzim fiili teşkil eden hareketleri yani suçu doğrudan doğruya husule getirecek hareketleri yapanlardır.

Fakat bunu suçu tekemmül ettiren harekete yani son icra hareketine hasretmek doğru değildir. Bu sebeple şu tefrik yerindedir:

Suç irtikâp edenler arasında ya basit, ya mürekkep bir iştirak haline tesadüf olunur. Aynı binaya aynı zamanda ateş vermek, aynı mağduru müteaddit kimselerin bıçaklaması birinciye misaldir. İkinci hal husule gelmesi derece derece muhtelif faaliyetin cereyanına ihtiyaç gösteren suçlarda kendini gösterir, bu tarzda işlenmiş suçlarda muhtelif hareketler aynı gayeye matuftur ve suçun husule gelmesi için hepsine ihtiyaç vardır, kalpazanlık suçunda sahte para resminin çizilmesi, baskıya geçirilmesi, basılması hareketleri gibi (11).

b) DOĞRUDAN DOĞRUYA BERABER İŞLİYENLER: Suçu doğrudan doğruya beraber işliyen asli failerin faaliyeti mahiyetleri bakımından fer'îdir. Fakat maddî şekilleri ve suçun icrası ile hem zaman oluşları onları asli bir iştirak faaliyeti haline inkilâp ettirir. Doğrudan doğruya beraber işliyenler, suçu meydana getiren hareketleri icra etmemiş olmakla beraber irtikâp edenle birlikte suçun tahakkukuna iştirak etmişlerdir. Bunların faaliyeti ne suçun unsuru ve ne de şiddet sebebidir, fakat suçun icrasında doğrudan doğruya müessir olan bir faaliyette bulunmuşlardır ve bunların faaliyeti olmaksızın irtikâp eden suçu işlemeğe muvaffak olamazdı. Bu sebeple nöbet bekliyen polis memuru vakada hazır olduğu halde hırsızların bir eve girmelerine evvelce aralarında mevcut bir anlaşmaya müsteniden müsaade ederse suçu doğrudan doğruya beraber işliyen asli fail durumuna düşmüş olur. Yine aynı sebeptedir ki, hırsızlıkta gözcülük edenin suçu doğrudan doğruya beraber işlemek tarzında asli fail olduğuna karar verilmiştir (12).

Kuvvetli olan mağduru bir kimsenin tutması diğerinin öldürmesi veya parasını alması hâdiselerinde mağduru tutan suçu doğrudan

(11) Manzini n. 472.

(12) İtalyan yargıtay kararı, Manzini s. 315 not 6; Bruno m. 63.

doğruya beraber işlemiş olan kimsedir. Eğer suç irtikâp edenlere suç faaliyetinde daha geniş bir hisse verilirse bu şahsın bir «irtikâp eden» sayılması da mümkündür. Fakat böyle bir münakaşanın tatbiki değeri yoktur.

Doğrudan doğruya beraber işliyenlerin faaliyeti mahiyeten fer'î olmasına rağmen yukarıda söylenilen sebeplerle bu nevi ortaklarda aslî fail olarak kabul edilmiştir. Beraber işliyenlerin, irtikâp edenlerin faaliyeti bir kül teşkil etmesi, bu suretle aralarında çok yakın bir iştirak halinin bulunması, doğrudan doğruya beraber işliyenin de suç irtikâp eden kadar kesin bir suçluluk iradesine sahip olması doğrudan doğruya beraber işliyenlerin aslî fail seviyesine çıkarılmasına sebep olmuştur (13).

B. MANEVÎ - ASLÎ İŞTİRAK: Başkasını suç işlemeğe azmettirenin iştiraki demektir. Kanunun kullandığı «azmettirmek» tâbiri manevî iştirak için elzem olan psikolojik fiilin mahiyeti hakkındaki bütün tereddütleri izale etmektedir. Suçun sebebi, suç işleme niyetinin azmettirilene nakledilmiş olmasıdır. Böylece işlenmiş suçlarda suç işliyenin faaliyeti gerisinde suça sebep olan yani azmettiren kimse bulunur. Faildeki suç fikri ve suç kararı munhasıran azmettirenin eseridir.

«Azmettirme» istilahı suçun ilk ve müessir sebebini yaratmak mânasına gelir. O halde suç fikrini uyandırmış olmak, suçun mânevî ortağı olmağa yetmez, bu kararın icra safhasına intikalini yani suçun müessir sebebi olmayı temin edecek derecede kesif bir manevî faaliyete ihtiyaç vardır.

Kanun azmettireni suç işliyenlere benzetmiş ve «aynı ceza» yı vermiştir. Azmettirenin suç işliyene benzetilmesi kanunî bir faraziye değildir, azmettirenin faaliyeti ile husule gelen netice arasında illiyet bağı mevcut olduğundan azmettirenin haddi zatında bir nevi failden başka bir şey sayılamaz. Manevî iştirakin daima fer'î bir iştirak telâkki edilmesi fikri kabule değer bir fikir değildir (14).

Azmettirenin hareketi ile suç arasında illiyet bağı bulunması yolundaki kaideden şu netice çıkar: suç işlemek kararını zaten evvelce vermiş bulunan kimseyi «azmettirmek» bahis mevzuu olamaz.

Azmettirme, azmettiren ile edilen arasındaki ferdî bir münase-

(13) Doğrudan doğruya beraber işleyenlerin aslî faili sayılması sebebi hakkında meyhaz kanunun gerekçesi, kırala verilen rapor; Pozzolini n. 186; Manzini n. 472 II, III.

(14) Bu hususta Rossi s. 189, 190.

bete dayanır. Bu sebeple suç işlemeğe tahrik (m. 311, 312) eden ortak değil, müstakil bir suçun failidir.

a) **AZMETTİRMEDE MANEVİ UNSUR:** Manevi - asli iştirakin kabulü iştirak hakkındaki umumî şartlara bu meyanda kastın mevcudiyetine de bağlıdır. Bu sebeple *kasıtsız bir azmettirme*, bir kimseyi suçun manevî ortağı haline sokmaz. *Taksirli* bir azmettirme kabili tasavvurdur. Fiilin istendiği, fakat neticenin irade edilmediği hallerde taksirli azmettirme haline tesadüf olunur. Muayyen olmayan bir söz, ihtiyatsızca bir hareket neticesinde bir şahıs suç işlemeğe karar vermiş olabilir (15). Bu sözü sarfeden veya hareketi yapan kimse başkasının kastî fiiline taksirli bir azmettirme ile karışmış olur. *Miyop bir kimsenin ava gitmeğe ikna edilmesi* (16) ve bundan bir kazanın vukua gelmesi halinde de taksirli bir suç, taksirli bir azmettirme ile müdahale bahis mevzuu olabilir. Fakat bütün bu hallerde azmettiren kimseye 64 üncü maddenin ikinci fıkrasını tatbika imkân yoktur. Çünkü kanun ancak kasdî - manevî ortaklığı kabul etmektedir, şahıs kusurlu hareket etmiş olsa bile taksirli bir azmettirme ortaklık sayılamaz, çünkü kanunumuzun sistemine göre ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde taksir cezayı müstelzimidir.

Kanun, hilâfına sarahatı ihtiva etmediği hallerde, münhasıran kastı arar. Bu sebeple azmettirmenin *kasta dayanması kâfidir, saikin ehemmiyeti yoktur*. Bu kaidenin tatbiki ehemmiyeti vardır: *Başkasını, tevkif ettirmek, meşhut suç halinde yakalatmak, hükümetten ikramiye almak* (17) gibi maksatlarla başkasını suç işlemeğe azmettirmiş olan kimse manevî - asli fail sayılmalı mıdır? Meselenin umumî prensiplere göre halledilmesi lâzımdır. Kanun iştirak saikini aramadığına göre başkasını, suçtan husule gelecek menfaatten gayri saiklerle de suça ikna eden kimse azmettiren kimse sayılmalıdır. Böyle bir azmettirme neticesinde harekete geçen failin suç teşkil eden faaliyetinden azmettiren kimse, saiki ne olursa olsun mesul olur.

Azmettiren kimsenin suçları takip ile mükellef bir devlet memuru olması ve faili yakalamak maksadı ile hareket etmesi (*hüviyetini saklıyarak eczacıyı yasak bir maddeyi reçetesiz satmağa ikna eden polis memuru gibi*) halinde bazı tereddütler ortaya çıkabilir. Zannımıza göre umumî prensipleri burada da tatbik etmek ve saiki

(15) Bu hususta Logoz m. 24 n. 1

(16) Manzini n. 473.

(17) Logoz m. 24, n. 1; Manzini n. 474.

ne olursa olsun her şahsı azmettiren kimse saymak ve fakat kanunun veya salâhiyetli merciin emri ile hareket olunmuş ise ve 49 uncu madde gereğince bu hususta aranılan şartlar mevcut ise cezadan muaf tutmak yerinde olur (18). 49 uncu maddedeki şartları aramak mecburiyeti zabitanın muvafık sayılamıyacak bu nevi araştırma usullerini kullanma temayülünü tahdit edebilir.

b) **AZMETTİRMEDE MADDİ UNSUR:** Manevî bir iştirak şekli olan azmettirmede esas itibarile *maddî bir unsur bahis mevzuu değildir*, fakat azmettirenin mesul tutulabilmesi, işletmek istediği fiilin cezayı istilzam edecek safhaya intikali ile mümkündür. Bu sebeple azmettirenin cezalandırılması için azmettirmiş olması kâfi değildir. Failin hazırlayıcı hareketlerden öteye gitmemesi halinde azmettirilene ceza verilemez, *failin hiç olmazsa nakıs teşebbüs safhasına geçmesi lâzımdır*.

Bu sebeple azmettirmeğe teşebbüs cezalandırılmaz. Azmettirme muvaffak olmuş farzedilse bile herhangi bir sebeple failin suçu işlememiş olması maddî unsurun mevcut olmaması neticesini doğurur. Bununla beraber bazı yabancı kanunlar azmettirmeğe teşebbüsü sarih bir hükümle cezalandırmışlardır (19)..

Düzme suç (reato putativo) husule gelmesine imkân olmıyan bir suç olduğundan ne failin ne de azmettirenin cezalandırılmasına imkân yoktur. Bir kimseyi muhafaza altında bulunan bir evde hırsızlık yapmağa ikna eden polisin itimadını kazanmış bir kimsenin hareketigibi (20).

Suç teşkil etmiyen gayrı meşru bir fiile azmettirmek, kanunun sarih bir hükmü mevcut ise müstakil suç olacak cezalandırılır, başkasını intihara azmettirmek gibi (21).

(18) Bu mesele hakkında Manzini n. 474; İtalyan yargıtayı böyle bir hâdisede zabitanın böyle bir usul kullanmasının doğru olmadığına, fakat aldattılan kimsenin işlemiş olduğu suçun da, her bakımdan tamamilen tekemmül etmiş sayılması lâzımgeldiğine, memur için ortada bir muafiyet sebebinin mevcut olduğuna karar vermiştir; Manzini s. 322 not 3.

(10) İsviçre CK. m. 24 f. 2: (başkasını bir cürüm işlemeğe azmettirmeğe teşebbüs eden kimse bu suçun teşebbüsü için konulmuş ceza ile cezalandırılır).

(20) Manzini n. 474.

(21) TCK nunun 454 üncü maddesinde kullanılan tabirler hakkında bk. s. 9 not 2.

Neticesiz kalmaş azmettirme kaideten cezalandırılmaz, kanunun sarıh hükmümlerle koyduğu istisnalar mevcuttur (22).

Azmettirenin manevî iştirak sahasında kalması suçun maddî oluşuna katılmaması lâzımdır. Eğer herhangi bir şekilde suçun işlenmesine katılmış ise, faaliyetinin şekline göre suç u irtikâp eden veya doğrudan doğruya beraber işliyen kimse durumuna düşer. Bu yer değiştirmenin bilhassa suç u işliyenin onu işlemekte «şahsî menfaati» bulunduğu hallerde ehemmiyeti vardır..

C. AZMETTİRME VASİTALARI: *Kanun yalnız neticeyi ele almakta ve hangi vasıtalarla olursa olsun, azmettirilmiş olmayı kâfi görmektedir.*

Vait, korkutma, tehdit, medih (23) sarıh bir teklif, ihtirasların tahriki, gizli bir cemiyetten bahsetme (24) vesaire gibi bütün vasıtalar kullnılmış olabilir. Vasıtaların elverişliliğini takdirde azmettiren ile azmettirilen arasındaki münasebetin mahiyeti her birinin irade kuvvetlerinin derece farkı, telkin etme, edilme kabiliyetleri ve bu gibi diğer bütün unsurlar nazara alınmalıdır.

Bu ölçülerin tatbiki ile «talebelerini ceza vermek yahut imtihan-da döndürmek tehdidi ile evlerinden bazı şeyler çalmağa ve kendisine getirmeğe sevkeden öğretmenin azmettirici olduğuna» karar verilmiştir (25).

Azmettirenin fail ile doğrudan doğruya temasa geçmiş olması şart değildir. Aracı kullanmış olması durumunu değiştirmmez. Her ne kadar azmettiren ile ettirilen arasında ferdî bir münasebete ihtiyaç varsa da, azmettirenin diğerini tanımış olması şart değildir, tanışmayanlar arasında da böyle bir münasebet husule gelebilir.

C. AZMETTİRME ŞEKİLLERİ: *Azmettirme ile ceza mesuliyeti olmıyan bir kimseyi bir suçta icra vasıta olarak kullanmak halini biribiri ile karıştırmamalıdır. Ceza mesuliyeti olmıyanı icra vasıtası olarak kullanan kimse azmettiren değil, suç u işliyen kimse sayılır (26).*

Azmettiren ile ettirilen arasındaki ortaklık muhtelif şekillerde kendini gösterebilir:

-
- (22) 172, 242 inci maddelerde olduğu gibi.
 - (23) Manzini n. 474.
 - (24) Manzini n. 473.
 - (25) İtalyan yargıtay kararı, Manzini n. 473.
 - (26) Majno n. 335.

1) *SUÇTA VEKÂLET*: Failin kendinin değil *azmettiren hesabına* suçu işlemesi halinde fail ile azmettiren arasındaki münasebet hususî hukuktaki vekâlet aktinden doğan duruma benzer bir durum ortaya çıkarır, bu hale ceza doktrininde suça vekâlet adı verilir.

Böyle bir anlaşmaya müekkilin *korkaklığı veya kendisini tehlikeye atmak istememesi*, yahut *kendisi seyahatta veya uzak bir memlekette iken* suçun işlenmesini istemesi gibi hallerde tesadüf olunur.

Bu anlaşma vekilin kabulü ile tamam olur. O halde suça vekâlet bir anlaşmadır ki, onunla bir kimse (müekkil) kendi menfaatine bir suç işlemeyi diğer bir şahsa (vekil) tahmil eder ve bu şahsın kabulü ile akit tamamlanır.

Ceza doktrininde yer alan bu mefhumun *hususî hukuktaki vekâlet akti* ile hiç bir *alâkası olmaksızın* tetkik edilmesi lâzımdır. Hususî hukukta vekâlet aktine ait hükümlerin hiç birinin suça vekâlet mefhumuna tatbikına imkân yoktur. Çünkü suç işlemek hedefini güden bu vekâlet gayesi bakımından *batıl bir akittir*. Bu sebeple suça vekâletin hukukî bir değeri yoktur.

Suçta vekâletin teklif ve kabul edilmiş olması müstakillen cezayı müstelzim değildir. Anlaşmanın yerine *getirilmesine başlanmıştır*. Çünkü icra başlangıcı henüz mevcut olmadıkça ortaklara ceza verilemez.

Suçta vekâlette müekkil ile vekile verilecek cezanın «aynı ceza» yahut «farklı ceza» olması lâzım geleceği hususunda muhtelif sistemler teklif edilmiştir.

Beccaria (27) ortaklar arasında cezanın farklı olmasında faide görmektedir, eğer suçu icra edenlere daha fazla *ceza tâyin edilmiş olursa başkasına suç işletmek isteyenler, bu iş için adam bulmakta güçlük çekeceklerdir*, çünkü cezalar arasındaki fark sebebi ile icra edenler daha fazla tehlikeye maruzdurlar. Fakat icra edenler suçu işletmek isteyenlerden bu fazla tehlikeye mukabil bir *menfaat temin etmiş iseler, cezalar müsavi olmalıdır*, çünkü tehlikeler arasındaki fark, elde edilen menfaat farkı ile telâfi edilmiş olur.

Bazı müellifler (28) müekkile vekilden daha fazla ceza verilmesini isterler, *çünkü suça asıl sebep olan müekkildir*. Carmignani gibi diğer bazı müellifler ise (29) vekilin müekkilden fazla ceza görmesine taraftardurlar, *çünkü müekkil sadece suçu istemiş vekil ise suçu hem istemiş, hem de icra etmiştir*.

(27) Beccaria § XIV; aynı mülalâa Rossi s. 189, 190.

(28) Renanzi, arinaccio'nun fikri, Nocito'dan naklen s. 331 - 335.

(29) Nocito'dan naklen s. 332.

Giuliani (30) mutavassıt bir fikir ileri sürmüş ve ücretli vekâleti (mandato prezzalato) ücretsiz vekâletten (mandato gratuito) ayırmıştır, bu müellife göre ücretli vekâlette vekil ile müekkil arasında cezada musavat, ücretsiz vekâlette cezalar arasında fark mevcut olmalıdır. Çünkü ücretli vekâleti icra edendeki cüret ve müekkildeki cezadan kurtulmak hususundaki ümit birbirine denk gelir, ücretsiz vekâlette ise vekilin suç işlemekte kendine has bir menfaati olduğundan cezadaki şiddet onu suça sevkeden hissin şiddeti ile mütenasip olacaktır ki bu da belki onu suç işlemekten meneder.

Bu fikir ayrılıklarına rağmen hâkim olan doktrine nazaran vekil ile müekkilin cezası aynı olmalıdır. Çünkü her ikisi de fenalığın doğrudan doğruya sebebdirler. *Failin iradesini müekkilin iradesinden ayırmağa imkân yoktur. Çünkü müekkilin iradesi olmaksızın vekilin iradesi husule gelemezdi. Müekkili iradesini de suçun icrasından müstakil olarak nazara almağa imkân yoktur.*

Türk Ceza Kanunu bu son fikri kabul etmiştir, 64 üncü maddenin ikinci fıkrasının sistemi budur.

Vekilin, vekâlet hududunu aşması halinde (mağdurun sadece dövülmesi için verilmiş olan vekâleti aşarak vekil tarafından mağdurun öldürülmesi gibi) müekkilin mesuliyetinin hududunu tâyinde bazı güçlükler ortaya çıkabilir. Bu güçlükler kastı aşan suçlar hakkındaki umumî kaidelerle (31) giderilmelidir.

2) **TEŞCİ (Consiglio):** *Bir kimsenin işliyeceği suçtan kendisi için hâsıl olacak faideleri izah etmek suretile, suça azmettirilmesidir. Teşci, vekâlette menfaatin azmettirilene ait olması ile ayrılır. Teşci ile vekâletin bariz farklarla birbirinden ayırdedilebilmesi kolay değildir, çünkü azmettirenin hâdisede hiç bir menfaati olmaması enderdir.*

Teşci ile manevî - fer'î iştirak hallerinin (teşvik, suç kararını takviye) birbirleri ile karıştırılması ihtimali vardır. Failde suç iradesi mevcut, fakat şüpheli ve gayrimuayyen olduğu ve teşci üzerine harekete geçmiş olması hali ile o zamana kadar hiç mevcut olmıyan suç iradesinin teşci ile tevhit edilmiş olması halinin tefrikında dikkatli olmak lâzımdır. Çünkü çıkarılacak neticeye göre manevî failin göreceği ceza değişecektir.

(30) Nocito'dan naklen s. 331 - 335.

(31) Bk. Kantar, s. 94.

3) **BİRLİK (SOCIETA)**: Carrara'nın tarifine göre birlik, «iki veya daha ziyade kimse arasında müşterek menfaatleri için bir suç işlemek hususundaki anlaşmadır» (32). Birlik, vekâlet ve teşçiden şu suretle ayrılır: Vekâlette suçtan mütevellit maddî veya manevî menfaat müekkile, teşçi de fiili işliylene aittir, birlikte ise bütün ortakların menfaatte iştirakleri vardır.

Birliğin umumileşmesi müstakil suçtur (m. 313).

D. AZMETTİRMENİN CEZASI VE ŞAHSİ MENFAAT: Azmettiren, ettirilenin işlediği fiilin kanunda yazılı cezası verilir (m. 64). Kanunumuzun kabul ettiği hüküm azmettirenle edilen arasındaki ceza müsavatını yalnız fiile hasrettirmekte ve fail hakkında hükmedilecek cezayı nazara almamaktadır. Bu sebeple azmettirenin failden daha ağır bir cezaya çarptırılması mümkündür (33). Bu anlayış 64 üncü maddenin ikinci fıkrasının birinci fıkraya atıf yapmasından ve birinci fıkrada ise «fiile mahsus ceza» dan bahsedilmesinden ileri gelmektedir.

Kanun azmettirenin cezasını indirici bir hali kabul etmiştir: «fiili icra edenin onu işlemekte şahsî bir menfaati olduğu sabit olursa» azmettirenin cezası indirilir.

«Şahsî menfaat» tâbirini meyhaz kanunda olduğu gibi şahsî sebepler (motivi propri) mânasına almalıdır, «şahsî menfaat» tâbirini «şahsî sebep» tâbirinden daha maddî ve daha dar bir manaya almak doğru olmaz.

Failin suçu işlemekteki «şahsî sebebe» dayanılarak, azmettirenin cezasının indirilmesine kanun vazını sevkeden klâsik doktrin bu hükmü şu gerekçe ile izah etmektedir: failde suç işlemek için «şahsî sebep» mevcut ise azmettirme suçu doğuran yegâne sebep sayılmaz. O halde suçu işliyenin iradesi iki kaynaktan gelir: azmettirme ve failde evvelce mevcut şahsî sebepler.

Kanunun bu hükmünü makul bir şekilde izah etmeğe imkân yoktur: fail kendine ait bir sebeple hareket etmiş ise ortada azmettirme mevcut değildir, eğer onu suça sevkeden hem şahsî sebep ve hem de azmettirenin tesiri olmuş ise suç sebepleri arasında azmettiricinin faaliyetinin bulunması, onu sebep olan kimse durumuna sokar.

(32) Pozzolini'den naklen n. 184.

(33) Majno n. 336.

Bilâkis, azmettirdiği kimsede böyle bir sebebin bulunduğunu bilen kimsenin daha fazla ceza görmesi lâzımdır, çünkü böyle bir sebebe malik olanı seçmekle azmettiren kimse muvaffakiyetinden daha fazla emin olur ve böyle bir seçim üzerinde durabilen kimsede suçluluk hali daha vahim ve ağırdır.

Kanunun bu husustaki hükmünün mantıkî bir değeri yoktur, Toskana kanunundan meyhaz kanuna intikal etmiş olan bu hükmün ancak «ananevi» bir mefhum (34) olmaktan daha ileri gidemeyeceği aşikârdır.

Kanuna göre cezanın indirilmesi için şahsî sebebin «sabit olması» lâzımdır. Böyle bir sebebin mevcudiyeti hukukî bir meseleden ziyade fiili bir meseledir. *Hâkim takdir hakkını* kullanarak bunu tâyin eder, e sebep sabit olduğu takdirde cezanın indirilmesi mecburidir. Zanardelli projesinde cezanın indirilmesi ihtiyarî idi. Projenin bu hükmü kanunun sert ve kat'î hükmünden daha ziyade hâdiselerin hususiyetine uyabilecek mahiyette idi. Bu hükmün menşeiini teşkil eden Toskana kanununda ise hâkime, failde şahsî sebep mevcut ise azmettirenin cezasını fer'î faillerin cezasına kadar indirmek hususunda bir takdir hakkı tanınmış idi (35). Cezayı indirip indirmemekte ve indirecek ise miktarını tâyinde hâkimi serbest bırakmak daha doğru bir usuldür. Çünkü bu suretle hâkim hâdiselere kararını uydurabilecektir. Meselâ suçta vekâlette müekkil, mağdura karşı kin besliyen bir kimseyi arar, bulur ve bu şahısta vekâleti memnunlukla kabul ederse, müekkilin cezasını böyle bir şahsî arayıp bulunduğu için indirmek makul olmayacaktır. Kanunun cezayı mecburî olarak indirmesi usulü azmettiricileri, kendinde suçu işlemek hususunda şahsî bir sebep bulunanları aramağa sevkeder.

İşlenen suçtan mütevellit sebepler şahsî sebep olarak kabul edilemez. Vadedilen parayı almak için suçu işleyen faildeki bu kazanç hırsı şahsî sebep sayılamaz (36). Müekkilin dostluğunu kazanmak için suç işlemiş olan vekilde de şahsî sebep mevcut değildir (37). Aksi takdirde bütün hâdiselerde bir şahsî sebep bulmak mümkün olacaktır.

Şahsî sebep ile azmettirici tesirleri kabule mütemayil bir ruhi durumda bulunma halini karıştırmamak lâzımdır. Azmettirme fii-

(34) Pozzolini n. 185.

(35) Nocito s. 335 - 338.

(36) İtalyan Yargıtay kararı Bruno m. 63.

(37) Nocito s. 337.

line karşı failin ruhunda az veya çok hazırlanmış bir zeminin bulunuşu şahsî sebep mefhumuna dahil değildir. Üçüncü bir şahsî öldürmeğe, kendine âşık olan bir kimseyi onda kıskançlık buhranı tevlit temek suretile azmettiren kadın (38) failde bir şahsî sebebin bulunduğunu iddia edemez.

Faildeki şahsî sebepten dolayı azmettirenin cezasının indirilmesi için azmettirenin faildeki bu sebebe vâkıf olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Ceza kanununun 45 inci maddesinden istihraç edilen prensiplere dayanarak tahfif sebebinin tatbiki için bu halin azmettirence bilinmiyen bir hal olması şartı ileri sürülemez. Çünkü bir keyfiyetin isnadı için lüzumlu, fakat muafiyet veya cezanın indirilmesi için aranmasına lüzum olmiyan bir şarttır.

Failde mevcut şahsî sebepten dolayı ancak azmettirenin cezası indirilebilir. 64 üncü maddenin bu hususa dair olan hükmü munhasıran manevî - aslî ortağa tatbik olunur. Maddî - aslî ortaklar cezayı azaltıcı sebepten istifade edemezler (39).

II. FER'İ İŞTİRAK: *Fer'î faillerin tâyin edilmesi hususunda iki sistem mevcuttur: Fer'î iştirak sayılacak halleri hâkimin takdirine bırakmak, kanunda bu halleri ayrı ayrı göstermek.* Bu iki usulün hangisinin tercih edilmesi lâzımdır? Fer'î iştirak hallerinin kanunda gösterilmesi usulünün hâkimin keyfî bir takdirini önlemek bakımından bir faidesi olduğu ileri sürülmektedir. Halbuki bu husus geniş bir tatbi kshası bulan «kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesi ile zaten önlenmiş bulunmaktadır. Kanunda fer'î iştirak hallerini saymak bilâkis bazı mahzurları müciptir. Kanunda sayma usulü ile muhtemel fer'î iştirak hallerine ancak sathî olarak dokunmak mümkündür, ve böyle bir usul çok karışık, ihtilâflara meydan verici, eksik kalma tehlikesine maruz bir usuldür. Kanunî sayma usulüne yapılan en kuvvetli itiraz sudur: ortakların aslî iştirak halinde sayılmaları onların fiilin maddî unsurlarını işlemiş olmalarına istinat ettiriliyorsa Hafter'in işaret ettiği gibi suçun icrasına şu veya bu ortağın iştirak etmiş olup olması tesadüfe bağlı bir keyfiyettir (40), suçun icrasında hiç bir hisse almamış olan bir ortağın suçluluğu ve tevlit ettiği tehlike bakımından fer'î bir ortakdan ziyade aslî bir ortak gibi gözükmesi mümkündür. O halde suç iradesinin kesafetine istinat etmek ve suçun icrasına katılmış olup olmamasına bakılmıyarak, bir kim-

(38) Manzini n. 475

(39) İtalyan yargıtay kararı, Bruno m. 63; Manzini n. 473 II.

(40) Logoz'dan naklen s. 94.

seyi suçun husulündeki umumî tesirine göre aslî veya fer'î ortak saymak lâzımdır.

Kanunumuz fer'î iştirak hallerini saymak usulünü tercih etmiştir (m. 65 bent I, II, III). Bu sebeple herhangi bir faaliyetin fer'î iştirak sayılması mümkün değildir, kanunda gösterilmemiş olan bir iştirak faaliyetinden dolayı, bir kimsenin ortak sayılması imkânsızdır. Bu sebeple «iştirakin veçhe ve mahiyetinin kararda gösterilmesi lâzımdır» (41). Kanunun fer'î iştirak şekillerini sayma usulünü tercih etmiş ve bunları sayarken *tahdidî* bir usul kullanmış olduğuna bakarak aslî failerle fer'î failer arasında sadece *mutavassıt* rolünü oynamış olanların «kanunen» fer'î ortak *sayılmıyacaklarını* sanıyoruz. Bu sebeple «fer'an zimethalliğin fer'an zimethalliği» mümkün değildir (42), suçun ne suretle işleneceğine dair olan talimatı veya tedarik edilmiş olan vasıtaları fer'î failden aslî faile sadece nakleden kimsenin durumu fer'î iştirak şekillerine dahil değildir.

Fer'î iştirak aslî iştirake bağlıdır. Suç olmaktan çıkarılmış aslî fiile katılmış olan fer'î ortaklar cezalandırılmazlar, bu sebeple umumî af veya zaman aşımı ile kalkmış bir suçun fer'î faileri hakkında takibat icra edilemez, ceza verilemez.

Aslî fiilin suç teşkil etmesi şartı, unsurları meyanında «*itiyat şartı*» bulunan suçlar bakımından ehemmiyet arzeder. Bu türlü suçlarda fer'î iştirakin cezalandırılması için *topluluğu itiyat şartını meydana getiren fiillere katılmış* olmak lâzımdır. İtiyadın teşekkül etmiş sayılması için gereken faaliyetin tekrarından evvelki iştirak halleri fer'î iştirak sayılamaz, bu sebeple (müteaddit kimselerin her biri kanunî hadden fazla ödünç para verme işlerine tevessül etmiş olan bir noter, suça iştirakten mahk m edilemez) (43). Çünkü fazla faiz ile ödünç vermenin suç sayılması failde bu hususta hareketlerin taaddüründen ileri gelen bir itiyadın husulüne bağlıdır (44).

Kanunun kabul etmiş olduğu fer'î iştirak şekilleri maddî ve manevî olmak üzere ikiye ayrılır. Fer'î iştirakin zarurî olup olmamasına göre de diğer bir tasnife tâbi tutulması mümkündür:

A. **FER'Î - MADDÎ İŞTİRAK:** Fer'î mahiyette olmak üzere suça maddî bir faaliyet ile iştirak etmek halidir. Maddî - Fer'î failer, maddî - aslî failerden şu suretle ayrılırlar. Maddî - aslî failer (suçu

(41) 1. C. D. 3. 7. 927 karar 3332

(42) Aksi mutalâa, Majno n. 3i0.

(43) Carraud III, n. 897.

(44) bk. ödünç para verme işleri kanunu m. 14.

irtikâp edenler, doğrudan doğruya beraber işliyenler) suçun «icrasını iştirak» ederler (m. 64 f. 1). Maddî - fer'î failer ise fer'î bir faaliyet ile sadece «suça iştirak» etmişlerdir (m. 65).

Maddî - fer'î iştirak fiilin işlenmesine yarıyacak iş veya vasıtaları tedarik etmek (m. 65 bent III) suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada muzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırmak (m. 65 bent III) şekilleri ile olur:

a) İŞ VEYA VASİTA TEDARİKİ: Fiilin işlenmesine yarıyacak «iş» tedarik etmek kaydı meyhaz kanunda mevcut değildir. Kanunumuza bu ilâvenin «vasita» mefhumunu genişletmek maksadı ile konulduğunu sanıyoruz. Hırsızlık etmek niyetinde olduğunu bildiği bir kimseyi diğer bir şahsın evine hizmetçi olarak girmesini temin etmek hususu, fiilin işlenmesi için «iş» tedarki sayılabilir.

«Vasita» tâbiri kanunda umumî bir tâbir olarak kullanılmıştır. Nenin vasita sayılacağını hâkim takdir eder. Bu sebeple «vasita» tâbirinin umumî mânası karşısında kanunumuza ilâve edilmiş olan «iş» tâbiri lüzumsuzdur.

Vasita umumiyetle menkul eşyadır, silâh, bıçak, zehir vesaire gibi. Bir *gayrimenkulün* icabında suçun işlenmesine yarıyacak bir vasita sayılmasına mâni bir hüküm kanunda mevcut değildir, kalp para imali için evini suçlulara veren kimse vasita tedarik etmiş sayılmalıdır (45).

Vasitanın suçu teşkil eden fiilin işlenmesinden evvel tedarik edilmiş olması lâzımdır, bu husustaki *hükümün geleceğe atfeder* şekilde yazılmış olması yani «fiilin işlenmesine yarıyacak iş veya vasıtalar tedariki» nden bahsedilmesi de bunu gösterir. Fiilin işlenmesi ile hem zaman olan vasita tedariki maddî - aslî iştirak hallerine girebilir (46), fakat bu sahada kesin kaideler komak doğru değildir.

Fer'î failin mesuliyeti vasita tedarik etmiş olduğundandır. Bu sebeple tedarik edilmiş vasita suçu işlemeğe *elverişli değilse* yahut fail bu vasıtayı *suçta kullanmamış* ise fer'î ortağa ceza verilemez. Bu sebeple hırsızlıkta kullanacağını bilerek başkasına *merdivenini* veren kimse eğer fail son dakikada bu merdiveni kullanmaksızın suçu işlemeyi münasip görmüş ise cezalandırılmaz. Suç mahalline gitmek için hırsıza *atını* veren kimse de, gürültü olmaması için hırsızın yaya gitmeyi tercih etmesi halinde cezalandırılmayacaktır (47).

(45) Aynı mahiyette Pozzolini n. 188 a.

(46) Aynı mahiyette Manzini n. 481; Pozzolini 188 a.

(47) Nocito s. 315, 316.

b) MUZAHARET, MUAVENET: Aslı fail tarafından suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada muzaheret ve muavenet ile icrasını kolaşlaştırmak (m. 65. bent III) hali, vasıta tedarikinden müstakil bir haldir. Vasıta tedarik eden kimsenin faaliyeti neticesi bakımından «muavenet» mefhumuna dahil olabilir, fakat yardım ve muzaheret vasıta tedariki mânasına gelmez.

Adam öldürme suçlusuna silâh tedarik etmiş olan kimse vasıta tedariki suretile fer'i fail haline gelmiştir, halbuki suç işlendikten sonra bu suçlunun kaçmasını temin çarelerini sağlayan yahut öldürülecek kimseyi pusuda uzun müddet beklileyebilmek için suçluya yiyecek götüren kimsenin faaliyeti «muzaheret, muavenet» mefhumlarına dahil olur.

Suçun icrasını kolaylaştıran her türlü fiil muzaheret veya muavenet teşkil edebilir.

Muzaheret ve muavenet suçtan evvel olabileceği gibi suç işlendiği sırada da olabilir. Suç işlendiği sıradaki muzaheret ve muavenetin fer'i iştirak hududunu aşmaması lâzımdır, aksi takdirde asli bir iştirak şekli olan «doğrudan doğruya beraber işlemek» hali hâsıl olur.

Fiilin işlendiği esnada vukua gelen muavenet veya muzaheret şeklindeki fer'i faillik ile suçu doğrudan doğruya beraber işlemek hususundaki asli faillik hallerinin ne şekilde tefrik edileceği ihtilâfıdır. Fransız müelliflerinden bazıları ile Fransız yargıtayı teşebbüste ihzar ve icra fiilleri tasnifinden bu sahada tatbik edilmek üzere bir kıstas elde etmeğe çalışmışlardır. Bunlara göre icra fiilleri mahiyetinde olan hareketler fiili doğrudan doğruya beraber işlemeğe, ihzar fiilleri mahiyetinde olanlarda fer'i faillğe aittir.

Bu ölçünün tatbiki bir değeri yoktur. Çünkü icra ve ihzar fiilleri arasında hukukan sarıh bir hudut çizmek imkânı bulunamamıştır.

İcra ve ihzar fiilleri yerine *icra edici, kolaylaştırıcı* fiiller tasnifini ikame suretile belki daha vâzih neticelere varılabilir: Suçun işlenmesi sırasında suçun vukua gelmesi için *zaruri olmayan ve sadece işlenmesini kolaylaştıran* hareketler suçun işlenmesi sırasında muzaheret ve muavenettir. Suçun işlenmesini kolaylaştırmaktan daha ileri giden ve suçun icrası mefhumuna dahil olan hareketler asli iştirak hareketleridir. Bu ölçü fer'i faillerle asli ortakların tefrikine yarar. Suçun icrasına herhangi bir şekilde iştirak eden kimse asli faildir. Bu sebeple hırsızlık yapılan odanın kapısında gözcülük yapan kimsenin iştiraki asli bir iştirak, suçun icrasına iştirak etmeksizin

vaka mahallinde sadece hazır bulunmak suretile suçlulara cesaret veren kimsenin durumu da fer'i iştiraktır.

Kanun vasıta tedarikinin «suçtan evvel» husule gelmesini tasrih etmesine rağmen muzaheret ve muavenetin suçu teşkil eden fiil ile hem zaman olabileceğini kabul etmiştir.

Kanunumuzda «muzaheret ve muavenet» tâbirleri meyhaz kanununda (muzaheret veya muavenet) şeklinde kullanılmıştır.

Muzaheret (assistenza) failin şahsı ile ilgili, daimi veya hiç olmazsa uzunca bir müddet devam eden yahut tekerrür eden bir yardım şeklinde ortaya çıkar, suçun işlenmesini kolaylaştırmak için engelleri ortadan kaldırmak, tehlikeleri haber vermek, yahut icraya iştirak etmeksizin herhangi bir şekilde suçun işlenmesini kolaylaştırmak «muavenet» etmektir.

B. FER'İ - MANEVİ İŞTİRAK: *Suç işlemeğe teşvik, suçu irtikâp kararını takviye, fiil işlendikten sonra muzaheret ve muavenette bulunacağını vâdetmek suçun ne suretle işleneceğine dair talimat vermek halleri manevî - fer'i iştiraki teşkil eder.*

Bu türlü iştirak italyan hukukunda menşeyini «consiglio» mefhumundan almaktadır. Bu mefhumun roma hukukunda daha etraflı bir mânaya geldiği ve roma ceza hukukunun tesiri ile geniş bir anlayışa meydan bırakmamak için meyhaz kanununun tanzimi sırasında mânevî - fer'i iştirakin tahdidi bir şekilde sayılması usulü tercih edilmiştir (48).

Manevî - aslı iştirak ile manevî - fer'i iştirak bazı hallerde birbirlerine çok yaklaşan faaliyet şekilleri ile tezahür edebilir. Meselâ teşvik, suç kararını takviye halleri ile azmettirmenin tefriki bazan güçtür. Tefrik için ölçü ortağın faaliyetinin suçun ilk ve müessir sebebi olup olmadığıdır.

a) **TEŞVİK:** *Teşvik etmek, mevcut suç işleme kararının tatbikına matuf faaliyetlerde bulunmaktır. Teşvik etmek (eccitare) tabirinde failde mevcut kararı icraya başlamağa sevk etmek mânası saklıdır. Bu sebeple bahis mevzuu olan suça teşvik değil, suçluyu teşviktir.*

Teşvik edilen kimsede suç işleme kararının teşvikten evvel mevcudiyeti kabul edilince, bir kimsede suç işlemekte «şahsî bir sebep» olduğu neticesi de ortaya çıkar. Fakat fer'i faililiğin zarurî bir vasfı olan bu hal hiç bir zaman fer'i-manevî faillik cezasının indirilmesini

(48) Consiglio mefhumu ve tesirleri hakkında Nocito s. 347 - 351.

mucip olamaz. Zaten aksi neticeye varmağa «şahsi sebep» ten mütevellit kanunî azaltıcı sebepleri asli-manevî iştirake hasreden kanunun hükümleri de mânidir.

Munhasıran suçluyu, suç işlemeğe değil, suçun devamına da teşvi mümkündür, bu sebeple mütemadî ve müteselsil suçlarda temadî ve teselsülün devamına teşvik hususu da fer'î-manevî bir iştiraktır (49).

b) **KARARI TAKVİYE:** Failin vermiş olduğu suç işleme kararını kuvvetlendirmek, manevî bir iştirak hali teşkil eder. «Suçu irtikâp kararını takviye» (m. 65, bent 1) tâbirinin mânası budur, kanunda kullanılan suçu «irtikâp» kararı tâbirini: «suçu irtikâp edenler» (m. 65, bent 1) e munhasır bir mânaya alınması doğru değildir.

Ancak kararı kuvvetlendirici müessir bir faaliyet suç kararını takviye sayılabilir. *Bu sebeple cesaret verici sözler ve telkinlerde bulunulmaksız başkasının kararını sadece tasdik etmek kararı takviye sayılmamalıdır. teyit takviye değildir.*

Kararı takviye etmek, evvelce failin bu kararı vermiş olması ile mümkündür, aksi takdirde hâdisede azmettirmek bahis mevzuu olabilir.

c) **MUZAHARET, MUAVENET VA'Dİ:** Suç işlendikten sonra muzaheret veya muavenette bulunacağını suçluya, suçtan evvel vadetmek manevî - fer'î bir iştiraktır. Suç işlenmeden evvel yapılmış olan bu vait, suçu işleme iradesini kuvvetlendirir. Çünkü böyle bir vait tereddüt halinde bulunan bir suçlunun karşısındaki manevî maniaları kaldırır. *Yakalanırsa ailesine bakılacağı, veya kaçmasının temin edileceği veya kendisine ceza evinde bakılacağı gibi vaitler suç iradesinin harekete inkılâbını temin eder.*

Suçtan sonraya ait bir muzaheret veya muavenetin suça iştirak sayılmasının sebebi, bu suretle suçlunun iradesinin kuvvetlendirilmiş olmasından ileri gelir, binaenaleyh vadin suçtan sonra tutulmamış olması, yani vadedilmiş olan yardımın, muavenetin yerine getirilmemiş olması, vadedenin ortak sayılmasına mâni değildir, çünkü suçun işlenmesi ile vait tesirini göstermiştir. Vait yerine getirilmemiş ise, bir çok hallerde hâkime takdir hadleri arasında hafif ceza tâyini dahi tavsiye edilemez, samimî bir nedamet bahis mevzuu

(49) Bu hususta Manzini n. 488 V.

değilse, vadini tutmamak, suçlu psikolojisi bakımından, kötülüğün bir delilidir (50).

Vaidin suçun tekemmülünden evvel yapılmış olması lâzımdır. Bu sebeple *temadi, teselsül veya teşebbüs sona ermeden evvel yapılan vait*, suçtan evvel yapılmış sayılmalıdır.

Suç eşyasını saklıyacağını veya satın alacağını yahut suçluyu saklıyacağını suçtan evvel vadetmiş olan kimse 296. 512 inci madde- lere göre değil fer'i iştirak hükümlerine göre cezalandırılır.

ç) **TALİMAT VERMEK:** *Suçun ne suretle işlenebileceğini bildirmek, «talimat vermek»* tir. Talimat vermek hali, vasıta tedariki ile aynı bentte (m. 65 bent II) gösterilmiş ve meyhaz kanununun gerekçesinde bu iki halin birbirine çok yakın olduğu bildirilmiş olmasına rağmen (51) talimat vermenin manevî, vasıta tedarikinin ise maddî bir iştirak hali olduğu aşikârdır:

Talimatın suç işlenmesinden evvel verilmiş olması lâzımdır, suç ile hem zaman olan talimat vermek aslî iştirake girer (52).

Talimat vermek bir çok hâdiselerde teşvik ve suç kararını takviye hallerile karışmış olabilir. *Talimat, diğerlerinden suç işleme iradesinden ziyade akla hitap etmesi ile ayrılır.* Teşvik ve kararı takviyede suç iradesini kuvvetlendirmek, şiddetlendirmek bahis mevzuu olmasına mukabil talimat vermede suç kararının muşahhas hâdise haline inkilâp ettirilmesi bahis mevzuudur.

Talimat verilmesi hususî bir şekle bağlı değildir.

Talimatın, suçun işlenmesinde maddî bir tesir icra etmiş olması talimat verenin mesuliyeti için şarttır. Nasıl vasıta tedarikinde, tedarik edilen vasıtanın kullanılmamış olması, ortağın cezalandırılmasına mâni ise, verilen talimatın suçun işlenmesinde faide temin etmemiş olması da öylece, ortağın mesuliyetinde maddî unsuru ortadan kaldırır.

C. FER'İ İŞTİRAKTE ZARURET: İster maddî, ister manevî mahiyette olsun fer'i iştirak fiillerinin bazı hâdiselerde suçun husule gelmesinin zarurî bir şartı olması mümkündür. Kanun zarurî olan ile zarurî olmıyan fer'i iştiraki ceza bakımından farklı hükümlere tâbi tutmuştur:

a) **ZARURÎ OLMİYAN FER'İ İŞTİRAK:** Fer'i iştirakte ortağa

(50) Manzini n. 480 II.

(51) Pozzolini n. 186 C.

(52) Manzini n. 481; Florian s. 44, 45

verilecek ceza, aslî failin işlediği suçun kanunda yazılı cezasının muayyen bir miktarda *indirme* (53) yapılarak tâyin olunur.

Asli faile verilecek *muşahhas cezanın fer'i failerin cezasına tesiri yoktur. Fer'i faillere tatbik edilecek müeyyide, temel - ceza, suçun kanunda yazılı cezasıdır* (54). Bu sebeple fer'i iştirak aslî iştirakin cezasını azaltan bir sebep değil, müstakillen cezayı müstelzim bir faaliyet şeklidir ve müeyyidesi ayrıca gösterilmiştir (m. 64). Aslî faillerle, fer'i failerin davalarının irtibat dolayısı ile ekseriya birlikte görülmesi esasa değil, usule ait bir meseledir.

Yine aynı sebepledir ki, aslî failin taayyün etmemiş olması, fer'i failin cezalandırılmasına mâni değildir.

b) *ZARURİ OLANR FER'İ İŞTİRAK*: Fer'i iştirak fiillerinden birini işliyenin suça iştiraki inzıam etmeksizin suçun işlenmesi mümkün olamayacağı sabit olan hallerde iştirak zarurî iştiraktr.

İştirakin zarurî olup olmadığını müşahhas olarak değil, mücerret olarak ele almak lâzımdır. Müşahhas hâdiselerde suçun işlenmesine bilfiil müdahale etmiş her hareket, neticeyi tevhit etmek bakımından, zaruridir, çünkü suç bütün iştirak fiillerinin muhassasıdır, bu sebeple her fer'i failin, zarurî - fer'i fail sayılması lâzımgelcektir. Ancak mücerret bir tarzda düşünüldüğü takdirde elde edilecek nispi bir zaruret ile zarurî fer'i faileri tâyin etmek mümkündür. Bu sebeple mey haz kanunun gerekçesinde denildiği ve bir çok müelliflerce tekrar edildiği gibi (55) suçluya *silâh* tedarik eden zarurî - fer'i fail değildir, çünkü katil diğer bir silâh tedarik edebilir ve hatta hiç silâh kullanmaksızın suçu işliyebilirdi, fakat *zehirle* öldürmek suçunda zehiri hazırlayan eczacı hemen daima zarurî - fer'i faildir.

Zaruret her hüdisede başka türlü gözükabilir, bu sebeple hangi iştirakin zarurî olduğu umumî olarak tâyin edilemez, en ehemmiyetsi zğibi görünen bir hareket zarurî bir iştirak halini teşkil edebilir, el yazısı ile tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin yakılmasında *bir tek kibrit* böyle bir iştirakin mevzuu olabilecektir (56).

(53) Kanunun tâyin ettiği indirme ölüm cezası ve müebbed ağır hapis yerine on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, diğer hallerde suçun müstelzim olduğu cezanın yarısıdır. Maddede müebbeden amme hizmetlerinden memnuiyet hakkında bir kayıt mevcut olmadığından bu cezanın indirmeye tâbi tutulup tutulamıyacağı kati olarak bilinmemektedir. Majno indirme yapılamıyacağı fikrindedir, Majno n. 352.

(54) Aynı mahiyette, İtalyan yargıtay kararı Bruno m. 64.

(55) Ezcümle Florian s. 45; Manzini n. 349 not 1; Pozzolini n. 189.

(56) Nocito s. 315.

Bir iştirakin zarurî olabilmesi için, aslî fiilin işlendiği sırada yapılması şart değildir, suçun işlenmesinden evvelki safhalarda da bir iştirak zarurî bir iştirak olabilir. Bu sebeple zarurî - fer'î iştirak ile zarurî olmıyan fer' iştirak hallerinin birbirinden tefriki kronolojik kıstaslara göre yapılamaz (57).

*Zarurî - fer'î faillik ismi verilen iştirak şekli fer'î failliğin ne bir nevi ve ne de bir şiddet sebebidir Zarurî - fer'î faillerin cezanın tahfifinden istifade edemeyeceklerini bildiren hüküm (m. 65 son f) ile kanun bazı fer'î iştirak faaliyetini aslî iştirak seviyesine çıkar-
mış değil, fer'î - zarurî iştirakin aslî iştiraktan başka bir şey olmadığını göstermek istemiştir. Çünkü fiile inzimam etmediği takdirde suçun işlenmesine imkân olmıyan bir hareket fer'î bir iştirak sayılmaz. Bu sebeple meselâ, teşvik veya kararı takviye şeklinde bir fer'î iştirak faaliyeti haddi zatında azmettirmekten başka bir şey değildir.*

Bu anlayış bilhassa, failin suçu işlemekte «şahsî sebep» i mevcut olduğu hâdiselerde ehemmiyet arzeder. Aslî iştirakte azmettirenin cezası failde mevcut şahsî sebe pdolayısıyla indirilir (m. 64 f. 2), buna rağmen azmettiren aslî bir iştirakte ortaktır. Fer'î - zarurî fail ise aslî iştirak cezasına çarpılır, halbuki kendisi fer'î bir faildir. Bu tezat Manzini'nin de işaret ettiği gibi (58) zahiridir. Çünkü fer'î - manevî - zarurî bir fail haddi zatında azmettirenden başka bir kimse olamayacağına göre, bu kimse hakkında faildeki şahsî sebepten mütevellit tahfif sebebini tatbik etmemek için sebep yoktur.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

CEZAYA MÜESSİR SEBEPLERİN ORTAKLARA SİRAEYTİ

İştirak halinde işlenmiş suçlarda ceza üzerine müessir sebeplerin ortakların mesuliyetine tesir edip etmiyeceğinin tâyini lâzımdır.

Suç ortaklığında «cezaya müessir sebeplerin ortaklara sirayeti» önemli bir konudur. Bu meselenin hallinde cezaya müessir sebeplerin tesir ve menşе bakımından tefriki lâzım gelmektedir:

Ceza üzerine müessir sebeplerin bu tesirlerini cezayı kaldırmak, indirmek veya arttırmak şeklinde gösterirler. Menşeleri bakımından da ortaklardan birinin şahsından veya işlenmiş olan suçun maddî bütünlüğünden ileri gelebilir. Ortaklardan birinin şahsından ileri

(57) İtalyan yargıtay kararı, Bruno m. 64.

(58) Manzini n. 475 III.

gelen sebepler daimî (cezayı kaldırıcı veya indirici bir sebep olan küçükü khalî gibi) yahut arizî (cezayı indirici bir sebep olan tahrik gibi) bir sebep olabilir. Bu sebeplerin kanuna veya takdire dayanmasına göre de bir tefrik yapmak mümkündür.

O halde ortaklardan biri hakkında mevcut sayılan ve cezayı kaldıran, indiren veya arttıran şahsî veya fiilî; daimî veya arizî; kanunî veya takdiri; sebeplerin diğer ortaklara sirayet edip etmeyeceğinin bilinmesi lâzım gelmektedir.

Kanun cezayı kaldıran, indiren sebeplerin sirayeti hakkında umumî bir hüküm ihtiva etmemekte, buna mukabil cezayı arttırıcı sebeplerin sirayeti meselesini tanzim etmektedir (m. 66, 67):

I. CEZAYI KALDIRAN İNDİREN SEBEPLER: Cezayı kaldıran veya indiren sebepler hakkında kanunun umumî bir hüküm ihtiva etmemesinden bu sebeplerin kendisinde mevcut olan ortaktan *gayrısına tesir etmeyeceği* neticesi çıkar, o halde kaide cezayı kaldıran veya indiren sebeplerin şahsiliğidir.

Ceza mesuliyeti olmıyan bir kimsenin (küçük, akıl malûlü gibi) işlemiş olduğu suçta ortakların faildeki bu şahsî - daimî cezasızlık sebebinden istifade edemeyecekleri aşikârdır, bu gibi hallerde ortaklık, esasen suçun faili sayılırlar (1).

İştirak halinde işlenilmiş bir suçta ortaklardan birinin tahrik edilmiş olması diğerlerinin cezasına tesir edemez, cezayı azaltıcı şahsî - arizî bir sebep olan tahrik ancak tahrik edilenin cezasını indiren bir sebeptir. Eğer bütün ortakların tahrik edilmiş oldukları kabul edilirse hepsinin cezası indirilir, fakat bu hal cezayı indiren sebebin sirayeti değil, bütün ortaklar hakkında *ayrı ayrı kabulüdür*. Bu gerekçeye binaen «bir suçta iştirak edenlerden biri hakkında tahrikî kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm mütenakız bir hüküm sayılamaz» (2) ve asli fail hakkında tahrikin kabulü, diğerlerinin cezasının indirilmesini icap ettirmez (3).

Başkasının *meşru müdafasına* (m. 49) iştirak eden ortak cezasızlık sebebinden sirayet yolu ile değil, *müstakillen istifade eder*. Aşırı müdafaa (m. 50) hali de aynı kaideye tâbidir. Kanun hükmünü selâhiyetli merciin *emrini yerine getirme* (m. 49 bent I) halinde de fiilî işliyenin ortağına ceza verilemez. Bu sebeple kapalı kapıyı haciz memurunun *isteği ile kıran işçi mesken masuniyetini ihlâl suçunu*

(1) İtalyan yargıtay kararı Bruno m. 63; Majno n. 361.

(2) İtalyan yargıtay kararı, Bruno m. 63; Majno n. 361.

(3) Aynı mahiyette İtalyan yargıtay kararı Suman m. 63 III.

işlemiş olmaz, haciz memuruna böyle bir fiilden dolayı ceza verilmesine mâni olan sebep işçiyeye de ceza verilmesine mânidir (4).

İftiradan dönme (m. 285 f. 2) *çalınan şeyin geri verilmesi* (m. 523) halleri diğer ortaklara sirayet etmez, iftiradan dönmek, çalınanı geri vermek, zararı tazmin etmek şahsî nedamet duygularına dayandığından sirayet etmeme bu cihetten de doğrudur (5).

Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde şeref korumak kaygusu (m. 453) tamamen şahsî bir haldir.

Çalınan malın veya zararın hafif veya pek hafif oluşu (m. 522) bütün ortakların cezasına tesir eder, fakat bu hal bir «sirayet» sayılamaz. Çünkü bu hâdisede herhangi bir halin bir ortaktan diğerine geçişi bahis mevzuu değildir (6).

Aile hırsızlığında takibata ve cezaya mâni sebep (m. 524 f. 1) ve cezayı indiren sebep (m. 524 f. 2), kendinde bu sebep bulunan ortak-tan gayrisına tesir etmez (7).

Buraya kadar verilen izahattan cezayı kaldıran, indiren sebeplerin sirayeti hakkındaki umumî kaideyi istihraç etmek mümkündür: cezayı kaldıran ve indiren sebeplerin ortaklara sirayet etmemesi kaidedir. Ortakların cezasını indirmek veya kaldırmak için sebeplerin sirayetini aramağa lüzum yoktur, fiilin mahiyetine göre ortakların her biri hakkında cezayı indiren bir vasfın mevcu olup olmadığına bakmak lâzımdır.

Bazı müellifler cezayı arttıran sebeplerde olduğu gibi cezayı kaldıran ve indiren sebeplerde de şahsî ve fiilî olmak üzere bir tefrikin yapılmasını ve birincilerin sirayet edemeyeceğini, ikincilerin ise sirayet etmesi lâzım geleceğini ileri sürmektedirler, bu müelliflere göre küçüklük, zina halinde yakalama, tahrik gibi haller birinci gruba, hırsızlıkta çalınan şeyin, şahsî hürriyetten mahrumiyet

(4) Nocito s. 368.

(5) Aksi mütalâa Nocito s. 368; «iade ve tazminin cezası indirmesi hususu bir zarar mevcut olması esasına dayanır. Ortakların yalnız biri tarafından yapılmış olsa bile bunun diğerlerine sirayet etmemesini kabule imkân yoktur «Mühasıran bu mesele hakkında verilmiş olmamakla beraber aşağıdaki karar, Yargıtayın temayülünü gösterebilir»: Ceza kanununun 523 üncü maddesinde, suç işleyen kimsenin zararı tazmin etmesi ciheti mevzuubahis olup reşit bulunduğu halde haberi olmaksızın ve arzusu hilâfına bir başkası tarafından zararın ödemiş bulunmasına göre, suçlunun mezkûr maddede yazılı tenzilâtta istifade ettirilmesine kanunî imkân yoktur. C. Gk. 21. 9. 936 esas 4 - 100 karar 97».

(6) Manzini n. 490.

(7) Aynı mahiyette Nocito, s. 367, 368; Florian s. 52.

ve kaçırma suçlarında hürriyetin iadesi hususu ikinci gruba dahil olmalıdır.

Bu fikrin nazarı bir değeri olabilirse de kanunumuzun sistemine uymadığı aşikârdır (8).

II. CEZAYI ARTTIRAN SEBEPLER: Cezayı arttıran sebeplerin ortaklara sirayet edip *etmiyeceği* hususunda kanunda sarîh hükümler mevcuttur (m. 66, 67). Bu hükümlerin tetkikinden cezayı arttırıcı sebeplerin sirayetinin kaide olarak kabul edildiği neticesi çıkarılamaz. Kanun cezayı arttıran sebeplerin ancak bazı şartlar mevcut ise sirayet edeceğini kabul ettiğine göre sirayet hali istisnadır. Bu sebeple *iştirakin sabit* olması cezayı arttıran sebeplerin sirayeti için kâfi değildir.

Cezayı arttıran sebepler *şahsî ve fiilî* olmak üzere ikiye ayrılırlar. Birincilerin sirayeti 66 ncı maddede, ikincilerin sirayeti 67 inci maddede gösterilmiştir.

A. CEZAYI ARTTIRICI ŞAHSİ SEBEPLER: Cezayı arttıran şahsî sebepler failin *kötülük derecesini* gösteren (Mükerrirlik gibi) fail ile *mağdur* arasındaki rabita dolayısıyla suçu suçu daha vahim addettiren (adam öldürmede evlât sıfatı, hırsızlıkta hizmetçilik sıfatı gibi) sebeplerdir.

Cezayı arttırıcı sebeplerin sirayetinde bahis mevzuu olan *kanunî - şahsî şiddet sebepleridir*. Bu sebeple takdire dayanan cezayı arttırıcı sebeplerin sirayeti bahis mevzuu değildir.

Suç unsuru olan şahsî vasıflar, şiddet sebebi olmadıklarından sirayet etmeleri de düşünülemez, *memuriyet nüfuzunu suiistimal suçunda* memurluk sıfatı gibi. Böyle suçlara katılmak sadece ortaklığı meydana getirir.

Şahsî sebeplerin *sirayeti bütün ortaklara şamildir*. Asli ve fer'i *iştirakin* her şekli bu kaideye tâbidir. 66 ncı maddedeki suçu «beraberce işliyenler «tâbiri yalnız suçu» doğrudan doğruya beraber işliyenler» e değil aynı zaman «fiilî irtikâp edenler» e de şamildir. Aynı maddede kullanılan suçun «icrasını kolaylaştırmağa yardım edenler» tâbiri de fer'i *iştirakin* bütün şekillerini ihtiva eder. O halde suçtaki hisseleri ne olursa olsun, herhangi bir ortakta mevcut cezayı arttıran şahsî bir sebep diğerlerine sirayet edebilecektir. O halde şiddet sebebinin doğrudan doğruya beraber işliyenlerden, birinden diğerine. irtikâp edenlerden diğer ortaklara, hatta azmettiren

(8) Kanunumuzun sistemi ve bu fikrin tenkidi hakkında Pozzolini n. 193.

icra edene, icra edenden diğer ortaklara, aslî faillerden fer'î faillere ve fer'î faillerden aslî faillere sirayeti mümkündür. 66 ncı maddede şiddet sebebinin kendisine sirayet ettiği kimseyi işaret etmek için kullanılan «fail» kelimesi «ortak» mânâsındadır.

Şahsî şiddet sebeplerinin sirayeti hakkında meyhaz kanun (m. 65) iki şart aramaktadır: şiddet sebebinin teşkil eden hale ortağın suça iştirak anında vâkıf olması (vukuf şartı) ve bu halin suçun işlenmesini kolaylaştıran bir hal olması (kolaylaştırma şartı).

Kanunumuz meyhazdan ayrılmış ve yalnız vukuf şartını kabul etmiştir. Bu suretle diğer şartı almamakla kanunumuz haddi zatında bir istisna teşkil eden sirayet hâdisesini, genişletmiş bulunmaktadır. Şahsî olan sebeplerin sirayeti kanunun istinat ettiği umumî mesuliyet prensiplerine uymadığı ve prensiplere göre her şahsın kendi fiil ve sıfatından mesul tutulması lâzım geldiğine, ancak bazı şartlar mevcut ise istisnai olarak sirayetin kabulü mümkün olduğu düşünülecek olursa (kolaylaştırma şartı) nın alınmaması istisnai izah edecek esaslardan birinin terkedilmesi gibi doğru olmıyan bir netice vermektedir.

Siyasî hürriyet aleyhine işlenen cürümlerde (m. 1774 f. 2), bazı devlet eşyasının ortadan kaldırılması suçlarında (m. 275 f. 2) memurluk sıfatı ve irza geçme baştan çıkarma, iffete taarruz suçlarında veli, vasi vesaire gibi sıfatlar (m. 417), hırsızlıkta (m. 491 bent 3) emniyeti suiistimalde (m. 510) emniyete muhalefetten ileri gelen sebeplerin cezayı arttırıcı sebep olmaları, suçun işlenmesinde bu hallerin hususî bir kolaylık temin etmiş olmalarındandır. Bu sebeple bunların ortaklara teşmili ancak bu kolaylığın mevcut olduğu ahvalde haklı olabilir.

Kolaylaştırma şartının aranması haksız sayılabilecek bazı sirayet hallerine de sebebiyet verebilir: ortaklardan birinin mükerrir olması halinde bu şahsî - arizi (geçici) sebebin diğerlerine sarî olması, birlikte işledikleri suçta hiç bir alâkası bulunmıyan bir keyfiyet olduğundan diğerlerine sirayeti de doğru değildir.

Adam öldürme suçunda taammüdün sirayet edip etmiyeciğ ihtilâflı bir mesele halinde kalmaktadır. Meyhaz kanunu tatbik etmiş olan italyan yargıtayı bir çok vakalarda sirayeti reddettiği halde bilâhire kabul etmiştir (9), (10) Suçlunun iradesine taallûk

(9) İtalyan yargıtay içtihadının değişmeleri hakkında Altavilla, n. 108. Taammüdün sirayeti hakkındaki içtihadı italyan yargıtayı şu fikre istinat ettiriyordu: «aslî fail bakımından suçun sübjektif unsuru olan taammüd, evvelce teşekkül etmiş olan suç tasavvurunu bilen fer'î fail için suçun obpektif un-

eden onun kastını arttıran bu sebeple tamamiyle sübjektif mahiyette olan taammüdün ortaklara sirayet etmemesi daha muvfiqtir (11).

Cezayı arttıran şahsî sebeplerin sirayetinde ikinci şart «vukuf şartı»dır. Bu şart sirayetin manevî unsurunu teşkil eder. 66 ıncı maddedeki bu hüküm kast hakkındaki *umumi kaidenin* (m. 45) *hususî bir tatbik* şeklinden başka bir şey değildir (12)

Kanun cezayı arttıran şahsî sebeplerin sirayetini kabul etmiş olmakla beraber, bu sirayete maruz kalan ortaklar (13) hakkında *cezayı tahfif* etmek imkânını hâkime vermek suretile sirayet hükmünün sertliğini gidermek istemiştir. Cezanın indirilmesi mecburî değildir, ortak için bu husus bir hak teşkil etmez, fakat tahfif talebinde bulunmak hakkıdır (14), talebin vukuu ve reddi halinde hükümde gerekçeli bir kaydın bulunması lâzımdır.

Kanunun aksini kabul etmediği hallerde cezanın indirilmesi daima mümkündür.

Hâkim cezanın indirilmesine ait olan selâhiyetini hâdiselerin hususiyetine göre kullanır.

Kanunumuzun 66 ıncı maddesinin son cümlesinin *yazılış şekli* ölüm ve müebbed ağır hapiste mecburî diğer hallerde ihtiyarî bir indirmenin mümkün olduğu şeklinde ise de, bu hükmün bütün hallerde hâkim için cezayı indirmek hususunda ihtiyarî bir hal olduğunu ve maddenin yazılışındaki sakatlığın bir gramer hatasından ibaret bulunduğunu kabul etmek lâzımdır.

surudur». Altevilla çok ender tesadü fedilen suçun işlenmesini taammüdün kolaylaştırması hali müstesna taammüdün sirayetinin doğru olmayacağını, taammüdün objektif bir unsur haline inkılâbının mümkün olmadığını, objek bakımdan suçun daima aynı kaldığını ileri sürmektedir, n. 108.

(10) İtalyan yargıtay kararı Bruno m. 64: «taammüdün fer'î fail hakkında kabul edilip aslî fail hakkında kabul edilmemesi mümkündür». İtalyan yargıtay kararı Suman m. 65 III: «taammü, münhasıran sübjektif bir sebep olduğundan, suçlulardan biri hakkında taammüdü kabul, diğerleri hakkında reddetmek mümkündür». Aynı mahiyette İtalyan yargıtay kararı Florina s. 55.

(11) Aynı mahiyette Manzini s. 490 II. (Manzini canavarca his, menfaat tefini cezadan kurtulmak gayesi içinde bu fikri dremeyan eder); Majno n. 362; Nocito (s. 369) taammüden işlenmiş olan suçun ancak czun bir düzünme ve hazırlama neticesinde bulunmuş vasıtalarla işlendiği takdirde, bu halin suçun işlenmesini kolaylaştıracağından ortaklara sirayetini kabul eder.

(12) Aynı mahiyette Majno n. 364.

(13) Pessina m. 65: «kanun, şahsî sebep veya hali doğrudan doğruya kendisinde bulunmayan kimsenin cezasını indirmek ihtiyarını hâkime tanıtmıştır».

(14) Manzini n. 490 II.

B. CEZAYI ARTTIRICI FİİLİ SEBEPLER: Cezayı arttıran fiili sebepler, suça bağlı veya suçta meknuz sebeplerdir.

Ortaklara sirayet edece kolan fiili sebepler, sadece fiili şiddet sebepleri olabileceği gibi suçun vasfını tebdil edici yani başka bir suçun unsurunu teşkil edici sebepler de olabilir. Kanun fiili sebeplerin sirayetinden bahsederken (m. 67) suçun vasfını değiştirici sebepleri bilhassa işaret etmiştir. Bu sebeple yağma suçuna (m. b95) iştirak edenler, mukavemet karşısında kalırlar ve yağmayı tahakkuk ettirme için adam öldürürlerse yağma suçunu adam öldürme suçuna (m. 450 bent 7) inkilâp ettiren sebep, bütün ortaklara sirayet eder.

Fiili sebeplerin birçoğu suçta kullanılan vasıtayı ilgilendirir, kıyafet değiştirmek (m. 493 bent 3, 497) hiyle (m. 179) cebir istimali (175, 495) silâh (497) vesaire gibi. Diğer bazı şiddet sebepleri de suçun işlenme zamanından, suç mahallinden, suç mevzuundan, suçun mağdurundan ileri gelir, gece vakti, felâket anlarında işlenen suçlar (m. 492 bent 3, 497), umumun menfaatine tahsis edilmiş eşyalar üzerinde işlenen suçlar, nakil vasıtaları içinde işlenen suçlar (m. 492 bent 6) mukavemetten aciz olanlara aleyhine işlenen suçlar (m. 414 f. 2) da olduğu gibi.

Bazı şiddet sebeplerinde hem şahsî hem fiili bir vasıf görülebilir. Usul veya furuğdan biri aleyhine fena muamelelerde bulunmak halinde olduğu gibi (m. 478 f. 2). Böyle hallerde fiili unsur, daha hâkim görülmektedir (15).

Şahsî sebeplerde olduğu gibi, fiili sebeplerde de bütün ortaklara suçtaki hisseleri ne olursa olsun sirayet eder (16) 67 inci maddedeki «şerikler» kaydı bunu sarahaten göstermektedir. Fiili sebeplerin bütün ortaklara sirayeti makuldür. Çünkü bu sebepler suçta vahdet teşkil eden vakıalara istinat eder.

Fiili sebeplerin sirayeti içinde vukuf şartı aranır. Suç işlendiği zaman da şiddet sebeplerine vâkıf olan ortaklar bu şiddet sebebi teşkil eden hale rıza göstermiş, onu istemiş demektir. Aksi takdirde ortaklıktan çekilmeleri lâzım gelirdi.

Vukuf şartı fiilen tahakkuk etmelidir. Suça iştirak anında tahmini mümkün şiddet sebeplerinin tahmin imkânına müsteniden or-

(15) Manzini n. 490.

(16) Bu sebeple kilit kırmak keyfiyetinin hırsızlığın cezasını arttıran diğer sebepler gibi bu keyfiyeti bilen ve istiyen gözcüye de şamil olacağına ve sirayet için ortağın suçu icra eden bir kimse olmasına ihtiyaç bulunmadığına karar verilmiştir, İtalyan yargıtay kararı Bruno m. 63.

taklara sirayetine karar verilemez. Tahmini mümkün sebeplerin ortaklara sirayeti kaidesi vukuf şartının fiilen mevcut olmasını istiyen kanunumuz sistemine aykırıdır (17).

Tahmin edilebilme nazariyesine kadar gitmemek ve aynı zamanda vukuf şartının fiilen mevcut olmasını istemek suretile aşırı neticelere varmamak için, fiilen mevcut olma ölçüsünün makul şekilde kullanılması lâzımdır. Bu sebeple ortağı meskûn bir eve giren ve hırsızlık için kilit kıran kimsenin bu fiili şiddet sebebini istemiş olduğu aşikârdır, çünkü meskûn bir evde bilhassa kıymetli eşyaların meydana bırakılmıyacağı tabiidir (18).

Kanunumuza göre vukuf şartının «fiil işlendiği zamanda» (m. 67) tahakkuku lâzımdır. Meyhaz kanun ise ortağın suça iştirak ettiği zamanda fiili sebebe vâkıf olmsa lâzım geldiğini bildirmektedir. Kanunumuz cezayı arttırıcı şahsî sebeplerin sirayetinde vukuf şartını ortaklar suça «iştirak eyledikleri zamanda» (m. 66) aramasına mukabil cezayı arttırıcı fiili sebeplerde «fiil işlendiği zaman» (m. 67) ni esas tutması sebebini izah etmek pek müşküldür. Vukuf şartı şiddet sebebi teşkil eden vakia istenmediği takdirde ortaklıktan çıkabilmek imkânına istinat ettiğine göre, ekseriya manevî iştirak şekillerinde bu imkân ancak iştirak anında mümkün olabileceğinden 67 inci maddenin meyhazdan ayrılmasında hiç bir isabet mülâhaza edilemez.

Ortaklardan birinin «aşırı hareket» etmesi halinde diğerlerinin, anlaşma hududun uaşan hareketlerden mesul tutulup tutulamıyacaklarının tetkiki lâzımdır; *məsuliyetin hududunu anlaşma tahdit ettiğine göre ortaklardan birinin birleşmiş iradeler hilâfına ve diğerlerince bilinmiyen veya istenmiyen aşırı hareketi sirayet edemez, bu sebeple müstereken intikam almak için bir kimseyi öldürmeğe karar vermiş olanlardan birinin suçun işlenmesinden sonra diğerlerinin arzusu hilâfına veya haberleri olmaksızın ölenin üzerindeki eşyayı da alması halinde, anlaşmayı aşan bir hareket, onu işliylene münhasır kalır.*

Aşırı hareket ile «bir vasıta yerine diğerinin ikamesi» halini karıştırmamak lâzımdır. Diğerinin yerine ikame edilen vasıtanın suçluluğu ve müessi rolma derecesi anlaşma hududu dahilinde kalıyorsa, vasıtanın değiştirilmiş olmasının ehemmiyeti olamaz. Bu sebeple

(17) Meyhaz kanun hazırlanırken tahmin imkânının gayri kâfi olduğu ve böyle bir araştırmanın güç ve keyfi olacağı bu sebeple fiilen vâkıf olmanın lâzım geldiği hususunda müzakere cereyan etmiş ve bu şart böylece kabul edilmiştir, bu husustaki müzakere zabıtları için Nocito s. 377.

(18) Nocito s. 376 - 380.

eğer suçü vekâlet tarzında işlenilen kendiliğinden hak almada müekkil, suçun şahıslara karşı şiddet kullanılarak (m. 308 f. 2) işlenmesini istemiş ise mesuliyeti, vekilin bu şiddeti istimal şekli ne olursa olsun aynı kalır. Fakat suçun eşya üzerinde cebir istimali (m. 308 f. 1) nden öteye gitmesini istememiş olduğu takdirde, müekkil vekilin şahıslara karşı şiddet kullanmasından mesul tutulamaz.

Faruk EREM