



**T.C.**

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

**CEZA HUKUKUNDA BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA  
AZMETTİRME**

**DOKTORA TEZİ**

**Meral BALCI**

**BURSA - 2021**



**T.C.**

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI  
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

**CEZA HUKUKUNDA BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA  
AZMETTİRME**

**DOKTORA TEZİ**

**Meral BALCI**

**Danışman:**

**Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL**

**BURSA-2021**

## TEZ ONAY SAYFASI

**T. C.**  
**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı'nda 711480007 numaralı Meral BALCI'nın hazırladığı "Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme" konulu Doktora Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 05/07/2021 günü 13:00 – 14:00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının BAŞARILI olduğuna OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu  
Başkanı)  
Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Üniversitesi

Prof. Dr. Zeynel Temel Kangal  
Bursa Uludağ Üniversitesi

Üye  
Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Üniversitesi

Prof. Dr. Vesile Sonay Evik  
Galatasaray Üniversitesi

Üye  
Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Üniversitesi

Doç. Dr. Meral Ekici  
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

Üye  
Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Mine Yılmaz  
Bursa Uludağ Üniversitesi

Üye  
Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Üniversitesi  
Dr. Öğr. Üyesi Serkan Gölbaşı

Bursa Uludağ Üniversitesi



**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU**

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 09/06/2021

Tez Başlığı / Konusu: Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 626 sayfalık kısmına ilişkin, 09/06/2021 tarihinde şahsım tarafından *TURNITIN* adlı intihal tespit programından (Turnitin)\* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 10'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

09/06/2021

**Adı Soyadı:** Meral BALCI  
**Öğrenci No:** 711480007  
**Anabilim Dalı:** Kamu Hukuku  
**Programı:** Doktora  
**Statüsü:**  Y.Lisans  Doktora

**Danışman**  
**(Adı, Soyad, Tarih)**  
**Prof. Dr. Zeynel T. KANGAL**  
**09/06/2021**

\* Turnitin programına Bursa Uludağ Üniversitesi Kütüphane web sayfasından ulaşılabilir.

## YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “CEZA HUKUKUNDA BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA AZMETTİRME” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

09.06.2021

**Adı Soyadı** : Meral BALCI

**Öğrenci No** : 711480007

**Anabilim Dalı** : Kamu Hukuku

**Programı** : Doktora

**Statüsü** : Doktora

## ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Meral BALCI
Üniversite	: Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku
Bilim Dalı	: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Tezin Niteliği	: Doktora Tezi
Sayfa Sayısı	: xviii+619
Mezuniyet Tarihi	: /07/2021
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL

### CEZA HUKUKUNDA BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA AZMETTİRME

Suçta şerik olarak iştirak edenlerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi failin ceza sorumluluğunun belirlenmesine göre farklılık arz eder. Şerikin sorumluluğu bakımından şerikliğe ilişkin düzenlemeler öncelikli olmakla birlikte, şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın belirlenmesinde esas fiil dikkate alınır. Bu ise bağlılık kuralının iştirak öğretisindeki fonksiyonuna işaret etmektedir. Bu nedenle bağlı iştirak türü olarak azmettirmenin hukuki izahı bağlılık kuralına ilişkin detaylı bir incelemeyi gerektirmektedir.

Çalışmanın ilk aşamasında bağlılık kuralı ekseninde yapılan incelemede şerikliğin esas fiile bağlılığının neden önem arz ettiği sorusuna cevap aranmıştır. Bu bağlamda şerikin cezalandırılma nedenine ve failden ayırımına yönelik temellendirmeye gidilmiştir. Daha sonra azmettirmenin şeriklik türü olmasına rağmen faille eşdeğer cezalandırılmasının ortaya çıkardığı sorunlar incelenmiştir. Özellikle azmettirmenin teorik yapısına yönelik incelemede bu husus göz önünde bulundurulmuş ve azmettirmenin kapsamı bağlılık kuralı dikkate alınarak belirlenmiştir.

Çalışmanın son aşamasında önceki aşamalarda ulaşılan sonuçlar kapsamında bağlılık kuralının gereklerinden dolayı azmettirme kapsamında sorun teşkil eden hususlara yer verilmiştir. Ayrıca kusurluluk ile ilişkili olarak azmettirmenin dolaylı faillik ile ayırımının belirlenmesi sorunu ele alınmıştır. Böylece bu çalışma kapsamında azmettirmenin sorumluluğu ile sınırlı kalınarak özellikle bağlılık kuralından kaynaklanan sorunların tespitine ve çözüm önerilerine ağırlık verilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** İştirak, Bağlılık Kuralı, Şerik, Azmettirme, Dolaylı Fail

## **ABSTRACT**

Name and Surname : Meral BALCI  
University : Bursa Uludağ University  
Institution : Social Science Institution  
Field : Public Law  
Branch : Criminal and Criminal Judgement Law  
Degree Awarded : Phd.  
Page Number : xviii+619  
Degree Date : /07/2021  
Supervisor : Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL

### **INSTIGATION IN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF ACCESORINESS IN CRIMINAL LAW**

The determination of the criminal responsibility of those who participate in the crime differs according to the determination of the criminal responsibility of the perpetrator. In terms of the responsibility of accomplice, the regulations on accompliceness have priority, but the main act is taken into account in determining the injustice committed by accomplice. This indicates the function of the principle of accesoriness in the participation. Therefore, the legal explanation of instigation as an accessory participation type requires a detailed examination of the principle of accesoriness.

In the first stage of the study, an answer to the question of why accessory to the main act is important was sought in the examination made on the scope of the principle of accesoriness. In this context, a justification has been made for the reason for the punishment of accomplice and its distinction from perpetrator. Then, the problems caused by equivalent punishment with perpetrator, even though the instigation is a form of accompliceness, were examined. Especially in the examination of the theoretical structure of instigation, this issue was taken into consideration and the scope of instigation was determined by taking the principle of accesoriness into consideration.

At the last stage of the study, the issues that constitute a problem within the scope of instigation due to the requirements of the principle of accesoriness were included within the scope of the results obtained in the previous stages. In addition, the problem of determining the distinction of instigation from indirected perpetration in relation with culpability has been discussed. Thus, within the scope of this study, it was limited to the responsibility of the

instigator and focused on the determination and solution suggestions of the problems caused by the principle of accesoriness.

**Keywords:** Participation, Principle of Accesoriness, Accomplice, Instigation, Indirected Perpetrator



## ÖNSÖZ

5237 sayılı TCK'da bağlilik kuralına açıkça yer verilmesi ve suçta iştirak edenlerin statülerinde kabul edilen değişiklikler, konunun Türk ceza hukukunda detaylı olarak incelenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu çalışma da Türk ceza hukukunda bağlilik kuralının azmettirme özelinde kapsamlı şekilde ele alınmasına yönelik ihtiyacın giderilmesi amacıyla kaleme alınmıştır. Bu bağlamda konuya ilişkin Alman ceza hukukunda uzun zamandan beri çok sayıda eserin ortaya konulması, çalışmanın hazırlanmasında Alman ceza hukukunun dikkate alınmasını gerektirmiştir. Bunun yanı sıra Alman Ceza Kanunu'ndaki iştirake ilişkin düzenlemeler bu çalışma bakımından yol gösterici olmuştur. Özellikle Almanya'da yaptığım araştırma ve incelemeler tezin hazırlanmasına önemli katkılar sağlamıştır.

Bu nedenle öncelikle çalışmanın hazırlanmasında, Freiburg'da yer alan *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*'de misafir araştırmacı olarak bulunabilmem hususunda maddi destek sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumuna (TÜBİTAK) teşekkür ederim.

Bu çalışmada, danışmanlığımı üstlenerek her türlü yardım ve desteği sağlayan ve kendisinden mesleğe ilişkin öğrenmem gereken birçok şey olduğunun bilincinde olarak birlikte çalışmaktan onur duyduğum hocam Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL'a,

Tez konusunun belirlenmesinde desteğini esirgemeyen ve akademik hayatımda bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım, doktora başladığımda danışmanlığımı üstlenen hocam Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ'ye,

Birlikte çalışma fırsatı bulduğum değerli hocalarım Doç. Dr. Meral EKİCİ'ye ve Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN'e,

Tüm çalışmayı titizlikle okuyarak görüş ve eleştirileri ile katkı sağlayan kürsü arkadaşım Arş. Gör. Şerif Ahmet ÖZTÜRK'e,

Bu süreçte yardımlarını esirgemeyen sevgili dostum Arş. Gör. Ceren KARAGÖZOĞLU'na, kürsü arkadaşım Arş. Gör. Ülkü AYDEMİR KURT'a, kuzenim Yunus BALCI'ya ve Max-Planck Enstitüsünde bulunduğum süreç boyunca sorularına sabırla cevap veren Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ARSLAN'a çok teşekkür ederim.

Son olarak, her daim yanımda olan ve tezin hazırlanmasına yönelik bu zorlu süreçte de desteklerini esirgemeyen annem Aynur BALCI'ya ve babam Yılmaz BALCI'ya sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

## İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU.....	iii
YEMİN METNİ .....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT .....	vi
ÖNSÖZ.....	viii
İÇİNDEKİLER .....	ix
KISALTMALAR .....	xvii
GİRİŞ .....	1

### BÖLÜM 1:

#### SUÇA İŞTİRAK SİSTEMİ OLARAK İKİLİK SİSTEMİNDE ŞERİKLİĞİN CEZALANDIRILMASININ ESASI VE BAĞLILIK KURALI

I. SUÇA İŞTİRAK EDENLERİN CEZAI SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SİSTEM OLARAK İKİLİK SİSTEMİ .....	7
A. GENEL OLARAK .....	7
B. İKİLİK SİSTEMİNDE FAİL VE ŞERİK AYRIMI.....	14
1. Sübjektif Teoriler .....	17
a. Katı Sübjektif Teori.....	20
b. İlmli Sübjektif Teori .....	26
2. Objektif Teoriler.....	33
a. Şekli Objektif Teori.....	33
b. Maddi Objektif Teori .....	42
c. Maddi Objektif Teori Türü Olarak Fiil Hâkimiyeti Teorisi .....	49
(1) Fiil Hâkimiyeti Kavramını Sübjektif Bağlamda Açıklayan Görüşler ...	52

(2) Fiil Hâkimiyeti Kavramını Objektif Bağlamda Açıklayan Görüşler ....	58
(3) Sentez Yaklaşım .....	65
3. Otonomi (Bağımsızlık) Prensibi (Autonomieprinzip) .....	77
C. DEĞERLENDİRME .....	84
II. ŞERİKLİĞİN CEZALANDIRILMASININ NEDENİ .....	88
A. ŞERİK HAKSIZLIĞININ BAĞIMSIZ OLDUĞUNA YÖNELİK TEORİLER .....	89
1. Kusura veya Haksızlığa İştirak Teorileri .....	90
a. Kusura İştirak Teorisi .....	90
b. Haksızlığa İştirak Teorisi .....	98
2. Salt Sebep Olma Teorileri .....	105
a. Şeriklik Suçu Teorisi (Lüderssen'in Yaklaşımı) .....	107
b. Şerikliğin kendi değersizliği teorisi (Schmidhäuser'in Yaklaşımı) .....	112
c. Salt Sebep Olma Teorisine Yönelik Eleştiriler .....	115
3. Başkasının Haksızlığı İle Dayanışma Teorisi (Schumann'ın Yaklaşımı).....	120
4. Davranış Normunun Doğrudanlığı Yaklaşımı (die Dringlichkeit der Verhaltensnorm).....	124
B. ŞERİKLİĞİN BAĞLI HAKSIZLIK İÇERİĞİNE SAHİP OLDUĞUNA YÖNELİK TEORİLER.....	128
1. Bağlılığa Dayanan Sebep Olma Teorisi (akzessorietatsorientierte Förderungs- oder Verursachungstheorie) .....	129
2. Bağlılığa Dayanan Hukuki Değer İhlali Olarak Şeriklik Teorisi.....	135
3. Bloy'un İsnadiyet Tipleri (Zurechnungstypen) Yaklaşımı .....	143
C. DEĞERLENDİRME .....	148
III. İKİLİK SİSTEMİNDE ŞERİKLİĞİN ESASI: BAĞLILIK KURALI .....	151
A. BAĞLILIK KAVRAMI VE HUKUKİ ESASI.....	151
B. SUÇUN UNSURLARI KAPSAMINDA BAĞLILIĞIN BELİRLENMESİ: NİTELİKSEL BAĞLILIĞIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ.....	159
1. Aşırı Bağlılık Kuralı (Hyper Akzessorietät) .....	161
2. Katı (Ekstrem) Bağlılık Kuralı.....	162
3. Sınırlı Bağlılık Kuralı.....	171
4. Asgari Bağlılık Kuralı (minimaler Akzessorietät).....	177

## BÖLÜM 2:

### BAĞLI ŞERİKLİK TÜRÜ OLARAK AZMETTİRME VE AZMETTİRMENİN KAPSAMI

I. CEZA HUKUKU KAVRAMI OLARAK AZMETTİRME.....	188
II. AZMETTİRMENİN FAİLLE EŞDEĞER CEZALANDIRILMASININ NEDENİNE YÖNELİK GÖRÜŞLER.....	198
A. AZMETTİRENİN CEZA YÜKSEKLİĞİNİN NEDENİ OLARAK FAİLİ KUSURA VEYA HAKSIZLIĞA BULAŞTIRMASI .....	203
B. AZMETTİRENİN ÖZEL TEHLİKELİLİĞİ .....	205
C. ÜSTÜN MENFAAT TEORİSİ .....	208
D. TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME.....	209
III. AZMETTİRMENİN TEORİK YAPISI.....	214
A. AZMETTİRMENİN OBJEKTİF UNSURU OLARAK FAİLDE SUÇ İŞLEME KARARINA SEBEP OLMA.....	214
1. Kavram.....	214
2. Suç İşleme Kararına Sebep Olmanın Belli veya Belirlenebilir Kişiye Yönelik Olması .....	217
3. Failde Suç İşleme Kararına Neden Olmanın Belirlenmesine Yönelik İleri Sürülen Teoriler .....	221
a. Salt Sebep Olma Teorisi (Verursachungstheorie).....	222
b. İletişim Teorisi (Kommunikationstheorie).....	228
c. Gizli Anlaşma Teorisi (Kollusionstheorie) .....	232
d. Baskın Etki Teorileri.....	235
(1) Haksızlık Anlaşması Teorisi.....	236
(2) Plan Hâkimiyeti Teorisi.....	239
e. Değerlendirme .....	242
B. AZMETTİRMENİN SÜBJEKTİF UNSURU OLARAK ÇİFTE AZMETTİRME KASTI.....	244
1. Suçun İşlenmesine İlişkin Kast .....	248
2. Azmettirme Kastı Bağlamında Ajan Provokatörün .....	251
a. Ajan Provokatör Kavramı .....	252
b. Ajan Provokatörün Cezalandırılması Gerektiğine Yönelik Yaklaşım.....	253

c. Ajan Provokatörün Cezalandırılmaması Gerektiğine	
Yönelik Yaklaşımlar .....	257
(1) Elverişsiz Teşebbüs Çözümü.....	261
(2) Suçun Gerçekleşme Aşamasını Esas Alan Yaklaşımlar.....	263
i. Şekli Tamamlanma Kriteri.....	263
ii. Maddi Tamamlanma Sınırını Esas Alan Yaklaşım.....	267
d. Değerlendirme.....	274
2. Failde Suç Kararı Oluşturmaya İlişkin Kast .....	276
a. Somut-Bireyselleştirilmiş Fiil Gerekliliği .....	277
b. Azmettirme Kastının Esas Fiile İlişkin Tipiklik Bilgisinin	
Yeterli Olması .....	280
(1) Tipikliğe dayanan esas fiil ilişkisinin katı şekilde belirlenmesi.....	281
(2) Tipikliğe dayanan esas fiil ilişkisinin esnek şekilde belirlenmesi.....	283
c. Suçun Esas Hatlarıyla Belirlenmesi Yaklaşımı.....	285
d. Roxin'in Esaslı Haksızlık Yoğunluğu Yaklaşımı .....	288
e. Bilişsel Yönlendirme ve İradi Baskınlık Yaklaşımı.....	290
f. Değerlendirme .....	293
IV. AZMETTİRMENİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ .....	295
A. DAHA ÖNCE SUÇ İŞLEME KARARI BULUNMAYAN KİŞİDE SUÇ	
İŞLEME KARARINA NEDEN OLMA .....	295
B. DAHA ÖNCE SUÇ İŞLEME KARARI VEREN KİŞİ ÜZERİNDE ETKİDE	
BULUNMA DURUMU.....	299
1. Daha Fazla Cezayı Gerektiren Hale Sevk Etme .....	302
a. Suçun Nitelikli Haline İlişkin Hataya Sebep Olma.....	303
b. Suçun Temel Şeklini İşlemeye Karar Vermiş Kişiyi Suçun Daha Fazla	
Cezayı Gerektiren Nitelikli Halini İşlemeye Sevk Etme .....	307
(1) Haksızlığın/Değersizliğin Artırılması Teorisi	
(Unrechtssteigerungstheorie) .....	307
(2) Esaslılık Teorisi (Wesentlichkeitstheorie).....	310
(3) Nitelikli Hal Teorisi (Qualifikationstheorie).....	311
(4) Yardım Etme Teorisi .....	314
(5) Değerlendirme .....	317

2. Suçun Temel Şeklini İşlemeye Karar Vermiş Kişiyi Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Halini İşlemeye Sevk Etme (Abstiftung).....	318
3. Başka Bir Suç İşleme Kararına Neden Olma (Umstiftung).....	321
a. Fiilin Hukuki Niteliği Bakımından Değişikliğe Sevk Etme.....	322
b. Suçun Gerçekleşme Zamanı, Yeri, Suçun İşlenmesinde Kullanılacak Araçlar veya Suçun Diğer İşleniş Şekillerine ilişkin Durumlarda Değişiklik .....	325
c. Suçun Konusunda Değişikliğe Sevk Etme.....	328
d. Değerlendirme.....	330
4. Fiilin İcrasının Devamına Neden Olma (Anstiftung zum Weiterhandeln) ...	331
V. FAİLİN AZMETTİRME KAPSAMININ DIŞINA ÇIKMASININ AZMETTİRENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ.....	335
A. FAİLİN SINIR AŞIMINDA AZMETTİRENİN SORUMLULUĞU .....	335
1. Hedefte Sapma .....	342
2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar .....	347
B. FAİLİN ŞAHISTA HATASI DURUMUNDA AZMETTİRENİN SORUMLULUĞU .....	357
1. Önemsizlik Teorisi (Unbeachtlichkeitstheorie) .....	360
2. Esaslılık Teorisi (Wesentlichkeitstheorie) .....	364
3. Bireyselleştirme/Kişiselleştirme Teorisi (Individualisierungstheorie) .....	366
4. Hedefte Sapma Teorisi (Aberratio ictus theorie) .....	368
a. Teşebbüs Aşamasında Kalan Suç Kapsamında Azmettirmenin Kabulü... 369	
b. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme.....	370
5. Değerlendirme.....	371
C. ŞAHISTA HATANIN ÖZEL DURUMU OLARAK FAİLİN ŞAHISTA HATASINA ARKA PLANDA YER ALANIN SEBEP OLMASI.....	375

### **BÖLÜM 3:**

#### **BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA AZMETTİRMEYE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR**

I. SINIRLI BAĞLILIK KURALININ AZMETTİRMEYE ETKİSİ.....	381
--	-----

A. KASTEN İŞLENEN TİPİK FİİL GEREKLİLİĞİ.....	381
1. Taksirle İşlenen Suça Sevk Etme.....	385
2. Ön Planda Yer Alanın Kastına İlişkin Hatası Nedeniyle Arka Planda Yer Alanın Sorumluluğu.....	395
a. Ön Planda Yer Alanın Kastının Bulunmaması .....	395
b. Ön Plandaki Kişinin Kasten Hareket Etmesi .....	401
c. Değerlendirme .....	409
3. Özel Durum Olarak Arka Planda Yer Alanın Mağduru Kendine Zarar Vermeye Sevk Etmesi.....	411
a. Mağdurda Hataya (Motiv Hatası) Sebep Olarak Kendine Zarar Vermeye Yönlendirme.....	413
b. Cebir/Zorlama ile Mağduru Kendisine Zarar Vermeye Yönlendirme Durumu .....	418
B. ESAS FİİLİN HUKUKA AYKIRI OLMASI GEREKLİLİĞİ.....	420
1. Genel Olarak .....	420
2. Failin Hukuka Uygunluk Sebebinin Maddi Koşullarına İlişkin Hata İçinde Bulunduğu Durumların Azmettirenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi .....	425
C. ÖN PLANDA YER ALANIN ÖZGÜ SUÇA SEVK EDİLMESİ.....	434
1. Özgü Suçlarda Fail-Şerik Ayrımı .....	434
2. İlgili Niteliğe Sahip Olmayan Kişinin İlgili Niteliğe Sahip Olan Tarafından Suçun İşlenmesinde Kullanılması Durumu (Qualifikationsloses Werkzeug)...	442
a. Fiil Hâkimiyeti Yaklaşımı .....	443
b. Roxin'in Yükümlülük Suçları Yaklaşımı .....	447
c. Cezasızlık Yaklaşımı.....	452
d. Değerlendirme.....	455
3. Esas Fiilin Kasten İşlenmesi Gerekliliğinin Özgü Suçlar Kapsamında Değerlendirilmesi.....	461
4. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Arka Planda Yer Alanın Sorumluluğu .....	469
II. ÖN PLANDA YER ALANIN KUSURLULUĞUNUN ARKA PLANDAKİ KİŞİNİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ.....	472
A. FAİLDE KUSURU ORTADAN KALDIRAN NEDEN BULUNMASI .....	475
1. Failde Kusur Yeteneğini Kaldıran Nedenlerin Bulunması .....	475

2. Failin Mazeret Nedeni İçinde Bulunması .....	483
3. Failin Haksızlık Hatası İçinde Bulunması .....	497
a. Kaçınılmaz Haksızlık Hatası .....	498
b. Kaçınılabilir Haksızlık Hatası .....	502
B. KUSUR YETENEĞİ AZALMIŞ KİŞİNİN SUÇA SEVK EDİLMESİ .....	508
C. ARKA PLANDAKİ KİŞİNİN ÖN PLANDA YER ALANIN KUSURLULUĞU KONUSUNDA HATA İÇİNDE BULUNMASI.....	511
D. DEĞERLENDİRME.....	513
III. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ .....	518
A. GENEL OLARAK .....	518
B. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN KAPSAMI .....	521
C. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	524
D. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN CEZALANDIRILMASININ NEDENİ .....	526
1. Teşebbüs Aşamasında Kalan Azmettirmenin Özel Tehlikeliliği .....	527
2. Şerikliğin Cezalandırılma Nedenine İlişkin Teoriler Kapsamında Değerlendirilmesi .....	529
E. TÜRK CEZA HUKUKU BAKIMINDAN TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN CEZALANDIRILMASI GEREKLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	532
IV. NİTELİKLİ HALLERİN AZMETTİRENİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ .....	536
A. SUÇA ETKİ EDEN DURUM OLARAK NİTELİKLİ HAL KAVRAMI.....	536
B. NİTELİKLİ HALLERİN BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA ŞERİKLERE SİRAYETİ .....	538
1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme .....	539
2. Alman Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme .....	542
a. Özel Kişisel Unsur Kavramı.....	543
b. ACK md. 28/1 ve 2 İlişkisi .....	556
3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Konunun Değerlendirilmesi ..	558



a. Nitelikli Hallerin Sirayetini Bağlılık Kuralı Kapsamında Katı Şekilde Ele Alan Yaklaşım.....	559
b. Nitelikli Hallerin Sirayetine İlişkin Bağlılık Kuralını İlimli Şekilde Ele Alan Yaklaşım (Fiilî-Kişisel Neden Ayrımı).....	562
(1) TCK md. 40 Hükümünün Nitelikli Hallerin Sirayetini İçermediği Argümanı .....	562
(2) Fiilî-Kişisel Nitelikli Hal Ayrımı .....	566
C. DEĞERLENDİRME .....	570
<b>SONUÇ.....</b>	<b>581</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>596</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>619</b>

## KISALTMALAR

<b>Kısaltma</b>	<b>Bibliyografik Bilgi</b>
ACK	Alman Ceza Kanunu
a.g.e.	Adı Geçen Eser
a.g.m.	Adı Geçen Makale
AT	Allgemeiner Teil
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bkz.	Bakınız
Bkz.yuk.	Eserin kendi içinde yukarı atıf
Bs.	Basım
c.	Cümle
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Dn.	Dipnot
E.	Esas
f.	Fıkra
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
md.	Madde
MDR	Monatschrift für deutsches Rechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

<b>Kısaltma</b>	<b>Bibliyografik Bilgi</b>
RG	Reichsgericht
s.	Sayfa
ss.	Sayfadan sayfaya
S.	Sayı
S/S Komm.	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch – Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
T.	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
TBB	Türkiye Barolar Birliği
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
Y.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi
yy.	Yüzyıl
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## GİRİŞ

Ceza hukuku dogmatığının yıllar boyunca çabalarından biri suça iştirak öğretisini, tam anlamıyla temellendirilen suç öğretisi üzerine inşa etmek olmuştur. Bu husus öncelikle iştirakin<sup>1</sup>, tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenebilmesi şeklindeki esasının gereğidir. Çünkü ceza kanunlarında suç tiplerinde yer alan yasağın veya emrin muhatabı fail olarak karşımıza çıkmakta ve genel hükümlerde yer verilen düzenlemeler genel olarak faili esas almaktadır. Bununla birlikte suçun işlenmesi farklı şekilde katkı sunan kişilerin suça dâhil olması ile de mümkündür. Sadece failin söz konusu olduğu ihtimal bakımından dahi benimsenen suç teorilerine göre ayırım ve problem bulunurken, bu durum suçun iştirak halinde işlenmesi ihtimalinde daha karmaşık bir hal alabilmektedir. Özellikle suça iştirak edenlerin katkıları arasında niteliksel bir farklılığın bulunduğu esasına dayanan ve suça iştirak edenler arasındaki ayrımı tipiklik aşamasında kabul eden ikilik sistemi bu bağlamda ön plana çıkmaktadır.

İkilik sisteminde suça iştirak edenlerin gerçekleşen fiilden dolayı sorumluluğunun belirlenmesi bakımından meşru zemin arayışı, fail tarafından gerçekleştirilen esas fiil ile suça katkısı faillik niteliğinde olmayan kişilerin gerçekleştirdikleri hareketler arasındaki ilişkinin ön plana çıkarılmasını sağlamıştır. Sadece suça ilişkin olay üzerinden gerçekleşen fiilî bağıllığın, ikilik sisteminde suça şerik olarak iştirak edenlerin sorumluluğunun tespiti bakımından yetersiz görülmesi günümüz anlamında bağıllığın hukuki niteliğinin önem kazanmasına zemin hazırlamıştır. Bağıllık hem genel suç teorisi hem de iştirak öğretisi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Genel suç teorisi yönüyle özellikle suçun oluşumu bakımından haksızlık ve kusur arasındaki ilişkiye göre şekillenen suç sistemleri bağıllık kuralının tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Suç kavramlarının içerik olarak somutlaştırılması ve hangi aşamada değerlendirileceğine ilişkin sonuç, şerik sorumluluğunun belirlenmesi üzerinde doğrudan etki göstermektedir<sup>2</sup>. Suça iştirake ilişkin kavramlar, içeriği ayrıntılarıyla belirlenmiş ve her olay bakımından

---

<sup>1</sup> Suça iştirak yerine suç ortaklığı şeklindeki tercih için bkz. Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs, Beta, İstanbul, 2014, s. 481; R. Murat Önok, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Seçkin, 2019, s. 36.

<sup>2</sup> Andreas Poppe, *Die Akzessorietät der Teilnahme Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, s. 443.

doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip kavramlar değildir<sup>3</sup>. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, ceza kanunlarında yer alan düzenlemeler, suça doğrudan iştirak türleri ile birebir örtüşmektedir. Buna karşılık dolaylı iştirak türleri bakımından (dolaylı faillik<sup>4</sup>, azmettirme, yardım etme) özellikle genel hükümlerde yer alan düzenlemeler bazı hususların belirsiz kalmasına ve tartışmalara sebep olabilmektedir. Sadece Türk ceza hukuku bakımından değil, dolaylı faillığe yer veren ikilik sistemini kabul eden sistemlerin ortak sorunu aslında faillik niteliğinde olsa da suça dolaylı katılımın ceza genel hükümler kurumlarına tam olarak entegre edilememiş olmasından da kaynaklanmaktadır. Nitekim dolaylı faillik bakımından teşebbüs hükümleri veya hata hükümleri kapsamında ortaya çıkan birçok görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Dolaylı failliğin sistemdeki yerini bulamaması nedeniyle ortaya çıkan durum, yapısal olarak kendisine en çok benzeyen iştirak türü olan azmettirmeyi de etkilemektedir. Azmettirme bir kimsenin bir başkasını kasten işlenen ve hukuka aykırı fiile sevk etmesi ile gerçekleşmektedir. Bu iştirak türü ceza dogmatikliğinde süreç içinde farklı kapsamlarda kabul edilmiş ve bu nedenle azmettirenin sorumluluğunun tespiti değişiklik göstermiştir. Nitekim bu süreçte azmettirme ve dolaylı faillığe ilişkin durumları içeren manevi fail kabulü de yer almaktadır<sup>5</sup>. Bu nedenle özellikle azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki ayırmda ve azmettirmenin ikilik sisteminde sistematik yerinin tespitinde öncelikle fail ve şerik ayırımının belirlenmesinde dikkate alınacak kriter önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışma kapsamında öncelikle faillik ile şeriklik ayırımının temellendirilmesi gerekmektedir. Zira bu kapsamda oluşturulan temel daha sonra azmettirmenin hukuki niteliğinin tespiti bakımından önem taşımaktadır. Ancak bu azmettirenin sorumluluğunun tespiti için yeterli değildir. Bunun yanı sıra azmettirmenin sorumlu tutulabilmesinin bir başkası tarafından gerçekleştirilen fiile bağlılığının niteliğinin tespiti gereklidir. Bu aşamada elde edilecek sonuca, azmettirmenin bağlılık

---

<sup>3</sup> René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, s. 305; İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İ.B.B. Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996, s. 138.

<sup>4</sup> Diğer faillik türlerine nazaran yasal düzenlemelerde yerini geç bulan dolaylı failliğin henüz net sınırları çizilememiştir. Bunun yanı sıra bu faillik türü bazı ceza kanunlarında katılım türü olarak yer almazken, bazı ceza kanunlarında ise doğrudan failden ayrımı belirsiz kalmıştır. Konuya yönelik bilgi için bkz. Schünemann Bernd, “Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, ss. 401-413, s. 401.

<sup>5</sup> Konuya ilişkin bilgi için 2. bölümde bkz. s. 185 vd.

kuralı kapsamında ortaya çıkan sorunlarının tespiti ve buna yönelik getirilecek çözüm önerileri bakımından ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle konuya yönelik doktrinde ileri sürülen yaklaşımların kapsamlı şekilde ele alınması ulaşılabilecek sonuç bakımından faydalı olacaktır.

Belirtilmelidir ki, bağıllık kuralından kaynaklı sorunlar sadece azmettirme ile ilişkili olmayıp, yardım etmeyi de ilgilendirmektedir. Buna karşılık azmettiriminin yardım etmeye nazaran “kendine özgü” şeriklik statüsü konunun azmettirme üzerinden ele alınmasını gerektirmiştir. Ayrıca bağıllık kuralına ilişkin yapılacak kapsamlı incelemede şerikliğin esas fiile bağıllığının neden önem arz ettiği sorusuna cevap aranacaktır. Böylelikle çalışmanın ilk bölümünde fail-şerik ayrımına ilişkin gerekçelendirmenin yapılabilmesi ve buna bağlı olarak şerikliğin cezalandırılma nedenine ilişkin bir sonuca varılabilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca bağıllık kuralının ikilik sistemindeki yeri ve işlevi özellikle son bölümde dikkate alınacak konuların zeminini oluşturacaktır.

Azmettiriminin şeriklik şekli olarak kabul edildiği sistemlerde azmettiriminin esas fiile niteliksel anlamda bağlı olarak kabul edilmesi ve bunun yanı sıra fiile yönelik katkısının faillğe nazaran daha az haksızlık içeriğine sahip olması şeklinde ortaya çıkan esaslara karşılık azmettiriminin tabi olduğu ceza kapsamı paralellik göstermemektedir. Bu aynı zamanda şeriklik türü olarak azmettiriminin esasına yönelik ilk aşamada hedeflenen sonucu desteksiz bırakmaya elverişlidir. Bu sonuca hem TCK hem de ACK açısından ulaşmak mümkündür. TCK azmettiriminin cezalandırılmasında işlenen esas fiili dikkate alırken; ACK ise azmettirenin fail ile aynı ceza kapsamına tabi olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte diğer bir iştirak türü olarak yardım etme için zorunlu ceza indirimi kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Bu nedenle bu husus göz ardı edilerek azmettiriminin salt bağlı bir iştirak türü olması kapsamında yapılacak değerlendirme yeterli değildir.

Azmettiriminin faillğe ilişkin ceza kapsamına tabi olmasının esas alınarak azmettiriminin sınırlarının tespiti ise azmettiriminin şeriklik niteliğini aşar şekilde sonuçlar ortaya çıkarmaya elverişlidir. Bu bağlamda özellikle cezalandırma kapsamının kriter alınarak azmettirme kavramını belirlemeye yönelik görüşlerin ulaştığı sonuçların isabetli olmadığına tespiti önemli bir argüman teşkil etmektedir. Çünkü azmettiriminin

sınırlarının belirlenmesinde azmettirmeye temel oluşturan fail-şerik ayrımına yönelik benimsenen kritere ve ayrıca şerikliğin cezalandırılma nedenine aykırılık oluşturmamaya dikkat edilmesi gerekir. Aksi halde azmettirmenin şeriklik niteliğinin görünürde kalması ve faillğe benzer bir iştirak türü olarak kabul edilmesi olasıdır.

Bu nedenlerle çalışma kapsamında azmettirme bakımından zorunlu bir ceza indiriminin kanunda yer almasının gerekli olduğuna yönelik iddianın güçlendirilmesi için özellikle faille eşdeğer ceza kapsamını meşru kılmaya ilişkin görüşlerin dayandıkları argümanların incelenmesine gereksinim bulunmaktadır. Burada ceza kapsamının hâlihazırda azmettirmenin tarihsel gelişimi çerçevesinde süregelen bir kabulün mü ürünü olduğunun, yoksa iştirak öğretisi bağlamında bir gereklilik mi teşkil ettiğinin ya da salt benimsenen ceza politikasının sonucu mu olduğunun tespiti gereklidir. Çalışmanın ikinci aşamasının eksenini belirleyen ana husus bu olduğundan, azmettirmenin unsurlarının ve kapsamının belirlenmesinde bu çerçeveye ile sınırlı kalınacaktır. Diğer bir ifadeyle, azmettirmenin kapsamının belirlenmesinde azmettirmenin faillğe nazaran daha az ceza ile cezalandırılması gereken bağlı bir iştirak türü olması esas alınarak yapılacak değerlendirme önem taşımaktadır.

Ancak bu aşamada sadece esas fiil ekseninde yapılacak bir inceleme yeterli olmayacaktır. Azmettiren failden farklı olarak suçun işlenmesi bakımından başka biri tarafından gerçekleştirilen fiile ihtiyaç duymakta ve azmettirenin suçun icrasına yönelik katkısı suça ön gelen aşamada gerçekleşmektedir. Bu nedenle azmettirmede ilk amaçlanan, failin suç işleme kararını almasını sağlamak iken; sonraki amaçlanan, failin fiili gerçekleştirmesidir. Konuyla bağlantılı olarak azmettirenin kastının kapsamının belirlenmesine gerek duyulmaktadır. Azmettirme hareketinin azmettirenin kastıyla sınırlı olmasının gerekliliği, bu bağlamda sorun arz eden durumlarla ilişkilendirilerek ortaya konulacaktır. Bunun gerçekleştirilebilmesi için farklı ceza hukuku kurumlarının dikkate alınmasına ihtiyaç vardır. Ancak çalışmanın amacı sözü edilen kurumların detaylı şekilde incelenmesini gerektirmediğinden sadece iştirak öğretisinde ihtiyaç duyulduğu kadarıyla ele alınacaktır. Nitekim hata, hedefte sapma, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ceza hukukunun önem taşıyan konuları olmakla birlikte, çalışmada azmettirmenin kapsamının belirlenmesi bakımından etki etmeleri sebebiyle özellik arz etmektedirler.

Çalışmanın ağırlıklı noktasını oluşturan son aşamada ise azmettirmenin esas fiile bağlılığından ortaya çıkan sorunlar ve bazı durumlarda dolaylı faillik ile ayırımının zorlaşmasına neden olan hususlar, ilk aşamada oluşturulan temel üzerinden ele alınacaktır. Esas fiile ilişkin gerekliliklerin ağırlık kazandığı bu aşamada fiilin kasten gerçekleştirilmesinin ve hukuka aykırılığının şart koşulmasının şerik sorumluluğu bakımından cezasızlık alanı oluşturduğu iddiasına ve bunun önüne geçmek adına ileri sürülen yaklaşımlara çalışmanın bütünlüğünün sağlanabilmesi bakımından yer verilecektir. Ayrıca herkes tarafından işlenebilen suçlar ile özgü suçlar ayırımına iştirak öğretisi kapsamında yer verilecektir. Özgü suçlar farklı suç yapısı ile iştirak öğretisi bakımından önem taşımakta ve esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliği bu suçlar bakımından dolaylı faillik ile azmettirme ayırımında sorun teşkil etmektedir.

Bağlılık kuralına ilişkin yasal düzlemde de karşılık bulan sınırlı bağlılık kuralının kabulü sonucunda azmettirme haksızlığının sadece esas fiil haksızlığına bağlı olması ve failin kusuruna bağlı olmamasının sadece teorik anlamda önem taşıdığı, buna karşılık uygulamada örtülü olarak katı bağlılığın geçerli olduğu şeklindeki iddia çalışmanın son kısmında dikkate alınacaktır. Zira icra hareketlerini gerçekleştirenin kusurunun bulunup bulunmadığının arka plandaki kişinin sorumluluğuna ne şekilde etki edeceği meselesi aynı zamanda iştirak öğretisinde dolaylı faillığe ilişkin bakış açısının farklılaşmasına ve bu bağlamda dolaylı faillığın farklı görünüm şekillerinin kabulüne kapı aralamıştır. Belirtilmelidir ki, konu dolaylı faillik özelinde daha fazla önem taşıdığından ve buna yönelik detaylı bir inceleme çalışmanın kapsamını aşacağından ayrıca ele alınmayacaktır. Özellikle sınırlı bağlılık kuralı esas alınarak yapılacak incelemede, hem failin kusurunun bulunmadığı durumlarda onu suça sevk edenin sorumluluğunun azmettirme ve dolaylı faillik ayırımında ne şekilde belirleneceğine hem de azmettirenin esas fiile bağlılığının esnetilmesinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse bunun sınırının ne şekilde belirlenmesi gerektiğine ilişkin sorunlara çözüm önerisi getirilecektir.

Son belirtilen husus, Türk ceza hukuku doktrinin iştirak öğretisinde en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda “nitelikli hallerin sirayeti” şeklinde anılan konu, ikilik sisteminde bağlılık kuralının ne şekilde dikkate alınacağına göre farklılaşmakta ve bu da farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmaktadır. Konuya yönelik Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemenin varlığı ve konunun Alman doktrinde daha fazla inceleme konusu olması nedeniyle Türk hukuku kapsamında sorunun çözümü



bakımından Alman hukukunun da göz önünde bulundurulması gereklidir. Hatta bu düzenlemenin genel hatlarıyla konuya yönelik en makul çözümü sunduğu sonucuna daha önceki aşamalarda elde edilen sonuçlar da dikkate alınarak ulaşmak hedeflenmektedir. Bununla birlikte Alman doktrininde de düzenlemeye yönelik tartışmaların neye dayandığına ilişkin yapılacak inceleme, sorunun çözümü bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemeye çalışma kapsamında ayrıca yer verilecektir.

**BÖLÜM 1:**

**SUÇA İŞTİRAK SİSTEMİ OLARAK İKİLİK SİSTEMİNDE  
ŞERİKLİĞİN CEZALANDIRILMASININ ESASI VE BAĞLILIK  
KURALI**

**I. SUÇA İŞTİRAK EDENLERİN CEZAI SORUMLULUĞUNUN  
BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SİSTEM OLARAK İKİLİK SİSTEMİ**

**A. GENEL OLARAK**

Suçta iştirak edenlerin sorumluluk statülerinin tespitinde esas alınan fail kavramı, kabul edilen iştirak sistemi<sup>6</sup> bakımından belirleyicidir. Bu bağlamda önem arz eden geniş fail kavramı ve dar fail kavramı, kural olarak birbirinin karşısında yer alan iştirak sistemlerinin esasını oluşturur. Nitekim suçta iştirak edenlerin tümünü faillik kapsamında değerlendiren tek faillik sistemi<sup>7</sup> geniş fail anlayışını benimsemektedir. Buna karşılık ikilik sistemi kural olarak dar fail anlayışını esas almaktadır<sup>8</sup>. Suç tipinde yer alan fiilin

---

<sup>6</sup> İştirake ilişkin ülkelerin benimsediği sistemler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. bs., 12 Levha, İstanbul, 2011, s. 41 vd.

<sup>7</sup> Tek faillik sisteminin öncüleri olarak kabul edilen *v. Schirach* ve *Stübel*'in bu konuya ilişkin yaklaşımları için bkz. Bloy, a.g.e., s. 73.

<sup>8</sup> Wilhelm Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, s. 134.

geniş yorumlanması<sup>9</sup> geniş fail anlayışını beraberinde getirirken<sup>10</sup>; dar fail anlayışı ise suç kapsamında fiilin dar yorumlanmasına dayanması nedeniyle sadece neticeye doğrudan sebep olunması veya tipik hareketin gerçekleştirilmesi esasında çıkış noktasını bulur<sup>11</sup>.

Dar fail anlayışından hareketle ele alınan suça iştirakte ikilik sistemi, suça iştirak edenlerin faillik ve şeriklik şeklinde ikili ayrıma tabi kılınmasını ifade etmektedir<sup>12</sup>. Bu bağlamda iştirak şekilleri dogmatığının çıkış noktası suç tipleridir. Her bir suç tipi belli bir davranış normunu esas almaktadır. Tipikliğin dayandığı bu davranış normunu ihlal

<sup>9</sup> Bu bağlamda dikkate alınan kriter ise eşdeğerliktir (Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 10 vd.). Eşdeğerlik teorisinin suça iştirak alanında dikkate alınmasında önem arz eden görüşün öncüsü v.*Liszt* olarak kabul edilmektedir (Poppe, a.g.e., s. 180). Neticeyi gerçekleştiren şartlar arasında ayırım öngörmeyen bu yaklaşım, suça iştirak alanında suça iştirak edenlerin gerçekleştirdikleri katkılar arasında farklılık bulunmadığı şeklinde tezahür etmiştir (Evik, a.g.e., s. 32 vd.). Tek faillik sistemi doktrinde şekli ve fonksiyonel tek faillik sistemi olarak incelenmektedir. Suçun gerçekleşmesine etki eden sebeplerin eşdeğerliğini esas alan şekli tek faillik sisteminde dikkate alınan kriter sadece nedenselliklerdir (Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München, 2003, s. 7). Artık nedenselliğin geçerli bir ölçüt teşkil etmediği görüşü için bkz. Bloy, a.g.e., s. 202. Tek faillik sistemine yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. H. Sefa Eryıldız, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Dr. Kovač, Hamburg, 2016, s. 9-10. Şekli tek faillik sisteminin ortaya çıkardığı güçlüklerle yönelik *Kienapfel* tarafından geliştirilen fonksiyonel tek faillik sistemi ile çözüm bulmaya çalışılmıştır. Faillik kapsamında kalmakla birlikte suça iştirak edenlerin gerçekleştirdikleri katkılara göre aralarında kavramsal farklılığın bulunduğu kabul edilmiştir (Thomas Rotsch, *„Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft*”, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, s. 138 vd.). Tek faillik sisteminde suça katılan herkes gerçekleştirdiği katkının türü ve niteliği fark etmeksizin fail olarak kabul edildiğinden şerikliğe ilişkin düzenlemeler cezalandırmayı sınırlandıran nitelik arz eder (Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. bs, Franz Vahlen, München, 2017, s. 752). Tek faillik sistemini benimseyen İtalyan Ceza Kanunu, Avusturya Ceza Kanunu, Danimarka Ceza Kanunu’nda yer alan ilgili madde düzenlemeleri için bkz. Dennis Bock, *„Beteiligungssystem und Einheitstätersystem“*, *JURA*, 2005, ss. 673-680, s. 674. Türk ceza hukuku doktrininde bu sisteme paralel olarak değerlendirilebilecek cezanın faile göre belirlenmesi sistemine yer verilmiştir. Cezanın faile göre belirlenmesi sisteminde suça katılan kişilerin cezalandırılmasında suça yönelik katkıları değil, kötülük dereceleri, tehlikelilik durumları göz önünde bulundurulur. Bu nedenle sistemin esas aldığı husus suça katılanların tipikliği bizzat gerçekleştirmiş olmaları değildir. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. 2, 12. bs, Beta, 1999, s. 461 vd.; Nurullah Kunter, *„Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza“*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 13, S. 1, 1974, ss. 65-94, s. 72; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs, Beta, İstanbul, 2014, s. 484; Evik, a.g.e., s. 36; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 827; Fatih Selami Mahmutoglu, *„Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu“*, *İÜHFİM*, C. LXIII, S. 1-2, 2005, ss. 57-112, s. 60; Önok, a.g.e., s. 45; Halid Özkan, *Ceza Hukukunda Azmettirme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 16; Ali Rıza Töngür, *„Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme“*, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 28, 2015, ss. 223-259, s. 227. Bu sistemden ikilik sisteminde tamamlayıcı bir unsur olarak faydalanılabileceği görüşü için bkz. Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail- Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet, Ankara, 2020, s. 93.

<sup>10</sup> Demirel, a.g.e., s. 10.

<sup>11</sup> Leopold Zimmerl, *„Grundsatzliches zur Teilnahmelehre“*, *ZStW*, 1929, ss. 39-54, s. 44. Dar fail-geniş fail kavramının esas gelişimi ise 19. yüzyılın sonlarından itibaren şekli objektif teori ve subjektif teori arasındaki tartışma üzerinden gerçekleşmiştir (Bloy, a.g.e., s. 116).

<sup>12</sup> Kühl, a.g.e., s. 753.

eden kişi faildir. Buna karşılık şerik tipiklikte tanımlanan davranış kendisine isnat edilmeyen kişidir<sup>13</sup>.

Ne Roma hukukunun<sup>14</sup> ne de eski Alman hukukunun şeriklik öğretisine (ikilik sistemine) esaslı katkısı olmuştur<sup>15</sup>. Roma hukukunda fail azmettiren ve yardım edenden ayrılmakta ve fakat suça etki eden herkes tek fail gibi cezalandırılmaktaydı. Eski Alman hukuku azmettireni genel olarak fail gibi cezalandırmaktaydı. Yardım eden ise genel olarak düzenlenmemişti, suç tipi özelinde dikkate alınmıştı<sup>16</sup>. Modern anlamda şeriklik öğretisine ilk olarak İtalyan hukukunda<sup>17</sup> yer verildiğini söylemek mümkündür.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Joachim Renzikowski/Christian Laue, *Strafrecht Allgemeiner Teil- Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C.F. Müller, 2014, s. 380.

<sup>14</sup> Roma hukukunda iştirak hakkında genel bir teorinin bulunmadığına yönelik bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 447.

<sup>15</sup> Theodor Hoberg, *Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Breslau, 1931, s. 2.

<sup>16</sup> Jörg v.Uthmann, *Der Urheber des Verbrechens Ein Exkurs in das Niemandsland zwischen Täterschaft und Teilnahme*, 1963, s. 48.

<sup>17</sup> Şeriklik öğretisine ilişkin düzenlemelere genel hükümler şeklinde ilk defa Ortaçağ İtalyan hukukçularının görüşleri de esas alınarak hazırlanan 1507 tarihli Bambergensis ve 1532 tarihli Carolina Ceza Kanunlarında yer verilmiştir (Özgenç, a.g.e. (1996), s. 36 vd.). 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu suça iştirak edenler arasında fail şerik ayrımını (asli-fer'i iştirak) kabul ederken, bu Kanunu yürürlükten kaldıran 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu bu ayırmadan vazgeçerek tek tip fail sistemini kabul etmiştir. “1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1889 tarihli Zanardelli Kanununun iştirakle ilgili hükümlerinin kişi özgürlük ve güvenliğini korumak için yapıldığını, ancak bu düzenlemelerin hayatın gerçeklerine uymadığını, iştirakin bir bütün olduğunu, suça katılanlar arasında ayırım yapılamayacağını, dolayısıyla faillerin sorumluluğunun ilke olarak eşit olması gerektiğini kabul etmiştir” (Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, 2010, S. 1. ss. 167-214, s. 173). Ayrıca bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 44 vd.

<sup>18</sup> Uthmann, a.g.e., s. 48; Markus Welz, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe Überlegungen insbesondere zur Abgrenzung von Anstiftung und psychischer Beihilfe sowie zur Durchführung einer Wahlfeststellung zwischen den Teilnahmeformen*, Peter Lang, Frankfurt, 2010, s. 9. Kavramsal olarak fail ve yardım eden şeklinde ayırım benimsenmekle birlikte, cezalandırma noktasında birlik oluşturulamamıştır. İtalyan öğretisinde bir kısım yazar aynı şekilde cezalandırılmaları gerektiğini savunurken; çoğunluk tarafından yardım edenin nedenselliği dikkate alınmıştır. Nedensel yardım etmenin fail gibi cezalandırılması buna karşılık nedensel olmayan yardım etmenin ise faile nazaran daha az ceza ile cezalandırılması gerektiği benimsenmiştir. Manfred Maiwald, “Aspekte der Einheitstäterlösung”, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, ss. 343-367, s. 344-345.

Ceza hukukunda suça katılanların fail, azmettiren ve yardım eden şeklindeki üçlü ayrımı<sup>19</sup> ise 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'na dayanmaktadır<sup>20</sup>.

İkilik (şeriklik)<sup>21</sup> sistemi<sup>22</sup> tek faillik sisteminin aksine suça iştirak eden herkesi fail olarak kabul etmeyerek tipiklik aşamasında gerçekleştirdikleri katkıların niteliğini

<sup>19</sup> Manfred Maiwald, "Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe- Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland", *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, ss. 283-296, s. 294. Fransız hukukunun etkisiyle azmettirme faillik alanından ayrılarak yardım edenle birlikte şeriklik grubunu oluşturmuştur. Böylelikle daha önceki hukuksal yaklaşımların aksine azmettirme bir başkasının fiiline katılma olarak ifade edilmiştir. Bu durum 1871 RStGB ile kabul edilmiştir (Joachim Schulz, *Die Bestrafung des Ratgebers*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, s. 138). Ceza hukuku doktrininde azmettirmenin faillik kapsamından çıkartılarak yardım edenden farklı bir şeriklik şekli olduğu yönündeki ilk çabalar kapsamında *Luden*'in etkisi önem taşımaktadır. *Luden* azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki ayrımı o zamana kadar en net şekilde ortaya koyan olarak dolaylı failliği faillik (*Urheber*) kapsamında azmettiren ise şeriklik kapsamında değerlendirmiştir. Nedensellik bağının özgür hareket eden üçüncü bir kişinin hareketiyle kesileceği düşüncesi *Heinrich Luden* tarafından ortaya çıkarılmıştır. *Köstlin* ve *Berner*'den farklı olarak *Luden* (*Hegel*'in izinden giderek) hareket edenin iradi yönelimini esas almamıştır. Nedensellik ilişkisi olarak *Luden*'e göre doğa yasalarıyla belirlenen süreç temelinde hareket ile netice arasındaki bağlantı geçerlidir. Böylelikle faillik ile şeriklik arasındaki ayrım objektif aşamada tartışılmaya başlanmıştır. *Luden* (*Aneignungstheorie*) suça iştirak şekilleri olarak faillik (*Urheberschaft*) ve şerikliği (*Teilnahme*) kabul etmiştir. Bu iki ana iştirak şekli arasındaki ayırıcı ölçütü ise bir suçun varlığı bakımından hareketin nedenselliği üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Tek başına bu objektif bakış açısı belirleyicidir. Fail (*Urheber*), suça yönelik hareketi istenilen yasak etkiyle birlikte dış dünyada nedensellik bağlantısı içinde bulunan kişidir. Buna karşılık yardım eden ise, hukuki bakımdan fiil için dikkate değer bir şart oluşturmaz ve nedensellik bağlantısının dışında kalan olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda icra hareketlerini gerçekleştirenin özgür iradesine dayanılarak nedensellik, psişik olarak etki eden şerik bağlamında hiçbir şekilde bulunamaz (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 133 vd.). Öğretinin neredeyse tamamının kabul ettiği, fiziksel faillik kapsamındaki bazı durumları ilk defa *Luden* psişik faillik kapsamında ele almıştır. Bunlar kastı kaldıran hataya sebep olunması, zorunluluk hali içinde yer alan kişinin kullanılması, itaat yükümlülüğü kapsamında emir ilişkisinin kullanılmasıdır (Aktaran Volker Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, s. 94). Netice özgür hareket etmeyen üçüncü kişinin hareketi sonucu ortaya çıkarsa, nedensellik bağlantısı kesilmez ve faillik vardır. Çünkü psişik olarak aracı kılınan etki bağlantısının bu şekli özgürlük (*Freiheit*) alanına değil doğa alanına (*dem Reich der Natur*) aittir. Bu nedenle manevi faillik (*intellektuelle Urheberschaft*) sadece iradi karar vermeden yoksun süje üzerindeki etki durumunda söz konusu olmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da azmettirme faillik değil, şeriklik kapsamında kalmıştır (Aktaran Friedrich-Christian Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, s. 22). *Luden* sadece faillik ile şeriklik arasındaki ayrımla sınırlı kalmayarak şeriklik türleri arasındaki cezalandırma farklılığını suçun gerçekleşmesine yönelik etkinin ölçütüne göre objektif olarak dikkate almıştır (Heinrich Luden, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, 1940'tan aktaran Bloy, a.g.e., s. 86).

<sup>20</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 5; Poppe, a.g.e., s. 142; Florian Engert, *Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?*, Lang, Frankfurt, 2005, s. 38. Fransız Kanunu'nda suça katılanlar arasında ayırım kabul edilmekle birlikte eşit ceza verilmesinin de kabul edildiği belirtilmelidir (Akbulut, a.g.m., s. 172).

<sup>21</sup> Faillik ile şeriklik arasında ayırım yapan sistemin şeriklik sistemi olarak nitelendirilmesinin yanıltıcı olduğu hakkında görüş için bkz. Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 15. bs, MANZ'sche Verlags, Wien, 2016, s. 225.

<sup>22</sup> Doktrinde bu terim yerine ikici veya plüralistik (çokçu) terimleri de kullanılmaktadır (Önok, a.g.e., s. 46). Ayrıca *Akbulut* ayırt etme prensibi ifadesini tercih etmiştir (Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs, Adalet, Ankara, 2016, s. 594).

dikkate alır. İkilik sistemi tek faillik sisteminin ortaya çıkardığı sakıncalar<sup>23</sup> üzerine, suça iştirak edenler arasında farklılığın kabul edilmesi gerektiği esasına dayanmaktadır<sup>24</sup>. Bu sistemde suça katılanların suça ilişkin gerçekleştirdikleri her nedensel etki, fail olarak sorumluluklarına yol açmamaktadır. Bu sistemde iştirak şekilleri haksızlık ve kusur içeriğine göre ayrılmaktadır<sup>25</sup>. Faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın hâlihazırda tipiklik aşamasında olduğunu<sup>26</sup> belirterek ikilik sistemini benimseyen ceza hukuku sistemlerinde, suça katılanın fiile yönelik gerçekleştirmiş olduğu katkının ağırlığı ve özellikle hareketinin değersizliği<sup>27</sup> ceza sorumluluğunun gerekçelendirilmesinde anlam taşır<sup>28</sup>. Bunun doğal sonucu olarak suç tipini ihlal eden kişi suçun tam cezası ile cezalandırılırken, şerik bakımından cezada indirim söz konusu olur<sup>29</sup>. Böylece ikilik sisteminde yasal olarak düzenlenen iştirak şekilleri ceza hukukunun parçalı yapısının (*fragmentarischen Charakter des Strafrechts*) da bu alanda dikkate alınmasıyla *numerus clausus* olarak oluşturulmuştur<sup>30</sup>. Nitekim Türk ceza hukuku kapsamında bakıldığında

<sup>23</sup> Tek faillik sistemi suça olan katkının haksızlık içeriğinin az olmasına rağmen fazla ceza ile cezalandırılma tehdidini oluşturmanın yanı sıra suça iştirak kapsamında kanunilik ilkesini ve cezanın son çare olması ilkesini zedeleyici özellik arz etmektedir (Önok, a.g.e., s. 44; Bock, a.g.m. (JURA 2005), s. 679; Gerhard Conrad, *Die "akzessorische" Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes*, Breslau-Neukirch, 1937, s. 46; Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, ss. 575-608, s. 580). Teori özgü suçları açıklama noktasında da zorluk yaşamaktadır (Gallas, a.g.e., s. 113; Ralph Ingelfinger, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, s. 132). Tek faillik sistemi teşebbüs edilen suça iştirak ile teşebbüs aşamasında kalan şeriklik arasındaki ayrımı açıklama noktasında da tatmin edici cevap veremez (Friedrich Dencker, "Beteiligung ohne Täter", *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, ss. 525-537, s. 531; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Springer, Berlin, 2015, s. 394; Peter Hünerfeld, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland", *ZStW*, 1987, ss. 228-250, s. 230).

<sup>24</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 456; Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku*, 2. bs, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 220; Evik, a.g.e., s. 34; Özkan, a.g.e., s. 14.

<sup>25</sup> Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. bs., C.H. Beck, München, 2010, s. 339.

<sup>26</sup> Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Kohlhammer, Stuttgart, 2014, s. 514.

<sup>27</sup> Claus Jürgen Hauf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Luchterhand, Neuwied, 1996, s. 73.

<sup>28</sup> Heinrich, a.g.e., s. 515.

<sup>29</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 456.

<sup>30</sup> Bloy, a.g.e., s. 312; Günter Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil I Die Straftat*, 3. bs, Carl Heymanns, Berlin, 1981, s. 239; René Bloy, "Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle," *ZStW*, 2005, ss. 3-36, s. 16. Yazar "boşluksuz" bir faillik-şeriklik sisteminin kendi içinde çelişki (*contradictio in adiecto*) oluşturacağını da belirtmiştir. Çünkü bu sistem neticeye yönelik her bir katkının değil, sadece yasal düzenlemede belirtilen şekilde gerçekleştirilen katkılarının cezalandırılması söz konusu olacağı için cezalandırmayı sınırlandıran bir işleve de sahiptir (Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 16). Erem ise iştirak halinde işlenen suçlarda ne şekilde hareket edileceğine kanunda yer verilmesini, bununla birlikte hangi hallerin iştirak sayılacağı hususunun hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Burada yazar iştirak şekillerinin tümünün kanunda yer almasının her zaman ceza boşluklarına sebep olacağı argümanına dayanmıştır (Faruk Erem, "Suça İştirak", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, ss. 62-107, s. 80).

TCK'nın da benimsediği sistem ikilik sistemi<sup>31</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira suça katılanlar kanun koyucu tarafından belirtildiği üzere ancak fail, azmettiren veya yardım eden olabilir<sup>32</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişinin fail olduğu belirtilerek dar fail kavramı esas alınmıştır<sup>33</sup>.

Bu sistem fail ile şerik ayrımının yapılması bakımından güçlük arz etmesi<sup>34</sup> nedeniyle eleştirilmektedir. Zira her durumda suça iştirak edenlerin hangilerinin fail, hangilerinin şerik olarak sorumlu tutulacağı şeklindeki belirlemenin kolay olmayacağı<sup>35</sup> ileri sürülmüştür. Özellikle korunan hukuki değerler kapsamında suça ilişkin hareketlerin soyut olarak formüle edildiği durumda suça farklı iştirak türleri arasındaki ayrımın birbirine kolaylıkla karışabileceği dikkate alındığında<sup>36</sup>, bu iddia göz ardı edilemeyecektir. Bu yönde ikilik sistemine yönelik olarak getirilen diğer bir eleştiri, şerik

<sup>31</sup> Kangal, a.g.e. (2019), s. 220; Evik, a.g.e., s. 26; Önok, a.g.e., s. 47; Aydın, a.g.e., s. 50; Özen, a.g.e., s. 828; Demirel, a.g.e., s. 68; Özkan, a.g.e., s. 15; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 65. İslamiyet öncesi döneme ilişkin Türk ceza hukukuna ilişkin yeterli araştırmanın bulunmayışı konu hakkında değerlendirme yapılmasına engel olmaktadır. Bununla birlikte İslamiyet sonrası dönemde İslam hukuku çerçevesinde ceza hukuku ve iştirak alanına ilişkin inceleme yapılması mümkün olmuştur. *İslam Hukuku çerçevesinde iştirakle ilgili hükümler incelendiğinde, öldürme suçuyla ilgili olarak fail ve yardım eden ayrımının yapıldığı, iştirak şekillerinin fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlendiği, yardım eden kişinin cezasının failden farklı olarak verildiği görülmektedir. Ayrıca failin gerçekleştirdiği öldürme suçunun kasten işlenmesi ve iştirakin de kasten yapılması gerekmektedir* (Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş*, Konya 2008, s. 78,79'dan aktaran Akbulut, a.g.m., s. 174). İslam ceza hukukunda suça iştirak türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, a.g.e., s. 33 vd. Konuya yönelik değerlendirme için bkz. Çelen, a.g.e., s. 41 vd. 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi olan ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanan 1274 (1858) tarihli Ceza Kânunname-i Humâyûnun 45. maddesinde iştirakle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu madde daha sonra 22 Mayıs 1327 (4 Nisan 1911) tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu madde hemfiiller (değişiklikten önce müşterek failler) ile feran zimethal olanlar (şerikler) arasında ayrım yapıyordu. 45. madde azmettirmeyi faillik olarak değil, şeriklik olarak kabul ediyordu. Bu belirlemelerden Kanunnamenin dar fail sistemini, dolayısıyla da bağlılık kuralını benimsediği sonucu ortaya çıkmaktadır (Akbulut, a.g.m., s. 175). İslam hukukunda ve Osmanlı İmparatorluğu döneminde bağlılık kuralına ilişkin değerlendirme için bkz. Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 28-33.

<sup>32</sup> Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat*, 6. bs, Franz Vahlen, München, 2011, s. 239; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 452. Önder iştirak hükümlerinin suçu genişleten niteliğe sahip olduğunu belirterek iştirak türlerine ilişkin kanun ifadelerinin daha da genişletilmesinin mümkün olmadığını aksi takdirde kanunilik ilkesinin ihlal edileceğini belirtmiştir. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 2-3, 2. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 1992, s. 459.

<sup>33</sup> İzzet Özgeçenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 530; Önok, a.g.e., s. 39; Meral Ekici Şahin, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, ss. 637-686, s. 646.

<sup>34</sup> Aydın, a.g.e., s. 74; Evik, a.g.e., s. 35; Özkan, a.g.e., s. 14. Alman Ceza Kanunu'na ilişkin reform çalışmaları sırasında tek faillik sisteminin gündeme getirilmesindeki önemli argüman, ikilik sisteminin iştirak şekilleri arasındaki ayrımı belirlemede arz ettiği güçlük olmuştur. Welz, a.g.e., s. 15.

<sup>35</sup> Evik, a.g.e., s. 35.

<sup>36</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 8.

tarafından gerçekleştirilen katkının suç bakımından oynadığı rolün daha büyük olması durumudur. Böyle bir ihtimalde şerikin faile nazaran daha fazla ceza alması ihtimali ortaya çıkmakla birlikte<sup>37</sup>, kanunda yardım eden bakımından öngörülen ceza indirimi ile bu ihtimal söz konusu olamaz. Böylece suça yönelik katkısı faillik niteliğinde olan kişinin daha az ceza alması şeklinde adaletsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda zehirle öldürme suçunun gerçekleştirilmesinde zehiri sağlayan kişinin asli fail kadar önemli bir katkı gerçekleştirdiği örneği verilmiştir<sup>38</sup>. Ayrıca ikilik sisteminde esas failin suçu işlememesi durumunda şerik olarak katkısı bulunanların cezasız kalması gerekecektir<sup>39</sup>. Diğer bir ifadeyle, şerikliğin teşebbüs aşamasında kalması durumunda kanunda özel bir düzenleme öngörülmediği sürece şerikin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Son olarak bu sistemi benimseyen ceza kanunları cezayı artıran, azaltan veya temellendiren durumlara ilişkin özel düzenleme içermediği sürece, söz konusu durumların suça katılanlar bakımından ne şekilde etki edeceği noktasında sorun teşkil edeceği<sup>40</sup> ileri sürülmüştür. Bu sorun özellikle faillik açısından kanunda özgü bir niteliğin aranması halinde ön plana çıkmaktadır. Kısaca şeriklik sisteminin ortaya çıkardığı boşluklar<sup>41</sup>, özellikle teşebbüs aşamasında kalan şeriklik, ilgili niteliğe sahip olmayan kişi tarafından işlenen suçlarda sorumluluk ve nitelikli hallerin suça diğer katılanlara sirayetinde gündeme gelmektedir. İkilik sisteminde ileri sürülen bu eleştirilerin odak noktasını oluşturan bu ceza boşluklarına yönelik özel düzenlemeye yer verilmesi veya yeni suç tipi ihdas edilmesi<sup>42</sup> ya da bağlılık kuralının esnetilmesi ve son olarak faillik

<sup>37</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 459. Bu duruma ilişkin 765 sayılı TCK'da yer alan istisna hükme yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 459.

<sup>38</sup> Kunter, a.g.m., s. 81; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 459.

<sup>39</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 459; Aydın, a.g.e., s. 75; Özkan, a.g.e., s. 14 vd. *Özkan* TCK'da md. 38/2 düzenlemesine ikilik sisteminin ortaya çıkardığı sorunu gidermek amacıyla yer verildiğini belirtmiştir. Yazara göre, azmettirenin suça yönelik etkisinin asli failden fazla olmasına rağmen daha az ceza alması, ikilik sistemi nedeniyle ortaya çıkan bir sorundur. İlgili düzenleme çocuğu suça azmettirenin daha fazla ceza almasına yönelik bir düzenlemedir. Özkan, a.g.e., s. 15.

<sup>40</sup> Aydın, a.g.e., s. 75-76.

<sup>41</sup> Bu sistemin iştirak öğretisinde her bir katılanın haksızlık ve kusuruna göre cezanın kişiselleştirilmesinin en iyi olasılık olmasını ihmal ettiği eleştirisi için bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 224. *Gropp* ise ikilik sisteminde özellikle bağlılık kuralının taksirli suçlar bakımından ortaya çıkardığı ceza boşluklarının ceza hukukunun parçalı yapısı anlamında "özgürlük lehine (*Preis der Freiheit*)" göze alınması gerektiğini belirtmiştir. *Gropp*, a.g.e., s. 433.

<sup>42</sup> İkilik sisteminin sınırları çerçevesinde ortaya çıkan ceza boşluklarının herhangi bir sınırlama olmaksızın kabul edilmesi isteniyorsa ayrıca suç tipi olarak düzenleme yoluyla dikkate alınması gerekir (Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 24). Bununla birlikte *Uthmann* özgü suç tipi düzenleyerek sorunun giderilmesi yaklaşımını iştirak öğretisinin gelişim süreci içinde geri adım atma olarak değerlendirmiştir. Dogmatik açıdan temel bir sorunu özel hükümlerde kazuistik şekilde onarma yönteminin, ilkel hukuk sisteminin tipik karakteristiği olduğunu belirterek sert bir eleştiri getirmiştir.



alanının genişletilmesi şeklinde çözüm yolları ön plana çıkmaktadır<sup>43</sup>. İkilik sistemine yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, suça yönelik katkılar arasındaki farklılığın genel olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Burada sorun arz eden husus, bu katkılar arasındaki farklılığın hangi kritere göre belirlenecek olmasıdır. Bu bağlamda benimsenen kriter, ikilik sisteminde sorun arz eden hususların farklı şekilde ele alınmasına da etki edecektir. Zira aşağıda ele alınacağı üzere, iştirak öğretisinde iştirak edenler arasındaki ayırım genel bir kritere göre gelişim göstermemiş, bu yönde birbirinden farklı birçok görüş ileri sürülmüştür.

## B. İKİLİK SİSTEMİNDE FAİL VE ŞERİK AYRIMI

İkilik sisteminin günümüz karşılığında fail tipik hareketi bizzat veya başkasıyla birlikte ya da bir başkasını suçun işlenmesinde kullanarak gerçekleştiren<sup>44</sup>, şerik ise suça katkısı faillik niteliğinde olmaması nedeniyle tipikliğin dışında kalan kişi<sup>45</sup> olarak kabul edilmekle birlikte; günümüze kadar fail ve şerik ayırımına yönelik ileri sürülen yaklaşımlar arasında, kavramların içerik olarak belirlenmesi ve bu ayırmada hangi kriterin esas alınması gerektiği noktasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Bu noktada bağlantı noktası öncelikle dar ve geniş fail kavramları üzerinden iştirak şekillerinin kapsamına göre ilişkilerinin belirlenmesi iken, sonrasında genel olarak subjektif ve objektif esasa göre iştirak şekillerinin içyapısına göre ilişkilerinin belirlenmesidir<sup>46</sup>. Nitekim 20. yy'ın başlarında doktrinde hâkim yaklaşım şekli objektif teori olduğundan dar fail kavramı<sup>47</sup>;

---

Yazar konuya ilişkin müşterek failliğin, *societas occidendi* kavramından ortaya çıkması örneğini vermiştir. Uthmann, a.g.e., s. 57.

<sup>43</sup> Kai Hamdorf, *Beteiligungsmodele im Strafrecht Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstäter-systemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Edition iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2002, s. 307.

<sup>44</sup> Faillik kapsamında başkasının davranışından sorumluluk, dolaylı failliğin ve müşterek failliğin kabulüyle ceza hukuku doktrinine girmiştir. Uwe Murmann, "Grundwissen der mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB)", *JA*, 2008, ss. 321-326, s. 321.

<sup>45</sup> Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. bs, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 644; Rolf Dietrich Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, C.H. Beck, München, 1977, s. 1. Welzel şerik kavramını dar ve geniş anlamda şeriklik şeklinde gruplandırdıktan sonra dar anlamda şerikliğin sadece azmettirme ve yardım etmeyi kapsadığını, bununla birlikte geniş anlamda şerikliğin ise bunların yanısıra müşterek failliği de kapsadığını belirtmiştir. Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. bs, Berlin, 1969, s. 111.

<sup>46</sup> Bloy, a.g.e., s. 116-117.

<sup>47</sup> *Dencker*, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin yasal düzenlemelerde fiile iştirak ifadesinin yer aldığı ve ayrıca kanundaki fail tanımının yeterince açık olmadığını özellikle fiili bizzat gerçekleştiren kişi ifadesinin müşterek faillik kapsamında işlenen yağma suçu örneğinde karşılıksız kaldığını belirtmiştir. Bu nedenle dar fail kavramından vazgeçilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Dencker, a.g.m., s. 533).

bununla birlikte yargı kararlarında sübjektif yaklaşım hâkim olduğundan geniş fail kavramı ön plana çıkmıştır. Böylece suça katılanların ceza sorumluluğunun tespiti ve buna yönelik hangi kriterlerin esas alınması gerektiği benimsenen yaklaşıma göre farklılık göstermiştir. Suça iştirak bakımından kasıtlı bir suçun bulunması gerekliliği genel olarak kabul edilmekle<sup>48</sup> birlikte, suça iştirak edenlerin suçun işlenmesinde gerçekleştirdiği katkının ne şekilde değerlendirileceği konusunda uzlaşma bulunmamaktadır.

Bu sistemde *geniş fail kavramından* hareket edildiğinde -istenmeyen neticeye ilişkin her bir nedensel katkı tek başına faillik durumunu oluşturacağından- şerikliği düzenleyen hükümlerin (azmettirme ve yardım etme) ceza sorumluluğunu sınırlandıran düzenlemeler olarak kabul edilmesi gerekir<sup>49</sup>. Geniş fail kavramının<sup>50</sup> esas alınması nedensellik öğretisine ait olan eşdeğerlik teorisinin faillik öğretisine aktarılmasına dayanmaktadır<sup>51</sup>. Suça ilişkin katkının nedenselliği bakımından eşdeğerlik ön plana çıktığından, faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın objektif kriterlere göre yapılması mümkün değildir. Ayrımı olası kılmak için sübjektif kriter arayışı geniş fail kavramının sübjektif teoriyle bağlantılandırılmasını ortaya çıkarmıştır. Suça ilişkin katkı gerçekleştiren kişi bunu faillik iradesiyle yerine getiriyorsa fail olarak kabul edilir<sup>52</sup>.

Bununla birlikte ikilik sistemde dar fail yaklaşımı savunulursa, bu sadece faillik şekillerini kapsar. Zira şerik tipik haksızlığı gerçekleştiren kişi değildir. Bu nedenle

---

*Dencker*'in savunduğu yaklaşım fail olmaksızın fiil yapısını canlandırmaya yönelik çabayı içermektedir (Dencker, a.g.m., s. 534).

<sup>48</sup> Faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın gerekliliği yasal olarak kasten işlenen suçlarda belirlenmiştir. Nitekim taksirli suçlar bakımından TCK md. 22/5 hükmünde açıkça; “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.” ifadesine yer verilmiştir. Türk ceza hukukunda taksirli suçlar ve kabahatler hukukunda fiile iştirak edenler arasında ayrım öngörülmemesi nedeniyle, bunlar tek faillik sisteminin kapsamındadır (Önok, a.g.e., s. 40). Bununla birlikte doktrinde taksirli suçlar alanında faillik ilişkisi teorik tartışmaya üçüncü bölümün ilgili kısmında ayrıca yer verilecektir.

<sup>49</sup> Heinrich, a.g.e., s. 515; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. bs, Nomos, Baden-Baden, 2008, s. 315. *Roxin*, geniş fail kavramının kanun lafzına uygun olmadığını belirtmiştir. Azmettirme ve yardım etmenin kasten işlenen bir esas fiili şart koşması nedeniyle kasten gerçekleştirilmeyen bir fiile azmettirme veya yardım etme, dolaylı faillik kapsamında bulunmayan durumlarda, kasten neticeye yol açmasına rağmen tamamlanmış faillikten dolayı cezalandırmayı mümkün kılmaz. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 7.

<sup>50</sup> Geniş fail kavramından hareket eden yaklaşımlar sadece neticenin değersizliğini dikkate almışlar ancak katkının işleniş şeklini ve içeriğini diğer bir ifadeyle hareketin değersizliğini göz ardı etmişlerdir. Özgenç, a.g.e. (1996), s. 57.

<sup>51</sup> Herzberg, a.g.e., s. 2; Hünerfeld, a.g.m., s. 230.

<sup>52</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 650; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. bs, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 596.

azmettirenin veya yardım edenin cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler ceza sorumluluğunu genişleten nitelik taşımaktadır<sup>53</sup>. Dar anlamda fail görüşü suça iştiraki sadece nedensellik bağı üzerinden açıklamaz, aynı zamanda hareketin tipe uygunluğunu da dikkate alır. Buna ilişkin olarak ortaya çıkan sonuca göre, özel hükümlerdeki suç tanımlarında tipik olarak düzenlenmeyen suça iştirak katkıları genel hükümler aracılığıyla cezalandırılabilir nitelik kazanmıştır<sup>54</sup>. Böylelikle suça iştirak kapsamındaki düzenlemeler asıl kuralı belirleyen düzenlemeye nazaran tali, bağı nitelikte kabul edilmektedir<sup>55</sup>. Şerikin gerçekleştirmiş olduğu katkının esas fiilden ayrı olarak tek başına bir önemi bulunmaz<sup>56</sup>. Failin gerçekleştirdiği tipe uygun fiil bulunmadığı sürece, şerik tarafından gerçekleştirilen fiilin ceza yaptırımı bulunmamaktadır<sup>57</sup>.

Dar faillik yaklaşımı hareket noktası olarak özel hükümlerdeki suç tiplerinde tanımlanan davranış üzerine sınırlandırıldığından, geniş faillik kavramına göre isabetli bir yaklaşımdır. Çünkü neticeye sebep olmaya değil, tipikliğin gerçekleşmesine dayanmaktadır<sup>58</sup>. Faillik doğrudan veya dolaylı şekilde tipikliğin gerçekleştirilmesi esasından ortaya çıktığı için, faillik ve şeriklik arasındaki ayırım sistematik olarak tipik haksızlık öğretisine aittir<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Heinrich, a.g.e., s. 515; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 648; Bock, a.g.m., s. 674; Peter Bringewat, *Grundbegriffe des Strafrechts*, 3. bs., Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 299; Nikolai Warneke, *Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, s. 102; Önder, a.g.e., s. 450; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 452; Demirbaş, a.g.e., s. 493; İçel, a.g.e., s. 482; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 530; Akbulut, a.g.m., s. 176; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. bs, Beta, İstanbul, 2019, s. 520; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. bs, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 320; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 326; Sancar, a.g.e., s. 56; Önok, a.g.e., s. 39; Eryıldız, a.g.e., s. 11. Yargıtay da bu yöndedir. “*Kanunun şerikliğe ilişkin hükümleri (m. 38 ve 39) sorumluluk alanını genişleten hükümler olma niteliğini taşımaktadır.*” YCGK., E. 2014/593, K. 2016/269, T. 24.5.2016. Özen şerikliğe ilişkin düzenlemelerin ceza sorumluluğunun alanını genişletici nitelikte olduğunu belirtmenin yanı sıra şahsılık ilkesini de genişlettiğini ileri sürmüştür. Suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştiren kişiden başkası da sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte yazar bu ifadenin dar ve tipik anlamda geçerli olduğuna ve TCK md. 20 anlamında şahsılık ilkesinin bu ifadeden farklılık taşıdığına da dikkat çekmiştir (Özen, a.g.e., s. 825).

<sup>54</sup> Evik, a.g.e., s. 82; Akbulut, a.g.m., s. 176.

<sup>55</sup> Evik, a.g.e., s. 83; Özen, a.g.e., s. 823; Önok, a.g.e., s. 36.

<sup>56</sup> Evik, a.g.e., s. 84.

<sup>57</sup> Sancar, a.g.e., s. 56.

<sup>58</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 7.

<sup>59</sup> Herzberg, a.g.e., s. 3. Mayer, faillik kavramı ile ilgili yeni gelişimin, tipiklik ilişkili fail kavramına yönelim olduğunu ve bununla bağlantılı olarak fail kavramının aslı fail kavramı (*primärer Täterbegriff*) olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Tipik fail kavramı sadece özel hükümlerdeki suç tiplerinden ortaya çıktığı ve şeriklik hükümlerinin yardımı olmaksızın geliştirilebildiği sürece “aslı” niteliktedir (Hellmuth Mayer, “Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft”, *Festschrift für Theodor Rittler Zu seinem achtzigsten Geburtstag*, 1957, ss. 243-274, s. 244 vd.).

Fail ve şerik ayrımının belirlenmesi bağlamında ileri sürülen yaklaşımlara yönelik incelemeye geçmeden önce öğreti tarafından geliştirilen sınırlama kriterlerine tabi tutulmasına gerek olmaksızın yasal olarak faillik alanı belirlenmiş durumlara değinmek gerekir. İleride daha ayrıntılı ele alınacak olmakla birlikte, özgü suçlar, bizzat işlenebilen suçlar ve tipikliğin diğer sübjektif unsurunu gerektiren/amaç suçları (*absichtsdelikte*) doğası gereği failliğin kapsamını belirleyen suçlardır<sup>60</sup>. Faillik her zaman suçun gerektirdiği objektif uygunluğu şart koşar. Bu suçlarda, özel faillik niteliği taşımayan kişilerin, yaptıkları katkının ağırlığından bağımsız olarak müşterek fail, dolaylı fail veya fail olamayacağı ancak şerik olabileceği<sup>61</sup> kabul edilmektedir. Bu tür suçlar dışında yer alan suçlar bakımından ise tarihsel gelişim süreci içinde genel kabul gören bir ölçütten söz edilememektedir. Bu bağlamda ortaya çıkan yaklaşımları dayandıkları esaslar çerçevesinde sübjektif ve objektif yaklaşımlar şeklinde kategorize ederek ele almak yerinde olacaktır.

### 1. Sübjektif Teoriler

Dar anlamda faillik anlayışından kaynaklanan sorunlar geniş faillik anlayışına ve bunun akabinde faillik ile şeriklik ayrımı bakımından sübjektif yaklaşıma kapı aralamıştır<sup>62</sup>. *Köstlin*<sup>63</sup> ve *v.Buri* tarafından geliştirilen ve Alman yargı kararlarında baştan itibaren dikkate alınan bu teori<sup>64</sup>, 19. yüzyılın doğal pozitivizminden ortaya çıkan eşdeğerlik teorisi (*Äquivalenztheorie*) ile temellendirilmiştir<sup>65</sup>. Diğer bir ifadeyle,

<sup>60</sup> Heinrich, a.g.e., s. 520; Kühl, a.g.e., s. 755; Stratenwerth, a.g.e., s. 219; Eberhard Schmidhäuser, "Tatherrschaft" als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, *Beitrage zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F.Müller, Heidelberg, 1993, ss. 343-363, s. 343. *Kindhäuser* de özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar bakımından faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin sübjektif ve objektif teorilerin geçerli olmadığını belirtmiştir (Kindhäuser, a.g.e., s. 322).

<sup>61</sup> Rengier, a.g.e., s. 341; Kühl, a.g.e., s. 756.

<sup>62</sup> Önok, a.g.e., s. 52.

<sup>63</sup> *Köstlin*, failliği suçu kendi amacı için gerçekleştirme şeklinde tanımlayarak özgür irade düşüncesini suça katılma alanında ele almıştır. Böylelikle sübjektif teoriye de öncülük etmiştir (Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 293). Ayrıca bkz. Ernst-Joachim Lampe, "Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen", *ZStW*, 1965, ss. 262-311, s. 287-288.

<sup>64</sup> Teorinin ilk oluşumu belirsiz olmakla birlikte ilk önemli savunucusu olarak *v.Buri* gösterilmektedir. Sven Leif Erik Johannsen, *Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 22. *Heimberger* ve *Westphal* diğer önemli savunucuları olmuştur (Hoberg, a.g.e., s. 31). Alman yargı kararlarında öncelikle müşterek faillik ile yardım eden arasındaki ayrımı belirlemek bakımından kabul edilen bu yaklaşım, daha sonra azmettirme ve dolaylı failliğin sınırlandırılması ve ayrıca tek başına faillik ile yardım etmenin sınırlandırılması bakımından göz önünde bulundurulmuştur (Gallas, a.g.e., s. 81, 133).

<sup>65</sup> Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 12. bs, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, s. 744; Johannsen, a.g.e., s. 22.

sübjektif teori de geniş fail kavramı gibi temelini eşdeğerlik teorisine dayandırmıştır. Bu nedenle çıkış noktası, geniş fail kavramıdır<sup>66</sup>. Buna göre neticenin gerçekleşmesine sebep olan tüm şartlar eşdeğerdir. Eşdeğerlik teorisi sadece suça katkılarının nedensel içeriğine göre suçun tamamı için olmazsa olmaz şart olduğunu ifade etmektedir<sup>67</sup>. Bunun sonucu olarak teori, katkıların farklı ağırlıklara sahip olduklarını dışlamamıştır. Bu yaklaşıma göre objektif isnadiyetin tek ölçütünü nedensellik teşkil ediyorsa, iştirak şekilleri arasındaki objektif farklılık anlamını yitirir ve ayırım bakımından sadece suça yönelik katkıların dikkate alınması başarıya ulaştırmaz<sup>68</sup>. Dahası neticeye yönelik tüm şartlar sadece sebep olma bakımından aynı şekilde değil, aksine normatif olarak da aynı değerde kabul edilirse, yardım etme objektif olarak tek başına faillik veya müşterek faillik gibi neticeye sebep olur<sup>69</sup>. Bu bağlamda objektif alanda kriterlerin nasıl bulunacağı belirsizlik arz edeceğinden<sup>70</sup>, faillik ile şeriklik arasındaki ayırım sadece sübjektif alanla ilgilidir<sup>71</sup>. Bu nedenle sınırlamalar sadece sübjektif alanda söz konusu olabilir<sup>72</sup>. Böylece geniş fail kavramı bu sistemde failliğin yanında şerikliği de tanımaktadır ve fakat faillik ile şeriklik arasındaki ayırım sadece sübjektif bağlantıda düşünülebilir<sup>73</sup>. Teorinin<sup>74</sup> önemli savunucularından *v.Buri*<sup>75</sup> fail ile yardım eden arasındaki ayrımı<sup>76</sup> faillik iradesinin

<sup>66</sup> Herzberg, a.g.e., s. 5; Kindhäuser, a.g.e., s. 320.

<sup>67</sup> Aksi yönde bkz. Joachim Hruschka, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen”, *ZStW*, 1998, s. 581-610, s. 592.

<sup>68</sup> Bloy, a.g.e., s. 90; Gallas, a.g.e., s. 132.

<sup>68</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 388; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 745.

<sup>69</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 388.

<sup>70</sup> Baumann, *NJW* 1963, s. 562’den aktaran Herzberg, a.g.e., s. 5.

<sup>71</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 320; Kühl, a.g.e., s. 758; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 649.

<sup>72</sup> Heinrich, a.g.m., s. 523; Roxin, a.g.e. (AT), s. 12; Hoberg, a.g.e., s. 31; Ebert, a.g.m., s. 189.

<sup>73</sup> Gallas, a.g.e., s. 81. Doktrinde bir görüş; bu teoriyi, tüm suç tipleri bakımından aynı kriter üzerinden faillik ile şeriklik ayırımı gerçekleştirmeyi amaçladığı için şeriklik öğretisinde tekçi düşünce olarak nitelendirmiştir. Bu, şekli objektif teori bakımından da geçerlidir. Raúl Pariona Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010, s. 21 vd.

<sup>74</sup> Bu teori aşırı sübjektif teori olarak da adlandırılmaktadır. Akbulut, a.g.e., s. 596. Aynı şekilde Akbulut, a.g.m., s. 172, dn. 18.

<sup>75</sup> Suça bağlı iştirak olarak şerikliğin dikkate alınması *v.Buri* tarafından eleştirilmiştir. İştirak şekillerinin somutlaştırılması bakımından belirleyici olan, hareket edenin iradesinin oluşturulması noktasındadır. İki olasılığın bulunduğunu belirten yazar, bizzat kendi iradesiyle hareket etme ve başkasının iradesine bağlı olma noktasında ayrıma giderek ilk durum bakımından failliği diğer durum bakımından ise yardım etmeyi kabul etmiştir (Maximilian *v.Buri*, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860’dan aktaran Bloy, a.g.e., s. 87).

<sup>76</sup> *v.Buri*’nin iştirak öğretisi bağlamında bağlılık kuralı özel bir değere sahip değildir. İcra hareketlerini gerçekleştirenin fiilinin belirli bir niteliğe sahip olup olmaması, diğer katılanların cezalandırılması bakımından ayrıca bir kriter değildir. Çünkü suça ilişkin neticeye katkı sağlayan herkes bütün olarak sebep olmaktadır ve bu sebep olmadan dolayı bizzat sorumludur. Böylelikle her bir katılan hâlihazırda cezalandırılabilirliğin tüm şartlarını bizzat gerçekleştirdiğinden, icra hareketlerini gerçekleştirenin fiilinin hukuki niteliğine dikkat çekilmemiştir. Poppe, a.g.e., s. 153.

bağımsızlığı ve yardım edenin iradesinin bağıllığı şeklinde formüle etmiştir<sup>77</sup>. Şerikliğin bağlı yapısının -esas fiile ilişkin objektif bir ilişki gerektirdiğinden- sübjektif teoriye uyuşmadığını belirtmiştir<sup>78</sup>. Ona göre şerik, katkısı aracılığıyla eşdeğerlik teorisine göre fiilin sadece bir kısmına değil, tüm fiile etki eder/sebep olur<sup>79</sup>.

Sübjektif teori kapsamında ileri sürülen yaklaşımların ortak özelliği faillik ve şeriklik arasındaki ayrımın belirlenmesine yönelik objektif kriterlerin dikkate alınmaması, bunun yerine suça katılanların irade, amaç, saik gibi içsel tutumlarının<sup>80</sup> ön planda bulundurulmasıdır<sup>81</sup>. Sübjektif teori kapsamında azmettirme, şeriklik iradesi ile bir başkasında suç işleme kararına yol açma ile cezalandırılabilir bir harekete sebep olmadır<sup>82</sup>. Bu bağlamda iradeye önem veren sübjektif teori kapsamında müşterek faillik,

<sup>77</sup> Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 52; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 388.

<sup>78</sup> Maximilian v.Buri, Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860'dan aktaran Bloy, a.g.e., s. 87. Sübjektif teoriyi bağıllık kuralıyla ilişkilendirmeye yönelik çalışmaları bulunan *Langenbeck*'ten farklı olarak *v.Buri* nedensellik bağının tespitinde Hegelci yaklaşımın aksine insana ilişkin hareketi amaççı değil, aksine sadece nedensel davranış olarak konumlandırmıştır (Poppe, a.g.e., s. 151). Nedensellik ve kusur bağlantısının katı ayırımından ve neticeye yönelik tüm şartların objektif olarak eşdeğerliğinden hareket eden *v.Buri* suça katılan herkesi fail olarak dikkate almıştır. Neticeye sebep olan kişi fail olarak kabul edilirken; yardım edenin de neticeye sebep olan kişi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ancak suça ilişkin iradesinin bağıllığı nedeniyle ikinci derece fail olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu, suça katılanların iradi özelliklerine göre ayırma dayanmaktadır. Yardım edenin daha az cezaya layık olduğu haksızlık aşamasında değil, irade aşamasında dikkate alınır (Aktaran Bettina Noltenius, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Peter Lang, Frankfurt, 2003, s. 48). *v.Buri* hem psişik hem de fiziksel iştirak ilişkisini yapısal anlamda eşdeğer olarak değerlendirdiği için, failliğin her şeklini bağımsız birer neticeye sebep olan katılım olarak ele almasının sonucu olarak esas fiile ilişkin bağlantıya ihtiyaç bulunmamaktadır. Esas fiil mevcutsa sadece yardım edenin katkısı ile netice arasında bağlantıyı oluşturma işlevinden söz edilebilir (Aktaran Bloy, a.g.e., s. 88-89). Böylece *v. Buri*'nin isnadiyet sistemini iki aşamalı inşa ettiğini belirtmek gerekir. İlk aşamada hareketin nedenselliğine göre sebeplerin eşdeğerliğinden hareket eder. Bu anlamda nedensel hareket eden kişi her zaman fail (*Urheber*)dir. Failliğin hangi formunun bulunduğu ise iradenin oluşumuna göre belirlenir. Böylelikle isnadiyetin ikinci aşamasına geçilir. İradenin bağımsızlığı hareket edenin hedeflediği amaca, menfaate göre belirlenir. İlgili kişi kendi menfaati için hareket ediyorsa bağımsız iradeden bahsedilmektedir (Aktaran Rotsch, a.g.e., s. 37). Bununla birlikte azmettirme yine dolaylı faillik ile manevi faillik olarak ele alınmıştır. *v.Buri* naturalist-nedensel bakış açısına sahip olduğundan, azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayrımı kabul etmez. Bunun sonucu olarak azmettirenin azmettirilenin üzerindeki etkisinin başlamasıyla suçun da teşebbüs aşamasına vardığını kabul etmek gerekir (Bloy, a.g.e., s. 88-89).

<sup>79</sup> Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, C.F.Müller, Karlsruhe, 1971, s. 651.

<sup>80</sup> Sübjektif yaklaşımların esas alabileceği içsel tutumlar kapsamında fail ile şerik ayırımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gallas, a.g.e., s. 93 vd.

<sup>81</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 51; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau*, 46. bs, 2016, s. 262; Maurach, a.g.e., s. 653; Gallas, a.g.e., s. 132; Ebert, a.g.e., s. 189; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 64; Evik, a.g.e., s. 105; Özkan, a.g.e., s. 17. *Welzel*, sübjektif teoriyi salt düşünce ceza hukukuna (*Gesinnungsstrafrecht*) sebep olmakla eleştirmektedir (Welzel, a.g.e., s. 106). Aynı yönde Peter Cramer/Günter Heine, Schönke/Schröder/Cramer *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. bs, C. H. Beck, München, 2006, s. 500; Gallas, a.g.e., s. 94.

<sup>82</sup> Hoberg, a.g.e., s. 48.

neticeye yönelik herhangi bir şartı gerçekleştirmekle de mümkün olabilecektir. Dikkat edilmesi gereken husus, iradilik kriterinin gerçekleşip gerçekleşmemesidir<sup>83</sup>.

Sübjektif temele dayanan yaklaşımlar zaman içinde gelişim göstermiştir. Bu nedenle konunun daha anlaşılabilir kılınabilmesi adına ayrıma gidilmesinde fayda vardır. Sübjektif bağlamda değerlendirilen iki temel yaklaşımdan biri katı sübjektif teori ve bunun kapsamında olan kast (dolus) teorisi ve menfaat teorisi iken, diğeri sınırlı sübjektif teoridir. Bu iki yaklaşım suça iştirake ilişkin sübjektif yaklaşım bağlamında tarihsel gelişim sürecinin ortaya çıkardığı bir ayrımdır<sup>84</sup>.

### **a. Katı Sübjektif Teori**

Katı sübjektif teoriler kapsamında kast teorisi (*Dolustheorie*) ve menfaat teorisi ele alınmaktadır. Kast teorisi faillik iradesi (animus auctoris/*Täterwillen*) ve şeriklik iradesi (animus socii/*Teilnehmerwillen*)<sup>85</sup> belirlemesi için iradenin türüne göre ayrımı esas alınırken; menfaat teorisi failin kimin için istendiğini esas almıştır<sup>86</sup>. Diğer bir ifadeyle *animus socii* için belirleyici kriter, kast teorisinde failin iradesine şerikin tabi olması iken<sup>87</sup>; menfaat teorisinde failin hareketini kendi menfaatine veya başkasının menfaatine göre gerçekleştirmesidir<sup>88</sup>. Kast teorisinde şerik, neticenin gerçekleşmesine yönelik kararı faile bırakır<sup>89</sup> ve kendi iradesi tali nitelikte kalır<sup>90</sup>. Bu nedenle şeriklikte bağımlı irade söz konusudur<sup>91</sup>. Kendi için isteme kriterinin yargı kararlarında gelişimiyle kast teorisi yerini

<sup>83</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 745. *Johannsen*, bu bağlamda sübjektif teorisinin maddi objektif teori ile fail kavramının şekli olarak değil, maddi olarak belirlenmesi noktasında uyum arz ettiğini belirtmiştir (Johannsen, a.g.e., s. 22).

<sup>84</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 388.

<sup>85</sup> v.*Buri* tarafından bu kavramlar "*Hauptwille*", "*Nebenwille*" şeklinde de ifade edilmiştir. Aktaran Lutz Nepomuck, *Anstiftung und Tatinteresse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, s. 69. 19. yy'ın ortalarına kadar suça katılanlara ilişkin ikili bir ayrımın (fail-yardım eden) kabul edilmiş olması ve azmettirmenin failliğin içinde yer alması şeklindeki hukuki durumun sonucu olarak yargı kararlarında *animus auctoris* ve *animus socii* ayrımı yapılırken, azmettirenin iradesi bakımından uygun bir ifade kullanılmamıştır. Orijinal kullanımına karşılık azmettiren *socius* olarak anlaşılmıştır (Schulz, a.g.e., s. 138).

<sup>86</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 51; Gallas, a.g.e., s. 132.

<sup>87</sup> Haas, a.g.e., s. 9.

<sup>88</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 11; Haas, a.g.e., s. 9; Ebert, a.g.e., s. 189; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 64; Evik, a.g.e., s. 106. *Demirel*, suçun işlenmesinde önemli menfaati bulunan fail, bununla birlikte basit menfati söz konusu olanın ise şerik olacağı şeklinde teoriyi yorumlamıştır (Demirel, a.g.e., s. 52). Failliğin tespiti bakımından menfaat teorisinin dikkate aldığı kriterin kast teorisinin dikkate aldığı kriterden daha geniş kapsamlı olduğu yönünde bkz. Eryıldız, a.g.e., s. 66.

<sup>89</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 53.

<sup>90</sup> Eryıldız, a.g.e., s. 65.

<sup>91</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 11.

menfaat teorisine bırakmıştır<sup>92</sup>. Buna göre faillik iradesinin varlığına ilişkin esas arz eden husus, neticeye yönelik ortaya çıkan daha güçlü menfaattir<sup>93</sup>. Bu kişisel menfaatin tespit edilemediği durumda fiili kendisi için isteme kriterinin oluşmadığı ve böylece sadece şerikliğin bulunduğu sonucuna varmak gerekir<sup>94</sup>.

Katı sübjektif teorinin belirleyici noktası tipik unsurların gerçekleştirilmesini, icra hareketlerini doğrudan gerçekleştireni sorumlu tutmak veya tutmamak bakımından dikkate almamasıdır<sup>95</sup>. Katı sübjektif teoride fail, suçu kendisi için isteyen kişidir, diğer bir ifadeyle fail iradesiyle hareket eder. Buna karşılık şerik ise, suça yabancı biri olarak destek vermeyi veya etki etmeyi isteyen kişidir<sup>96</sup>. Katı sübjektif teorinin Alman yargı kararlarında ön plana çıktığı iki önemli karar bulunmaktadır. Bunlardan ilki *Badewannefall* olarak anılan olay iken, diğeri *Staschynskij-Fall* olarak anılmaktadır<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, C.H. Beck, München, 2009, s. 349; Friedrich Geerds, “Täterschaft und Teilnahme -Zu den Kriterien einer normativen Abgrenzung-“, *JURA*, 1990, ss. 173-180, s. 175; Kindhäuser, a.g.e., s. 320.

<sup>93</sup> Murmann, a.g.m. (JA 2008), s. 321. Menfaat teorisinin özellikle azmettirenin fail olarak mı, yoksa şerik olarak mı ele alınmasına yönelik ortaya çıkardığı zorluk nedeniyle, sübjektif teori kapsamında kast teorisinin daha net sonuca ulaşmaya elverişli olduğu görüşü için bkz. Wolfgang Schild, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch I*, 5. bs, Baden-Baden, 2017, s. 1262.

<sup>94</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 389.

<sup>95</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 389. Bu yaklaşıma paralel şekilde *Joecks* azmettirmeyi failin, fiili azmettirenin istemesi nedeniyle gerçekleştirmesi kapsamında ele almıştır. Wolfgang Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.1, 2. bs, C. H. Beck, München, 2011, s. 1233.

<sup>96</sup> Hauf, a.g.e., s. 75; Bock, a.g.m. (JURA 2005), s. 675; Murmann, a.g.m. (JA 2008), s. 321; Önok, a.g.e., s. 52; Evik, a.g.e., s. 107; Demirel, a.g.e., s. 29; Özkan, a.g.e., s. 17.

<sup>97</sup> Kühn, a.g.e., s. 758 vd. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın dayandığı “*Badewannenfall*” (RGSt 74,85) olayını şu şekilde özetlemek mümkündür: “Anne *Martha* evlilik dışı yeni doğan çocuğunu küvette boğmak ister, ama yeni doğum yaptığı için bu kendisi için zor olacaktır. Kardeşi *Sigrid*'ten bunu yapmasını ister, o da yapar. Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG), (S)'nin icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen farklı bir sonuca ulaşmıştır. Burada *Martha* tek başına fail kabul edilirse, hafifletici hal olarak dönemin Ceza Kanunu hükümlerinden md. 217 kapsamında (*Privilegierung der Kindstötung*) fail olarak çocuğunu öldürmekten daha az ceza alması gerekir (o zamanlar evlilik dışı çocuğun öldürülmesinde annenin özel bir çatışma hali içinde bulunması, hafifletici hal sebebiydi). *Sigrid* ise yardım eden olarak daha az cezayla cezalandırılacaktır. Buna karşılık doğrudan doğruya hareket eden *Sigrid*'in failliği kabul edilirse, dönemin Kanununa göre ölüm cezasıyla cezalandırılması kaçınılmazdı. Bu neticeyi İmparatorluk Mahkemesi katı sübjektif teoriyle engellemiştir. *Sigrid* çocuğu kendi elleriyle boğmasına rağmen, bunu başkası için yerine getirmiştir. Bu nedenle yardım eden olarak sorumlu olacaktır” (Heinrich, a.g.e., s. 525). Benzer şekilde diğer bir durum olarak “*Staschynskij*” (BGH, Urt. v. 19.10.1962–3 StE 4/62, BGHSt 18, 87 (90)) olayında Sovyet hükümeti adına sürgünde iki politikacıyı öldüren KGB ajanı Staschynskij, fiili bizzat gerçekleştirmesine rağmen sadece yardım eden olarak sorumlu tutulmuştur (Bettina Weißer, *Täterschaft in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, s. 27 vd.; Johannsen, a.g.e., s. 31; Rengier, a.g.e., s. 342; Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 289 vd.). *Roxin*, politik durumların dışında, yeni “genel hükümler” yürürlüğe girene kadar katı sübjektif teorinin belirleyici olduğu kararların az olmadığını belirtmiştir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 21).



Her iki olayın ortak özelliği suça ilişkin hareketleri bizzat gerçekleştiren kişilerin sadece yardım eden olarak sorumlu tutulmasıdır<sup>98</sup>.

Şeriklik başkasının iradesine (*animus auctoris*) tabi olma şeklinde karakterize edildiğinde, şeriklik yapısı gerçekte kusurlu işlenen esas fiilin varlığını zorunlu kılmaz. Şerikliği temellendiren irade bir başkasının faillik iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle arka plandaki kişinin suçun asgari nitelikleri taşıdığına yönelik tasavvurunun bulunması yeterlidir<sup>99</sup>. Arka plandaki kişinin beklentisinin aksine icra hareketlerini gerçekleştirenin kastı olmaksızın veya kastı olmakla birlikte kusuru olmaksızın hareket ediyor olması ve objektif anlamda suç seyri üzerinde arka plandaki kişinin ağırlığının oluşması icra hareketlerini gerçekleştirenin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmasına çelişki oluşturmaz. Çünkü bu öğretiyi şeriklik niteliği bakımından sadece iradi yönelime dayanmakta ve katılanın tasavvuru, objektif olarak meydana gelen olaya dayanmamaktadır<sup>100</sup>. Bu nedenle gerçekte meydana gelen durumun tasavvur edilen durumdan farklılaşması önemsizdir ve şerikliğin varlığı hususunda bir değişikliğe yol açmamaktadır<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Rolf Dietrich Herzberg, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät”, *ZStW*, 1987, ss. 49-81, s. 51-52.

<sup>99</sup> Jürgen Baumann, “Mittelbare Täterschaft oder Austiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?”, *JZ*, 1958, ss. 230-235, s. 233. *Bockelmann* faillik ile şeriklik arasındaki yapısal farklılığı tali fail kavramından hareketle fail, şerik olmayan kimsedir şeklinde ifade etmiştir (*Bockelmann*, a.g.e. (Strafrechtliche Untersuchungen), s. 76). Yazara göre, yardım eden fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik kararı faile bırakma iradesi ile hareket eden kişidir. Şerikliğin bir başkasının suç kararına yönelik kastına tabi olma şeklinde karakterize edilmesi, şerikliğin cezalandırılabilmesi bakımından kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilmiş fiilin varlığını gerektirmektedir (*Bockelmann*, a.g.e., s. 78). Bu durumda isnat yeteneği bulunmayan veya mazeret nedeni içinde hareket eden kişiyi suça yönlendiren kişi şerik olarak cezalandırılabilir (*Bockelmann*, a.g.e., s. 37 vd.). Bununla birlikte doğrudan hareket edende haksızlık bilinci eksiğe arka plandaki kişi bunu biliyorsa sadece dolaylı fail olarak cezalandırılabilir (*Bockelmann*, a.g.e., s. 79).

<sup>100</sup> Baumann, a.g.m. (*JZ* 1958), s. 233.

<sup>101</sup> Teorinin savunucularından *Bockelmann*'a göre ayırım psişik olguda, daha açık ifadeyle yardım edenin asıl failin kastına tabi olmasında ortaya çıkar. Suçu başkası için isteme kriteri özellikle müşterek faillik şeklinde işlenen suçlarda her bir suça katılanın fiili diğer katılan için istemesi halinde hepsinin yardım eden olarak sorumluluğunun oluşması gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkarmaktadır ki bu da aynı zamanda suçun failinin bulunmaması sonucunu doğurur. *Bockelmann* gerçek durumla bağdaşmayan bu ihtimalleri ortadan kaldırmak için suça katılanların tasavvurlarının gerçek durumla bağdaştığı ölçüde dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmiştir (Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 53 vd.). Yazarın yardım etme ve fail ayırımına ilişkin görüşüne yönelik eleştiri için bkz. Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 926. *Bockelmann* daha sonra fiil hâkimiyeti kavramını kabul etmiştir. Bu süreçte *Welzel*'den etkilenen *Bockelmann* özellikle müşterek faillik kavramında ortak suç işleme kararının varlığı söz konusu ise hazırlık aşamasında gerçekleştirilen bir hareketin de müşterek faillik kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna katılmıştır (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 83). Sübjektif teoriyi savunan bazı yazarlar sübjektifliğin bu keyfilğini ortadan kaldırmak amacıyla objektif unsurlarla sınırlama

Bu teori özellikle mahkeme kararlarında pragmatik bakış açısının sonucu olarak faillik ile şeriklik ayırımına ilişkin uzun zaman dikkate alınan bir ölçütü esas almakla birlikte, doktrinde birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle sübjektif teorinin failliğin tipik haksızlığın gerçekleştirilmesi şeklinde kabul edildiği ceza kanunlarının yer aldığı sistemlerde geçerlilik bulamayacağı<sup>102</sup> kabul edilmelidir. Faillik, tipik haksızlığın gerçekleştirilmesinden ortaya çıkan zorunlu bir sonuçtur. Kimin menfaatine hareket ettiği dikkate alınmaksızın, tüm tipiklik unsurlarını gerçekleştiren kişi failin cezasıyla cezalandırılır. Aksini kabul, ceza hukukunun genel hükümlerinin kurumlarının kendi içinde çelişkiye düşmesi sonucunu ortaya çıkarır. Kanun istisna tanımaksızın suçu işleyen kişinin fail olarak cezalandırılacağını hüküm altına almıştır<sup>103</sup>. Sübjektif teori somut olarak tipikliğin gerçekleşmesi üzerinde etkili olma durumunu faillik bakımından zorunlu bir kriter olarak gerektirirse, kanun kapsamında sadece doğrudan faillik ile bağdaşabilir nitelik arz eder. Zira diğer faillik türleri bakımından başkası yararına hareketi de cezalandıran tüm suç tiplerinde sübjektif teori reddedilir. Bu durumlarda fail bakımından neticeye ilişkin kendi menfaatinden bahsedilemez<sup>104</sup>.

Katı sübjektif teori kapsamında mahkeme kararlarında ortaya çıkan sonuçların keyfiliğine tepki gösteren<sup>105</sup> ve bu teorinin hukuk devleti ilkesini benimsemiş ceza hukuku sistemlerinde kabul edilebilir bir yaklaşım olmadığını ileri sürenler<sup>106</sup> ayrıca bu yaklaşımla tipikliğin garanti fonksiyonunun da göz ardı edildiğini belirtmişlerdir<sup>107</sup>. Bu

---

arayışına da gitmiştir. Nitekim *Busch* failin objektif anlamını tespiti yönelik suçu kendisi için isteyen, neyin gerçekten gerçekleşmesini istediğinin araştırılması gerektiğine dikkat çekmiştir (Busch, *Leipziger Kommentar*, 47/10'dan aktaran Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 391).

<sup>102</sup> Wilfried Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, s. 41; Maurach, a.g.e., s. 651; Herzberg, a.g.m. (ZStW 1987), s. 52; Nepomuck, a.g.e., s. 70; Önok, a.g.e., s. 53; Çelen, a.g.e., s. 180. 1995 tarihli Ceza Kanunu'nun kabulünden önce İspanya içtihatlarında belirli bir süre sübjektif teori esas alınırken, teorinin 1980'li yılların sonunda etkisi kalmamıştır. Önok, a.g.e., s. 54.

<sup>103</sup> Herzberg, a.g.e., s. 5; Gallas, a.g.e., s. 82.

<sup>104</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 320.

<sup>105</sup> Teorinin failin belirlenmesi konusunda hâkime geniş yetki vermesine ilişkin değerlendirme için bkz. Önok, a.g.e., s. 54.

<sup>106</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 390; Kühl, a.g.e., s. 759; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 81; Önok, a.g.e., s. 54; Demirel, a.g.e., s. 36; Elvan Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", *TBB Dergisi*, S. 65, 2006, ss. 73-88, s. 78.

<sup>107</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 390.

yaklaşım çerçevesinde fail ve yardım eden ayrımı ön plana çıkmış olup, faillik ile şeriklik arasında genel bir ayırım kriteri getirilememiştir<sup>108</sup>.

Salt sübjektif bir değerlendirme tarzı, suçun gerçekleştirilmesi kapsamında suça katılanların objektif katkılarının ağırlığını tarafsız bir şekilde dikkate almadığından, belirlemiş olduğu faillik iradesi kriteriyle tipiklik bağlantısını koparmakta ve suça ilişkin katkıları haksızlık içeriklerine aykırı şekilde izole etmektedir. Bu aynı zamanda kanunun önem verdiği konu ilişkisinin göz ardı edilerek, iştirak şekillerinin yasal dayanaktan yoksun bırakılması<sup>109</sup> anlamına gelecektir. Bu kapsamda en sert eleştiri, bu teorinin fiil ceza hukukundan kopuşa eğilim gösterdiği yönünde olmuştur. Teori, bir başkasının iradesine veya menfaatine göre hareket edilmesi kriterinin tek başına dikkate alınması ve objektif ayırım temelinde bir esasın önemsenmemesi nedeniyle failliğin düşünce ceza hukuku anlamında içsel bir oluşumda tükeneceği nedeniyle eleştirilmektedir<sup>110</sup>. Değerden yoksun nedensellik kategorisine dayanması nedeniyle, suçun merkezi konumunda yer alanın fail olarak kabul edildiği fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında da sübjektif teorinin kabulü söz konusu değildir<sup>111</sup>. Ayrıca tamamen suça katılanın iradesini esas alması nedeniyle bu teorinin uygulanması ispat aşamasında güçlük arz etmektedir<sup>112</sup>.

Sübjektif teorinin tek taraflılığı, faillik ve şeriklik arasındaki ayırımda katılanların katkılarının maddi içeriğini göz ardı ettiğinden, cezanın belirlenmesinde birbiriyle kolaylıkla karışabilmeleri tehlikesini barındırmaktadır<sup>113</sup>. Sübjektif teori kapsamında faillik bakımından iradi unsurun esas alınması ayrıca şerikliğin bağlılığını açıklama noktasında sorun teşkil eder. Yaklaşım şerikliğin bağlı yapısı ile bağdaşır nitelikte

---

<sup>108</sup> Marion Bertschi Riemer, *Die Anstiftung gemäss Art. 24 StGB eine Überprüfung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nach den Gesichtspunkten der finalen Verbrechenslehre*, Juris- Verlag, Zürich, 1961, s. 17. Benzer eleştiri için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 271.

<sup>109</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 263.

<sup>110</sup> Volker Haas, "Kritik der Tatherrschaftslehre", *ZStW*, 2007, ss. 519-546, s. 520-521.

<sup>111</sup> Georg Küpper, "Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme", *GA*, 1986, ss. 437-449, s. 437.

<sup>112</sup> Önok, a.g.e., s. 54. Aynı yönde Aydın, a.g.e., s. 59.

<sup>113</sup> Hünerfeld, a.g.m., s. 231. Benzer yönde bkz. Eryıldız, a.g.e., s. 66. *Binding* manevi müşterek failliği de mümkün görerek bunun azmettirmeden ayrımını, azmettirmenin bir başkasını sadece suça sevk etmek olarak kabul edilmesinde, bununla birlikte manevi müşterek faillikte suça ilişkin planlamanın yapılması gereğinde görmüştür. Ayrıca manevi müşterek faillik bakımından suçun icra aşamasındaki birlikte icrayı gerçekleştirmeye yönelik iradeye benzer şekilde suç kararının oluşumunda irade birliğinin bulunması gerektiğini de belirtmiştir. Aktaran Hoberg, a.g.e., s. 38.

değildir<sup>114</sup>. Burada faillik kriteri olarak fiilin gerçekleştirilmesinde menfaatin bulunması esas alındığında suça yönelik katkısı objektif anlamda sadece azmettirme teşkil eden kişinin fail olarak kabul edilmesine yol açacaktır. Bu durumda şeriklik kurumlarının ve dolayısıyla bağıllık kuralının işlevsiz hale gelmesi sonucu ortaya çıkabilecektir<sup>115</sup>.

Teori özgü suçlara ilişkin suça iştirak edenlerin sorumluluğunun tespiti noktasında yetersiz bulunmuştur. Sübjektif teori geniş fail kavramından hareket etmesinin de sonucu olarak faillik bakımından özel niteliğin gerekli olduğu suçlarda suça katılanlar arasında ayrımı açıklamak konusunda ikna edici değildir<sup>116</sup>. Burada ilgili niteliği taşımayan kişi de hukuki değer ihlaline nedensel katkısı ile sebep olmaktadır. İlgili niteliği taşımayan bakımından fiili kendisi için isteyemeyeceği argümanına dayanılmak istenirse, bu durumda sadece objektif olarak gerekçelendirme yapılabilir. İlgili niteliğin sahibi olmayan kişinin fiili kendisi için isteyemeyeceği ve bu nedenle de fail olamayacağı kabul edilmelidir<sup>117</sup>. Sonuç olarak sübjektif teori özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar söz konusu olduğunda objektif ayrıma taviz vermek zorundadır. Zira kişi fiili kendisi için ne kadar isterse istesin eksik olan faillik niteliğini oluşturamaz. Bu nedenle bu teoride de ilgili niteliğe sahip olmayan kişi ancak şerik olarak suça katılabilir<sup>118</sup>.

Faillik hareketlerinin açık şekilde failin kendi menfaatine değil de başkasının menfaatine yönelmesinin mümkün olduğu suç tiplerinin (istek üzerine öldürme -ACK md. 216- veya başkası için dolandırıcılık gibi) sübjektif teorinin açıklamada yetersiz kaldığı suç tipleri olması nedeniyle teori ayrıca eleştirilmektedir<sup>119</sup>. Neticeye sebep olma üzerine dayandırılan yaklaşım sırf hareket suçları bakımından da tatmin edici sonuçlara ulaşmaktan uzaktır<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> Hoberg, a.g.e., s. 71. Teorinin günümüzde sadece tarihsel öneminin bulunduğu görüşü için bkz. Weißer, a.g.e. (2011), s. 32; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. bs., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 186.

<sup>115</sup> v.Hippel, AT, s. 460'tan aktaran Demirel, a.g.e., s. 296.

<sup>116</sup> Gallas, a.g.e., s. 83, 134.

<sup>117</sup> Gallas, a.g.e., s. 83.

<sup>118</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 389.

<sup>119</sup> Rengier, a.g.e., s. 343; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 747; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 390; Nepomuck, a.g.e., s. 71; Evik, a.g.e., s. 109; Demirel, a.g.e., s. 34.

<sup>120</sup> Gallas, a.g.e., s. 83.

Ayrıca menfaat teorisi, şerikin de fiilin icrasına yönelik menfaate sahip olabilmesi nedeniyle hatayı içinde barındırır<sup>121</sup>. Fiilin kimin için istendiği ceza hukuku bakımından belirleyici bir kıstas değildir<sup>122</sup>. Katı sübjektif teorinin dayandığı esas azmettirmenin suça iştirak şekilleri içindeki konumunu etkileyen bir nitelik arz etmektedir. Azmettiren çoğu zaman kendi menfaati için veya diğer bir ifadeyle kendisi için suçun gerçekleşmesini isteyen kişidir ve bu özellik azmettirmeye içkindir<sup>123</sup>. Bu bağlamda olmak üzere, azmettirmenin çoğu durumda fiili kendisi için istemesi faillik ile arasındaki farklılığın ortadan kalkmasına neden olur<sup>124</sup>. Böyle bir kabule yönelik kanunda azmettirenin faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olması üzerinden bir gerekçelendirme yapılamaz. Söz konusu yaklaşım çerçevesinde açıklanması gereken, menfaat kriteri üzerinden azmettirenin neden faillik değil de şeriklik türü olarak kanunda yer aldığı hususudur. Salt sübjektif bakış açısı çerçevesinde azmettirmenin sadece şeriklik şekli olarak kabulü ikna edicilikten uzaktır<sup>125</sup>.

### ***b. İlmli Sübjektif Teori***

Faillik şeriklik ayırımına ilişkin ortaya atılan yaklaşımlar objektif ve sübjektif temelde şekillenmekle birlikte, tarihsel süreçte farklı yaklaşımlara ilişkin kriterlerin bir araya getirilmesi yoluyla ortaya çıkan yeni yaklaşımlar (*gemischte Theorien*) da olmuştur<sup>126</sup>. İlmli sübjektif teori<sup>127</sup> bunlardan birisidir. Alman yargı kararlarında

---

<sup>121</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 390. Yazarlar bu konuya ilişkin *Spendel*'i (Günter Spendel, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, *JuS*, 1974, ss. 749-756, s. 754), getirmiş olduğu önerinin bir çözüm sunmaması nedeniyle eleştirmişlerdir. *Spendel*'e göre suça iştirak türleri bakımından gerçekleştirdikleri etkinin fiili eşdeğerliği ve normatif eşdeğerliğine göre ayırım yapılması gerekir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 391.

<sup>122</sup> Evik, a.g.e., s. 107; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 83 vd.

<sup>123</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 747. Konuya ilişkin kiralık katil örneği için bkz. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 57.

<sup>124</sup> Uwe Murmann, *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. bs, Carl Heymanns, 2014, s. 243; Maurach, a.g.e., s. 655; Hoberg, a.g.e., s. 35, 70. Özellikle azmettirmenin dolaylı faillik ile arasındaki ayırım bakımından fiilin kimin menfaatine gerçekleştirildiği kriterinin elverişli bir kriter olmaması dönemin yazarlarını farklı kriterleri dikkate almaya yöneltmiştir. Bu bağlamda dolaylı faillik bakımından araç kişinin niteliği kapsamında hareket yeteneğinin bulunmaması nedeniyle fail olamamasının aranması ön plana çıkmıştır (Hoberg, a.g.e., s. 36). Bu bağlamda *Lobe* azmettirmenin faillikten ayırımı ortaya koymak bakımından *animus socii* iradesi ile hareket etmesini kabul etmekle birlikte, ayrıca tipik olarak fail olamayan kişinin de azmettiren olduğu hususunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Aktaran Hoberg, a.g.e., s. 37.

<sup>125</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 747.

<sup>126</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 58. Roxin bu şekilde oluşturulan kombinasyonların farklı bakış açılarını bir araya getirmesi nedeniyle önemli bir avantaja sahip olduklarını belirtmekle birlikte, metot açısından eleştirilere açık olduğunu ifade etmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 59.

<sup>127</sup> Öğretide bu tabir yerine sınırlı sübjektif teori (*eingeschränkt-subjektive Theorie*) ifadesi de kullanılmaktadır. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 58.

sübjektif teorinin gelişim evrelerine bakıldığında öncelikli aşamanın menfaat kriterini esas alan aşama olduğu görülmektedir. Teori kapsamında fiile yönelik menfaatin faillik tespitinde dikkate alınan tek kriter olmasının ortaya çıkardığı güçlükler daha sonra yargı kararlarında failliğin belirlenmesine yönelik kriterlerden sadece biri olarak dikkate alınması ile giderilmeye çalışılmıştır<sup>128</sup>. İlimli sübjektif teori katı sübjektif teorinin aşırılığı ve yasal düzenleme ile çelişkisi nedeniyle yargı kararlarında yer bulmuştur<sup>129</sup>. Bununla birlikte Alman yargı uygulamasında salt sübjektif teoriden ilimli sübjektif yaklaşıma geçiş sürecinde verilen kararlarda yeknesaklıktan söz edilemeyeceği de belirtilmelidir<sup>130</sup>.

Özellikle icra hareketlerini gerçekleştirilmesine rağmen kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesine imkân sağlayan katı sübjektif teori, 1950’li yıllarda yerini fiil hâkimiyeti üzerinden sübjektif yaklaşımın şekillendirilmesine bırakmıştır<sup>131</sup>. İradenin yönelimini esas alan sübjektif teorinin yeni dönem savunucuları fiil hâkimiyeti öğretisinden esinlenerek faillik iradesini fiil hâkimiyetine yönelik irade şeklinde ifade etmişlerdir<sup>132</sup>. Bunda *Gallas* tarafından<sup>133</sup> üzerinde çalışılan normatif fiil hâkimiyetinin

<sup>128</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 746.

<sup>129</sup> Bringewat, a.g.e., s. 302.

<sup>130</sup> Friedrich Schaffstein, “Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, 1989, ss. 153-158, s. 155. Bazı yargı kararlarında *animus* formülünün içerik olarak gerçekleştirilmesine hizmet etmesi bakımından salt sübjektif kriter olarak fiil hâkimiyeti iradesine üstünlük tanınırken, bazı kararlarda sübjektif öğretinin sınırlandırılması ve tamamlanması bakımından objektif sınırlama kriterleri esas alınmıştır (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 90). BGH tarafından fiil hâkimiyeti öğretisine dayanan ilk karar 3. Senato tarafından 21.11.1950 tarihinde verilmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 90). Esas olarak fiil hâkimiyeti yaklaşımının ele alındığı karar, eşinin intiharına engel olmayan kadının ihmali hareketle ölümüne sebebiyet vermeden dolayı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkindir. BGH bu olayda yardım yükümlülüğünün olay üzerindeki hâkimiyetin tamamını veya en azından önemli bir kısmını oluşturduğunu, yükümlülük sahibinin müdahalesiyle durumun değişiminin mümkün olduğunu, eğer ki bunu gerçekleştiriyorsa meydana gelecek neticeyi istemiyor olsa bile meydana gelen neticeden dolayı sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir. Böylelikle BGH, neticeye yönelik iradenin bulunmamasını objektif fiil hâkimiyetinin varlığı karşısında önemsiz görmüştür. 12.2.1952 tarihli BGH kararından aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 91.

<sup>131</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 388; Johannsen, a.g.e., s. 35-36. 1871 yılından beri Alman yargısında sübjektif teori savunulmaktadır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 11).

<sup>132</sup> Baumann, a.g.m. (JZ 1958), s. 232.

<sup>133</sup> *Gallas* sübjektif teori kapsamında azmetirme ile dolaylı faillik arasındaki ayrımın menfaatin kime yönelik olduğuna ilişkin kriterle yapılamayacağını, bunun fiil ceza hukuku bakımından elverişli bir kriter olmadığını, iradenin yönelimi dışında söz konusu objektif sevk etme hareketi bakımından aralarında bir ayrım bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle araç kişi üzerindeki arka plandaki kişinin fiile etkisinin derecesine göre ayrım yapılması gerektiği düşüncesinin ön plana çıkacağını belirtmiştir. Bununla birlikte bu kriterin de niceliksel ve belirsiz bir kriter olacağına vurgu yapmıştır. *Gallas*, a.g.e., s. 122.

de etkisi olmuştur<sup>134</sup>. Belirtilmelidir ki, katı sübjektif teori kapsamındaki yaklaşımlar yukarıda açıklandığı üzere geniş fail kavramına dayanmakla birlikte, ılımlı sübjektif teorinin dar fail kavramını esas aldığı kabul edilmektedir<sup>135</sup>.

Fiil hâkimiyetinin sübjektif teori temelinde<sup>136</sup> açıklanmasında ön plana çıkan bu yaklaşım bakımından faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı yönelik olarak “başkasının yerine” veya “başkasının iradesine bağlı olma” kriterleri kullanılmıştır<sup>137</sup>. Bu bağlamda kast, haksızlık bilincine bağlı olmaksızın bulunabileceğinden başkasının iradesine tabi olmaktan sadece esas failin kastına yönelik bağlılık anlaşılması gerekir<sup>138</sup>. Kim fiilin seyrine ilişkin hareketine başlar ve bu hareketiyle fiilin seyrine hâkim olursa, kural olarak fiil hâkimiyeti iradesine de sahiptir. Buna karşılık kimin fiilin seyrine ilişkin katkısı belirleyici değil de tali nitelikteyse ve fiile ilişkin hâkimiyeti de söz konusu değilse, kural olarak iradesi fiilde esaslı rol oynamaya yönelik değildir<sup>139</sup>. Fiil hâkimiyetine yönelik iradenin tespiti, diğer bir ifadeyle suçta iştirak edenin katkısının genel olarak suçun bir parçası olarak kabul edilebilmesi için tüm koşullar dikkate alınarak<sup>140</sup> bir değerlendirmede bulunulmalıdır<sup>141</sup>. Bunun için dikkate alınacak kriterler suçun

<sup>134</sup> Johannsen, a.g.e., s. 35-36.

<sup>135</sup> Demirel, a.g.e., s. 41.

<sup>136</sup> *Baumann* fiil hâkimiyeti öğretisini reddetmiştir. Bu bağlamda *animus* formülünün yeni oluşumu üzerine çabalayan yazar böylece kast (*dolus*) teorisini de yaklaşımı çerçevesinde yeniden uyarlamıştır. Faillik bakımından maddi ölçütü “kendi fiil hâkimiyetine yönelik irade” şeklinde belirleyen *Baumann*, suça yönelik katkılarının niteliğinin suçun gerçekleşmesine ilişkin hâkimiyet iradesinin bulunmasıyla ilgisinin olmadığını ifade etmiştir (Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 87). *Roxin*, böyle bir kabulde kast teorisine karşı ileri sürülen bir suçun işlenmesi kapsamında suça katılanların hiçbirinin faillik iradesiyle hareket etmediği ihtimalinde failin belirlenmesi konusunda alınacak ölçütün ne olacağı sorununun tekrar ortaya çıkacağına vurgu yapmıştır. Buna yönelik olarak icra hareketlerini gerçekleştirenin her zaman faillik iradesine sahip olduğu şeklindeki çözümün ikna edici olmadığını belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 87.

<sup>137</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 314. *Nowakowski* de final hareket öğretisini kabul etmeyerek, fiil hâkimiyeti teorisini sübjektif temele dayandırmıştır. Ona göre faillik, kendi fiil hâkimiyetinin bilincinde olarak fiile katılma iken; şeriklik ise başkasının fiil hâkimiyetine sahip olduğunun bilincinde değildir. Birden fazla kişinin bir suçun işlenmesine katılması ihtimalinde hepsinin aynı ölçüde kendilerini sorumlu hissetmeyeceklerini ileri sürer. Burada ayırım faillik düşüncesinde (*Urhebergeföhl*) oluşmaktadır. Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 85. *Roxin*’e göre, *Nowakowski* teorisinin dogmatik yeniliği fail sorununu tipiklik ve haksızlık aşamasından çıkarması ve salt kusur problemi olarak ele almasıdır. Faillik düşüncesi (*Urhebergeföhl*) ile tanımlanan fiil hâkimiyeti ona göre normatif bir kusur unsurudur. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 86.

<sup>138</sup> Bockelmann, a.g.e., s. 122.

<sup>139</sup> Jürgen Baumann, “Täterschaft und Teilnahme”, *JuS*, 1963, S. 2, ss. 51-59, s. 51.

<sup>140</sup> 1926 tarihli TCK döneminde Yargıtay’ın faillik ile şeriklik ayrımı bakımından sistematik bir belirlemesinin bulunmadığına bununla birlikte dikkate aldığı kriterler itibariyle bütüncül bir bakış açısına sahip olduğuna ilişkin görüş için bkz. Özgenç, a.g.e. (1996), s. 121.

<sup>141</sup> Yakın zamanda ise öğretinin bir kısmı faillik-şeriklik sınırlandırmasında hem objektif hem de sübjektif kriterlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğinden hareketle “bütünlük teorisi”ni (*Ganzheitstheorie*) savunmaktadır. Günümüzde sübjektif teori ve fiil hâkimiyeti teorisi ayrımının,

gerçekleşmesinde kendi menfaatinin derecesi, katılımın kapsamı ve fiil hâkimiyeti ya da fiil hâkimiyetine ilişkin iradenin yoğunluğudur; bu yüzden suçun icrası ve neticelendirilmesi önemli ölçüde katılanın iradesine bağlıdır<sup>142</sup>. Bu nedenle fiil hâkimiyeti failliğin belirlenmesinde tek başına ölçüt olamaz, aksine sadece kriterlerden biri olarak dikkate alınabilir<sup>143</sup>. Nitekim müşterek failliğin, failin fiiline yönelik katkısını

---

birbirlerini bazı noktalarda etkilediklerinden hareketle, önemini yitirdiği ileri sürülmektedir (Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. bs, Paul Siebeck, Tübingen, 1984, s. 283 vd.). Bütünlük teorisinden anlaşılması gereken sistematik olarak genel kavramların birleştirilmesi değildir, aksine kavramsal ayrılığın esası olarak suç seyri özelinde tüm unsurları her bir somut durum bakımından dikkate almaktır. Diğer bir ifadeyle iştirak şekillerinin değerlendirilmesi her bir unsurun içinde yer aldığı bütünsel bağlama bağlıdır. Hangi unsur veya unsurların nihai karar bakımından belirleyici olduğu sistematik ve soyut olarak belirlenemez. *Schmidhäuser* suça iştirak şekilleri arasında kesin bir sınırın çizilemeyeceği kabulünden hareket etmektedir. Suça etki eden nedenler üzerinde sınırlı sayı şeklinde bir belirleme yapılamamakla birlikte hem objektif hem de sübjektif unsurların dikkate alınması gerekmektedir (Schmidhäuser, a.g.m. (1993), ss. 343-363, s. 344 vd.). Dikkate alınacak unsurların aralığının, nihai bir katalog oluşturmaksızın, suç yerinde bulunma üzerinden suç seyrine hâkim olma ve fiile yönelik doğrudan ve dolaylı menfaatten suçun işlenmesi üzerine elde edilenlerin paylaşılmasına ilişkin anlaşmaya kadar olması yeterlidir. Burada ön plana çıkan husus değerlendirmenin salt sübjektif veya salt objektif kıstaslar üzerinden yapılmayacak olmasıdır (Schmidhäuser, a.g.e., s. 284). *Schmidhäuser*'in dayandığı teorik temel geniş fail kavramıdır. Yazar, tüm suça katılanların aynı şekilde hukuki değeri ihlal ettiğini kabul etmektedir (Schmidhäuser, a.g.m., s. 347). *Johanssen*, bu yaklaşımın objektif fiil hâkimiyeti teorisinden objektif ve sübjektif unsurların aynı şekilde dikkate alındığı aracı sınırlama teorisine yönelik gelişim çizgisi olarak görülmesi gerektiğini belirtir (Johanssen, a.g.e., s. 150). Bununla birlikte yargı kararlarında dayanan normatif kombinasyon teorisine benzer bir yaklaşım *Geerds* tarafından savunulmaktadır (Geerds, a.g.m. (JURA 1990), s. 173 vd.). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, s. 21; Roxin a.g.e. (AT), s. 17. Bu bağlamda *Hardwig*'in yaklaşımının da paralellik arz ettiği söylenebilir. *Hardwig*'e göre de fail ve şerik ayrımının net şekilde tespit edilen kriterler aracılığıyla belirlenmesi söz konusu değildir. Objektif veya sübjektif nitelikte olabilecek kriterlerin somut olay bağlamında göz önünde bulundurulması gerekir (Werner Hardwig, "Über den Begriff der Täterschaft", *JZ*, 1965, ss. 667-671, s. 668 vd.). Faillik ve şeriklik ayrımına yönelik salt objektif bakış açısının veya salt sübjektif bakış açısının geçerliliği kalmadığına yönelik diğer bir görüş için bkz. Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg, 1997, s. 499. Bu şekilde ifade edilen bütünlük yaklaşımı yargı kararlarında esas alınan normatif kombinasyon teorisine benzerlik taşıdığından bu yaklaşıma yöneltilen eleştiriler de benzer şekilde olmuştur. Belli bir sistemleştirmenin benimsenmemesinin keyfiliği tehlikesini barındırdığı ve her bir kriterin normatif içeriğinin ve daha önemlisi birbirleriyle olan ilişkilerinin açıklanmaması yaklaşımın zayıf yönünü ortaya çıkarmıştır (Renzikowski, a.g.e., s. 22). Benzer yönde Bottke, a.g.e., s. 39 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 396; Rolf Dietrich Herzberg, "Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums – BGHSt 35, 347", *JURA*, 1990, ss. 16-26, s. 21; Bloy, a.g.e., s. 309; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 122.

<sup>142</sup> Rengier, a.g.e., s. 342; Önok, a.g.e., s. 56. Doktrinde ılımlı sübjektif teorisinin fiil hâkimiyeti teorisi karşısında tercih edilmesi gerektiğine yönelik gerekçe şu şekildedir: Fiil hâkimiyeti öğretisinin dayandığı olay seyrine hâkim olma kriteri tek başına faillikte dahi belirsiz kalabilir. Nitekim birisini öldürmek için bomba paketi gönderen kişinin fail olarak ele alınacağına şüphe bulunmamakla birlikte ne postanın ulaşımı aşamasında ne de paketin açılması aşamasında olay seyri üzerindeki hâkimiyetinden söz edilebilir. Sonuç olarak, her iki görüş arasında fail iradesinin tespitindeki objektifleştirme ve fiil hâkimiyeti öğretisindeki sübjektif bağlantılar sebebiyle ayırım yapılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Sadece faillik ile şeriklik arasındaki sınır alanında fiil hâkimiyetinin nereye konumlandırılacağı noktasında sübjektif teori temelinde fiile yönelik menfaate ağırlık verilmelidir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 750-751).

<sup>143</sup> Eryıldız, a.g.e., s. 74.



diğer faillerin katkılarıyla karşılıklı tamamlanmasına yönelik iradesinin varlığı halinde mümkün olduğu ve yardım etmeden ayrımının da bu bağlamda tespit edilebileceği ifade edilmektedir<sup>144</sup>. Ayrıca bir çete liderinin fiilin icrasına katılmamakla birlikte, diğer faillik şartlarını (neticeye ilişkin menfaat, *animus auctoris*, fiil sürecine esaslı bir etki gibi) yerine getirdiği müddetçe sübjektif teori kapsamında da failliği söz konusu olabilecektir<sup>145</sup>.

Şerikliği temellendiren unsur olarak fiili başkası için gerçekleştirme bakımından arka plandaki kişi ön plandaki kişinin neticeye yol açan olay seyri üzerinde hâkim olduğunu ve böylelikle fiil seyrini yönlendirdiğini biliyor ve buna yönelik iradeyle hareket ediyorsa dolaylı faillik değil, şeriklik vardır<sup>146</sup>. Fiil hâkimiyeti iradesine ağırlık veren ılımlı sübjektif yaklaşıma göre azmettirme failde suç işleme kararı oluşturarak bir başkasının fiiline psişik olarak sebep değildir. Azmettiren fiili bizzat işlemek istemez. O sadece bir başkasının fiiline sebep olarak işlenmesine yol açar. Bu nedenle dolaylı faillikten ayrılır. Dolaylı fail de bir başkasının hareketine bağlıdır ve fakat kendi fiilinin gerçekleşmesini ister. Bu nedenle bir başkasında suç işleme kararını oluşturma ile sınırlandırılmaz<sup>147</sup>. Şerikliği başkasının fiil hâkimiyeti iradesine tabi olma (*Willensunterordnung*) şeklinde ifade eden bu teoriye göre sınırlı bağlılık boşa giden bir çabadan ibarettir. Zira burada arka plandaki kişi ön planda yer alanın kastının bulunmadığını veya sorumluluğunu kaldıran sebebin varlığını biliyorsa veya bu tasavvurla hareket ediyorsa kendisinde başkasının fiil hâkimiyeti iradesine tabi olma iradesi bulunmadığından şerik değil, dolaylı fail olarak cezalandırılmalıdır<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Murmann, a.g.m. (JA 2008), s. 322.

<sup>145</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 322.

<sup>146</sup> Bockelmann, a.g.e., s. 122.

<sup>147</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 125.

<sup>148</sup> Poppe, a.g.e., s. 388. Sübjektif teori kapsamında tam sorumlu hareket eden kişiyi suça yönlendirenin sorumluluğunu faillik kapsamında değerlendirmek bakımından da sorun ortaya çıkmaz. Meğerki arka plandaki kişi faillik iradesi ile hareket ediyor olsun (Gallas, a.g.e., s. 133). Zira arka plandaki kişi fiile yönelik kendi menfaatiyle ve fiil hâkimiyeti iradesiyle birlikte tam sorumlu hareket eden ön plandaki kişiyi suçun işlenmesinde kullanmaktadır (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 783; Murmann, a.g.m. (GA 1996), s. 270-271). Bununla birlikte icra hareketlerini gerçekleştiren kişi fiili bir başkası için istediği sürece gerçekleştirdiği katkı sadece destekleme, yardım etme niteliğinde olacağından sorumluluğu şeriklik kapsamında değerlendirilecektir (Gallas, a.g.e., s. 133). Bu durumda kasten hareket eden araç kişinin yardım eden olarak şeriklik statüsünde ele alınması söz konusudur (Schroeder, a.g.e., s. 190). *Schroeder*, böyle bir kabulde tam sorumlu hareket eden bakımından kanun üstü bir cezada indirim nedeninin uygulanması sonucunun ortaya çıkacağına vurgu yapar. Kural olarak faillik kapsamında değerlendirilmesi gereken böyle bir durumun yardım eden kapsamında değerlendirilmesini doğru bulmamıştır (Schroeder, a.g.e., s. 192).

Yeni yargı kararlarında esas olarak sübjektif şekilde belirlenen sınırlandırmadan vazgeçilmese de, artık genel bakış temelinde fiile ilişkin öznel bir tutum değerlendirilerek açık bir şekilde objektiflik kullanılmaktadır<sup>149</sup>. Yargı kararlarında özellikle dolaylı faillğin esası olarak objektif fiil hâkimiyetine ve fiile yönelik katkının objektif yönüne dayanıldığı vurgulanmalıdır<sup>150</sup>. Burada önemli bağlantı noktası, suçun neticesine yönelik kişisel menfaatin derecesi<sup>151</sup> ve katkının kapsamının yanında ayrıca fiil hâkimiyeti ya da en azından fiil hâkimiyetine yönelik iradedir (= objektif tipiklik temelinde sübjektif teori)<sup>152</sup>. Bununla birlikte zamanla kavram genişletilerek ve objektif teoriye yaklaşacak şekilde “fiil hâkimiyetine yönelik irade”, “suça katılımın kapsamı” ve “suç seyrine objektif olarak hâkim olma” ölçütleri kullanılmaya başlanmıştır<sup>153</sup>. Bu yüzden *Roxin* yargının bakış açısını sübjektif teori ile fiil hâkimiyeti teorisinin birleştiği normatif kombinasyon teorisi (*normative Kombinationstheorie*) olarak ifade etmiştir<sup>154</sup>. Bununla

<sup>149</sup> *Kindhäuser*, bu yaklaşımı sınırlı sübjektif teori (*beschränkt-subjektive Theorie*) olarak nitelendirmektedir (*Kindhäuser*, a.g.e., s. 321). BGH'nin sübjektif yaklaşımdan kaymasında ACK md. 216 kapsamındaki istek üzerine öldürmenin cezasız kalan intihara yardım etme karşısında sınırlandırılması ve ihmali hareketle öldürme suçu etkili olmuştur (*Georg Küpper*, a.g.m. (GA 1986), s. 440).

<sup>150</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 748.

<sup>151</sup> Her suç tipi bakımından dikkate alınabilecek bir kriter olamayacağı eleştirisi için bkz. *Kühl*, a.g.e., s. 762.

<sup>152</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 263; *Joachim Kretschmer*, “Mittelbare Täterschaft – Irrtümer über die täterschaftsbegründende Situation”, *JURA*, 2003, ss. 535-540, s. 535; *Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 509; *Önok*, a.g.e., s. 56. Fiil hâkimiyeti iradesi BGH'nin kararlarında sıklıkla atıf yapılan bir kavram olmakla birlikte, dayanağını sübjektif yaklaşımdan almaktadır. Kavram *Weber* tarafından fiil hâkimiyeti öğretisi kapsamında geliştirilmekle birlikte, yakın zamanda *Baumann* ve *Schröder* tarafından da dikkate alınmıştır (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 316). Örnek kararlar için bkz. *Weißer*, a.g.e. (2011), s. 33, dn. 125.

<sup>153</sup> *Geerds*, a.g.m. s. 175; *Roxin*, a.g.m. (JZ 1966), s. 295; *Kühl*, a.g.e., s. 762. *Geerds*, faillik şeriklik ayırımına ilişkin incelemenin, fiilin icrasına yönelik katkı, fiile veya neticesine yönelik doğrudan doğruya menfaat ve suça katılanın fiille ilişkisi olarak üç ana grup kapsamında yapılması gerektiğini ileri sürmüştür (*Geerds*, a.g.m., s. 176). Her şeyden önce objektif olarak dikkate alınacak fiilin icrası veya buna yönelik katkının dışında “fiili kendisi için isteme”den daha fazla olarak failin fiile veya bunun neticesine ilişkin doğrudan doğruya menfaati söz konusudur. Bu kriter esas olarak sübjektif anlamda ortaya çıktığında, sonuç olarak faillik veya şeriklik bakımından ast-üst ilişkisinden daha fazla söz edilebileceğinden, suça katılanların karşılıklı gerçek ilişkisi rol oynayacaktır. Bununla birlikte bu kriter ağırlık olarak ne objektif ne de sübjektif bağlamda sınıflandırılmıştır (*Geerds*, a.g.m., s. 176). *Schmidhäuser* tarafından sözü edilen fiilin işlendiği yerde bulunma, yere ve zamana göre suç seyrini organize etme, neticeye zamansal yakınlık, netice bakımından fiile yönelik katkının ağırlığı ve gerekliliği gibi objektif unsurlar fiilin icrasına yönelik katkı bağlamında incelenir (*Geerds*, a.g.m., s. 177).

<sup>154</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 13. Bu gelişimin çıkış noktasını 5. Senato'nun kararı (BGH JR 1955, s. 304) oluşturur. Senato bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Faillik iradesi hâkimin bağlayıcı olarak tespit edebileceği içsel bir olgu değildir. Burada değerlendirilebilir bir yargı söz konusudur. Bu bakımdan esaslı olan bağlantı noktası her bir katılanın suçun işleyiş sürecine hangi ölçüde hâkim olduğudur, böylece suça ilişkin süreç ve netice de (suça katılanın) iradesine bağlı olacaktır” (*Aktaran Roxin*, a.g.e. (AT), s. 13). Aynı yıl BGH 2. Senato tarafından fiile yönelik irade yerine fiil hâkimiyeti iradesine ilk kez dayanılmıştır. BGHSt 8/70'den aktaran *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 393.

birlikte normatif kombinasyon teorisi failliğin belirlenmesinde değerlendirme kriterlerinin bir öncelik sırasına göre mi dikkate alınacağı veya sadece esas alınan bir prensip olarak mı varsayılacağı konusunda belirsizlik taşır. Nitekim fiil hâkimiyeti bulunmaksızın neticeye yönelik üstün bir menfaatinin bulunduğu kimse ile üstün bir menfaati bulunmaksızın fiil hâkimiyetine sahip olanın faillik kapsamında sorumluluğunun belirlenmesinde zorluk ortaya çıkmaktadır<sup>155</sup>. İlmî sübjektif teori de illiyet bağlantısından hareket ederek neticenin oluşumu bakımından bütün katkı şekillerini eşdeğer görmektedir. Salt sübjektif teoriye nazaran gelişme kaydedilmekle birlikte, söz konusu kriterlerin hangi sıralamaya göre dikkate alınması gerektiği yönünde hâkime geniş takdir yetkisi vermesiyle bu teori tatmin edici olmayan sonuçları ortaya çıkarmaya elverişlidir<sup>156</sup>. Bu nedenle teori yargı kararlarında da standart bir gelişim göstermemiştir. Sübjektif sınırlamayı tamamıyla reddeden kararların yanında, istisnai durumlarda katı sübjektif teori (bağımlılık ilişkisinde ve fiili gerçekleştirenin kendi menfaatinin bulunmadığı durumlarda tipikliği tamamen gerçekleştiren kişiyi de yardım etmeden dolayı cezalandırma) uygulanmıştır<sup>157</sup>.

Hâkimin kriterlere vereceği öncelik, aynı durum bakımından farklı sonuçları gündeme getireceğinden mümkün olan en dar ölçütün belirlenmesi yoluna gidilmesi gerekir<sup>158</sup>. Bu bağlamda yargı kararlarında failliğin farklı görünüşleri bakımından ölçüt alınan kriterler de farklılık göstermiştir. Nitekim doğrudan faillikte fiil hâkimiyeti kriteri tipikliğin gerçekleştirilmesi bağlamında ön plana çıkarken; dolaylı faillik bakımından objektif fiil hâkimiyetine nazaran iradi karakterli unsurlar öncelik kazanmıştır<sup>159</sup>. *Roxin* fiil hâkimiyetine ilişkin objektif ve sübjektif şartların gerçekleşmesi halinde ayrıca fiil hâkimiyeti iradesinin aranması gerekliliğinin bulunmaması nedeniyle yaklaşımı eleştirmiştir<sup>160</sup>. *Roxin*'e göre, objektif ve sübjektif şartları yerine getiren kişinin fail olarak kabul edilebilmesi için kişisel menfaatine göre hareket etmesinin veya fiili kendisi için istemesinin önemi bulunmamaktadır<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 14.

<sup>156</sup> Özgenç, a.g.e. (1996), s. 82; Knut Amelung/Gerhard Boch, "Hausarbeitsanalyse – Strafrecht: Ein Ehebreit mit dem Hockeyschläger", *JuS*, 2000, ss. 261-267, s. 262.

<sup>157</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 263.

<sup>158</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 14.

<sup>159</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 509.

<sup>160</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 317.

<sup>161</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 317.

Ağırlık noktasının sübjektif unsura dayandırılması<sup>162</sup> faillik ile şerikliğin sınırının belirsizleşmesine yol açabilecek niteliktedir<sup>163</sup>. Özellikle bazı durumlarda azmettirenin fail olarak sorumlu tutulmasını sonuçlayabilir<sup>164</sup>. Bu yönde benzer bir eleştiri *Bloy* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar, sübjektif teori kapsamında hareket değersizliğinin göz ardı edildiğini belirtmiş ve sübjektif teoride sadece netice değersizliğinin, diğer bir ifadeyle hukuki değer ihlaline nedensel olarak yol açmanın isnadiyetin konusunu oluşturduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle tek taraflı ve neticeyle ilişkili haksızlık kavramı sübjektif teorinin dogmatik temelini oluşturur. Bu durumda iştirak şekilleri *de facto* olarak cezanın belirlenmesi aşamasına kaydırıldığında tutarlı bir teori olabilir<sup>165</sup>.

## 2. Objektif Teoriler

Faillik ve şeriklik ayrımının nedensel etki kapsamında birbirinden ayrılmasının güçlük arz etmesi nedeniyle, bu ayrımı objektif temelde gerçekleştirmeye yönelik çabalar bunlar arasındaki değer veya anlam/önem ayrımını (*Wert- oder Bedeutungs- unterschied*) tespit etmeyi amaçlamışlardır<sup>166</sup>. Dar faillik kavramı ile bağlantılı olan objektif şeriklik teorisinin<sup>167</sup> şekli objektif teori ve maddi objektif teori şeklinde iki türü olduğu ifade edilmektedir<sup>168</sup>.

### a. Şekli Objektif Teori

Günümüzde etkisini yitirmekle birlikte<sup>169</sup> 1930'lara kadar hâkim olan bu teoriye<sup>170</sup> göre, fail tipikliği kısmen veya tamamen kendi hareketleriyle objektif olarak

<sup>162</sup> Roxin, bu anlayışın klasik sistemin kabul edildiği dönemde geçerliliğinin olduğunu, bununla birlikte artık faillik ve şerikliğin haksızlığın görünüm şekilleri olması nedeniyle bir etkisinin kalmadığını belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 12.

<sup>163</sup> Heinrich, a.g.e., s. 523. Bu yaklaşımın da hukuki belirsizliğe sebep olabileceği yönünde Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 187.

<sup>164</sup> Heinrich, a.g.e., s. 523.

<sup>165</sup> Bloy, a.g.e., s. 101.

<sup>166</sup> Gallas, a.g.e., s. 133.

<sup>167</sup> Gallas, a.g.e., s. 134.

<sup>168</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 648.

<sup>169</sup> Ebert, a.g.e., s. 189. Şekli objektif teorinin tekrar etkili olması gerektiği görüşü için bkz. Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, 2. bs, Springer, Berlin, 2009, s. 380. Polonya Ceza Kanunu'nda suçun bizzat gerçekleştirilmesi arandığından şekli objektif teorinin benimsendiğine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Sven Jöran Kalisz, "Täterschaft und „Teilnahme“ im polnischen Recht", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2010, ss. 167-177, s. 169.

<sup>170</sup> Claus Roxin, "Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht", *JZ*, 1966, ss. 293-299, s. 295. Faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı objektif esaslara dayandırmaya yönelik teoriler Avrupa ülkelerinin çoğunda 20. yüzyılın büyük kısmında öncelik kazanmıştır (Önok, a.g.e., s. 49). Şekli objektif teori *Beling* tarafından temellendirilen tipiklik öğretisiyle bağlantılıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hünerfeld,

gerçekleştiren kişidir<sup>171</sup>. Bu fail tanımı aynı zamanda faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı belirlemektedir<sup>172</sup>. 1871'den sonra ortaya çıkan şekli objektif teorinin temelleri de eşdeğerlik teorisine dayanmaktadır. Burada suça katkılarının farklı ağırlığını belirlemeye yönelik araç eksik görüldüğünden, bunu tamamlamak bakımından çözüm objektif alanda tipik olarak tanımlanan icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinde bulunmuştur<sup>173</sup>.

İcra hareketleri ve suça yönelik diğer katkıların arasındaki objektif ayrımı *Birkmeyer*, neden (*Ursache*) ve şart (*Bedingung*) arasındaki farklılık üzerinden gerekçelendirmeye yönelik çalışmalarda bulunmuştur. Burada eşdeğerlik teorisi temelinde *v.Buri*'nin sübjektif teorisine karşıtlık görülmektedir<sup>174</sup>. *Birkmeyer* nedensellik teorisinin şeriklik öğretisi üzerinde belirleyici etkisi üzerinde durmuştur. Faillik ve şerikliğe ilişkin sorumluluğun şartı olarak bulunması gereken nedensellik ilişkisi, normatif değerlendirme bakımından sadece bir aşama oluşturur, ancak onu bizzat etkilemesi beklenemez<sup>175</sup>. Yazara göre faillik ile şerikliğin<sup>176</sup> sınırlandırılması bakımından neticeye yönelik hareketin nedensel etkinliğinin gerçek farklılığı ölçüt olarak

---

a.g.m., s. 231. *Beling*'e göre, üç alt unsur kapsamında ele alınan suç yapısı bağlamında suç tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiildir (Aktaran Welzel, a.g.e., s. 52).

<sup>171</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 15; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 261; Kühl, a.g.e., s. 759 vd.; Rengier, a.g.e., s. 342; Hauf, a.g.e., s. 75; Bock, a.g.m. (JURA 2005), s. 675; Hoberg, a.g.e., s. 33; Bringewat, a.g.e., s. 301; Evik, a.g.e., s. 109; Keçelioğlu, a.g.m., s. 77; Mustafa Ruhan Erdem, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 5, 2005, ss. 204-215, s. 205; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 84; Aydın, a.g.e., s. 60; Demirel, a.g.e., s. 45.

<sup>172</sup> Gallas, a.g.e., s. 133; Maurach, a.g.e., s. 650.

<sup>173</sup> Poppe, a.g.e., s. 220. Faillik öğretisi 1930'lu yıllara kadar çok fazla tartışma konusu olmamıştır. Bunun üzerinde daha önceleri hâkim anlayış olan dar faillik kavramının (failliğin tipik hareketin icrasıyla tespit edilmesi) etkisi vardır. Bununla birlikte dar fail kavramının faillığe ilişkin tüm durumları özellikle dolaylı faillik durumunu kapsam dışı bırakması ve oluşan ceza boşlukları doktrinde geniş fail kavramının tartışılmaya başlanmasına neden olmuştur (Welzel, a.g.e., s. 99).

<sup>174</sup> *Birkmeyer* ve *v.Buri* karşıt yaklaşımların savunucuları olmakla birlikte üzerinde anlaştıkları husus faillik ile şeriklik ayrımı bakımından nedensellik kavramının tek başına çözüm için yeterli olduğudur. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 4-5.

<sup>175</sup> Aktaran Poppe, a.g.e., s. 216. Bu anlamda ilk olarak *v.Bar* dikkatleri bu yöne çekmiştir. Tek faillik sisteminin hatasını neticeye yönelik tüm sebeplerin doğal hukuk ilişkisi içinde eşdeğer olmakla birlikte ceza hukukuna ilişkin isnadiyet bakımından anlamlarının farklı olacağını belirterek göstermiştir (Poppe, a.g.e., s. 216). Ayrıca *v.Bar* tarafından, azmettirmenin faillik alanından ayrı tutulması sonucunda, bağlılık kuralına dikkat çekilerek cezalandırılabilir azmettirme bakımından en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış esas fiilin varlığına vurgu yapılmıştır (Aktaran Bloy, a.g.e., s. 87).

<sup>176</sup> Nedensellik teorisine *Birkmeyer* azmettirme ve yardım etmenin bağımsız suç olmadığı sonucuna varmıştır. Yazara göre, azmettirme veya yardım etme niteliğindeki hareketler neticeye sebep olmaz ve bu nedenle esas fiile ihtiyaç vardır. Bu nedenle azmettirme ve yardım etme cezalandırılabilirliklerini esas fiilden almaktadır (Bloy, a.g.e., s. 94). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Viktor Ibach, *Die Anstiftung*, Breslau, 1912, s. 56-57. Böylelikle azmettirme ve yardım etme esas fiil bakımından eksik olan nedenselliği fiili olarak esas fiile katılarak tamamlamaktadır. Ayrıca yazar azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hareketlerin tek başına hazırlık hareketi niteliğinde olduğunu belirtmiştir (Hoberg, a.g.e., s. 16).

ele alınmalıdır<sup>177</sup>. Böylelikle *Birkmeyer* neticeye yol açan şartların (*Bedingungen*) çokluğu ve bunların farklı etkileri bulunduğu ve bu nedenle etkinliklerinin derecesine göre sınıflandırılabilmesini belirterek neticeye yönelik üstün gelen şartların sebebi (*Ursache*) oluşturacağı sonucuna varmıştır<sup>178</sup>. Netice bakımından üstün gelen şartların belirlenmesi noktasında ise ceza kanunlarının özel hükümler kısmındaki hareket tanımlarına başvurulacağını belirtmiştir. Bu bağlamda tipik hareket neticeye tek başına sebep olabilecek harekettir<sup>179</sup>. Bu hareketi kim icra ediyorsa neticeye de o sebep olur ve faildir<sup>180</sup>. Ayrıca *Birkmeyer* azmettirmeyi neticeye sebep olan bir iştirak türü olarak kabul etmemiştir<sup>181</sup>. *Birkmeyer*'in yaklaşımı faillik ve şeriklik öğretisinin varlığını, suça iştirak ilişkilerinin sadece nedensel yapıların bağlılığına değil, aksine nicelik olarak derecelendirilebilir ve nitelik olarak farklılaştırılabilir isnadiyet ölçütüne göre belirlenmesine yönelik gereksinime borçlu olduğunu göstermiştir<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> Bloy, a.g.e., s. 94.

<sup>178</sup> Karl von Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, 1890'dan aktaran Bloy, a.g.e., s. 93. Kavramlara yönelik ayrıca bkz. Hruschka, a.g.m., s. 588 vd. Günümüz ceza hukukuna ilişkin iştirak öğretisinde *Hruschka* tarafından sebep (*Ursache*) ve şart (*Bedingung*) arasındaki dogmatik ayırım savunulmaktadır. *Hruschka* kavramsal olarak daha güçlü ve daha basit sebebe (*Ursache*) göre ayırma gitmiştir. Ona göre, güçlü anlamda bir neden, belirleyici bir etkiye sahip değildir; zayıf anlamda bir neden ise, sadece bir şart olarak etkinin gelişimine katkıda bulunarak tüketilir (katkı teorisi). Eğer ön planda hareket eden kişide bir isnadiyet eksikliği söz konusu ise arka plandaki kişide her zaman belirleyici nedensellik bağı da bulunur. Bu nedenle dolaylı failliğin sadece doğrudan failliğin şekli olması söz konusudur (Hruschka, a.g.m., s. 588 vd.).

<sup>179</sup> Bloy, a.g.e., s. 93.

<sup>180</sup> Bloy, a.g.e., s. 93.

<sup>181</sup> Bloy, a.g.e., s. 94.

<sup>182</sup> Bloy, a.g.e., s. 95. Geniş fail kavramından hareket etmekle birlikte, faillik ile şeriklik ayırımını kabul eden ve fakat gerçekleştirilen katkının nedenselliği noktasında ayırım yapılamamasını gerekçe gösteren *Schmidt* fail kavramını iki aşamalı olarak değerlendirme fikriyle bu çelişkiyi kurtulmaya yönelik incelemede bulunmuştur. Çıkış noktası olarak tipik neticenin gerçekleştirilmesini, suç tipiyle korunan hukuki değer ihlal edilmesini dikkate almıştır. Genel fail kavramı azmettirme ve yardım etmeye de indirgenerek geniş fail kavramı oluşturulursa, şekli objektif teori anlayışında failliğin yanında on dokuzuncu yüzyılda kök salan manevi fail (*intellectuel Urheber*) dolaylı fail olarak yer alır. Böylece şekli objektif teori ve geniş fail kavramı kombinasyonu dolaylı faillik kavramının faillik şeriklik konseptine entegre edilmesi üzerinedir. *Schmidt*'te geniş fail kavramı bakımından belirleyici argüman, neticenin meydana gelmesine yönelik nedensel katkıların eşdeğerliği veya suç tipinde yer alan fiilin icrasının gerçekleştirilmesi değil, hareket seyri dikkate alınmaksızın hukuki değer ihlal edilmesi niteliğidir ki, hukuki değer herkese karşı aynı şekilde korunmaktadır. Bununla birlikte suça katılan herkes aynı oranda korunan hukuki değeri ihlal edemez. Bu noktada yazar faille şerik arasındaki ayırma dikkate çekmektedir. Böylece bu kavrama göre faillik tipik neticeye sebep olma ile bağlantılandırılmıştır. Neticenin değersizliği üzerine gerekçelendirme yaptığı için geniş fail kavramı üzerinden tek fail sistemine yaklaşır. Bununla birlikte esas olarak pozitif hukuk dikkate alındığında, azmettirme ve yardım etmeyi faillikten sınırlar. Azmettiren ve yardım eden de tipik neticenin gerçekleşmesine neden oldukları için yasal düzenleme ile daha az ceza ile cezalandırılması gereken failliğin görünüm şekli olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle azmettirme ve yardım etme cezayı sınırlandıran sebeplerdir. Bunun yanı sıra azmettirmenin faillikten dışlanması yanlış olduğunu

Şekli objektif teori faillik belirlemede suç tipine ilişkin hareketi esas alır<sup>183</sup>. Tipik hareketin tespiti bakımından belirleyici olan neticeye yönelik nedensel etki değildir, aksine ceza kanunlarının özel hükümler kısmında yer alan somut hareket tanımıdır<sup>184</sup>. Teorinin bu hali öğretide katı şekli objektif teori olarak adlandırılmaktadır. Buna uygun olarak şerikliğin karakterize özelliği, azmettiren ve yardım edenin icra hareketlerini gerçekleştirilmesinde görülür<sup>185</sup>. Şerik suçun gerçekleştirilmesine sadece hazırlık

---

düşünmektedir. Azmettirme ve faillik arasındaki ayrım geniş fail kavramı kapsamında da çok anlamlı değildir. Zira bir yandan şeriklik hükümleri cezayı sınırlandıran hükümler niteliğinde iken, diğer taraftan azmettiren fail karşısında daha az ceza kapsamına sahip değildir. Diğer bir ifadeyle, geniş fail kavramı için iştirak şekilleri cezanın belirlenmesi kriteridir (Aktaran Bloy, a.g.e., s. 119 vd.). *Schmidt*, azmettirmenin geçerli hukuk bakımından şerik olarak gösterilmesinin, kanunda azmettirmeye suçun tam cezasının verilmesi nedeniyle sun'i bir belirleme niteliği taşıdığını ifade etmiştir (Aktaran Özgenç, a.g.e. (1996), s. 53-54). Ayrıca yazarın yaklaşımına göre dolaylı faillikte faillik kriterinin temelinde hukuki değer ihlaline sebep olma özellik arz etmeyecektir. Çünkü neticenin değersizliği bakımından hukuki değer ihlaline bir başkası aracılığıyla dolaylı olarak veya doğrudan sebep olunması bir şey değiştirmez (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 230). *Gallas* böyle bir kabulün söz konusu durumda bir değişiklik oluşturmayacağını, burada da neticeye sebep olmanın belirleyici nokta olduğunu ve fiilin haksızlık içeriğinin belirlenmesi noktasında yetersiz kaldığını belirterek eleştiri getirmiştir. Ayrıca suç bakımından davranışın sadece sosyal zarar niteliği değil aynı zamanda sosyal etik olarak kınanabilir niteliğinin de bulunduğu, nedensel sürecin sosyal zararlılığa ilişkin ölçütü oluşturmakla birlikte sosyal etik değer yargısına bir bağlantı oluşturmadığı eleştirisi için bkz. *Gallas*, a.g.e., s. 82. *Schmidt*'in yaklaşımını *Bloy* da isabetsiz bulmuştur. Yazara göre amaçsal kavram oluşumu, suç tiplerinin hareketin cezaya liyakati ve ceza gerekliliğinin tipleştirilmesi olarak görünmesidir. Ne cezaya liyakatin değer yönü ne de ceza gerekliliğinin amaç yönü neticeye ilişkin olmaya indirgenebilir. Bu nedenle failliğin tipikliğe mündemiç konumu en başından itibaren hareket ve neticeyi belirleyen unsurların senteziyle (ki bunlar değer ve amaca uygunluk temelindedir) oluşur. Buradan ortaya çıkan sonuç, tipik netice etkisi tek başına failliği oluşturmaz. Salt netice suçlarında da faillik hareketi ve şeriklik hareketinin farklı değerlendirmesinin uygulanıp uygulanmayacağı iştirak şekilleri arasında sadece sübjektif sınırlamanın mümkün olup olmadığına veya farklı katkıların objektif ağırlıklarının mı söz konusu olacağına bağlıdır. Bu şekildeki dar ve geniş fail kavramı kombinasyonu taraftar bulamamıştır (Bloy, a.g.e., s. 121). *Welzel*'e göre bu öğreti taksirli suçlarda geçerli olan fail kavramını kasten işlenen suçlara da taşımıştır. Bununla birlikte bizzat işlenebilen suçlar ve gerçek özgü suçlar bakımından başarısız olmuşlardır. Çünkü bu suç tiplerinde şeriklik hükümleri cezayı genişleten sebeplerdir (Welzel, a.g.e., s. 100).

<sup>183</sup> Bu bağlamda *Schmidt* gibi aynı yaklaşımdan hareket eden *Mezger*'in önemli katkılarının olduğu yadsınmamalıdır. *Schmidt*'in akabinde *Mezger* suça tüm katılanların cezalandırılma nedeninin aynı olduğunu, faillik ile şeriklik arasında sadece cezalandırma tipi bakımından farklılık olduğunu belirtmiştir. Bu ayrım davranış şekillerinin farklı cezaya liyakat durumuna göre sınırlanmasına hizmet eder (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 231). Yazara göre her ne kadar illi olarak katılımlar aynı olsa da hukuki açıdan eşdeğerli olduğu sonucu ortaya çıkmaz. Bu nedenle katılımların hukuki değerinin tespiti bakımından normatif değerlendirme esas alınmalıdır ki bu konuda ölçüt kanunda yer alan suç tipleridir (Aktaran Özgenç, a.g.e. (1996), s. 55). Bununla birlikte *Mezger*, Kanunda 1943 yılındaki değişiklik ile bağlılık için kusurun aranmaması ile hareket noktasını sübjektif bakış açısı yönünde gözden geçirmiştir. Bu bağlamda suçun kimin için istendiği kistasını dikkate almıştır. Belirtilmelidir ki, sadece sübjektif kistasla yetinmemiş ayrıca suçun kimin için istendiğini belirlemek bakımından harici, objektif hususların göz önünde bulundurulması gereğine vurgu yapmıştır (Özgenç, a.g.e. (1996), s. 67).

<sup>184</sup> Bloy, a.g.e., s. 117; *Gallas*, a.g.e., s. 133. Böylelikle iştirak öğretisi bakımından faillik ile şeriklik arasındaki ayrıma ilişkin normatif-amaçsal bir bakış açısı geliştirilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda kanunun amacı göz önünde bulundurularak oluşturulan amaçsal metodun en bilinen örneğini şekli objektif teori oluşturur. Poppe, a.g.e., s. 217.

<sup>185</sup> Poppe, a.g.e., s. 220.

hareketiyle veya destekleyici nitelikteki hareketiyle katılan kişidir<sup>186</sup>. Tipik hareketleri gerçekleştirenin haricindeki kişilerin neticeye yönelik nedensel katkıları, sahip oldukları maddi ağırlığa veya katkıyı gerçekleştirenin iradesinin neye yönelik olduğundan bağımsız şekilde, sadece şerikliğe vücut verir<sup>187</sup>. Suça katılanların katkılarını gerçekleştirme sebebi veya kimin için gerçekleştirdiği önem taşımaz<sup>188</sup>. Çünkü subjektif kriterlere bağlı yapılacak değerlendirme, hukuki güvensizliğe ve kavramsal belirsizliğe neden olur<sup>189</sup>. Bu yaklaşımda azmettiren ve yardım eden gerçekleştirdikleri atipik davranış sebebiyle cezayı genişleten sebep olarak değerlendirilmektedir<sup>190</sup>. Daha açık ifadeyle, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler tipik yasak alanını ön aşamaya çektiğinden, bu düzenlemeler cezalandırmayı genişleten nitelik taşımaktadır<sup>191</sup>. Ayrıca belirtmelidir ki, azmettirme ve yardım etme kapsamındaki hareketler hazırlık hareketi niteliğinde olduklarından ve bağımsız bir haksızlık meydana getiremeyeceklerinden esas fiilin haksızlığına bağlıdırlar<sup>192</sup>. Fail tarafından icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi şerikliğin bağlılığı kapsamında değerlendirildiğinde,

---

<sup>186</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 261; Rengier, a.g.e., s. 342; Hauf, a.g.e., s. 75; Bock, a.g.m. (JURA 2005), s. 675.

<sup>187</sup> Ebert, a.g.e., s. 189.

<sup>188</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 12. bs, Ankara 2019, s. 449.

<sup>189</sup> Heinrich, a.g.e., s. 522.

<sup>190</sup> Zimmerl, a.g.m., s. 45. Dar fail kavramı ilk olarak *Zimmerl* tarafından kullanılmıştır. Bu bağlamda yazar suç tiplerinde yer alan hareketlerin sadece fail tarafından gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir (Zimmerl, a.g.m., s. 45). *Zimmerl* esas olarak dolaylı failliği reddetmiştir. Dar fail kavramı ve geniş fail kavramından hareket eden yazar, dolaylı failliğin ancak geniş fail kapsamında anlaşılabilir olduğunu ve fakat geniş fail kavramının hukuki belirliliğinin güvencesi olarak tipikliğe zarar verdiğini belirtmiştir. Dar fail kapsamında ise dolaylı faillik sisteme aykırılık teşkil eder, çünkü sadece geniş fail kavramı ile açıklanabilir bir kavramdır (Zimmerl, a.g.m., s. 41 vd.). Aksi görüşte olan *Noltenius*'a göre, iştirak şekilleri arasındaki farklılık sadece kanun koyucu tarafından gerçekleştirilen belirleme olarak kabul edilemez. Bu hem maddi haksızlık esasından hem de süljeler arasındaki davranış ilişkisinden ortaya çıkan bir sonuçtur. Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayrım da buradan hareketle açıklanabilir. Faillik kapsamındaki dolaylı faillik bakımından tipiklikte yer alan haksızlığın gerçekleştirilmesi üzerindeki gerçek hâkimiyet olarak fiil hâkimiyeti, ölçütü oluşturur (Noltenius, a.g.e., s. 250).

<sup>191</sup> Poppe, a.g.e., s. 222; Stratenwerth, a.g.e., s. 239; Christmann, a.g.e., s. 60; Kühl, a.g.e., s. 752; Maurach, a.g.e., s. 672; Herzberg, a.g.e., s. 3; Gallas, a.g.e., s. 134; Schmidhäuser, a.g.m., s. 347; Joecks, a.g.e., s. 1218; Joachim Kretschmer, "Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht", *JURA*, 2008, ss. 265-271, s. 265; Micha Nydegger, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, Nomos, Baden-Baden, 2012, s. 99; Wolfgang Mitsch, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, Max-Schmidt Römhild, Lübeck, 1986, s. 161. *Dönmezer/Erman* da suça iştirak konusunda dar fail kavramını benimsemişler, faillik bakımından tipe uygun fiilin icrasının gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Kanunun şerikliğe ilişkin hükümlerinin tali ve genişletici niteliği haiz olduğuna dikkat çeken yazarlara göre, tipe uygun hareketi gerçekleştirilmemekle birlikte şeriklerin meydana gelen haksızlıktan sorumlu tutulmaları gerekir (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 448).

<sup>192</sup> Poppe, a.g.e., s. 224.



esas fiil en azından tipik hareketin gereklerini karşılayacak şekilde olmalıdır<sup>193</sup>. Bu nedenle esas fiili gerçekleştiren failin kusurlu hareket edip etmediği şerik sorumluluğu için temel teşkil etmez. Bu bağlamdaki gerekçeler, dolaylı faillik için cezalandırma olasılığının ortadan kalktığı göz önünde bulundurulduğunda, şeriklik kapsamının ceza politikası açısından istenmeyen boşluklara sebep olmayacak ölçüde genişletilmesi gerektiği ile sınırlıdır. Bu nedenle dolaylı faillik tamamıyla şeriklik alanında kabul edilir<sup>194</sup>. Böylece teori kapsamında dolaylı failliğin izahının zorluk arz etmesi, boşlukların ortadan kaldırılmasına ilişkin gerekçenin ceza politikası ile belirlenmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır.

*Beling* önceleri katı şekli objektif teori savunucusu iken, tipik hareketin gerçekleştirilmesi ve bu hareketin destekleyici/tamamlayıcı hareketler aracılığıyla mümkün kılınması arasındaki sert değer ayırımından (*scharfen Wertunterschied*) hareketle faillik ile şeriklik arasındaki farkı ortaya koymaya çalışmıştır<sup>195</sup>. Daha sonra özellikle 19. yy'da etkili olan *Yeni-Kantçı* akımının amaçsal kavram oluşturma metodundan etkilenmiştir<sup>196</sup>. Bu akımın ceza hukuku bağlamında ortaya çıkardığı sonuç tipik, hukuka aykırı ve kusurlu gerçekleştirilen hareket olarak suçun tespitinin sadece oluş

<sup>193</sup> Poppe, a.g.e., s. 223. Azmettirme ve yardım etmenin sorumlu tutulabilmesine yönelik suçun subjektif unsurları da bu kapsamdadır (Poppe, a.g.e., s. 223). Bununla birlikte bu bakış açısına şekli objektif teorisinin savunucularının nedensel hareket anlayışı engel olur. İradenin içeriği, iradenin yönelimi ve diğer subjektif suç unsurları hareketin ve haksızlığın alanının dışında kusur alanındadır. Bu hareket anlayışı temelinde şerik sorumluluğu bakımından esas fiilin asgari gerekliliği noktasında dikkate alınamazlar (Poppe, a.g.e., s. 224).

<sup>194</sup> Poppe, a.g.e., s. 224. Dolaylı faillığe ilişkin durumların da dâhil edilmesiyle genişleyen şerikliğin bağlılığının açıklanmasında *M. E. Mayer* tarafından ilk kez "sınırlı bağlılık" terimi kullanılmıştır. Poppe, a.g.e., s. 225.

<sup>195</sup> Poppe, a.g.e., s. 225 vd. Bununla birlikte *Bloy* faillik ile şeriklik arasındaki hareketin değersizliğine yönelik aşamalandırmayı icrai-destekleyici hareket kavramları temelinde oluşturmanın birçok nedenle başarısız olduğu kanaatindedir. Öncelikle bu sınırlama kriterinin belirsizliğinin buna yol açtığını belirtmiştir. Yazar, herhangi bir davranış şeklinin suça ilişkin netice ile nedensel bir ilişki içinde olup olmadığına her bir suç tipinde yer verilmesinin öngörülemez bir kazuistikliğe neden olacağına dikkat çekmiştir. *Bloy*, a.g.e., s. 118.

<sup>196</sup> İştirakte salt hukuki pozitivizmin yetersizliği, doğal hukuk anlayışının dikkate alınmasına ve suça yönelik her bir katkı gerçekleştirenin neticeden sorumlu tutulması düşüncesinin yerleşmesine neden olmuştur. Bununla birlikte doğal hukuk anlayışının bakış açısının da gerçekliğin anlaşılması bakımından yeterli olmadığı yönündeki eleştiriler, *Yeni-Kantçı* yaklaşımın suça iştirak öğretisi kapsamında değerlendirilmesi yönündeki ilerlemenin önünü açmıştır. Böylelikle bireysel farklılıkları araştıran metot ile kişiler, objeler ve sonuçlar arasındaki özellikler ve bireysellikler değer ilişkileri ortaya çıkarılarak anlaşılmaya çalışılmıştır. Bu da teleolojik kavram oluşumuna karşılık gelmektedir. Böylelikle eşdeğerlik teorisinin vesileleri/şartları eşdeğer konumlandırın yaklaşımından hareketle, bunlar arasında farklılığın oluşturulması ve böylece de suça yönelik katkıların farklı türde ve içerikte değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır. Diethelm Kleczewski, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat Grundlegung zu einer strafrechtlichen Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, Habilitationsschrift, Hamburg, 1998, s. 110.

yargısıyla ortaya çıkmadığı, aksine kanun koyucunun değer yargısı olarak dikkate alınması gerektiğidir. Böylelikle değerden yoksun doğal nedensel yaklaşıma karşı çıkmıştır. Ceza hukukuna ilişkin iştirak şekilleri arasındaki ayırım pozitif hukukun değerlendirmesinden ortaya çıkar<sup>197</sup>. *Beling*'e göre artık ceza hukukuna ilişkin kavramları kanun koyucunun düşünce alanından ortaya çıkan fonksiyonel-amaçsal şekilde ele almak gereklidir. Buna uygun olarak da fiilin icrası katı şekilci şekilde değil, günlük hayatın konuşma dilinden hareketle yorumlanmalıdır<sup>198</sup>. Bu durumda sadece icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren kişi değil, kastı olmayan veya kusursuz hareket eden kişiyi suçun işlenmesinde kullanan kişi de amaçsal olarak tipikliği gerçekleştirmektedir<sup>199</sup>. Hem tipikliğin gerçekleştirilmesi hem de fiilin icrası esas sorumluluğu karşılar. Bununla birlikte şerik ise tali sorumluluğun muhatabıdır<sup>200</sup>. Sorumluluğa katılma şeklinde kısaca tanımladığı şeriklerin işlenen suçtan dolayı sorumluluğu esas fiilin kusurlu işlenmesi halinde mümkündür<sup>201</sup>. Bu nedenle sadece esas fiilin hukuka aykırılığı üzerine bağlılığın sınırlandırılmasını reddeder<sup>202</sup>.

Faillik ile şeriklik arasındaki ayırım konusunda benimsemiş olduğu kesinlik, teorinin olumlu özelliği olarak kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Şekli objektif teorinin en güçlü yanı

<sup>197</sup> Noltenius, a.g.e., s. 60.

<sup>198</sup> Aktaran Poppe, a.g.e., s. 225-226.

<sup>199</sup> Poppe, a.g.e., s. 226. Bu bağlamda *Beling* isnat yeteneğine sahip olmayan kişinin hareketinin bağımsız anlama sahip olmadığını gerekçe göstererek arka plandaki kişinin doğrudan failliğini kabul etmiştir. Ön plandaki kişinin hareketinin arka plandaki kişinin hareketinin tamamlayıcısı olduğunu belirtmiştir (Aktaran Günter Spindel, "Zum Begriff der Täterschaft", *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, ss. 605-611, s. 607).

<sup>200</sup> Poppe, a.g.e., s. 226-227. *Birkmeyer* kendisinden önce şerikliğin bağlılığının esasını tipiklik ilişkisinde inceleyen *Hergt*'in yaklaşımına paralel şekilde azmettirmenin ve yardım etmenin, esas fiil yapısı bulunmadığı sürece ortaya çıkamayacağını ve bu nedenle esas fiile bağlı olduklarını belirtmiştir (Aktaran Hoberg, a.g.e., s. 17). Bu yaklaşım daha sonra *M.E. Mayer* tarafından daha detaylı şekilde ele alınmıştır. Yazar şerikliğe ilişkin düzenlemelerin cezalandırmayı genişleten niteliğine dikkat çekerek, şerik hareketinin tipikliğini temellendiren bu düzenlemelerin tüm suç tipleri bakımından uygulanabilirliğinin doğrudan olmadığını, aksine faillik ile şeriklik ilişkisine dayandığını ve böylelikle faillik üzerinden tipikliğin genişlemesi söz konusu olduğundan şerik hareketinin herhangi bir şekilde failin hareketine bağlı olması gerektiğini belirtmiştir (Aktaran Hoberg, a.g.e., s. 17). *Schmidt*'e göre şeriklik, faillik gibi münhasıran neticeye sebep olduğundan dolayı cezalandırılacaksa da esas fiilin haksızlığından bağımsız bir haksızlık gerçekleştirmektedir. Bu nedenle şerikliğin cezalandırılma nedeninin, azmettirme ve yardım etmenin cezalandırılma şartı üzerinde etkisi bulunmamaktadır. Bu durumda kural olarak bu, istenildiği gibi belirlenebilir. Arka plandaki kişinin şerik olarak cezalandırılması bakımından doğrudan hareket eden failin tipik hareketinin mi yoksa hukuka aykırı hareketinin mi ya da kusurlu hareketinin mi gerekli olduğu noktasında belirleyici olan kanun koyucunun kararıdır (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 231).

<sup>201</sup> Poppe, a.g.e., s. 227.

<sup>202</sup> Poppe, a.g.e., s. 227.

<sup>203</sup> Hermann Blei, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17. bs, C. H. Beck, München, 1977, s. 225; Evik, a.g.e., s. 110; Önok, a.g.e., s. 50; Demirel, a.g.e., s. 47; Keçelioğlu, a.g.m., s. 78; Özkan, a.g.e., s. 20. Faillik

faillik ile şeriklik arasındaki ayrım bakımından net bir sınır belirlemiş olmasıdır. Bu nedenle dar fail kavramına ilişkin temel bağlantıyı sağlamaktadır<sup>204</sup>. Ancak cezalandırma noktasında ortaya çıkan boşluklar zayıf yönünü teşkil eder<sup>205</sup>. Her ne kadar sübjektif yaklaşımın ceza sorumluluğunu belirsiz şekilde genişletebileceği savunmasını yapsa da şekli objektif teori bazı durumlarda suçun icrasına katılan kişilerin cezasız kalmasına<sup>206</sup> veya daha az ceza ile cezalandırılmasına neden olabilecektir. Buna yönelik olarak özellikle dolaylı failliği<sup>207</sup> ve müşterek failliğin bazı durumlarını açıklamakta yetersiz kalmaktadır<sup>208</sup>. Daha açık bir ifadeyle, fail kavramının kapsamının bu kadar dar tutulması ihtimalinde suçu araç kişi aracılığıyla işlediğinden suçun gerçekleştirildiği ortamda bulunması gerekmeyen ve haliyle fiilin icrasını gerçekleştirilmeyen dolaylı faili<sup>209</sup> ya da işbölümüne dayanan müşterek faillik durumlarını (özellikle suçun sadece planlama ve hazırlık aşamasını üstlenen ve suçun icrasına bizzat katılmayan müşterek failin durumu) ele almak söz konusu olmayacaktır<sup>210</sup>. Ayrıca failliği münhasıran her bir tipik hareketin naturalist yapısına göre oluşturma formülü, şekli objektif teorinin suça iştirak türlerinin sınırlandırılmasında kısmen değer yönünü (*Wertaspekt*) kabul etmesine rağmen, faillik

---

ile şeriklik arasındaki ayrımı belli ölçüde belirginleştiği yönünde bkz. Özgün Özyüksel, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik* (Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020, s. 14.

<sup>204</sup> Arana, a.g.e., s. 22.

<sup>205</sup> Erdem, a.g.m. (2005), s. 205.

<sup>206</sup> Şekli objektif teorinin de dayanağı olan dar fail kavramının katı şekilde kabul edilmesi halinde cezaya layık olan fiilin kapsam alanını ciddi şekilde daraltacağı görüşü için bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 221- 222.

<sup>207</sup> Bununla birlikte teorinin eski savunucuları dolaylı failliği doğrudan faillik gibi normal hareket icrası olarak açıklamaya çabalamıştır (Zimmerl, a.g.m., s. 48; Haas, a.g.e., s. 11; Cramer/Heine (S-S Komm), s. 500; Arana, a.g.e., s. 23 vd.). Şekli objektif teori kapsamında dolaylı failliği makul bir temele yerleştirmeye çabalayanlar ya failliğin tipik hareketi gerçekleştiren kişiyle sınırlı olmayacağını ifade etmeleri nedeniyle ya da dolaylı failliği azmettirme kapsamında değerlendirerek azmettirmenin kapsamını çok fazla genişletmeleri sebebiyle teorinin esas bağlamında başarılı olamamıştır (Evik, a.g.e., s. 111). Zimmerl dolaylı failliğin geniş fail kavramının kabulü ile uyum arz ettiğini belirtmiştir (Zimmerl, a.g.m., s. 47). Almanya ve İspanya’da şekli objektif teoriden vazgeçilmesi noktasında teorinin bu konudaki başarısızlığının belirleyici olduğuna yönelik bilgi için bkz. Önok, a.g.e., s. 50.

<sup>208</sup> Rengier, a.g.e., s. 342; Hauf, a.g.e., s. 75; Freund, a.g.e., s. 380; Weißer, a.g.e. (2011), s. 35; Hünerfeld, a.g.m., s. 231; Arana, a.g.e., s. 22; Johannsen, a.g.e., s. 42; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 62; Evik, a.g.e., s. 110; Haas, a.g.m., s. 521; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 449; Özen, a.g.e., s. 831; Önok, a.g.e., s. 50; Özkan, a.g.e., s. 20; Eryıldız, a.g.e., s. 62- 63; Keçelioğlu, a.g.m., s. 78; Demirel, a.g.e., s. 48; Çelen, a.g.e., s. 164.

<sup>209</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre”, *ZStW*, 1968, ss. 915-943, s. 917. Yazar, şekli objektif teori kapsamında müşterek failliğin icra hareketlerini gerçekleştirme ile sınırlandırılması durumuna ilişkin tek istisnanın dolaylı faillik ile getirilebileceğini belirtmiştir. Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 918.

<sup>210</sup> Heinrich, a.g.e., s. 522; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 261; Bringewat, a.g.e., s. 301; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 744.

ve şerikliğin amaçsal olarak ele alınmasını engeller<sup>211</sup>. Bu eksiklik en fazla dolaylı failliğin kabul edilmemesinde kendini gösterir<sup>212</sup>. Teorinin savunucuları dolaylı faillik kapsamında yer alan ve dolaylı failliğin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkan boşlukları<sup>213</sup> sınırlı bağıllık kuralı ile çözmeye çalışmışlardır. Ancak bu gerçek anlamda faillik kapsamındaki durumların şeriklik kapsamında değerlendirilmesi şeklinde bir sonuca neden olmaktadır<sup>214</sup>.

Ayrıca neticeli suçlar söz konusu olduğunda suça katılanlar tarafından gerçekleştirilen katkıların tipe uygunluk belirlemesi noktasında şüphe oluşmaktadır<sup>215</sup>. Bu suçlarda hareket yalnızca tipik neticeye sebep olmada oluştuğundan, faillik şeriklik ayrımında yeterli bir hareket haksızlığı tanımı yapılamamaktadır<sup>216</sup>.

Şekli objektif teori tipik hareketin kısmen yerine getirilmesi halinde de failliği mümkün gördüğünden, tüm tipiklik unsurları aynı şekilde ele alındığı için failliği gerektelendiren davranışların hazırlık aşamasına kadar genişlemesine neden olabileceği ileri sürülmüştür<sup>217</sup>. Bu bağlamda en dikkat çekici örnek, suçun gerçekleştirilmesi bakımından kanun koyucunun kast dışında diğer sübjektif tipiklik unsuruna yer verdiği suçlar üzerinedir. Nitekim hırsızlık suçu bakımından sübjektif tipiklik unsuru olarak kabul edilen mal edinme niyetine sahip olan kişi malın alınmasına yönelik bir hareketi olmasa bile fail olarak kabul edilmek zorundadır<sup>218</sup>. Bu teori kapsamında tipik hareketin kısmen yerine getirilmesi kabulüne yönelik diğer sorun arz eden husus bileşik suçlara

---

<sup>211</sup> Bloy, a.g.e., s. 118.

<sup>212</sup> Bloy, şekli objektif teori savunucularının bu sonucun farkında olduğuna vurgu yaparak, bu kapsamda ya dolaylı faillikten vazgeçilmek zorunda kalınması şeklinde ya da bağlantı kurulamayan bir argüman eksikliği (*Argumentationsbruch*) ile dolaylı failliğin kabulüne yönelik çözümlerin ikna edici olmadığını belirtmiştir. Bloy, a.g.e., s. 118.

<sup>213</sup> Dolaylı failliğin ortaya çıkan boşlukları gidermek için kabul edilmiş hukuki figür olmasına yönelik bkz. Volker Krey/Marcel Nuys, “Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel”, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, ss. 203-223, s. 204.

<sup>214</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 36.

<sup>215</sup> Gallas, a.g.e., s. 133; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 62. Suç tipinde hareketin tanımlanmadığı serbest hareketli suçlar söz konusu olduğunda da sorun ortaya çıkacağı görüşü için bkz. Demirel, a.g.e., s. 48.

<sup>216</sup> Küpper, a.g.m. (GA 1986), s. 439; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 648; Haas, a.g.m., s. 521; Eryıldız, a.g.e., s. 64. Benzer yönde eleştiri için bkz. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 585. Yazarlar şekli objektif teorisinin İspanyol ceza hukuku doktrininde günümüzde hâlâ savunucusu bulunduğunu belirtmişlerdir. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 585.

<sup>217</sup> Jakobs, a.g.e., s. 607.

<sup>218</sup> Jakobs, a.g.e., s. 607. Benzer şekilde *Önok* da bazı durumlarda faillik tanımının haksız yere genişleyebileceğine dikkat çekmiştir. Yazar örnek olarak, fiilin sadece nedensellik ilişkisi üzerinden yorumlanması durumunda öldürme suçu bakımından neticenin ortaya çıkmasına yönelik suç seyrindeki tüm katkıların faillik kapsamında değerlendirileceğini vermiştir (*Önok*, a.g.e., s. 50).

ilişkin olmuştur. Bileşik suç söz konusu olduğunda sadece bileşik suç kapsamında yer alan bağımsız suçu gerçekleştiren kişinin bileşik suçun tamamından fail olarak nasıl sorumlu tutulacağı belirsiz kalmaktadır.<sup>219</sup> Son olarak, teori özgü suçların açıklanması noktasında zayıf bulunmuştur. Teorinin özgü suçlar bakımından adil olmayan sonuçları olası kıldığı<sup>220</sup> eleştirisi ileri sürülmüştür. Bu bağlamda özellikle özgü suçlarda sadece ilgili niteliğe sahip olmayan kişinin suça ilişkin tipik hareketleri gerçekleştirmesi halinde iştirak statüsünün ne şekilde dikkate alınması gerektiği sorun arz etmektedir.

### ***b. Maddi Objektif Teori***

Neticeye yönelik menfaatin tek yönlü olarak dikkate alınması<sup>221</sup> sonucu sübjektif teorinin aşırısına kaçması nedeniyle öğretilerde fail-şerik ayrımına ilişkin objektif sınırlamaya yönelik çaba ön plana çıkmıştır. Bununla birlikte şekli objektif teorinin sadece özel hükümlerdeki suç tiplerinde yer verilen icra hareketlerini esas alması şeklindeki yaklaşıma tekrar ağırlık verilmeyerek suça ilişkin katkıların maddi anlamının ele alınması maddi objektif teoriyi gündeme getirmiştir<sup>222</sup>. Diğer bir ifadeyle şekli objektif teorinin ortaya çıkardığı ceza boşluklarından tipik hareketin icrası yerine suça katkının tehlikeliliği temeline dayanılarak kaçınmaya çalışılmıştır<sup>223</sup>. Böylelikle dolaylı failliğin ve tipik hareketleri bizzat gerçekleştirmeyen müşterek failin tanınması olanağı ortaya çıkmıştır<sup>224</sup>. Maddi objektif teori, şekli objektif teoride üstün kılınan suça iştirakin zamansal zorunluluğunu da esnetmiştir. Şekli objektif teori sadece suçun icra aşamasında gerçekleştirilen katkının faillik kapsamında değerlendirileceğini, zira tipik hareketi gerçekleştiren fail olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Bununla birlikte maddi objektif teori katkının suçun hangi aşamasında olduğuna değil, suçun işlenmesi bakımından esaslılığına ağırlık vermiştir<sup>225</sup>.

---

<sup>219</sup> Jakobs, a.g.e., s. 607.

<sup>220</sup> Arana, a.g.e., s. 24 vd.

<sup>221</sup> Gallas, a.g.e., s. 134.

<sup>222</sup> Gallas, a.g.e., s. 133-134; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 748; Maurach, a.g.e., s. 657. Maddi objektif teori, şekli objektif teorinin karşıtını teşkil etmez. Maddi objektif teori de şart (vesile)/sebepl ilişkisini şekli kriterlere dayanarak açıklamaya çalışmıştır. Zira sebep olarak karakterize edilen hareket, suç tipinde yer alan hareket olarak dikkate alınır (Hoberg, a.g.e., s. 33).

<sup>223</sup> Gropp, a.g.e., s. 399; Schroeder, a.g.e., s. 33.

<sup>224</sup> Gropp, a.g.e., s. 399.

<sup>225</sup> Frister, a.g.e., s. 350. Bununla birlikte fiil hâkimiyeti öğretisini savunanlar arasında özellikle müşterek faillik kapsamında suçun icrasından önce gerçekleştirilen katkı bakımından görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 502. Hazırlık aşamasındaki katkının sadece hazırlık aşaması bakımından değil, suçun geneli göz önünde

Maddi objektif teori şekli objektif teoriden esinlenmekle birlikte suç tiplerinin maddi içeriğinin dikkate alınması gerektiği üzerine şekillenmiştir<sup>226</sup>. Maddi objektif teori bağlamında ortaya çıkan yaklaşımların özellikle üzerinde durdukları nokta, suçun işlenmesi bakımından (neticenin gerçekleşmesi için) suça iştirak edenlerin katkılarının belirleyici olup olmadığıdır<sup>227</sup>. Bu bağlamda suça katılanların arasındaki ayırım da gerçekleştirdikleri katkıların taşıdığı tehlikelilik derecesi bağlamında ele alınmalıdır<sup>228</sup>. Fail hareketinin ortaya çıkardığı spesifik tehlike, fail tarafından oluşturulan nedensellik seyrinin tesadüf olmayıp aksine belirli bir planı içeren fail iradesi tarafından hâkim olunan ve yönlendirilen bir seyir olmasında kendini gösterir<sup>229</sup>.

Şekli objektif teorinin gelişimi ve farklı yönlerden ele alınmasıyla birlikte maddi objektif teori kapsamında değerlendirilebilecek birden fazla yaklaşım<sup>230</sup> ortaya atılmıştır.

---

bulundurularak değerlendirilmesi gerekir. Çünkü azmettirenin de katkısı esaslı bir katkıdır. Hazırlık aşamasında önemli-daha az önemli şeklinde getirilecek bir kıstas fiil hâkimiyetinin tespiti bakımından belirleyici değildir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 85). *Wessels/Beulke/Satzger* bu konuda geniş bir çerçeveye çizmektedir. "... *planlama ve organizasyonu üstlenen çete lideri, suçun seyrini önemli ölçüde şekillendirmiştir. Bu yüzden netice, her durumda hedefe ulaşmayı amaçlayan yöneten ve şekillendiren iradesinin de eseri olarak ortaya çıkmaktadır. Olayın seyrine ilişkin etkisinin eksikliğine rağmen üçüncü kişileri başkasının fiiline yönlendirmemekte, suç ortaklarıyla bilerek ve isteyerek oluşturulan bir işbirliğini içeren fiilin ortaklaşa işlenmesini sağlamaktadır. Onun yönetici rolü ve katkısının üstün başarısı bakımından onu suçun seyri kapsamında yan figür kabul etmek ve sadece azmettiren olarak cezalandırmak yerinde olmazdı. Ayrıca fiil hâkimiyeti teorisinin çıkış noktası bakımından ve ACK md. 25 anlamında da suçun işlenmesine yönelik planlanan etkinin icra aşamasıyla sınırlı olduğuna ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Esas olan sadece, önceden yapılan katkının suçun seyri devam ettiği sürece eylemin bir parçası olarak etkisini göstermesi ve başlangıçtaki suç planını muhafaza etmesidir. Böyle bir devamlılık, sadece katılanın ortak suç planı ile bağlı olmasından türetilemez. Buna uygun olarak katkısından bağımsız şekilde sadece bir çeteye aidiyet, çete üyeliği gerekçe gösterilerek bir fiilin müşterek faillik kapsamında işlendiği kabulünü sonuçlamaz.*" *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 268. Doktrinde müşterek faillik bakımından kabul edilen icra hareketlerini gerçekleştiren müşterek fail ve icra hareketlerini gerçekleştirilmeyen müşterek fail ayırımı için bkz. *Gimbernat Ordeig*, a.g.m., s. 920. Ayrıca yazar, fiil hâkimiyeti teorisi temelinde icra hareketlerini gerçekleştirilmeyen müşterek fail ile yardım eden arasındaki ayırma yönelik ileri sürülen görüşlerin tatmin edici olmadığını ileri sürmüştür. *Gimbernat Ordeig*, a.g.m., s. 928.

<sup>226</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 133; *Evik*, a.g.e., s. 111; *Akbulut*, a.g.m., s. 172.

<sup>227</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 39.

<sup>228</sup> *Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 501; *Erdem*, a.g.m. (2005), s. 205; *Aydın*, a.g.e., s. 61.

<sup>229</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 136.

<sup>230</sup> Maddi objektif teori kapsamında *Kohlrausch* tarafından geliştirilen (*Notwendigkeitstheorie*), failliğin, hareketinin neticenin meydana gelmesi bakımından vazgeçilmez nitelikte olduğunun bilincinde olmasına bağlı olması yaklaşımı ile sübjektif ölçütün dikkate alınmasına kapı açılmıştır (*Aktaran Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 39). Bu bağlamda özellikle müşterek failliğin şekli objektif teori karşısında bir temele dayanmasını mümkün kılmıştır (*Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 501). İspanyol Ceza Kanunu kapsamında yer alan md. 14/3 düzenlemesinin bu teori ile uyum arz ettiği yönünde bkz. *Gimbernat Ordeig*, a.g.m., s. 922. Bu düzenleme kapsamında yardım etme teşkil eden ancak suça yönelik katkısı elzem nitelik arz eden durumların *esas yardım etme (Hauptgehilfe)* olarak anlaşılması gerektiği yönünde İspanyol Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. *Gimbernat Ordeig*, a.g.m., s. 925, dn. 23. Maddi objektif teori kapsamında yer alan diğer bir yaklaşım ise "eş zamanlılık teorisi (*Gleichzeitigkeitstheorie*)"dir. Suçun icra aşamasında gerçekleştirilen her türlü katkı faillik niteliğinde

Bunlardan *Feuerbach* tarafından savunulan nedensel katkının zorunluluğu teorisine<sup>231</sup> göre, suça katılanlar doğrudan ve dolaylı katkılarına göre ayrıma tabi tutulmalıdır<sup>232</sup>. Doğrudan katkısı olanlar fail olarak kabul edilirken, dolaylı nedensel katkının varlığı halinde yardım eden ön plana çıkar<sup>233</sup>. Suça katılanın hareketi suçun gerçekleşmesi bakımından olmazsa olmaz nitelikteyse faillikten söz edilir<sup>234</sup>. Yazar failliği açıklamada hem objektif hem de sübjektif kriterleri kullanmıştır<sup>235</sup>. Bu bağlamda yazar objektifliği, hakkın ihlalinin gerçekleştirilen hareketin doğrudan konusu olması şeklinde ifade etmiştir. Ayrıca buna ek olarak, işlenen fiile yönelik doğrudan kendi menfaatinin bulunması<sup>236</sup> gereğine vurgu yaparak sübjektif kriteri ön plana çıkarmıştır. Böylelikle şekli objektif teoriden uzaklaşarak manevi failliği (*intellektuel Urheber*) de fail olarak kategorize etmiştir<sup>237</sup>. *Feuerbach* böylece fiziksel failliğin yanında arka plandaki kişinin

---

iken, suçun icrasından önceki katkı şeriklik niteliğindedir. Suçun icrasına yönelik katkı ve suçun icrası öncesinde gerçekleştirilen katkı şeklindeki ayırım günümüz yaklaşımında sırayla müşterek faillik ile yardım etme ile örtüşmektedir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 41). *Roxin* bu teorisinin önemini şekli objektif teori ve nedensel katkının zorunluluğu teorisinin kullanışlı yönlerini bir araya getirmesinde ortaya çıktığını belirtmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 43). Bu yaklaşım bağlamında suçun icrası sırasında suça katılanın sorumluluğunun belirlenmesinde katkının sadece tabii şekilde gerçekleşme durumu dikkate alınır (C. Fuchs, GA 1881, 170'ten aktaran Johannsen, a.g.e., s. 20). Bu teori kapsamında azmettirme ancak suçun işlenmesinden önce söz konusu olabileceğinden, azmettirmenin şeriklik şekli (manevi yardım) olarak kabulü gerekir (Karl Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme und Rechtsprechung des Deutschen Reichsgericht*, 1890, s. 197'den aktaran Çelen, a.g.e., s. 169). Üstünlük teorisi (*Überordnungstheorie*) kapsamında müşterek faillik ile yardım etmenin belirlenebilir unsurlara göre değil, aksine somut olayın koşulları çerçevesinde suça katılanlar arasında eşdeğerlik ilişkisi mi, yoksa üstünlük ilişkisinin mi bulunduğuna göre belirleme yapılmalıdır (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 49). *Roxin* bu teorisinin suça katılanlar arasındaki sınırların belirlenmesi konusunda her bir somut olayın koşulları şeklindeki göreceli yaklaşımını eleştirmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 51).

<sup>231</sup> Bu teori günümüz ceza kanunlarını da etkilemiştir. Nitekim İspanyol Ceza Kanunu'nda failin hareketi olmaksızın suçun gerçekleşmesinin mümkün olmaması halinde failliğin söz konusu olacağına yer verilmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 39). *Roxin* bu teorisinin birçok açıdan eksik olduğunu ve belirsizlikler barındırdığını ifade ederek yaklaşımı eleştirmiştir. Ayrıca bu teorisinin uygulama alanının müşterek fail-yardım eden arasındaki ayırımla sınırlı olduğunu ve bu nedenle faillik-dolaylı faillik-azmettirme ayırımına yönelik bir sonucunun bulunmadığını ifade etmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 41). Söz konusu yaklaşıma yönelik diğer bir eleştiri için bkz. Çelen, a.g.e., s. 167 vd.

<sup>232</sup> Suça iştirakte eşdeğerlik teorisinin öncülerinden olan *v.Buri* tarafından bu ayrıma karşı çıkmıştır. Nedensel katkının ağırlığına göre ayırım olasılığını eleştirmiştir. Maiwald, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 350.

<sup>233</sup> Suça katılanların katkıları arasında yapılan ayırım cezanın belirlenmesi noktasında da kendini göstermiştir. Bu bağlamda yardım edenin faile göre daha az ceza ile cezalandırılması gerektiği ön plana çıkmıştır. Maiwald, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 350.

<sup>234</sup> Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 38.

<sup>235</sup> Aktaran Nydegger, a.g.e., s. 32.

<sup>236</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Manfred Maiwald, "Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe- Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland", *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, ss. 283-296, s. 288; Nydegger, a.g.e., s. 32 vd.

<sup>237</sup> Poppe, a.g.e., s. 96; Hoberg, a.g.e., s. 3. *Feuerbach* tarafından yapılan suça katılanlar arasındaki ikili ayırım (fail-yardım eden) *Berner* tarafından daha açık şekilde ifade edilmiştir. Yazar, yardım etme kavramı şart koşulmaksızın faillikten söz edilmesi mümkünken; yardım edenden söz edilmesi için her zaman failin bulunması gerektiğini belirterek yardım etmenin failliğin gerisine çekildiğini ve ona bağlı

icra hareketlerini gerçekleştireni zihinsel olarak etkilemesi aracılığıyla suçu işlemesini bu kapsama almıştır<sup>238</sup>. Bunun sonucu olarak bir başkasını tehdit, cebir veya emirle suç işlemeye zorlama halleri ile bir başkasını sözleşme veya tavsiye ile bir suçu işlemeye sevk etme halleri manevi faillik kapsamında yer almıştır<sup>239</sup>. Günümüz karşılığında dolaylı faillik ve azmettirme faillik bağlamında değerlendirilmiştir<sup>240</sup>.

Psşik veya fiziksel olarak sağlanan nedenselliğe göre faillik ile şeriklik arasındaki ayırım 20. yy'ın başında takipçi bulmuştur<sup>241</sup>. Fiziksel ve psikolojik olarak sağlanan nedensellik kapsamında *Horn* yalnızca doğal nedenselliği değil, nedensellik sürecindeki hâkimiyeti de faillik olarak değerlendirmiştir<sup>242</sup>. Yazar, söz konusu fiile yönelik iradesi bulunmayan veya hata içinde bulunan kişiyi fiilin gerçekleştirilmesinde kullanan kişinin fail olduğunu ifade etmiştir. Fiziksel ve psikolojik/psşik olarak sağlanan nedensellik ayırımı konusunda öne çıkan *Frank*<sup>243</sup> ise fiziksel olarak sağlanan nedenselliğin failliği sonuçladığını, bununla birlikte psikolojik olarak sağlanan nedenselliğin ise şeriklik kapsamında değerlendirilmesini kabul etmiştir<sup>244</sup>. Bağlantı fail ve neticenin

---

olduğunu vurgular. Bu günümüz anlamında bağlılık kuralını ifade etmektedir. Aktaran Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 285.

<sup>238</sup> Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 286.

<sup>239</sup> Aktaran Poppe, a.g.e., s. 96.

<sup>240</sup> Poppe, a.g.e., s. 98. *Maiwald* öncelikle bu sayılan araçlardan tehdit/zorlamanın günümüzde dolaylı faillığe, diğerlerinin ise azmettirmeye karşılık geldiğini belirtmiştir. Bununla birlikte ayrıca emrin bazı durumlarda faillik kapsamında ele alınabileceğini ve yine tavsiyenin (*Rat*) duruma göre yardım etme teşkil edebileceğini ileri sürmüştür. Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 286-287.

<sup>241</sup> Poppe, a.g.e., s. 199.

<sup>242</sup> *Bloy*, failin (*der Person des Täters*) merkezi anlamının keşfedilmesinin şeriklik için bağlılık kuralını ve fiil hâkimiyetini temel alan tek bir prensibin gelişimi bakımından yol gösterdiğini belirtmiştir. Aslında *Horn* tarafından şerikliğin bağlılığına ilişkin geniş bağlantıda faillik kriteri olarak fiil hâkimiyeti üzerinde durulmuştur. Failin hareketi nedeniyle fiil seyrine hâkim olamayan şerike tipik haksızlık isnat edilebilir (*Bloy*, a.g.e., s. 134). *Horn* kendi döneminde yer alan diğer yazarlardan doğal sebep kavramını genişleterek iradenin etkisini de dikkate almak suretiyle farklılaşmıştır. İradesi dışında hareket eden veya hataya sebep olunarak kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halini nedensel süreç üzerinde hâkimiyet olarak nitelendirmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 45 vd.).

<sup>243</sup> Nedensellik bağının kesilmesi kavramından vazgeçilmesi ve eşdeğerlik teorisinin sınırlanması ihtiyacı kapsamında konuya yaklaşılması sonucunda *Frank* rücu yasağını (*Regreßverbot*) geliştirmiştir (Noltenius, a.g.e., s. 57). Yazar, rücu yasağına ilişkin normatif argüman olarak azmettirmeyi örnek vermiş, aksi halde azmettirenin fail olarak değerlendirilmesi gerekeceğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hruschka, a.g.m., s. 581.

<sup>244</sup> Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 47. Öğretide psşik olarak aracı kılınan nedenselliğin şerikliğı, bununla birlikte fiziksel olarak aracı kılınan nedenselliğin failliğı karşıladığı şeklindeki sınırlandırma kriteri geçerli olan ceza kanunu ile uyumlu olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Failin psşik etkisini tanıyan suç tiplerinin olduğuna dikkate çekilmiştir (*Bloy*, a.g.e., s. 130 vd.). Bununla birlikte söz konusu nedensel etkinin türüne göre ayırım aracılığıyla faillik ile şeriklik arasındaki farklılaşmaya yönelik çabayı *Ziegler* de göstermiştir. 18. yy'ın ortalarında *Ziegler* şekli objektif şeriklik öğretisini temellendirmiş ve fiziksel ve manevi fail (*causa physica-causa moralis*) arasında ayırım yapmıştır. Suça katılanlar arasında fiziksel sebep olma ve manevi sebep olma kriteri dikkate alınmıştır. *Ziegler*'e göre doğrudan etkin nedensellik oluşturan kişi fail olabilir. Bunun dışındakiler (*auxilium, consilium,*



gerçekleşmesine etki eden nedensellik ilişkisinde şerik tarafından oluşturulan şart olarak ortaya çıkan hareketi aracılığıyla gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle şeriklik hareketi ve netice arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde şerikin hareketinden ve failin hareketinden kaynaklanan iki farklı yön bulunmaktadır<sup>245</sup>. İşlenen fiil bakımından şerikin sorumluluğu failin sorumluluğundan türetilir. Tipik haksızlığın gerçekleştirilmesi tüm suça katılanlar bakımından bağlantı noktasıdır<sup>246</sup>.

*Frank* ayrıca iradi olarak hareket etmeyen kişinin suçun işlenmesinde kullanılmasıyla faillik durumunun ortaya çıkacağını belirtmiştir. Bu yaklaşımın en önemli özelliği, dolaylı faillik olarak adlandırılmasa bile dolaylı failliği ortaya çıkaran durumların faillik kapsamında değerlendirilebileceğine yönelim olmuştur<sup>247</sup>. Bununla birlikte dolaylı faillik kapsamındaki durumlar ile şeriklik arasındaki esas ayrımın nedensellik alanında ortaya çıkmadığı da vurgulanmıştır. Zira dolaylı faillik doğrudan-dolaylı nedensellik veya fiziksel-psikolojik olarak sağlanan nedensellik ayrımından meşrulaştırılmaz<sup>248</sup>.

*Frank* dolaylı faillik bakımından netice suçları ile hareket suçlarını kesin şekilde ayırır. Hareket suçlarında mutlak olarak şekli objektif teori uygulanır ve dolaylı faillik mümkün değildir. Neticeli suçlarda arka plandaki kişinin fiili neticeye bir başkası aracılığıyla yol açmasına rağmen sebep olarak görüldüğünden dolaylı faillik kabul edilir, burada rücu yasağı uygulanmaz<sup>249</sup>. Diğer bir ifadeyle arka plandaki kişi özgür iradesiyle hareket etmeyen kişiyi veya hareketinin söz konusu netice bakımından nedenselliğinin

---

*mandatum*) ise manevi etkiye sahiptir. Böylelikle *Mandat* ilk kez geniş anlamda şeriklik kapsamında değerlendirilmiştir (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 88). *Böhmer* de suça iştirak şekillerine yönelik yaklaşımını *Ziegler* tarafından geliştirilen *causa physica* ve *causa moralis* kavramları üzerinden oluşturmuştur. Bununla birlikte *Böhmer*, *causa physica* kavramını doğrudan neticeye sebep olan hareketi gerçekleştirme ile açıklayarak neticeye sebep olmanın ancak fiziksel hareketle olabileceğini vurgulamıştır. Böylelikle *Böhmer* failliği tipik icra hareketinin gerçekleştirilmesine indirgemıştır. Ancak *Böhmer* arka planda yer alanın vereceği emre mutlak olarak bağlı bir başkası üzerinde otoriter konumunun gücüyle oluşturduğu etki ile suçun işlenmesine neden olduğunda bu kişinin şerik olarak değil, fail olarak sorumlu olacağını kabul ederek şekli objektif sınırlama teorisini genişletmiş ve böylelikle bu değerlendirmeye maddi objektif teori ile ilişki kurmuştur (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 89 vd.).

<sup>245</sup> Bloy, a.g.e., s. 129.

<sup>246</sup> Bloy, a.g.e., s. 129.

<sup>247</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 48.

<sup>248</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 48.

<sup>249</sup> Schroeder, a.g.e., s. 34. Benzer eleştiri için bkz. Gerhard Conrad, *Die "akzessorische" Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes*, Breslau-Neukirch, 1937, s. 45.

bilincinde olmayan birisini suçun işlenmesinde kullanırsa dolaylı faillik vardır<sup>250</sup>. *Frank*'ın şekli objektif teorinin savunucusu olduğu dikkate alındığında, neticeli suçlarda suçun icrasıyla sebep (*Ursache*) kavramını özdeşleştirdiği görülmektedir<sup>251</sup>. *Frank*'ın yaklaşımı bağlamında azmettiren ile dolaylı faillik arasındaki ayırımı ön plandaki kişinin sorumluluğu üzerinden belirleme yapıldığı görülmektedir<sup>252</sup>.

Maddi objektif teoriden fiil hâkimiyetine eğilim şeklinde değerlendirilebilecek bir görüş *Hegler* tarafından ileri sürülmüştür. *Hegler* esas olarak yaklaşımını maddi objektif teori temelinde dar faillik kavramı üzerine temellendirir. Yazarın arka planda yer alan sorumluluğu bakımından yapmış olduğu tespitler, azmettirme ve dolaylı failliğin gelişiminde önem arz etmektedir. Yazara göre fail kavramı dolaylı faillğe ilişkin durumlar bakımından genişletilmelidir<sup>253</sup>. İcra hareketlerini gerçekleştiren kişide bulunan ve fail olarak kabulüne engel olan eksiklik, sadece arka planda yer alan kişide bulunan cezalandırmanın şartı olan suç unsurlarıyla karşılanır. Bu unsurlar kısmen kusur kısmen de hukuka aykırılık alanlarında yer alır<sup>254</sup>. Suça ilişkin rol dağılımında normatif bir bakış açısı dikkate alınmalıdır<sup>255</sup>. Bu bağlamda *Hegler* suça katılanların gerçekleştirdikleri katkıların ağırlıklarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>256</sup>.

Maddi objektif teori kapsamında ileri sürülen görüşler, görüldüğü üzere nedensellik bağına ağırlık vermişlerdir. Yazarlar suça yönelik gerçekleştirilen katkıları nedensel süreçte ifade ettiği anlam ve önem üzerinden objektif olarak değerlendirmişlerdir<sup>257</sup>. Bu bağlamda genel olarak üzerinde uzlaşa sağlanan husus, neticeye yönelik sebebin gerçekleştirilmesinin faillik niteliğindeki katkıyı oluşturacağıdır. Buna karşılık sebep

---

<sup>250</sup> Noltenius, a.g.e., s. 57.

<sup>251</sup> Schroeder, a.g.e., s. 34.

<sup>252</sup> Noltenius, a.g.e., s. 57.

<sup>253</sup> Aktaran Schroeder, a.g.e., s. 54.

<sup>254</sup> Schroeder, a.g.e., s. 54. Ayrıca dolaylı faillik bakımından tatmin edici bir yaklaşım sağlamadığı yönünde bkz. Conrad, a.g.e., s. 44.

<sup>255</sup> Conrad, a.g.e., s. 44.

<sup>256</sup> Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 290; Maurach, a.g.e., s. 632.

<sup>257</sup> Peña/Conlledo, a.g.m., s. 585. Doktrinde bir görüş, iştirak şekillerinin ayırımında illi etki üzerinden değerlendirme yapılmasının sorumluluğun tespiti bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir. Her bir katkının gerçekleştiriliş şeklinin ayrı olduğuna dikkat çeken bu görüş, amaç ve değer mülahazalarının önemine vurgu yapmıştır. Neticeyle illiyet ilişkisinin varlığı sadece katkının alanına ilişkin belirlemeyi sağlar. Bunun yanı sıra bu ilişkinin varlığı faillik ve şeriklik statülerinin belirlenmesinde tek etken değildir. İlli ilişkinin yeterli olduğu suça iştirak sisteminin tek faillik sistemi olduğu belirtilmelidir. Bu ihtimalde ayırım ya cezanın belirlenmesi aşamasına geçer veya bu aşamada da ayırma gidilmeyerek her bir katılan bakımından aynı ceza öngörülür. Özgenç, a.g.e. (1996), s. 48.

olmamakla birlikte nedensel süreçte sadece bir şart/vesile teşkil eden katkıların faillik niteliğine sahip olmayıp ancak şeriklik kapsamında ele alınabileceği<sup>258</sup> kabul edilmiştir.

Bununla birlikte bu anlayışa yönelik olarak dolaylı faillik ve fiziksel olarak sağlanan yardım etme bakımından eleştiriler getirilmiştir<sup>259</sup>. Maddi objektif teori müşterek faillik ile dolaylı faillik bakımından<sup>260</sup> öncesinde yer alan teoriye göre gelişme göstermekle birlikte, faillik ile şeriklik ayrımını belirlemek bakımından ikna edici ve sürdürülebilir bir temel oluşturamamıştır. Çünkü neticenin gerçekleşmesine yönelik nedensellik ilişkisinin yoğunluğuna yapılan vurgu<sup>261</sup>, zorunlu sebebi sadece destekleyici nitelikteki etkiden ayırt etmek bakımından uygun değildir<sup>262</sup>. Ayrıca şeriklik ile faillik arasındaki ayrımı objektif esasa göre yapması, sübjektif değerlendirmenin göz ardı edilmesine yol açmıştır<sup>263</sup>. Teori esasında, azmettirme ile manevi yardım etmeyi de birbirinden ayırmak bakımından güçlük arz etmektedir. Zira her ikisi şeriklik şekli olarak netice bakımından sadece vesile/şart teşkil etmektedir ve her ikisinin katkısı da manevi niteliktedir<sup>264</sup>.

Fiil hâkimiyeti teorisinin temeli maddi objektif teori kapsamında geliştirilen yaklaşımlarla oluşmuştur<sup>265</sup>. Bu bağlamda fiil hâkimiyeti teorisinin, maddi objektif teori kapsamında ileri sürülen yaklaşımlardan günümüze kadar gelme özelliğini taşıdığını söylemek mümkündür<sup>266</sup>. Fiil hâkimiyeti teorisi diğer maddi objektif teorilerden suça katılanlar arasındaki faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı, katkının nedenselliği üzerinden izah konusunda farklılaşmıştır<sup>267</sup>. Özellikle müşterek faillik bakımından suçun birlikte

---

<sup>258</sup> Evik, a.g.e., s. 111.

<sup>259</sup> Poppe, a.g.e., s. 199.

<sup>260</sup> Akbulut, a.g.e., s. 506; Erdem, a.g.m. (2005), s. 205; Evik, a.g.e., s. 112.

<sup>261</sup> Gallas, a.g.e., s. 86. Yazar bu yaklaşımı, fiilin anlamı ve gerçekleşme olasılığı bakımından belirleyici olan final unsuru (*finale Moment*) göz ardı etmesi nedeniyle eleştirmiştir. Yazara göre, davranışın spesifik objektif tehlikeliliği, nedensellik zincirinin tesadüfi oluşumu ile değil; nedensel sürecin hedefe yönelik, planlı fail iradesi tarafından hâkim olunabildiği ve yönlendirilebildiği sürece belirlenebilir. Gallas, a.g.e., s. 86.

<sup>262</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 501; Gallas, a.g.e., s. 86. Benzer şekilde, sübjektif bir kriter getirmeksizin sadece katkının nedensel değeri üzerinden ayırım yapmanın mümkün olmadığı görüşü için bkz. Önok, a.g.e., s. 51.

<sup>263</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 215; Evik, a.g.e., s. 119. Teorinin, fiilin gerçekleşmesinde nedensel katkısı bulunmayanların cezasız kalması sonucunu ortaya çıkarmasının sorumluluk alanını daralttığı eleştirisi için bkz. Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 87.

<sup>264</sup> *Birkmeyer* buna yönelik olarak zamansal açıdan katkıların farklılığına önem atfeder. Hoberg, a.g.e., s. 34.

<sup>265</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 40; Weißer, a.g.e. (2011), s. 36; Ebert, a.g.e., s. 190.

<sup>266</sup> Johannsen, a.g.e., s. 20.

<sup>267</sup> Peña/Conlledo, a.g.m., s. 585-586.

icrası unsuru bağlamında ortak amaca yönelik yapılan katkıların birbirini tamamlamasına yer verilerek şekli objektif teorinin katı yaklaşımından uzaklaşmıştır<sup>268</sup>.

### ***c. Maddi Objektif Teori Türü Olarak Fiil Hâkimiyeti Teorisi***

Doktrinde 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, günümüz anlamındaki hali *Roxin* tarafından geliştirilen ve maddi objektif teori olarak bilinen, fiil hâkimiyeti teorisi ön plana çıkmıştır<sup>269</sup>. Maddi objektif teori temeline dayanan bu teori bu şekilde adlandırılır, çünkü faillik ve fiil hâkimiyeti şekli olarak suça ilişkin tipikliğin bizzat gerçekleştirilmesi ile ilişkili değildir. Bu nedenle fiil hâkimiyeti teorisi şekli objektif teoriyi esneten ve geliştiren bir özellik arz etmektedir. Zira tipikliğin gerçekleştirilmesi kavramının sorumluluğunu sağlayan maddi içeriği şekli kriterlere dayanmamaktadır<sup>270</sup>. Fiil hâkimiyeti teorisi tamamen objektif iştirak teorisi de değildir, zira fiil hâkimiyeti subjektif

<sup>268</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 40.

<sup>269</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 651; Blei, a.g.e., s. 223 vd.; Herzberg, a.g.e., s. 8; Schroeder, a.g.e., s. 70 vd.; Geerds, a.g.m., s. 175; Weißer, a.g.e. (2011), s. 37; Amelung/Boch, a.g.m., s. 262; Keçelioğlu, a.g.m., s. 79; Demirel, a.g.e., s. 61; Aydın, a.g.e., s. 61; Çelen, a.g.e., s. 217. Doktrinde fiil hâkimiyeti öğretisinin ilk formülasyonu 1933'te *Lobe* tarafından yapılmıştır (Adolf Lobe, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, De Gruyter, Berlin, 1933, s. 112'den aktaran Roxin, a.g.e. (AT), s. 16). *Evik* teorinin çıkış noktasının *Hegler*'in 1915 tarihli eseri olduğunu belirtmiştir (Evik, a.g.e., s. 112). Bunun yanı sıra *Özkan* ise fiil hâkimiyeti teorisinin öncüsünün *Maurach* olduğunu belirtmiştir (Özkan, a.g.e., s. 21). Aynı şekilde bkz. Özyüksel, a.g.e., s. 16. Fiil hâkimiyeti ifadesi ceza hukuku alanında günümüz anlamından farklı olarak ilk defa 1915 yılında *Hegler* tarafından kullanılmıştır. *Hegler* şekli objektif teori ile uyumlu şekilde bu kavramı kullanmakla birlikte fail ve şerik ayrımı bakımından dikkate alınan bir kavram olmamıştır. Faillik özelliği olarak ön plana çıkan bu kavrama *Hegler* faillik, azmettirme ve yardım etme arasındaki sınırlandırmada yer vermemiştir (Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 60). İlk olarak *Bruns* bu kavramı faillik ve şeriklik ayrımı bakımından dikkate değer bir düşünce olarak ortaya atmıştır. *Hermann Bruns* da faillik niteliğindeki saldırıları karakterize etmek için hareket ve netice arasındaki eşdeğerlik üzerine çalışmıştır. Ona göre neticeyi meydana getirebilecek tarzda sebep olma şeklindeki hareketin genel elverişliliği insana ilişkin fiil hâkimiyeti anlamına gelir. Böylelikle terminolojik olarak da merkezi failliği temellendiren unsur nedensellikten kişisel aşamaya yükseltmiştir (Hermann Bruns, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932'den aktaran Bloy, a.g.e., s. 123). Teori Alman doktrininde öncelik kazanmışsa da Alman Yüksek Mahkemesi tarafından 1994 tarihli *Sınır Muhafızları Davasına* kadar ağırlık verilmemiştir (Önok, a.g.e., s. 55). Fiil hâkimiyeti teorisi Türk ceza hukukunda da ağırlık kazanmıştır (Demirbaş, a.g.e., s. 499; Erdem, a.g.m. (2005), s. 206; Akbulut, a.g.e., s. 596; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs, Adalet, Ankara, 2013, s. 494; Hasan Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 15, 2011, ss. 59-86, s. 61; Demirel, a.g.e., s. 69; Özkan, a.g.e., s. 23). *Özkan* fiil hâkimiyeti teorisine taraftar olduğunu belirtmekle birlikte, vermiş olduğu ateş örneğinde söz konusu teori ile çelişen bir sonuca varmaktadır. Yazara göre işlenen suç çerçevesinde şeriklerin failden daha fazla ceza alması mümkündür (Özkan, a.g.e., s. 23). Fiil hâkimiyeti teorisi çerçevesinde faillik niteliğindeki hareketlerin haksızlık içeriği şeriklik niteliğindeki hareketlerin haksızlık içeriğinden daha fazladır. Ayrıca suç seyrine ilişkin süreçte merkezi konumda olmalarından dolayı şerikliğe nazaran daha fazla cezaya layıktır. Yazarın azmettirmeye ilişkin TCK md. 38/2 düzenlemesinden hareketle bu sonuca vardığı söylenebilirse de ilgili hükmün ceza politikası gereği kabul edilmiş bir hüküm olduğuna dikkat edilmelidir. Azmettirmenin şeriklik şekli olarak faillikten daha fazla cezayı gerektiğinin teorik izahı zordur.

<sup>270</sup> Haas, a.g.m., s. 523.

kriterler içermektedir<sup>271</sup>. Fiil hâkimiyeti öğretisi sayesinde faillik ve şerikliğin dikkate alınmasında artık isnadiyet kriteri olarak nedensellik merkezi konumda bulunmayacak aksine her birinin suça yönelik katkılarının esas alınacağı<sup>272</sup>, suça iştirak edenlerin şahsına bağlı bir ilişki ön planda olacaktır. Böylelikle şeriklik esas fiile birlikte sebep olmadan (*mitverursachung*) daha farklı şekilde karakterize edilmiştir<sup>273</sup>.

Çıkış noktası yasal tipiklik bağlantısıyla dar fail kavramıdır<sup>274</sup>. Failliğin açıklanmasında suç tipinin gerçekleştirilmesi temeline dayanan dar fail kavramı her suç

<sup>271</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 15; Rengier, a.g.e., s. 343; Bloy, a.g.e., s. 204; Schaffstein, a.g.m., s. 155.

<sup>272</sup> 5237 sayılı TCK'nın 37. madde gerekçesinde de bu hususa yer verilmiştir. "765 sayılı Türk Ceza Kanununda 'asli' ve 'fer'i iştirak' ayırımı kabul edilmiştir. 'Asli iştirak', 'asli maddî iştirak' ve 'asli manevî iştirak' olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırımıda 'fiili irtikap etme' ve 'doğrudan doğruya beraber işleme', 'asli maddî iştirak' şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, 'asli manevî fail' olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen 'fer'i iştirak' hâllerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, 'zorunlu fer'i iştirak'ın 'asli iştirak' olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen 'asli fail' bazen 'fer'i fail' olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman 'asli fail' olarak mı yoksa 'fer'i fail' olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Hâlbuki örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Hükümet Tasarısında da benimsenen 'asli iştirak', 'fer'i iştirak' ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir." Bununla birlikte kanun koyucu tarafından tercih edilen fiil üzerinde ortak hâkimiyet kavramının ne anlama geldiğinin belli olmadığı, aslında eski kanundaki asli- fer'i iştirak ayırımından esaslı bir farklılığın bulunmadığı, kanun koyucunun iştirake ilişkin görüşlerden birer parça olarak karma bir sistemi benimsediği şeklinde eleştiriler için bkz. Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s. 328 vd.

<sup>273</sup> Bloy, a.g.e., s. 201. *Bloy*, nedensel bakış açısıyla yalnızca salt sebep olma öğretisinin harekete geçebileceğini, şerikliğin bağıllık kuralına tabi olduğu sürece nedensel olmayan bir isnadiyet kuralına ihtiyacı olduğunu belirtmiştir. Bloy, a.g.e., s. 201.

<sup>274</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652; Heinrich, a.g.e., s. 524. Kavram ilk olarak *Zimmerl* tarafından kullanılmıştır. Geniş fail kavramına karşı argüman olarak sorumluluğun hukuk devleti çerçevesinde sınırlama eksikliğine dayanılmıştır (*Zimmerl*, a.g.m., s. 40). Fiil hâkimi suç sisteminin zorunlu bir unsurudur. Suç yapısından fail çıkarılmak istenirse, suçun süjesi sistematik bakımdan sadece hukuka aykırı ve kusurlu olarak tipik neticeye sebep olan olarak ortaya çıkardı. Bu yaklaşımın ise hem suç tipi kavramına hem de fail kavramına uygun olmadığını belirten *Roxin*, suç tiplerinde tipikliğe konu hareketin kişisel bağlantıyla tanımlandığına, hareketi gerçekleştiren kişiden bağımsız olarak ele alınan soyut bir kavram olmadığına dikkat çekmiştir. Tipikliğin bizzat gerçekleştirilmesinde fiil hâkimiyetini temellendiren etkiye sahip olunmadığı iddiasının suça iştirak şekillerinin ayırımında bağlantı noktasını ortadan kaldıracaklarını belirtmiştir. Böyle bir yaklaşım ayırımın sübjektif alana kaydırılmasına yönelir. Sonuç olarak bu yaklaşıma göre suç tipleri suça ilişkin olayın merkezi konumunun ifadesi ile eşdeğerdir. Fail, fiil tanımının esaslı bir unsurudur ve sonradan eklenecek bir şey değildir. Böylece bu kanuni düzenlemede normlaştırılan faillik şekilleri, sadece (hâlihazırda özel bölümün suç tanımlarının yorumlanmasından da ortaya çıkabilen) beyan edici niteliktedir. Bu, aynı zamanda fiil hâkimiyeti

tipi bakımından fiile ilişkin hareketin sınırlanmasında suç tanımının yeterli olmaması durumunda (öldürme suçları bu niteliktedir, sadece neticeyi içerir) suç tanımının içeriği fail bakımından fiil hâkimiyeti aracılığıyla tespit edilir. Zira öldürme suçunda ölüm neticesi bakımından her katılanın hareketi nedensel değerinde bulunmakla birlikte hepsinin fiil üzerinde hâkimiyetinden söz edilemez<sup>275</sup>. Böylelikle suç tanımındaki tipik hareketin içeriğinin belirlenmesinde failliği oluşturan unsur olarak fiil hâkimiyetine dayanılır<sup>276</sup>.

Fiil hâkimiyeti teorisi, fiil hâkimiyetini objektif kriter temelinde açıklamakla birlikte bu görüşe göre, dolaylı faillik ve işbölümü halinde gerçekleşen müşterek failliğin<sup>277</sup> hukuki izahının yapılabilmesi için subjektif bakış açısı da dikkate alınmalıdır<sup>278</sup>. Bununla birlikte subjektif nitelikteki suça ilişkin menfaat, fiil hâkimiyeti

---

öğretisinde dar fail kavramının söz konusu olduğu sonucunu ortaya çıkarır. Dar şeklinde karakterize etme, şekli objektif teori anlamında değildir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 327 vd.). İştirak bakımından tipiklik, failin sadece tipikliği gerçekleştirme şeklinde şekli olarak değil, aynı zamanda failin maddi olarak da tipikliği gerçekleştirme şeklinde yorumlanırsa dar anlamda failden söz edilebilir. Bu anlamda olmak üzere şekli olarak tipiklikte yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesini aşar şekilde arka plandaki kişinin ön plandaki kişi üzerinde fiili olarak hâkimiyeti bulunması durumunda da dar anlamda faillik kabul edilmelidir. Burada bahsi geçen husus suç seyrinin tam anlamıyla arka plandaki kişinin elinde bulundurulmasıdır (Hamdorf, a.g.e., s. 338).

<sup>275</sup> Rotsch, a.g.e., s. 283.

<sup>276</sup> Rotsch, a.g.e., s. 283.

<sup>277</sup> Fiil hâkimiyeti, iştirakin hangi aşamada gerçekleştiği dikkate alınarak değerlendirildiğinde, fiil hâkimiyeti teorisini (*strenge Tatherrschaftslehre*) savunanlar arasında ayrım ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda katı fiil hâkimiyeti teorisini savunanlar faillik niteliğindeki katkının ki bu özellikle müşterek faillik söz konusu olduğunda daha ön plana çıkmaktadır, suçun icra aşamasında gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Herzberg, a.g.m. (ZStW 1987), ss. 49-81, s. 59 vd. Müşterek faillik bakımından icra aşamasında değil de hazırlık aşamasında yapılan katkının özellikle azmettirme ve yardım etme niteliğindeki hareketlerden ayrımına yönelik olarak bu tür hareketlerin daha sonraya etkisi bulursa bile fiil hâkimiyetini temellendiremeyeceği belirtilmiştir. İcra aşamasında bu tür hareketlerden ne ölçüde yararlanacağı yalnızca fail tarafından belirlenebilir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 85). Bu yaklaşım çerçevesinde sadece hazırlık aşamasında suça iştirak, olay seyrine etki edebilir ancak hâkim olamaz. Bununla birlikte özellikle suçun işlendiği yerde bulunmamakla birlikte, suç seyri üzerinde esaslı katkısı olan (örneğin) çete lideri konumundaki kişiler bakımından müşterek failliği kabul etme şeklindeki esnetme dikkat çekmektedir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 749). Buna karşılık doktrinde hâkim görüş tarafından savunulan ılımlı fiil hâkimiyeti (*gemäßigten Tatherrschaftslehre*) yaklaşımına göre hazırlık aşamasında gerçekleştirilecek olan katkı da suç seyrinin devamında etkisini göstermesi halinde fiil hâkimiyetini temellendirebilir. İcra aşamasındaki eksiklik, hazırlık aşamasındaki esaslı katkıyla dengelenebilir. Bu bağlamda dolaylı faillik kapsamında arka plandaki kişinin etkisinin suça teşebbüsten önce gerçekleştiği durumları da kapsayan bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra suçun icrasında katkısı olmasa da suç seyrini organize eden kişiler de müşterek faillik kapsamında değerlendirilir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 749).

<sup>278</sup> Heinrich, a.g.e., s. 524; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 264. *Freund*, fiil hâkimiyetinin subjektif unsura sahip olması nedeniyle objektif tipikliğe ait olmayacağını belirtmiştir. *Freund*'un gündeme getirdiği sorun, fiil hâkimiyetinin tipiklik içinde ayrı bir bileşen olarak görülmesidir. Başka bir deyişle, fiil hâkimiyeti doktrini, bugüne kadar taksirli suçlar bakımından tek faillik kavramının hâkim olması gibi, geniş fiil kavramı ve dar fail kavramının kombinasyonunu önermektedir (Freund, a.g.e., s. 383 vd.).

teorisinde rol oynamaz ve iradi yönlendirilen objektif fiil hâkimiyeti ile karıştırılmamalıdır<sup>279</sup>.

### (1) Fiil Hâkimiyeti Kavramını Sübjektif Bağlamda Açıklayan Görüşler

*Roxin* tarafından geliştirilen fiil hâkimiyetinin temeli *Lobe* (1933) tarafından atılmıştır<sup>280</sup>. *Lobe* yargı kararlarında esas alınan sübjektif yaklaşımı eleştirerek, faillik bakımından esas olanın sadece fiili kendisi için istemeye yönelik iradenin varlığı olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre faillik, kendi hâkimiyeti altında suçun icrasının yerine getirilmesiyle iradenin gerçekleştirilmesidir<sup>281</sup>. Suç işleme iradesi, suçun icrasına hâkim olmalı ve onu yönlendirebilmelidir. Ancak bu şekilde faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın belirlenmesi mümkün olabilir. Çünkü şerikler için söz konusu fiil hâkimiyetinin varlığı ortaya çıkmayacaktır. Böylelikle *Lobe* sübjektif ve objektif unsurlar çerçevesinde failliği açıklarken, iradeyi ön plana çıkarmıştır<sup>282</sup>.

Fiil hâkimiyeti prensibine göre şeriklik öğretisinin yeni düzeni ve bağlılığın oluşumu konusunda 20. yüzyılın öncüleri ise *v. Weber* ve *Welzel* olmuştur<sup>283</sup>. *v. Weber*'e göre fail fiili kendisine, fiil hâkimi olarak isnat edilebilir şekilde gerçekleştirmek isteyen kişidir. Fiilin faillik niteliğindeki isnadiyeti bakımından belirleyici olan “fiil hâkimiyeti iradesi (*Wille eigener Tatherrschaft*)”dır<sup>284</sup>. Bu bağlamda esaslı ağırlığı iradeye vererek RG'nin sübjektif teorisi ile paralellik göstermiştir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, *v. Weber* benimsemiş olduğu haksızlık anlayışı nedeniyle faillik kriterini artık kusur

<sup>279</sup> Rengier, a.g.e., s. 343.

<sup>280</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 15. Kavramın gelişim süreci için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 404-405.

<sup>281</sup> Aktaran Johannsen, a.g.e., s. 20. *Lobe* fiil hâkimiyeti kriterini ilk olarak tek başına faillik için geliştirmiştir. Daha sonra diğer faillik türleri bakımından da ele almıştır. Dolaylı failliği ise salt şekli içerikle, doğrudan hareket edenin fail olarak ele alınamayacağı durum olarak açıklamıştır (Aktaran Schroeder, a.g.e., s. 61).

<sup>282</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 65; Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), ss. 3-36, s. 6; Johannsen, a.g.e., s. 20.

<sup>283</sup> Poppe, a.g.e., s. 234. Bu dönem ceza hukukunda ontolojik bakış açısının getirmiş olduğu yenilik, normda tipik davranışın tanımına ilişkin kullanılan kavramların *Yeni-Kantçı* yaklaşımın aksine kanun koyucunun isteğine göre şekillendirdiği kavramlar olmadığıdır. Bunların belirlenmesinde eşyanın tabiatına aykırı düzenleme veya yorum söz konusu olmadığı sürece hukuka ön gelen anlam içeriği dikkate alınır. *Yeni-Kantçı* yaklaşımın kavramların ontik varlıklarını göz ardı ederek gerçek olmayan kavramlar dünyası oluşturmalarını eleştirmişlerdir. Bu yaklaşımın teleolojik metodunun ceza hukukuna ilişkin kavram dünyasını gerçeklikten yabancılaştırdığı iddia edilmiştir (Poppe, a.g.e., s. 234). *Welzel*'in final hareket öğretisini *Kant*'ın hareket öğretisinin esasları üzerine şekillendirdiğine yönelik bkz. Hruschka, a.g.m., s. 583.

<sup>284</sup> Aktaran Poppe, a.g.e., s. 237.

aşamasında değil, haksızlık aşamasında subjektif tipiklik kapsamında ele almaktadır<sup>285</sup>. Fiil hâkimiyeti düşüncesini subjektif alanda kullanmıştır. Zira ona göre esas olarak gerçekte fiil hâkimiyetinin varlığı değil, failin tasavvurundan hareketle fiile hâkim olma düşüncesi ön plana çıkmıştır<sup>286</sup>.

Fiil hâkimiyeti iradesinin faillik kriteri olarak kabul edilmesi doğrudan failliğin yanı sıra müşterek ve dolaylı failliğin de faillik görünümü olarak kabul edilmesi olanağını ortaya çıkarmıştır<sup>287</sup>. Azmettirme ve yardım etmeye ise failliğin karşısında şeriklik şekli olarak yer vermiştir. Zira bunların iradesi, fiil hâkimiyeti iradesi ile hareket eden failin fiiline sebep olmaya veya onu desteklemeye yöneliktir. Bir başkasının fiilinin isnat edilmesi söz konusudur<sup>288</sup>. Şeriklik, azmettirenin veya yardım edenin tasavvurunun failin bulunması ile ilişkili olmasını şart koşar<sup>289</sup>.

Daha sonra 1939 yılında *Welzel* tarafından geliştirilen “final<sup>290</sup> fiil hâkimiyeti”<sup>291</sup> kavramıyla fiil hâkimiyeti öğretisine esaslı bir katkıda bulunulmuştur<sup>292</sup>. *Welzel* ontolojik

---

<sup>285</sup> *v. Weber*'in suç teorisine yönelik yaklaşımı şerikliğin niteliksel bağlılığı konusunda da önem taşımaktadır. Çünkü *v. Weber*'e göre klasik suç öğretisinde kabul edilen objektif hukuka aykırılık ve subjektif kusur unsurlarının arasındaki katı ayırmadan vazgeçilmelidir. Eleştirisini ilk olarak kasten işlenen suçlarda nedensel haksızlık anlayışına yöneltmiştir. Ona göre tüm kasten gerçekleştirilen fiiller kapsamında hukuka aykırı davranış sadece neticeye sebep olmaya indirgenemez. *v. Weber*'in hukuka aykırılık bilinci hariç tipikliğin gerçekleştirilmesini bilmek ve istemek olarak tanımladığı kast bu nedenle subjektif tipikliğin unsurudur. Bunun sonucu olarak davranışın hukuka aykırılığının belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır. Aktaran Poppe, a.g.e., s. 235.

<sup>286</sup> Poppe, a.g.e., s. 237.

<sup>287</sup> Poppe, a.g.e., s. 237.

<sup>288</sup> Poppe, a.g.e., s. 238.

<sup>289</sup> Poppe, a.g.e., s. 239.

<sup>290</sup> *Welzel* tarafından ceza hukuku doktrinine kazandırılan “*Finalität*” kavramının dogmatik geçmişi *Köstlin* tarafından ortaya atılan amaç (*Zweck*) kavramına dayanmaktadır. *Köstlin*, *Hegel*'in felsefi öğretisi temelinde suça iştirak öğretisi bakımından esaslı bir ilerlemeye öncülük etmiştir. Ona göre ne objektif nedensellik bağlantısı ne de irade tek başına belirleyicidir. Aksine her iki unsurun diyalektik birliği temelinde konunun değerlendirilmesi gerekir. Amaç kavramını suça iştirak şekilleri arasındaki ayırımın merkezine yerleştiren *Köstlin*, faili (*Urheber*) kendi amacı için hareket eden olarak, yardım edeni ise bir başkasının amacına araç olan kişi olarak ifade etmiştir. Failliğin amaç ilişkisini gerçek nedensellik ilişkisi/subjektif nedensellik olarak nitelendirmiştir (Christian Reinhold Köstlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845'ten aktaran Bloy, a.g.e., s. 80). *Köstlin* ve *Berner* tarafından savunulan suça iştirak şekillerinin sadece objektif ve subjektif kriterlerin kombinasyonu ile tanımlanabileceği yaklaşımı daha sonra *Hälschner* tarafından ileriye taşınmıştır. Suça iştirakin belirleyici kısmını kusur problemi olarak gördüğünden, subjektif yöne ağırlık veren *Hälschner* fail ve yardım eden kavramlarını benzer şekilde açıklamıştır. Bununla birlikte objektif ve subjektif unsurları bir araya getirerek iştirak şekilleri arasındaki ayırma yönelik çalışmaları fiil hâkimiyeti kavramının ayak sesleri olarak değerlendirilmiştir (Hälschner Hugo, *Das preußische Strafrecht Theil 2, Den allgemeinen Theil des Systems*, 1859'dan aktaran Bloy, a.g.e., s. 83; Nydegger, a.g.e., s. 39 vd.).

<sup>291</sup> Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW, 1939, ss. 491-551, s. 539.

<sup>292</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 16.



bakış açısını suça iştirak türlerini belirlerken de dikkate almıştır. İştirak türleri arasındaki farklılığın ontik özelliklerine göre belirlenebileceğini, kanun koyucunun bu ontik farklılıkları yasal düzenleme ile ortadan kaldıramayacağını belirtmiştir<sup>293</sup>.

*Welzel*, faillik ve şeriklik öğretisine ilişkin *Lange*'nin sübjektif yaklaşımına atıfta bulunmuştur<sup>294</sup>. Bununla birlikte yazara göre *Lange*'den farklılaştığı ve böylece kendi yaklaşımını ortaya koyduğu nokta, failliği objektif olarak eşdeğerlik ölçütü kapsamında sübjektif olarak iradi yönelime göre değerlendirmenin yeterli olmayacağı<sup>295</sup> iddiasına dayanmaktadır. *Welzel*'e göre, final fail kavramı kasten işlenen hareket bakımından final hareket kavramının<sup>296</sup> ve kişisel haksızlık<sup>297</sup> kavramının esaslarından ortaya çıkar<sup>298</sup>. Bu

<sup>293</sup> Welzel, a.g.m. (ZStW 1939), s. 540. Final fiil hâkimiyeti yaklaşımı dolaylı failliğin gerekçelendirilmesi ve özellikle azmettirme ile arasındaki ayrımın belirlenmesi noktasında yeterli açıklamayı getirememiştir. Arka planda yer alan ile ön planda bulunan herhangi bir şekilde gerçekleşen birbirine yönelik etkileri üzerine amaççı esasa indirgeyerek ayrım konusunda tatmin edici sonuca ulaşamaz (Noltenius, a.g.e., s. 69). Final fiil hareket teorisi de haksızlık kapsamında kişiler arasındaki etki bağlantısını açıklama noktasında nedensel hareket teorisi gibi yetersiz kalmaktadır (Noltenius, a.g.e., s. 210).

<sup>294</sup> Welzel, a.g.m., s. 542. Fiil hâkimiyeti öğretisi bağlamında öne çıkan diğer bir isim olan *Lange*, maddi objektiflik temelinde çıkış noktasını oluşturmakla birlikte, sübjektif teoriyi de göz önünde bulundurmıştır. Dolaylı faillik ve azmettirme arasındaki ayrımı ifade ederken diğer fiil hâkimiyeti öğretisi savunucularından daha geniş şekilde sübjektifliğe yer vermiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 76). *Maurach* dolaylı failliği ön planda hareket edenin kasten ve kusurlu olması ihtimalini güçlü bir sosyal veya kişisel bağlılığın varlığı ile sınırlandırırken; *Lange* daha da ileri götürerek neticenin arka plandaki kişinin “kendi eseri” olması halinde dolaylı failliğin kabul edilebileceğini ileri sürmüştür. Buna yönelik olarak “Badewannen” olayında çocuğunu kardeşine boğduran anneyi dolaylı fail olarak kabul etmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 76). Netice suçlarında faillik sorununa ilişkin olarak *Lange* yeni bir formül geliştirmiştir. Bu, fiilin kimin eseri olarak ortaya çıktığı ile ilgilidir. Hareket ile netice arasında nedensellik üzerinden kişisel bir bağlantı kurulması gereklidir. Böylelikle fiil, hareket edenin eseri olarak tanımlanabilir. 19. yy'da *Berner*'in faillik temellendirmesi olarak kendi fiili “*eigene Tat*” düşüncesi tekrar canlanmıştır (Bloy, a.g.e., s. 121).

<sup>295</sup> Welzel, a.g.m., s. 542.

<sup>296</sup> Bununla birlikte final hareket kavramına eleştiri getirilmiştir. Final hareket teorisinde insan davranışının diğer bir esaslı unsuru dikkate alınmamıştır: Özgür, içeriği belirleyen karar unsuru. Kişinin düşünme ve davranışlarında nedensel süreçleri öngörme yeteneğine ve sonuçta doğal nedenselliği kontrol etme yeteneğine ek olarak, yol açabileceği belirli bir amacı seçme ve uygulama şeklinde otonom karar verebilme özelliği de dikkate alınmalıdır. Kişinin otonomluğu hareket bakımından belirleyici bir unsurdur. İrade özgürlüğü ve hareket özgürlüğü birbirinden bağımsız değildir, aksine birbirine bağlı şekilde açıklanması gerekir. Noltenius, a.g.e., s. 67.

<sup>297</sup> Welzel, a.g.e., s. 98. *Welzel*'e göre, insan davranışının kanunlarda yer alan normlardan önce sosyal, doğal anlamıyla ele alınması gerekmektedir. Hareketin amaççılığının ontik unsuru *Welzel*'in oluş ve değer birbirleriyle ilişkisinde ortaya çıkan yaklaşımına göre zorunlu olarak hareketin hukuki değerini etkilemektedir. Hareketin amaççılığı da kişisel haksızlığı belirlemektedir. Bu nedenle klasik ceza sisteminin sadece nedensel olarak neticeye sebep olma yaklaşımı belirleyici değildir. Nedensellik kör bir kategoridir ve amaççılığı içinde bulundurmaz. Welzel, a.g.m., s. 502.

<sup>298</sup> Welzel, a.g.e., s. 98. Yazara göre, fail öğretisinin bu merkez anlamı neticeye önem veren haksızlık öğretisi tarafından göz ardı edilmiştir. Onlar için haksızlık, harici hukuki değer ihlalinde bulunduğundan, bunun için fail nedensel bir harekete geçirmeyi ortaya koysa bile içerik olarak hiçbir katkısı yoktur. Dolayısıyla haksızlık kavramını failden bağımsız olarak geliştirmişlerdir. Welzel, a.g.e., s. 98.

bağlamda fiilin, failin eseri olarak kabul edilmesini yeterli kılacak şartları araştırmaya yönelmiştir. Yazarı fiil hâkimiyeti sonucuna ulaştıran ise, insana ait hareketin hangi spesifik niteliğinin dikkate alınacağına ilişkin soru olmuştur<sup>299</sup>. Zira faillik öğretisi hukuka aykırı fiilin kişisel aksiyon merkezinden (*aktionszentrum*) farklı bir şey değildir. Genel olarak fiil üzerindeki final hâkimiyet faillğe ilişkindir. Bu, genel kişisel haksızlık unsurudur (*generelle personale Unrechtsmoment*)<sup>300</sup>. Planlı yönetilen iradi icrayla fiilin oluşturulması faili, fiilin üzerinde hâkim duruma getirir. Bu nedenle final gerçekleştirme iradesi (tipiklik kastı) fiil hâkimiyetinin genel unsurudur<sup>301</sup>. Bu bağlamda final nitelikteki sübjektif unsurun fiil bakımından ağırlık noktasını oluşturmasından hareketle fiil hâkimiyetinin sübjektif yönü daha ön plana çıkmıştır<sup>302</sup>.

*Welzel*'e göre fail final olarak tipikliği gerçekleştiren kişidir<sup>303</sup>. Kusurun bulunmaması amaca yönelik hareket edenin faillik niteliğine zarar vermez<sup>304</sup>. Azmettiren ve yardım edende ise bu fiil hâkimiyeti eksiktir. Zira fiil yalnızca failin final hâkimiyeti altında gerçekleşmektedir<sup>305</sup>. Esas olarak fiil hâkimiyetinin temeli *Welzel* için, insanın nedensel bilgisine dayanarak hareketinin olası sonuçlarını tahmin edebilmesi ve böylece hareketlerini amaca yönelik yönlendirebilmesi ve yönetebilmesi yeteneğidir<sup>306</sup>. Azmettiren ve yardım eden de fiil hâkimidir ancak bu hâkimiyet suça yönelik katkıları

<sup>299</sup> Welzel, a.g.m., s. 542.

<sup>300</sup> Welzel, a.g.e., s. 98 vd. *Haas*'a göre fiil hâkimiyeti, ihlal edilen hukuki değere ilişkin fail davranışının hukuka aykırılığının temellendirilmesi bakımından hiçbir katkı sağlayamaz. Çünkü amaçlıktan türetilen fiil hâkimiyeti kavramı başlangıcını kişisel isnadiyet aşamasında bulur. Bununla birlikte hukuka aykırılık kişisel isnadiyete ön gelen bir aşamadır. Fiil olarak kaçınılma söz konusu değildir, aksine kaçınılması gereken şeyle ilgilidir. *Haas*, a.g.e., s. 149.

<sup>301</sup> *Bockelmann*'a göre finalist hareket öğretilerinden hareket edildiğinde ve amaçlılık kasten işlenen suçun tipikliğini gerçekleştiren hareketin tamamen tipikliğin gerçekleştirmesi amacına yönelik olması şeklinde anlaşılması halinde, faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın salt bu kıstasla tespiti mümkün değildir. Çünkü suça katılan herkesin amacı tipikliğin gerçekleşmesidir. *Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 203.

<sup>302</sup> Welzel, a.g.m., s. 542.

<sup>303</sup> Genel faillik unsurunu bu şekilde ele alan *Welzel* özel faillik unsurunu sübjektif kişisel faillik unsuru ve objektif kişisel faillik unsuru olarak iki alt grupta incelemiştir. Sübjektif kişisel unsur olarak amaç (*absicht*), eğilim (*tendenz*) ve düşünceyi (*gesinnung*) gösteren *Welzel*, objektif kişisel faillik unsuru olarak ise failin özel yükümlülük durumunu ele almıştır. *Welzel*, a.g.e., s. 100.

<sup>304</sup> *Welzel*, a.g.e., s. 100. Buna karşılık doktrinde bir görüş, final fiil hâkimiyeti ile şerikliğin sınırlı bağlılığının birbiriyle çelişki arz ettiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, tipik hukuka aykırı fiilin kasten ve fakat kusursuz gerçekleştirilmesi fiil hâkimiyetini temellendiriyorsa bu durumda araç kişi de fiil hâkimiyetine sahip olabilir. Ancak bu araç kişinin karakteristik özelliği ile çelişir. Zira araç kişi fiil hâkimiyetine sahip olmadığı için araç kişidir. Bu nedenle fiil hâkimiyeti tipik ve hukuka aykırı fiilin kasten ve kusurlu şekilde gerçekleştirilmesi anlamına gelmelidir. *Riemer*, a.g.e., s. 30.

<sup>305</sup> *Riemer*, a.g.e., s. 12.

<sup>306</sup> *Welzel*, a.g.m., s. 502 vd.

üzerindedir<sup>307</sup>. Esas fiil üzerindeki final fiil hâkimiyeti sadece faile aittir. Bu nedenle şeriklerin katılımı başkasının fiiline katılmaktan ibarettir<sup>308</sup>. *Welzel* tarafından fail bakımından aranan fiilin mutlak olarak gerçekleştirilmesine yönelik iradenin şeriklerde bulunmaması şeklindeki ayırım fiil hâkimiyeti teorisinin sübjektif teorisinin<sup>309</sup> izlerini taşıdığını göstermiştir<sup>310</sup>.

Arka planda yer alan kişinin sorumluluğunu da *Welzel*'in benimsediği yaklaşım çerçevesinde final fiil hâkimiyeti üzerinden ele almak mümkündür<sup>311</sup>. İcra hareketlerini gerçekleştiren ön plandaki kişinin final fiil hâkimiyeti arka plandaki kişinin faillliğini dışlamaktadır<sup>312</sup>. Böylelikle final kasten işlenen esas fiilin bulunması durumunda arka plandaki kişi bakımından zorunlu olarak şeriklik ortaya çıkarken, böyle bir esas fiilin bulunmaması durumunda dolaylı faillik ortaya çıkmaktadır<sup>313</sup>.

---

<sup>307</sup> Welzel, a.g.m., 539. *Welzel*'in faillik ile şeriklik arasındaki ayırım bakımından neden spesifik amaçlarını dikkate almadığı ve ayırım için farklı bir kıstası esas aldığına yönelik eleştiri için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 24.

<sup>308</sup> Welzel, a.g.m., s. 539.

<sup>309</sup> Belirtilmelidir ki, *v. Weber*'in yaklaşımına karşılık *Welzel*'de fiil hâkimiyeti düşüncesi fail iradesinin tespitine ilişkin bir kriter niteliği taşımamaktadır. Fiil hâkimiyeti objektif fail kriteridir. Poppe, a.g.e., s. 240.

<sup>310</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 68. Aynı yönde Jakobs, a.g.e., s. 612; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. bs, Walter de Gruyter, Berlin, 2000, s. 280.

<sup>311</sup> İcra hareketlerini gerçekleştirenin finalistliği üzerine şekillenen bu fiil hâkimiyeti varyasyonu 1943 yılından sonra ilk defa *Kaufmann* tarafından savunulmuştur. İcra hareketlerini gerçekleştiren üzerinde cebir/zor kullanılması bağlamında konuyu ele alan *Kaufmann* kasten ve tek başına tüm tipikliği gerçekleştiren kişinin final fiil hâkimiyetinin bulunduğu reddedilemeyeceğini belirtmiştir. Aynı sonuç kusur yeteneği bulunmayan ve kaçınılmaz haksızlık hatası içinde yer alan icra hareketlerini gerçekleştiren bakımından da geçerlidir. Bu nedenle ön plandaki kişinin kusursuz yardım eden olarak kabulünü reddeder. Arka plandaki kişi ise böyle durumlarda her zaman azmettiren sorumludur. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, s. 165'ten aktaran Poppe, a.g.e., s. 365.

<sup>312</sup> Poppe, a.g.e., s. 365. *Schroeder* final hareket hâkimiyetinden hareketle bir iştirak teorisi oluşturmanın kast ile fiil hâkimiyetini eşdeğer görmeyen bir sonucu olarak özellikle dolaylı faillığe ilişkin ön plandaki kişinin kasten hareket ettiği birçok durumu çelişkili hale getirdiğini belirtmiştir. Bu bağlamda mazeret nedeni içinde hareket eden kişinin kastının bulunduğu ve arka plandaki kişinin dolaylı faillığinin fiil hâkimiyeti kapsamında açıklanmasının tatmin edici olmayacağına vurgu yapmıştır. Burada fiil hâkimiyeti ile kastın birbirinden ayrılması gerektiğine ve fiil hâkimiyetinin aşamalandırılması ihtiyacına dikkat çekmiştir (Schroeder, a.g.e., s. 62 vd.).

<sup>313</sup> Poppe, a.g.e., s. 365. Bu kabule yönelik olarak doktrinde bir görüş şöyle bir eleştiri getirmiştir: Bireysel amacına ulaşmak için belli bir bedel ile motive ettiği kiralık katili suçu işlemekle görevlendiren kişi olay seyri üzerinde fiil hâkimiyete sahip değildir. Olay seyri üzerindeki hâkimiyet görevlendirdiği kişidedir ki o kişi de anlaşma bedelini elde etmek için diğer bir ifadeyle kendi amacı için suçu işlemektedir. Bununla birlikte icra hareketlerini gerçekleştirirken amaç tasavvuru azmettirme hareketi ile oluşmuştur. Azmettiren failin para hırsını kendi amacına ulaşmak için kullanmıştır. Bu nedenle burada azmettirenin irade- amaç hâkimiyetinden söz etmek mümkündür. Böyle bir sonucun kabulü ise *Welzel*'in final fiil hâkimiyetinin sadece failde bulunacağı tezini göreceli hale getirmektedir. Nepomuck, a.g.e., s. 24.

Bununla birlikte final fiil hâkimiyeti sadece, taksirli suçlar bu kapsamda değerlendirilemeyeceğinden<sup>314</sup>, taksirli suçlarda<sup>315</sup> faillik ile şeriklik ayrımının yapılamayacağını ortaya koyabilmiştir. Zira kasten işlenen suçlar bakımından fail, azmettiren ve yardım eden de amaççı şekilde hareket etmektedir ve bu kriter bunlar arasındaki ayrımın yapılabilmesi bakımından yeterli değildir<sup>316</sup>. Ayrıca taksirli suçlar ve kasten işlenen suçlar bakımından ortak bir faillik tanımının bulunamayacağı zira taksirle işlenen suçlarda her bir hareketin netice bakımından aynı nedensellikte olduğu ve böylelikle taksirle işlenen suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının da mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>317</sup>. Taksirle işlenen suçun faili, hareketiyle göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal ederek kasten olmayacak şekilde tipik neticeye yol açan kişidir. Bu durum taksirle işlenen suçta failliği temellendirir<sup>318</sup>.

*Welzel* hukuki kavramları salt ontolojik bakış açısı ile ele almamış bunun yanı sıra kavramların sosyal anlam içeriğini<sup>319</sup> de göz önünde bulundurmuştur<sup>320</sup>. Final fiil hâkimiyetinin yanında fail aracılığıyla hâkimiyette fiilin tüm sosyal etik içeriği bakımından ulaşılabilir olması gerekir. Böylece *Welzel* faillik bakımından yalnızca fiil hâkimiyetinin yeterli olmadığını, bunun yanı sıra suç tipine göre objektif faillik şartlarının (kamu görevlisi olma) veya sübjektif faillik özelliklerinin de bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu özellikleri fiil hâkimiyetinin sosyal içeriği olarak ifade eden *Welzel*, suç tipi fail bakımından objektif ve sübjektif faillik şartlarını da içeriyorsa bunlara sahip olmayan kişinin fail olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>321</sup>. Böylelikle final

---

<sup>314</sup> *Welzel*'e göre, neticeye final olmayan şekilde yol açılması haksızlık içeriği bakımından final olan neticeye yol açmadan ayrılmalıdır. Bu husus kasten işlenen suçlar ile taksirli işlenen suçlar arasındaki niteliksel ayrım bakımından belirleyicidir. Bunun sonucu olarak *Welzel* suça iştirak bakımından da bu ayrımın dikkate alınması gerektiğini ve taksirli suçlarda faillik ile kasten işlenen suçlarda failliğin ayrımına vurgu yapmıştır. *Welzel*, a.g.e., s. 98 vd.

<sup>315</sup> Final fiil hâkimiyeti temelinde taksirli suçların tamamı bakımından (bilinçli taksir veya bilinçsiz taksir) faillik ile şeriklik arasında ayrım yapılamaz. Bilinçli taksir halinde de neticeye ilişkin irade eksikliği nedeniyle tipik neticeye yönelik final bağlantı eksiktir. *Gallas*, a.g.e., s. 92.

<sup>316</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 16; *Stratenwerth*, a.g.e., s. 218; *Ernst-Joachim Lampe*, "Tätersysteme: Spuren und Strukturen", *ZStW*, 2007, ss. 471-518, s. 477; *Gallas*, a.g.e., s. 137. Daha sonra *Gallas* fiil hâkimiyeti kavramını objektif çıkış noktasından hareketle *Lobe* ve *Welzel*'e göre daha somut şekilde belirlemeye çalışmıştır (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 16).

<sup>317</sup> *Welzel*, a.g.e., s. 99.

<sup>318</sup> *Welzel*, a.g.e., s. 99.

<sup>319</sup> Yazara göre kavramın hukuki yorumu, sosyal toplumun kavrama yüklediği anlamı temel almalıdır. *Welzel* bu ontolojik kavramsal yorumlama biçimini, özellikle de sosyal uygunluk (*Sozialadäquanz*) ile ifade etmiştir. *Welzel*, a.g.m., s. 517.

<sup>320</sup> *Welzel*, a.g.m., s. 528.

<sup>321</sup> *Welzel*, a.g.e., s. 104; *Welzel*, a.g.m., s. 543.

fiil hâkimiyeti kavramından sosyal fiil hâkimiyeti kavramına geçmiştir<sup>322</sup>. *Welzel*'e göre, gerçek özgü suçlarda<sup>323</sup> ilgili niteliğe sahip olan arka plandaki kişi ilgili niteliğe sahip olmayan ön plandaki kişiye özgü suçun tipikliğini gerçekleştirme bakımından etki eder. Bu, özgü suçun işlenmesine yönelik ilgili niteliğe sahip olmayan ön plandaki kişinin üzerinde arka planda yer alan ilgili niteliğe sahip kişinin hâkimiyetini temellendirdiğinden genel fiil hâkimiyetinden farkını ortaya koymak adına sosyal fiil hâkimiyeti olarak nitelendirilmiştir<sup>324</sup>.

## (2) Fiil Hâkimiyeti Kavramını Objektif Bağlamda Açıklayan Görüşler

*Maurach*'ın çıkış noktası objektif fiil hâkimiyeti olmuştur<sup>325</sup>. *Maurach* fiil hâkimiyeti yaklaşımını hem tipik hareket öğretisinden hem de final hareket öğretisinden hareketle temellendirmiştir<sup>326</sup>. Fiil hâkimiyeti, kast kapsamında olayın seyriyle elde tutulmasıdır<sup>327</sup>. Fiil hâkimiyeti amaçlılık veya gerçekleştirme iradesi dışında bulunan kriterlerle tanımlanmalıdır. Fiil hâkimiyeti “gerçeğe etki eden faktördür”<sup>328</sup>. Fiil, suç tipinde yer alan fiile uygun şekilde harici olarak meydana gelen olay sürecine egemen olmalı ve bunun bilincinde hareket etmelidir. *Maurach*'ın final-objektif teori olarak adlandırdığı bu yaklaşım kapsamında, suça her bir iştirak eden kendi iradesine göre suça ilişkin neticenin gerçekleşmesini sağlayabilir veya engelleyebilir (*Ablauf-Hemmungsvermögen*)<sup>329</sup> ise fiil hâkimiyetinden bahsedilir<sup>330</sup>. Böylelikle fiil hâkimiyetini amaçlılık kavramından çözümlenerek, kavrama maddi içerik kazandırmıştır. Bağlılık kuralına

<sup>322</sup> Welzel, a.g.e., s. 104.

<sup>323</sup> Gerçek olmayan özgü suçlar bakımından da sosyal fiil hâkimiyetinin geçerli olması gerektiği, bu suçlarda da gerçek özgü suçlardaki gibi tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin aynı ölçüde arka plandaki kişinin katkısına bağlı olduğu ve *Welzel*'in neden sosyal fiil hâkimiyeti figürünü gerçek özgü suçlarla sınırlamak istediğinin açıklanması gerektiği eleştirisi için bkz. Manfred Hake, *Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, s. 168.

<sup>324</sup> Welzel, a.g.e., s. 104; Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 398. *Hake*'e göre, *Welzel* tarafından tanımlanan fiil hâkimiyetinin bu şekli “tipikliğin gerçekleştirilmesi hâkimiyeti” olarak anlaşılmalıdır. Zira suç seyri üzerindeki hâkimiyet ilgili suçun tipikliğinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin yalnızca arka plandaki kişinin elinde olmasına dayandırılmaktadır (*Hake*, a.g.e., s. 168).

<sup>325</sup> *Maurach*, a.g.e., s. 672 vd. *Maurach*'ın fiil hâkimiyeti kavramına objektif içerik kazandıran ilk yazar olduğu belirtilmektedir. *Johannsen*, a.g.e., s. 149.

<sup>326</sup> *Maurach*, a.g.e., s. 672.

<sup>327</sup> *Maurach*, a.g.e., s. 659; *Kühl*, a.g.e., s. 760; *Rengier*, a.g.e., s. 343; *Hauf*, a.g.e., s. 75; *Bock*, a.g.m. (JURA 2005), s. 675; *Gimbernat Ordeig*, a.g.m., s. 918, 927.

<sup>328</sup> *Maurach*, a.g.e., s. 635.

<sup>329</sup> *Hoffmann-Holland*, a.g.e., s. 471. Fiilin gerçekleşmesine yönelik engellenmenin sadece fiile hasredilemeyeceği, suça yardım eden veya azmettiren olarak katılan tarafından da bunun gerçekleştirilebileceği şeklindeki eleştiri için bkz. *Evik*, a.g.e., s. 117.

<sup>330</sup> *Jakobs*, a.g.e., s. 612.

ilişkin olarak ise şerik sorumluluğunun tespiti bakımından esas fiil varlığına dikkat çekerek bunun kanun koyucunun tasarrufuna bağlı olmadığını, aksine suç kavramıyla bağlantılı olarak açıklanabileceğini belirtmiştir<sup>331</sup>. Yazara göre de fiil hâkimiyeti yaklaşımı taksirli suçlar bakımından söz konusu olamaz. Faillik kriteri olarak fiil hâkimiyeti sadece kasten işlenen suçlarda kullanılabilir<sup>332</sup>.

İleri sürdüğü formülü (*Ablaufs-Hemmungsvermögen*) genel olarak fiil hâkimiyetini, özel olarak ise müşterek failliği tanımlamak için kullanan *Maurach*, fiil hâkimiyeti öğretisinin diğer savunucuları tarafından destek görmemiştir<sup>333</sup>. Fiil hâkimiyetini objektif olarak suç seyrini elinde bulundurma olarak tanımlayan görüş<sup>334</sup> burada sübjektif unsurun dikkate alınmasını göz ardı etmektedir.

*Maurach*, *Welzel*'den farklı olarak dolaylı faillik ile şeriklik ayrımında fiil hâkimiyetinin maddi içeriğini ön plana çıkarmıştır<sup>335</sup>. Yazar özellikle dolaylı failliğin içerik olarak maddi ve pozitif olarak açıklanabileceğini, şekli ve negatif olarak tanımlanmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>336</sup>. Şekli-negatif<sup>337</sup> olarak tanımlanmasından

---

<sup>331</sup> Özgenç, a.g.e. (1996), s. 93.

<sup>332</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 69. Bununla birlikte *Maurach* bu konuya ilişkin olarak tamamen *Welzel*'in izinden gitmemiştir. Özellikle müşterek faillik konusundaki yaklaşımı, failin arkasındaki fail durumunu dolaylı faillik kapsamında kabul etmesi, failliğin objektif-sübjektif unsurlarının bulunduğu görüşünü reddetmesiyle bağımsız bir yaklaşım geliştirmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 70-71.

<sup>333</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 311. Ayrıca bkz. Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 21-22. *Roxin* bu tanımlamayı müşterek faillik ile dolaylı faillik arasındaki ayrımı net şekilde ortaya koymaması nedeniyle eleştirmiştir. Suçun gerçekleşmesini engelleyebilmenin müşterek failliği diğer suça iştirak şekillerinden ayırt etmek bakımından yeterli bir kriter olmadığını vurgulayan *Roxin*, azmettiren veya yardım edenin de örneğin polise haber vermek suretiyle suçu engelleyebileceğini belirtmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 311). Eleştiri için bkz. Jakobs, a.g.e., s. 613.

<sup>334</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (AT, 6. bs), s. 209. *Cramer* fiil hâkimiyeti öğretisi savunucularından olmakla birlikte, fiil hâkimiyeti kavramının objektif ve sübjektif içeriğe sahip olduğunu belirterek bunların eşdeğer şekilde ele alınması gerektiğini kabul etmiştir. Buna yönelik olarak müşterek failliğin suça her bir katılanın sadece kısmi katkısı bulunduğu sürece suç seyrinin geneline hâkimiyetin objektif kriterlerle sağlanamayacağı ve bu nedenle sübjektif unsurlara dayanılmasının suça katkının sosyal değersizliğinin anlaşılması bakımından gerekli olduğunu belirtmiştir. Böylelikle faillik ile şerikliğin sınırlandırılması bakımından sübjektif bağlantı kapsamında suça katılanların sosyal rolüne vurgu yapmıştır. *Cramer*, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 400-403.

<sup>335</sup> Poppe, a.g.e., s. 369.

<sup>336</sup> Schroeder, a.g.e., s. 65. *Maurach*'ın fiil hâkimiyetine benzer bir yaklaşım benimseyen *Blei* ise faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın belirlenmesi noktasında sübjektif bakış açısının reddedilemeyeceğini ifade ederek *Maurach*'tan ayrılır. Yazar fiil hâkimiyeti düşüncesini iradi içerik ile tamamlar. *Blei*, a.g.e., s. 223.

<sup>337</sup> Dolaylı failliği temellendirmenin en basit yolunun icra hareketlerini gerçekleştiren fail olarak kabul edilemediği durumların tespitiyle mümkün olduğunu savunan bu yaklaşım böylece baştan itibaren failin arkasındaki fail kavramını tanımaz. Bu teorinin en bilinen savunucusu *M. E. Mayer*'dir. *Dahm* da esas olarak bu teoriden hareket etmiştir. Ona göre kanun failliğin varlığı bakımından ne kadar çok gereklilik oluşturur diğer bir ifadeyle suç ne kadar çok unsura sahip olursa, doğrudan suça katılanların fail olmaması ve dolaylı katılanların şerik değil de fail olması için o kadar çok sebep oluşur. Aktaran

kastedilen ise, arka plandaki kişinin dolaylı failliği bakımından ön planda yer alanın hareket eksikliğinin bulunmasının yeterli olmasıdır<sup>338</sup>. Dolaylı failliği olay seyrini kontrol altında tutan arka plandaki kişi tarafından ön planda yer alanın suçun işlenmesinde kullanılması şeklinde ifade etmiştir. Arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetini gerçek etki eden faktör olarak amaççılığın bulunmamasından değil, aksine fail ve araç kişi arasındaki ilişki üzerinden açıklamıştır<sup>339</sup>. Final hâkimiyeti kavramı ve amaççılık kavramının aynılığından<sup>340</sup> vazgeçmesinin arkasında, arka plandaki kişinin faillik ve şeriklik sorumluluğuna ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin hareketinin amaççılığının kast ile açıklanması şeklindeki genellemenin olmaması gerektiği yönündeki düşüncesi yer alır. Böylelikle suçun işlenmesine yönelik ön plandaki kişinin kullanılmasının gerçek varlığının her somut olayda değerlendirilmesini istemektedir<sup>341</sup>. Bu bağlamda araç kişinin işlenen suçtan tam sorumlu olması arka planda yer alanın dolaylı fail olarak kabulüne engel değildir<sup>342</sup>.

Fiil hâkimiyeti öğretisi kapsamında önemli çabası bulunan *Gallas* ise normatif fiil kavramı<sup>343</sup> üzerinde durmuştur. *Welzel*'in ceza hukuku dogmatığı bakımından yalnızca

---

Schroeder, a.g.e., s. 26. *Dahm* tarafından benimsenen fiil hâkimiyetine benzer nitelikteki yaklaşım ve buna yönelik eleştiri için bkz. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 50.

<sup>338</sup> Schroeder, a.g.e., s. 69. Kavrama yönelik ayrıca bkz. Andreas Hoyer, "Kombinationen von Täterschaft und Teilnahme beim Hintermann", *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, ss. 379-394, s. 383.

<sup>339</sup> Poppe, a.g.e., s. 369.

<sup>340</sup> Fiil hâkimiyetinin amaççılık kavramından ayrılması üzerinden hareket eden *Maurach* fiil hâkimiyetini objektifleştirme fikrini bir adım daha öteye taşıyarak şeriklerin de objektif olarak (kendi fiilleri üzerindeki) fiil hâkimiyetine fail gibi sahip olduğunu belirtmiştir (Schroeder, a.g.e., s. 66). Bununla birlikte *Jescheck* ise "*Finalität*" kavramının kastla eşdeğer şekilde ele alınmaması gerektiğini ifade ederek diğer fiil hâkimiyeti teorisi savunucularından farklılaşmıştır. Burada söz konusu olan kusur alanına ait olan düşünüş biçiminin unsurudur. Daha açık ifadeyle fail ile şerik arasındaki ayrım sadece haksızlık içeriğinde değil ayrıca kusur derecesinde de farklılık gösterir. Bu yaklaşımıyla *Jescheck* fiil hâkimiyeti öğretisine yeni bir sübjektif unsur kazandırmıştır ve bunu kusur alanıyla ilişkilendirmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 82).

<sup>341</sup> Poppe, a.g.e., s. 370.

<sup>342</sup> Özgenç, a.g.e. (1996), s. 92.

<sup>343</sup> Benzer şekilde *Murmann*'a göre, fiil üzerindeki hâkimiyet sadece harici olay seyri üzerindeki hâkimiyet değildir, ayrıca tipikliğin gerçekleştirilmesi diğer bir ifadeyle normatif seyir üzerindeki hâkimiyettir. Tipikliğin gerçekleştirilmesi sadece dış dünyada meydana gelen değişiklikten ibaret değildir, failden mağdura normatif ilişkideki değişiklik de bu kapsamdadır. Ayrıca katılanların kendi aralarındaki ilişkinin de dikkate alınması gerektiğini belirten yazar, fiil hâkimiyetinin ilişkilerin niteliği üzerindeki hâkimiyet olarak da anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda arka planda yer alanın mağdura karşı bir yükümlülük altında bulunması durumunda kişisel fiil hâkimiyetinden söz edilmesi gerekir. Bu arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi araçsallaştırması anlamına gelmemektedir. Mağdura yönelik ilişkisinde söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranarak kişisel fiil hâkimiyetini sağlamasına ilişkin olarak işletme yöneticilerinin emri altında çalışanlar aracılığıyla 3. kişilere karşı işlenen suçları örnek vermektedir (Murmann, a.g.m. (GA 1996), s. 276 vd.). *Otto*, *Murmann* tarafından ileri sürülen yaklaşımı eleştirmiştir. Yazara göre, failin mağdura olan ilişkisinde

hukuk öncesi hareket kavramını dikkate alarak fiil hâkimiyetini açıklamaya yönelik çabalarına karşılık, *Gallas* genel hareket kavramı ile tipik hareket kavramı arasındaki fark üzerinden ceza hukukuna ilişkin belirleyici değerlendirmenin yasal tipikliğin göz önünde bulundurulmasıyla mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>344</sup>. Suç seyri suça iştirak edenin eseri olarak kabul edilebiliyorsa ancak bu durumda suça iştirak edenin fiile hâkimiyetinden söz edilebileceğini belirten<sup>345</sup> *Gallas*, fiil hâkimiyeti kavramını ontik alandan normatif alana yükseltmiştir<sup>346</sup>. Ontolojik bakış açısı ceza hukuku bağlamında suça katılanların sorumluluğunun tespiti noktasında yetersiz kalmıştır. Zira salt gerçek hayat ilişkilerinin dikkate alınarak hareket edilmesi, içerik belirlemesi yapılmadığı sürece sonuç vermeyecektir. Söz konusu ontik bağlamda ele alınan davranışların teleolojik çerçevede incelenmesi gerekmektedir<sup>347</sup>.

Fiil hâkimiyetinin yapısı tipikliğe uygun şekilde objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur ve bu finalist ve değerlemeye dayanan bir bakış açısından ortaya çıkar<sup>348</sup>. Bu noktada belirtilmelidir ki, yazar diğer fiil hâkimiyeti savunucuları gibi faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın sadece kasten işlenen suçlarda söz konusu olabileceğini benimsemiştir<sup>349</sup>. Çıkış noktası dar fail kavramı olan bu yaklaşım, şekli objektif teori ile

---

belirli bir araç kişinin mağdura zarar vermeye yönelik kullanılmaması şeklinde bir yükümlülük söz konusu olamaz. Burada belirleyici olan yükümlülük, mağdura zarar verilmemesine ilişkindir. Bununla birlikte yükümlülüğe ilişkin davranış farklı türde gerçekleşse bile bu yükümlülük fail ve şerike karşı aynı şekilde geçerlidir (Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 487).

<sup>344</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 30. *Özgenç*'e göre de suça katılanların gerçekleştirdikleri katkılar nedeniyle ne şekilde nitelendirileceği kanun koyucuya kalmış bir konuyu oluşturmaz. Ayrıca suça iştirak şekillerinin hukuki içeriği sadece ontik yapılarıyla açıklanamaz. Normatif değerlendirmenin yapılması gerekmektedir (Özgenç, a.g.e. (1996), s. 137). Bu kapsamda bir görüş insana ilişkin hareketlerin ontik ve amaççı yapısı yasal olarak tanımlanan davranış şekillerinin temel anlayışını oluştursa da norm uygulayıcısının bunları ancak düzenleme konusu olarak ilişkilendirilmesi halinde dikkate alması gerektiğini belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 26).

<sup>345</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 90, 140. *Gallas* müşterek faillik ile yardım eden arasındaki ayrımın şekli objektif çıkış noktasından hareket ederek, fiilin gerçekleştirilmesi bakımından birlikte icranın önemine dikkat çekmiştir. Burada, ortak suç işleme kararı kapsamında olmak şartıyla neticeye yönelik her bir etkinin nedensel olduğunu kabul eden *Welzel*'in aksine, ortak suç işleme kararı bağlamında olsa bile suçun icrasına yönelik katkısı olmayan kişinin ancak yardım eden olarak sorumlu olabileceğini kabul etmiştir. Böylelikle hazırlık aşamasında kalan suça yönelik katkılarının müşterek faillik kapsamında değerlendirilmesini kabul etmemiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 74). Aynı zamanda *Gallas* bu yaklaşımıyla müşterek faillikte fiil hâkimiyetinin ancak fiili olarak tüm faillerin birlikte gerçekleştirebileceğini desteklemektedir. Eleştiri için bkz. Jakobs, a.g.e., s. 612.

<sup>346</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 73.

<sup>347</sup> Bloy, a.g.e., s. 301.

<sup>348</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 89 vd.

<sup>349</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 89 vd.



final hareket kavramını birlikte ele almıştır<sup>350</sup>. *Gallas* faillik öğretisinin buna uygun şekilde yasal tipikliğin ne sadece neticeye yönelik nedensel etkiyi ne de sadece kişinin içsel yönelimini içerdiğini, aksine fiil tanımını içerdiğini belirtmiştir. Fiil hâkimiyetini özel hükümlerdeki suç tipleri ile ilişki kurmak suretiyle açıklayan<sup>351</sup> *Gallas*'a göre, bu fiil tanımları final-nedensel anlam birliği (*final-kausale Sinneinheit*) olarak belirlenen hareketleri<sup>352</sup> kapsamaktadır<sup>353</sup>. Bu nedenle faillik ile şeriklik ayrımı katkıların nedenselliğine, diğer bir ifadeyle sadece dış dünyada meydana gelen suç seyrine<sup>354</sup> göre belirlenemez, suça katılanın gerçekleştirdiği hareketin anlam içeriği dikkate alınmalıdır<sup>355</sup>. Böylelikle *Gallas* faillik niteliğindeki hareketi maddi fiil hâkimiyeti

<sup>350</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 95. Bununla birlikte *Gallas*, şekli objektif teorinin ortaya çıkardığı güçlükler nedeniyle ileri sürülen yaklaşımların, icrai suçlar bakımından tipikliğin yorumlanması yoluyla fail kavramının genişletilmesinin önünü açtığından, geniş fail kavramı lehine bir argüman olarak kabul edilmesi gerektiği itirafında bulunmuştur. Ancak tipikliğin geniş yorumlanması söz konusu olsa bile bunun, her bir nedensel etkinin eşdeğer kabul edildiği geniş fail kavramının ortaya çıkardığı sonuçlar ile aynı olmayacağını belirtmiştir. *Gallas*, a.g.e., s. 87.

<sup>351</sup> *Sauer* fiil hâkimiyeti terimini kullanmaktan kaçınmakla birlikte faillik kavramını açıklarken kullandığı terimler fiil hâkimiyetinden esaslı bir farklılığa sahip terimler olmamıştır. Bununla birlikte *Sauer*'in faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin olarak suç tiplerini de göz önünde bulundurarak yaptığı tespit konunun farklı bir açıdan değerlendirilmesini sonuçlamıştır. Suç gruplarıyla ilişkili fail kavramı ilk olarak *Sauer*'in teşebbüsüyle ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir. Yazar, suçları fayda- güdü-saldırı suçları (*Nutz-, Trieb-, Angriffsdelikten*) olarak kategorize ettikten sonra fail kavramının her bir grubun kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Objektif değerlendirme kapsamında suçun kurucusu olarak kabul edilen kişinin fail olduğunu belirten *Sauer*, suçun türüne göre farklı faillik özelliklerinin gerekliliğine dikkat çekmiştir. Fayda suçlarında (*Nutzdelikte*) iradeye daha geniş şekilde önem verilmesi gerektiğini belirten *Sauer*, gerekçe olarak bu gruptaki suçlarda (hırsızlık-mal edinme, dolandırıcılık-zenginleşme amacı vb.) etkinin sübjektif unsurla ifade edildiğini belirtmiştir. Bununla birlikte güdü suçlarında (*Triebdelikte*) ise neticenin ön planda olduğu ve iradenin tamamen geri plana çekildiği vurgusunu yapan yazar örneğin cinsel saldırı (*Unzucht*), çocuk düşürme (*Abtreibung*) suçlarında ve taksirli suçlarda sadece objektif ilişkinin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Her şeyden önce işleniş şekli ve zarar vermenin söz konusu olduğu salt saldırı (*Angriffsdelikt*) suçlarında da objektifliğin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 445. *Roxin*, *Sauer* tarafından ileri sürülen bu gruplandırmayı eleştirmiştir. Özellikle fayda suçları bakımından neden iradenin daha güçlü şekilde ele alınması gerektiğinin tatmin edici bir açıklamasının olmadığını belirten *Roxin*, bu tür suçlarda iradeden ziyade suçun icrasını gerçekleştirenin eğiliminin, motivinin ön planda tutulduğu unsurlar olduğuna vurgu yapmıştır. Bunun yanı sıra diğer suç grupları bakımından maddi objektif teorinin belirleyici olması kabulüne de ikna olmamıştır. Saldırı suçlarında korunan hukuki değer fayda suçları karşısında en yüksek kişisel değer olduğunu kabul eden *Roxin* bununla birlikte bu en yüksek kişisel değer hukuki değere ilişkin olduğunu ve saldırıda bulunanın kendisiyle ilişkili olmadığını ve bu nedenle faillik kriteri olarak ele alınmasının nedenini anlayamadığını belirtmiştir. Hukuki değer türüne göre farklılaştırmanın ne gerekli ne de sürdürülebilir olduğuna vurgu yapmıştır. *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 445 vd.

<sup>352</sup> Hareketin final anlamı, sadece iradi eylemi ortaya çıkaran tasavvur (*Motiv*) ile değil, aksine failin gerçekleştirdiği fiilin bütünü (*gesamte Tatbild*) aracılığıyla belirlenir. Hedeflenen neticenin yanı sıra failin fiilinin zorunlu olarak veya sadece hedeflenen neticenin olası sonuçları olarak görünen neticeleri veya hareket şekilleri de bu fiilin bütününe dâhildir. *Gallas*, a.g.e., s. 89.

<sup>353</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 30.

<sup>354</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 97.

<sup>355</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 87. Bu nedenle ileri sürdüğü yaklaşımın ne salt sübjektif yaklaşımla ne de şekli objektif yaklaşımla paralellik arz edebileceğini belirtmiştir (*Gallas*, a.g.e., s. 87.) Ayrıca bkz. *Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 501. *Küpper* de fiil hâkimiyeti öğretisi kapsamında var olan

üzerinden açıklamıştır. Dolayısıyla fail ve şerik ayrımını *Gallas* maddi faillik öğretisi kapsamında ele alarak suç tiplerinde tanımlanan fail hareketlerinin şeriklikten ayrımının planlı fail iradesi sayesinde daha fazla ortaya çıkardığı tehlikelilikte gerçekleştiğini belirtmiştir<sup>356</sup>. Faillik, şeriklik karşısında asli bir iştirak şekli olduğundan azmettirme de sadece suça sevk edenin fiil hâkimiyetinin bulunmadığı durumlarda söz konusu olabilir<sup>357</sup>.

Suç tipi bakımından fail için öngörülen objektif veya sübjektif unsurları içeren suçlarda failliğin belirlenmesi noktasında herkes tarafından işlenebilen suçlarda kabul ettiği normatif fiil hâkimiyetinin etkisiyle sadece suç seyri üzerinde hâkimiyetin yeterli olmadığını belirterek, bunun yanı sıra kanun tarafından aranan unsurların da gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>358</sup>. Bu bağlamda *Gallas*'ın tipiklikte yer alan objektif veya sübjektif faillik unsurlarını fiil hâkimiyeti kavramıyla ilişkilendirmesinin<sup>359</sup> sonucu olarak bizzat işlenebilen suçlar ile özel bir niteliğin, ilişkinin veya amacın arandığı suç tiplerinde arka planda yer alanın ilgili niteliği sahip olmadığı durumda dolaylı failliği kabul edilemez<sup>360</sup>. Bununla ilişkili olarak özgü suçlarda dış dünyada değişikliği meydana getiren davranışıyla doğrudan hareket eden de sadece bu sebeple fiil hâkimiyetini sağlayamamaktadır. Arka planda yer alanın ilgili niteliğe sahip olduğu durumlarda, bu niteliği bulundurduğundan dolayı suçun gerçekleşip gerçekleşmemesi kendi elindedir, böylelikle *Gallas*, ilgili niteliğe sahip olması nedeniyle fiil hâkimiyetini elinde

---

yaklaşımlar arasında aslında esaslı farklılıklar bulunmadığına, artık sübjektif teorinin veya salt objektif esasa dayanan fiil hâkimiyeti teorisinin değil karma objektif- sübjektif sınırlama yaklaşımlarının geçerliliğine vurgu yapmıştır. *Kipper*'e göre faillik bakımından birleştirici formül failin, fiil hâkimiyetini temellendiren durumların bilgisinde, suçu kendi eseri olarak gerçekleştiren kişi olduğudur (Küpper, a.g.m., s. 444).

<sup>356</sup> Gallas, a.g.e., s. 85, 135 vd. Bununla birlikte buna yönelik olarak getirilen eleştiri şu şekildedir: Bazı durumlarda fiili olarak hukuki değere zarar verme olasılığına yönelik tehlike şeriklikte dolaylı faillikten daha fazla olabilir. Nitekim ataerkil dünya görüşüne sahip birini namus cinayetine azmettirme halinde neticeyi gerçekleştirme olasılığı hata içinde veya cebir altında bulunan araç kişiyle suçun işlenmesi şeklindeki dolaylı faillikten daha fazladır. Bu nedenle fiil hâkimiyeti öğretisi normatiflik ve gerçeklik arasında rasyonel ve tutarlı olmayan şekilde farklı kutuplara çekilerek değerlendirme yapılmasına elverişli bir zemin sunmaktadır (Noltenius, a.g.e., s. 312).

<sup>357</sup> Gallas, a.g.e., s. 100. Tarihsel gelişimine bakıldığında, bu durum bir yandan failliğin sadece icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi ile sınırlandırılarak diğer yandan katı bağıllık kuralı nedeniyle azmettirmenin mümkün olmaması nedeniyle dolaylı failliğin bu durumlara yönelik boşlukları gidermek amacıyla geliştirilmesiyle gizlenmiştir. Böylelikle sanki dolaylı faillik azmettirmenin karşısında tali bir anlama sahip gibi etki oluşturulmuş ve azmettirme kavramı genişletilerek dolaylı failliği gereksiz kılma çabaları ön plana çıkmıştır (Gallas, a.g.e., s. 100).

<sup>358</sup> Gallas, a.g.e., s. 83, 97.

<sup>359</sup> Gallas, a.g.e., s. 95 vd.

<sup>360</sup> Gallas, a.g.e., s. 97.

bulundurduğu yaklaşımdan hareket etmiştir<sup>361</sup>. Arka plandaki kişinin fiili gerçekte şeriklik niteliğindeki bir etkiye sahip olsa bile arka plandaki kişinin ilgili niteliğe sahip olması nedeniyle failliğinin kabul edilmesi<sup>362</sup>, benimsenen yaklaşımın kendi içinde tutarlılığını sağladığını da göstermektedir. Zira bu kabulde normatif değerlendirmeye ağırlık verildiği görülmektedir.

Fiilin suç içeriğinin belirlenmesi konusunda arka plandaki kişi olay seyrine yön veriyorsa ve böylelikle ön plandaki kişiyi elinde tutuyor, diğer bir ifadeyle üzerinde hâkimiyet kuruyorsa dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerekir<sup>363</sup>. Bu bağlamda fiile yönelik kastı bulunmayan kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halini dolaylı faillik kapsamında ele alan<sup>364</sup> *Gallas*, bunun da ötesine geçerek mazeret nedeni içinde harici veya içsel sebeple özgür hareket etmeyen araç kişinin kullanılması halinde de arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul etmiştir<sup>365</sup>. Burada fiilin anlam içeriğinin dikkate alınmasından ortaya çıkan fiil hâkimiyeti bakımından arka plandaki kişinin üstün ağırlığı mevcuttur. Fiil genel olarak değerlendirildiğinde arka plandaki kişinin eseri olarak görülmektedir<sup>366</sup>. Böylelikle *Gallas*, arka plandaki kişinin daha yüksek aşamalı fiil hâkimiyeti (*höherstufigen Tatherrschaft*) kriterini kabul etmiştir<sup>367</sup>. Arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinin kabulü bakımından *Gallas*, kanunun kusuru kaldıran değer ölçütlerine göre normatif bir değerlendirmeyi esas almıştır<sup>368</sup>. Bunun ortaya çıkardığı sonuç, ön plandaki kişinin isnat/kusur yeteneğinin veya haksızlık bilincinin bulunmadığı durumlarda arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin kabul edilmesidir<sup>369</sup>. Bununla ilişkili

---

<sup>361</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 102.

<sup>362</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 102.

<sup>363</sup> Aynı yönde *Amelung/Koch*, a.g.m., s. 262.

<sup>364</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 96.

<sup>365</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 98 vd.

<sup>366</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 98. Yazar, *Hegler*'in üstün ağırlık yaklaşımına da atıfta bulunur. *Gallas*, a.g.e., s. 98.

<sup>367</sup> *Poppe*, a.g.e., s. 373. *Önok*, fiil hâkimiyeti kavramının normatif bir kavram mı yoksa fiilî durumu tarif eden bir kavram mı olduğunun tartışmaya açık olduğunu belirtmekle birlikte, bir kimsenin suç seyrine hâkim olup olmadığına evet veya hayır şeklinde cevaplanabilecek bir husus olmadığına, daha ziyade derece meselesi olduğuna vurgu yaparak benzer bir görüşü savunmuştur. Yazara göre suça katılanların olay seyri üzerinde mutlak bir hâkimiyeti olamaz, belirli ölçüde hâkimiyetinin bulunabileceği kabul edilmelidir. *Önok*, a.g.e., s. 57.

<sup>368</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 99.

<sup>369</sup> *Poppe*, a.g.e., s. 372.

olarak, kusuru bulunmayan failin arkasındaki fail durumunu faillik alanından dışlamayarak *Welzel* tarafından savunulan “*Exklusivitat*” tezine<sup>370</sup> karşı çıkmış olur<sup>371</sup>.

Bununla birlikte *Gallas* ayrıca kusuru bulunan ve ön planda hareket eden failin kasten hareket ettiği durumlarda arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul etmemiştir<sup>372</sup>. Kişisel veya sosyal üstünlük ile doğrudan hareket eden üzerinde kurulan hâkimiyetin fiilî-psikolojik bir temeli bulunduğunu, yasal anlamda dolaylı failliği sonuçlayan bir fiil hâkimiyetinden söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür<sup>373</sup>. Arka planda yer alanın ön planda yer alan üzerinde kişisel veya sosyal nedenle daha üstün konumda bulunması normatif değerlendirmede aynı sonuca ulaştırmayabilir<sup>374</sup>. *Gallas*’ın dolaylı faillige yönelik bu kabulüyle birlikte fiil hâkimiyetinin dogmatik gelişiminde ilk defa dolaylı failliğin uygulama alanı sınırlı bağıllık kuralının aleyhine olacak şekilde genişlemiş oldu<sup>375</sup>. *Gallas*’a göre faillik ile şeriklik arasındaki değer ayrımı sadece arka plandaki kişinin pozitif hukuk anlamında özgür olan kişiyi mi, yoksa olmayan kişiyi mi araç olarak kullandığından ortaya çıkar. Böylece şerikliğin uygulama alanı azmettiren ve dolaylı fail özelinde katı bağıllık kuralındaki gibi kusurlu hareket eden ön plandaki kişinin bulunması halini kapsar<sup>376</sup>.

### (3) Sentez Yaklaşım

Fiil hâkimiyeti kapsamında ağırlıklı olarak objektif veya sübjektif eğilim üzerine şekillenen görüşleri de dikkate alan *Roxin*, kavramın gelişimine yaptığı detaylı incelemeler ile önemli katkı sunmuştur. *Roxin*, fiil hâkimiyeti kavramını benimsemekle birlikte *Gallas*’ın izinden giderek *Welzel*’in aksine fiil hâkimiyetinin objektif şartlarını daha güçlü vurgulamıştır<sup>377</sup>. Yazar, fiil hâkimiyetinin belirlenmesinde iradenin ikincil nitelikte olduğunu, tipikliğin gerçekleştirilmesi için belirli bir objektif anlam taşıyan

---

<sup>370</sup> *Welzel* tarafından savunulan final fiil hâkimiyeti yaklaşımının bir sonucu olarak bu teze göre ön planda yer alanın kusurunun bulunmaması final hareket etmesine engel teşkil etmediğinden, kusuru bulunmadığı durumlarda da arka plandaki kişinin azmettiren olarak kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle ön planda yer alanın sadece final hareket etmesi arka planda yer alanın failliğinin dışlanması bakımından yeterlidir. Poppe, a.g.e., s. 364-365.

<sup>371</sup> Poppe, a.g.e., s. 373.

<sup>372</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 99.

<sup>373</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 99.

<sup>374</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 99, 141.

<sup>375</sup> Poppe, a.g.e., s. 374.

<sup>376</sup> Poppe, a.g.e., s. 374.

<sup>377</sup> Haas, a.g.m., s. 521.

işlevin yerine getirilmesi gerektiğini, yalnızca iradi etkinin yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>378</sup>.

*Roxin* öncelikle finalist öğretinin ceza hukukuna ilişkin hareketin tüm görünüm şekillerini aynı ölçüde tabi kılınmasına yönelik çabayı eleştirmiştir<sup>379</sup>. İnsana ilişkin olmasıyla bağlantılı olarak hareket kavramının fiil hâkimiyetinin belirlenmesi bakımından anlamı sadece gerçekleştirdiği olumsuz işlev sebebiyledir. Diğer bir ifadeyle final nitelikte olmayan hareketlerin dikkate alınmayacağını ifade eder. Final nitelikte olan hareketlerin içeriği bakımından ise sonrasında pozitif hukukun teleolojik yorumu dikkate alınmalıdır<sup>380</sup>. Yazar bunların birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir<sup>381</sup>. Böylelikle *Roxin* suça iştirak öğretisinde salt ontolojik bir bakış açısını benimsememiş, ayrıca normatif, teleolojik açıdan da konunun ele alınması gerektiğini kabul etmiştir<sup>382</sup>. Bu nedenle, teori sübjektif ve objektif kriterlerin karşılıklı olarak sınırlanmasıyla ayırımın belirlenebileceği noktasına dayanır<sup>383</sup>.

Fiil hâkimiyetinde salt ontolojik fail kavramı söz konusu değildir. Aksine bu kavram amaçsal ve ontolojik bakış açısıyla birlikte değerlendirilmesi gereken çok

---

<sup>378</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 308.

<sup>379</sup> *Roxin*'e göre, *Welzel* tarafından ileri sürülen final fiil hâkimiyeti öğretisi fail ve şerik ayırımı açıklamak bakımından yetersiz kalmıştır. Çünkü hareketin final olmasını ve kastı eşdeğer tuttuğu bu yaklaşımda şerikin de final hareket etmesi gerekmesi nedeniyle faille arasındaki ayırım çelişkiye düşmektedir. Böyle bir genel kavram belirleme metodu kendi içinde, somut olaya uyarlanmasında hukuka aykırı sonuçların ortaya çıkması tehlikesini barındırır. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 18.

<sup>380</sup> Noltenius, a.g.e., s. 74.

<sup>381</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 24 vd.

<sup>382</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 319. *Roxin*, *Schröder* tarafından ileri sürülen faillik kavramının dogmatik bir problem olmadığı aksine teknik-kavramsal bir sorun oluşturduğu yaklaşımına karşı çıkmıştır. *Schröder*'e göre kanun koyucu isteğine göre tek fail kavramını tanıyabileceği gibi, farklı fail kavramlarını da kabul edebilir. *Roxin* bu yaklaşımın fail kavramının sadece yasal tipiklelikle ilişkilendirilmesi anlamına geldiğini belirtir. *Roxin* failliğin sadece teknik bir problem olarak görülmesinin her bir suç tipinin kendi fail kavramını içermesinden hareketle genel faillik kriterlerini oluşturmanın amaçsız ve boşuna bir çaba anlamına geleceğini ve bunun sonucunda da faillik öğretisinin mantık gereği artık ceza genel hükümleri ilgilendiren bir konu olmaması gerektiğini belirtir. *Roxin*'e göre, kanun koyucunun dolaylı failliği tamamen kaldırıp azmettirme kavramı içinde ele alması mümkündür. Ancak bu, failliğin genel geçer yapısında hiçbir şeyi değiştirmez. Bu sadece kanun terminolojisinde dolaylı faillik ve azmettirmeye aynı kavram altında yer verildiği anlamına gelir. Yazar bu bağlamda görüşünü özgü suçlar üzerinden somutlaştırmıştır. Yazara göre, kanun koyucu özgü suçlarda da bu tür suçlardaki özel fail-şerik kavramını reddederek kasten işlenmeyen özgü suç azmettirmenin mümkün olmadığını kabul etseydi, bu kabul bazı azmettirme durumlarının hukuka aykırı şekilde cezasız kalmasından başka bir şey ifade etmezdi. Diğer bir deyişle, özgü suçlarda şerikliğin esasını değiştiremezdi. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 447 vd.

<sup>383</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 15; Bock, a.g.m., s. 675; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652. Türk öğretisinde fiil hâkimiyeti öğretisini destekleyenler; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 319; Evik, a.g.e., s. 120; Erdem, a.g.m. (2005), s. 205-206; Akbulut, a.g.m., s. 172; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 646; Demirel, a.g.e., s. 68 vd.; Çelen, a.g.e., s. 185 vd.

katmanlı bir kavram olarak ele alınmalıdır<sup>384</sup>. *Roxin*'in yaklaşımına göre fiil hâkimiyeti kategorisinde suça her bir iştirak şeklinin türetilbileceği bir kavram yer almaz, fiil hâkimiyeti yol gösterici temel ilke niteliğindedir<sup>385</sup>.

Fiil hâkimiyeti kavramının haksızlığın diğer unsurları dikkate alınmaksızın sadece objektif-sübjektif unsurlar şeklindeki ikili ayrıma göre anlaşılamayacağını belirten<sup>386</sup> yazara göre, ilk olarak fiil hâkimiyeti kavramının pozitif gerekçelendirilmesi değerlendirilmelidir. Ceza belirlemesi esas olarak hukuki değer korunmasına hizmet ettiğinden ve bu değerlerin zarar görmesi insana ilişkin hareketlerle sağlandığından suç tipleri hukuki değerleri ihlal eden hareket süreçleri ile tanımlanır<sup>387</sup>. Böyle bir sürecin merkezi konumu dikkate alındığında, suça ilişkin olayın merkezinde duran kişinin fiile hâkim olan kişi olduğu açıktır<sup>388</sup>. Bu bağlamda tipiklik unsurlarının tamamlanması ve neticenin amaççı olarak gerçekleştirilmesi fiil hâkimiyetinin objektif esasını oluşturur. Hâkimiyeti temellendiren harici şartların var olması aynı şekilde bunlara yönelik bilginin de varlığını gerektirir. Bu sübjektif unsurdan söz edilemediği durumda artık objektif fiil hâkimiyetinden de söz edilemez<sup>389</sup>. Bu nedenle kişi tipikliğin gerçekleştirilmesi sürecinde baskın rol oynadığını bilmiyorsa, olay üzerinde hâkimiyet sahibi olduğundan bahsedilemez. Bu bağlamda kast, fiil hâkimiyetinin ayrılmaz bir parçasıdır<sup>390</sup>. Eğer kast kişinin nedensel süreci ana hatlarıyla öngörmesi anlamına geliyorsa, bu durumda faillik bakımından failin, fiil hâkimiyetini oluşturan objektif durumları bilmesi gerektiği sonucunu ortaya çıkarır<sup>391</sup>. Bu nedenle suç sistematiği bakımından tipiklik içinde fiil

<sup>384</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 319.

<sup>385</sup> Haas, a.g.e., s. 32. Fiil hâkimiyetinin deskriptif bir kavram olmayıp, değerlendirmeye açık bir kavram olarak dikkate alınması gerektiği yönündeki diğer bir görüş için bkz. Kühl, a.g.e., s. 761. Fiil hâkimiyeti kavramının iştirak türlerinin ayrımı bakımından belirleyicilik taşımadığı eleştirisi için bkz. Karl Engisch, "Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?", *ZStW*, 1954, ss. 339-389, s. 383. Engisch faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın esasında hareketin değersizliği ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Engisch, a.g.m., s. 385.

<sup>386</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 330.

<sup>387</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 336.

<sup>388</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 336. Faillik kapsamında fiil hâkimiyeti öğretisine kadar tüm iştirak şekillerini kapsayıcı şekilde tutarlı bir yaklaşımın bulunmadığının belirtilmesi gerekir. Fiil hâkimiyeti öğretisi genel olarak yasal fail kavramının içerik olarak belirlenmesi bakımından da uygun olmalıdır. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 337.

<sup>389</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 330.

<sup>390</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 316, 330; Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 7. Ayrıca *Roxin* konuya ilişkin bir adım daha ileri giderek kastın tipikliğe ait olmasının argüman olarak fiil hâkimiyeti öğretisine dayandırılabilirliğini belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 329.

<sup>391</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 406; Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 7.

hâkimiyetinin de sübjektif ve objektif kısmı bulunmaktadır<sup>392</sup>. Norma aykırı tipik hareket objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunması halinde ortaya çıkıyorsa, faillik bakımından da aynı şey geçerlidir. Fiil hâkimiyeti objektif faillik unsurudur ve böylece failliğin tipikliğe ait olması sayesinde objektif tipiklik unsurudur<sup>393</sup>. Objektif tipiklikteki objektif faillik unsuruna sübjektif tipiklikteki sübjektif faillik unsuru da uygun olmak zorundadır ki bu da fiil hâkimiyeti iradesidir<sup>394</sup>.

Fail, tipik olay seyrine hâkim olan kişidir, diğer ifadeyle ilgili suç bakımından merkezi konumda bulunandır (*Zentralfigur*)<sup>395</sup>. Bu bağlamda faillik için belirleyici olan, her bir failin yerine getirdiği objektif katkının türü ve ağırlığına göre ve iradi katılım temelinde suçun gerçekleşmesinde hâkimiyet kurup kuramadığı veya ne ölçüde hâkimiyeti sağladığıdır<sup>396</sup>. Diğer bir ifadeyle, fiil hâkimiyeti bakımından karakteristik olan, fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik karar hâkimiyeti ve fiilin nasıl gerçekleşeceğine yönelik süreç hâkimiyetidir (*Herrschaft über das Wie der Tat*)<sup>397</sup>. Şerik

<sup>392</sup> Fiil hâkimiyeti öğretisinin teorik geçmişine bakıldığında, sübjektif teori ile şekli objektif teorisinin sentezi olarak görünmektedir. Bununla birlikte *Roxin* bu şekilde bir basitleştirmenin fiil hâkimiyetinin genel esasına uygun olmadığını ileri sürer. Fiil hâkimiyetinin objektif ve sübjektif unsurlardan oluşmasının, söz konusu teorilerin sentezi olduğu anlamına gelmediğini belirtir (*Roxin, a.g.e. (TuT), s. 323*). Kast (*Dolus*) teorisi ile şekillenen sübjektif şeriklik teorisi (*die subjektive Teilnahmelehre*) fiil hâkimiyeti düşüncesine kastın gerekliliği ile ulaşmakta; kast olmaksızın fail iradesinin olmayacağını, neticeyle ilişkilendirilmeyen iradeye tabi olmanın mümkün olmayacağını kabul etmektedir. Ayrıca başkasının kararına bırakma (*Anheimstellen*) formülü ile şerikliği failin iradesine bağlı kılmaktadır. Bununla birlikte bu yaklaşımın fiil hâkimiyetinin pozitif temellendirilmesine yönelik hiçbir katkısı bulunmamaktadır. Ne hareket veya irade hâkimiyeti ne de fonksiyonel hâkimiyetin prensipleri kast teorisinin kriterleri ile soyut şekilde dahi belirlenemez. Şekli objektif teori ise sadece hareket hâkimiyeti ile sınırlı kalarak fiil hâkimiyetinin alanını oldukça daraltarak fiil hâkimiyetinin genel esasları çerçevesinde yetersiz kalmaktadır. *Roxin, a.g.e. (TuT), s. 323*

<sup>393</sup> *Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652. Bloy, fiil hâkimiyetinin, failin kastının kapsamı gereken objektif tipiklik unsuru olmadığını kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak gerçekte var olan potansiyel fiil hâkimiyetini gerekçelendiren durumlara ilişkin eksik olan bilgi ACK md. 16/1 anlamında tipiklik hatası teşkil etmez. Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 8.*

<sup>394</sup> *Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652.*

<sup>395</sup> *Roxin, “zentralfigur” ve “randfigur” kriterlerinin faillik ve şeriklik bakımından somut ayrımı sonuçlayan kavramlar olmadığını da ifade etmiştir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 9). Kavramı karşılayacak şekilde Türk hukukunda merkez kişi, anahtar figür, baş aktör kavramları kullanılmaktadır (Önok, a.g.e., s. 48). Kavramın Roxin tarafından bazen hareket hâkimiyeti bazen suçun gerçekleşmesine sebep olan olay seyri üzerinde hâkimiyet şeklinde farklı tanımlanmasına yönelik eleştiri için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 2007), s. 478.*

<sup>396</sup> *Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 264.*

<sup>397</sup> *Kindhäuser, a.g.e., s. 321; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 264; Rengier, a.g.e., s. 343.*

ise, fiil hâkimiyetine sahip değildir<sup>398</sup> ve suçun işlenmesinde herhangi bir şekilde katkı sağlayarak yalnızca yan figür (*Randfigur*) olarak yer almaktadır<sup>399</sup>.

Burada fiil hâkimiyetinin altında yatan kast, tipikliğin oluşum sürecinin elde tutulmasını kapsamalıdır<sup>400</sup>. Bu doğrudan hareket eden fail bakımından hareket

<sup>398</sup> Doktrinde bir görüş, fiil hâkimiyetinin faillik ile şeriklik ayrımı bakımından dikkate alınması gereken bir kriter olduğuna itiraz etmemekle birlikte bundan çıkarılan sonuç olarak fiil hâkimiyetinin bulunmaması nedeniyle zorunlu olarak haksızlığın azalması şeklindeki kabulün hatalı olduğunu ileri sürmüştür. Bunun açıkça fiil hâkimiyeti kavramının yanlış anlaşılmasına dayandığını belirtmiştir. Azmettiren fiil hâkimiyetine sahip olmamasına rağmen faile eşdeğer ceza ile cezalandırılmaktadır. Yazar ayrıca azmettirenine karşı ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğinin faillik niteliğinde olduğunu göstermek için azmettirmeye en yakın faillik niteliğindeki iştirak şekli olarak dolaylı faillik ile kıyaslamıştır. Her iki iştirak şeklinde de fiilin işlenmesinden önce ön planda yer alan kişi arka planda yer alan kişi tarafından belirli bir şekilde suça motive edilmektedir. Ayrıca bu yakın ilişkiye argüman olarak 19. yüzyılda her iki iştirak şeklinin tek bir çatı altında birleştiği ve manevi fail olarak kabul edildikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Dolaylı faillik araç kişide ceza sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran bir eksikliğin söz konusu olması halinde mevcuttur. Araç kişi, azmettirilen failden farklı olarak, bu eksikliği nedeniyle ceza tehdidinden ortaya çıkan engel olma mekanizmasına sahip değildir. Azmettirmenin haksızlık eksikliği tezi yazara göre bu ayrıma bağlıdır. Bu tezi savunanlar, azmettirmede *ex-ante* olarak değerlendirilecek esas fiilin gerçekleştirilmesi olasılığının diğer bir ifadeyle objektif tehlikeliliğin dolaylı faillikten daha az olmasına dayanmaktadır. Bu öğretilerde her bir katılanın tipik neticeye yol açma olasılığının derecesi dikkate alınır. Bununla birlikte faillik niteliğindeki davranış dahi objektif olarak tipik neticeye sebep olma bakımından az tehlikelilik de dâhil olmak üzere geniş bir değişkenlik oranına sahiptir. Bu, azmettirme bakımından da geçerlidir. Belirli azmettirme hareketlerinin neticeye sebep olacağı neredeyse kesindir. Örneğin, tekrarlanan faillik durumlarında azmettiren failin bir sonraki suçu işleyeceğini tecrübelerine dayanarak bilmektedir. Bununla birlikte bazı azmettirme durumlarında neticenin meydana gelmesine yönelik olasılık düşük olabilir (Nepomuck, a.g.e., s. 76 vd.). Yazarın burada kriter olarak dikkate aldığı husus, suça ilişkin tipik neticenin meydana gelmesine yönelik azmettirmenin doğrudan etkisi olmuştur. Suça iştirak türü olarak azmettirme failin suç kararı vermesi üzerindeki etkisi ile karakterize edilmektedir. Bu aşamadan sonraki aşamaya yönelik olarak, diğer bir ifadeyle suçun işlenmesi sürecinde failin iradesi üzerinde veya suçun işlenmesi üzerindeki etkisi bu nitelikte değildir. Bu nedenle suçun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik yaratmış olduğu tehlikeden değil, failin suç kararını oluşturmada gerçekleşen tehlikeden bahsedilmesi gerekir. Aksi takdirde azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayrımı belirlemek zorlaşır.

<sup>399</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 262; Kühl, a.g.e., s. 821; Kindhäuser, a.g.e., s. 321. Schulz, dolaylı faillikteki fiil hâkimiyeti eksikliğinin azmettirmeyi, müşterek faillikteki fiil hâkimiyeti eksikliğinin ise yardım etmeyi sonuçladığını kabul etmektedir (Schulz, a.g.m., s. 131). Benzer yönde bkz. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 287. Şerik bakımından fail üzerinden yapılan bu belirleme diğer bir ifadeyle şerikliği negatif açıdan belirleme Alman doktrinin etkisinde olan ülkeler bakımından geçerlidir. Bu bağlamda İngiltere farklı bir yol izleyerek, şerikliğin anlamı üzerinde değerlendirme yapmaktadır (Önok, a.g.e., s. 48).

<sup>400</sup> *Bottke* taksirli suçlarda cezanın temellendirilmesi aşamasında failin değil fiil sorumlusunun (*Tatzustandig*) bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda fail kasten işlenen suçlarda mevcuttur. Bunların da her zaman hareket hâkimiyetine sahip olmadığını ve fakat her zaman tipik olay seyri üzerinde oluşum hâkimiyetine (*Gestaltungsherrschaft*) sahip olduğunu ileri sürmüştür (Bottke, a.g.e., s. 23). Benzer şekilde *Jakobs* fiil hâkimiyetini oluşum hâkimiyeti (*Gestaltungsherrschaft*) olarak ele almıştır. *Jakobs* hâkimiyet suçları bakımından şekli fiil hâkimiyeti (*formelle Tatherrschaft*) ve maddi fiil hâkimiyeti (*materielle Tatherrschaft*) ayrımını benimsemektedir. Tipik icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi şekli fiil hâkimiyetini sonuçlarken; maddi fiil hâkimiyeti ya fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik kararda mevcuttur (karar hâkimiyeti) ya da fiilin oluşumu, şekillenmesi bakımından (*Gestaltungsmacht*) söz konusu olur. Bahsedilen alanlarda fiil hâkimiyetine sahip olan kişi ilk durumda dolaylı fail, diğer durumda müşterek fail olarak karşımıza çıkmaktadır. *Jakobs, Roxin*'in fiil hâkimiyeti kabulüne benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Böylelikle fiil hâkimiyetini parçalı bir



hâkimiyeti, müşterek faillik bakımından fonksiyonel hâkimiyet<sup>401</sup> ve dolaylı faillik bakımından araç olarak hareket eden üzerinde üstün bilgisi (ön planda hareket edenin hatası)<sup>402</sup> veya üstün iradesiyle (özellikle cebir kullanılması<sup>403</sup>) kurduğu irade hâkimiyeti<sup>404</sup> olarak somutlaştırılmaktadır<sup>405</sup>.

Fiil hâkimiyeti öğretisinde ileri sürülen yaklaşımlar göz önünde bulundurulduğunda özellikle dolaylı failliğin açıklamasına yönelik kapsamlı yaklaşımın *Roxin* tarafından ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir. Bu bağlamda final hareket teorisi kapsamında açıklanmaya çalışılan ve tatmin edici olmayan sonuçlara ulaşılan dolaylı faillik *Roxin* tarafından irade hâkimiyeti<sup>406</sup> kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte *Roxin* irade hâkimiyetini kendi alt grubu içinde de ayrıma giderek açıklamıştır<sup>407</sup>. *Roxin*, dolaylı

---

yapıda ele alarak fiil kararı (*Tatentscheidung*), fiil sürecinin şekillendirilmesi (*Tatgestaltung*) ve fiilin icrası (*Tatausführung*) alanlarından en azından birinde hâkimiyet bulunması olarak ifade etmiştir (Jakobs, a.g.e., s. 613). Bu bağlamda dolaylı failliği tipik olay seyri bakımından üstün gelen karar hâkimiyeti şeklinde ifade eden *Jakobs*, bunun normatif olarak araç kişinin sorumluluğu üzerindeki etkisine göre belirleneceğini, her bir durum bakımından motive edici güce göre olmayacağını belirtmiştir. Otonom bakış açısı ile yaklaşarak dolaylı failliğin dar yorumuna vurgu yapmıştır (Jakobs, a.g.e., s. 632).

<sup>401</sup> Fiil hâkimiyeti teorisinin dar varyasyonunda faillik bakımından tipikliğin gerçekleştirilmesinde doğrudan bir etkinin bulunması aranmaktadır. Buna yönelik olarak fiilin işlendiği yerde bulunulması da en azından örneğin telefonla kurulacak iletişimin varlığı aranmaktadır (René Bloy, “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, *GA*, 1996, ss. 424-442, s. 432). Müşterek failliğin açıklanması bakımından fonksiyonel hâkimiyetin yeterli bir kriter olmadığı görüşüne yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 594 vd.

<sup>402</sup> Murmann, a.g.m. (JA 2008), s. 322.

<sup>403</sup> Dolaylı failliğin asgari şartı objektif tipikliğin gerçekleşmediği durumlarda araç kişinin hareket öğretisine göre, bizzat hareket etmesidir. Birisine çelme takarak bir başkasının üzerine düşmesine neden olunması halinde çelme takılan kişi araç kişi değildir, çelmeyi takan doğrudan faildir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 776; Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 150.

<sup>404</sup> Dolaylı failliğin karakterize özelliği, gerçek veya hukuki nedenlerle suçta araç olarak kullanılan kişinin indirgenmiş konumda bulunması ve arka plandaki kişinin hâkim pozisyonu sayesinde durumu yönlendirmesi, planlı yönlendirilen iradenin gücüyle tüm suç seyrini elinde tutabilmesidir (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 272). Ön planda hareket eden kişinin iradesine yönelik her bir etki dolaylı faillik kapsamında değerlendirilemez. İrade hâkimiyetini sağlayacak yoğunlukta iradeyi etkileme durumunun söz konusu olması gerekir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 144).

<sup>405</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 15; Heinrich, a.g.e., s. 524; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 262; Rengier, a.g.e., s. 344; Hauf, a.g.e., s. 76.

<sup>406</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 22 vd. *Noltenius* fiil hâkimiyeti öğretisi temelinde irade hâkimiyetine yönelik eleştiri getirmiştir. Yazara göre, fiil hâkimiyeti öğretisi dolaylı faillikte fiil hâkimiyeti kavramını kişisel olarak temellendiremez. Aksine onu yalnızca normatif-tanımlayıcı şekilde belirler. Suça ilişkin olay burada bir bütün olarak anlaşılabilir, aksine arka planda yer alan ve ön planda bulunan hareketleri birbiriyle ilişkisine yönelik değerlendirme yapılmadan, bireysel olarak dikkate alınır. Özellikle irade hâkimiyeti kavramı belirsiz bir kavramdır. Hâkimiyet ilişkilerinin değişikliğine ilişkin gerekçelendirmeye yönelik hiçbir katkı sağlamaz. Ayrıca araç kişi doğal sürece indirgenir ve böylece özgür hareket eden bir süje olarak dikkate alınmaz. Bu bağlamda kişisel fiil hâkimiyetine dikkat çeken yazar genel anlamda kişisel fiil hâkimiyetinin belirleyici unsurunun iradi olarak gerçekleştirilen hareket ve hukuki değer ihlalinin ayrılmaz bütünlüğü olduğunu belirtmiştir. *Noltenius*, a.g.e., s. 263.

<sup>407</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 23 vd.

failliği fiil hâkimiyeti kapsamında açıklarken, arka plandaki kişi tarafından oluşturulan üst belirlemeyi (*gestaltenden Überdetermination*) fiil hâkimiyetinin katmanlı karakterine dayandırmıştır. Bu bağlamda irade hâkimiyetinin dayanağı ve gerekçelendirilmesinde *Roxin*, cebir hâkimiyetinde sorumluluk prensibini esas alarak normatif bir kriter<sup>408</sup> belirlemiştir<sup>409</sup>. Buna karşılık yazar tarafından, araç kişide bulunan hata hallerinin dolaylı failliği ortaya çıkarıp çıkarmadığı konusunda dört aşamalı üstün gelen irade hâkimiyeti dikkate alınmıştır<sup>410</sup>. Yazar arka plandaki kişinin nedensel sürece ilişkin final üstün belirlemesini esas almıştır. Duruma ilişkin daha az bilgisi ile icra hareketlerini gerçekleştireni, harici faktörlerle birlikte suç planının şart faktörü olarak sürece dâhil etmektedir<sup>411</sup>. Fiil hâkimiyetinin dört aşamaya sahip olduğunu ve bu aşamaların sırasıyla tipiklik bilgisine, maddi hukuka aykırılık bilgisine, kınanabilirlik unsuruna ve somut hareket anlamına (*konkreten Handlungssinn*) göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar arka plandaki kişinin ön planda yer alana göre fiil hâkimiyetine ilişkin daha yüksek bir aşamaya sahip olması halinde fiil hâkimiyetinin bulunduğunu kabul etmek gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>412</sup>. Son olarak ise organizasyonel hâkimiyette farklı kriterler dikkate alınarak bu hâkimiyet türü<sup>413</sup> irade hâkimiyeti çatısı altında irdelenmiştir.

Aslında fiil hâkimiyeti özellikle doğrudan ve dolaylı faillik ayrımında kavramsal olarak diğer fiil hâkiminin dışlanması durumunu içerir. Bu bağlamda *Roxin*'in fiil hâkimiyetine ilişkin görüşü, kavramın hareket hâkimiyeti ve irade hâkimiyeti şeklinde alt gruplama şeklinde değerlendirilmesi ile mümkündür. Böylelikle tek bir faillik kavramı kullanılamaz<sup>414</sup>. Görüldüğü gibi her ne kadar *Roxin* sözü edilen durumları irade hâkimiyeti kapsamında açıklamaya çalışsa da, irade hâkimiyeti kavramının içeriği her durum bakımından farklılaştırılmıştır<sup>415</sup>. Bu nedenle şekli olarak ortak bir irade

---

<sup>408</sup> Bu bağlamda *Roxin* dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayrım bakımından da Kanunun öngördüğü derecede zorlamanın varlığını esas almıştır. Kanunda öngörülen zorlama seviyesine ulaşmayan etkilerin, suça sevk etme bakımından azmettirme kabul edilmesi gerekir. *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 143 vd.

<sup>409</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 24. Cebir durumları ile hata durumları arasında yapısal farklılığın bulunduğuna yönelik diğer bir görüş için bkz. *Bottke*, a.g.e., s. 57.

<sup>410</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 29.

<sup>411</sup> *Poppe*, a.g.e., s. 378.

<sup>412</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 232.

<sup>413</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 46; *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 243.

<sup>414</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 191.

<sup>415</sup> Bkz. yuk. 69-70.

hâkimiyetinden bahsedilebilir<sup>416</sup>. Diğer bir ifadeyle dolaylı faillik kapsamında irade hâkimiyeti çatı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

*Roxin* yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar dışında kalan suçlar bakımından failliğin tek başına fiil hâkimiyetiyle belirlenebileceğini belirtmiştir<sup>417</sup>. Kanun koyucu bir suç tipinde suç süjesi olarak kamu görevlisinden söz ettiğinde, bu fiil hâkiminden farklı bir durumdur. İlgili suç tipi bakımından kamu görevlisi fiil hâkimiyetine sahip olmaya ihtiyaç duymaz. Aynı şekilde suç seyrine hâkim olan kişi kamu görevlisi olmaya ihtiyaç duymaz. Kanun koyucunun hareketi gerçekleştiren bakımından özel bir niteliği gerekli kıldığı durumlarda (özü suçlar bu niteliktedir) “merkezi konum” kavramı diğer kriterlerle birlikte ele alınmalıdır<sup>418</sup>. Böylece *Roxin* faillik temelinde suçları hâkimiyet suçları, yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar olmak üzere üç ana grupta ele almaktadır. Hâkimiyet suçlarında (kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme gibi suçlarda) fail her zaman tek başına veya bir başkası aracılığıyla fiil hâkimiyetine sahip olan kişidir. Yükümlülük suçları ise, tipikliğin gerçekleştirilmesinin merkezinde herhangi birinin değil, sadece ilgili yükümlülüğü ihlal edenin bulunduğu suçlardır. Bu gibi suçlarda suça ilişkin sürecin merkezi konumundaki kişi olan fail, neticeyi tipik olarak belirlenen özü yükümlülüğünü ihlal ederek gerçekleştirmektedir<sup>419</sup>. Bu yükümlülüğe sahip olmayan kişi ise fiile yönelik gerçekleştirmiş olduğu katkının ağırlığı ne olursa olsun şerik olarak değerlendirilir<sup>420</sup>.

<sup>416</sup> Bu yaklaşım eleştirilmiştir. *Roxin*'in faillik kavramının diyalektik tür olarak karşıtlıklar aracılığıyla ortaya çıkacağı yönündeki iddiası ikna edici bulunmamıştır. Buna yönelik olarak dolaylı faillik alanında cebir kullanılmasıyla irade hâkimiyetinin tespitinde sorumluluk prensibinden hareket edilmekle birlikte ki bu tamamen fiil hâkimiyetinin normatif değerlendirmesine ilişkindir, organizasyon hâkimiyetinin fiil hâkimiyeti kapsamında açıklanmasında salt fiili argümana dayanılması aynı alanda normatiflik ve gerçeklik arasındaki çelişkiyi sonuçlar (Haas, a.g.e., s. 26 vd.). Fiil hâkimiyeti kavramının yardım etme ile müşterek faillik ve azmettirme ile failin arkasındaki fail ayrımını belirlemek bakımından yetersiz kaldığı eleştirisi için bkz. Bottke, a.g.e., s. 48.

<sup>417</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 14. Aynı şekilde Roxin, a.g.m. (JZ 1966), s. 294-295. Ayrıca bkz. Horst Schlehofer, “Täterschaftliche Fahrlässigkeit”, *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, ss. 355-377, s. 358-359. *Gropp* da fiil hâkimiyeti aracılığıyla fiil olarak temellendirilen failliğin yanında özel bir yükümlülük durumuyla hukuksal olarak temellendirilen faillik ayrımını kabul etmektedir (Gropp, a.g.e., s. 404). *Stratenwerth*, taksirli işlenen suçların yanı sıra ihmali suçlarda faillik ve şeriklik arasındaki ayırım bakımından fiil hâkimiyeti kriterinin kullanılamayacağını belirtmekle birlikte, bu suçlar bakımından fiil hâkimiyeti kriterinin yerine kullanılacak kriter arayışının gereksiz olduğunu, taksirli suçlarla ihmali suçlarda faillik ile şeriklik arasında ayırım yapılamayacağını ileri sürmüştür (Stratenwerth, a.g.e., s. 218).

<sup>418</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 338.

<sup>419</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 10; Bloy, a.g.e., s. 215.

<sup>420</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 10.

Fiil hâkimiyeti teorisine yönelik eleştiriler ileri sürülmüştür. Fiil hâkimiyeti yaklaşımı haksızlık öğretisi ile birlikte ele alındığında, fiil hâkimiyetinin failin şerikle olan ilişkisinde spesifik hareket haksızlığını oluşturduğu sonucuna ulaşılır<sup>421</sup>. Bununla birlikte fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında faillik ile şeriklik arasındaki ayırım hareketin haksızlığına dayandırılrsa bile, bu farklılığın niteliksel bir farklılık mı, yoksa salt niceliksel bir farklılık mı olduğu konusunda fiil hâkimiyeti öğretisinin net bir cevap veremediği<sup>422</sup> ileri sürülmüştür. Ayrıca fiil hâkimiyeti öğretisi şart teorisiyle vedalaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira tipik netice bakımından neden olabilirlik tüm katılanların katkıları kapsamında aynı olduğundan, fiil hâkimiyetinin objektif şartları nedensel sürecin özelliğinde bulunmamaktadır<sup>423</sup>. Böylece fiil hâkimiyetinin fail kavramı objektif bakımdan şerikin davranışını da kapsadığından, sadece görünürde dar fail kavramıdır. Bunun sonucu olarak fiil hâkimiyeti öğretisinin normatif temeli belirsiz kalmaktadır<sup>424</sup>. Sonuç olarak fiil hâkimiyeti faillğe ilişkin hareket haksızlığının özelliği olarak objektif fiille bağlantısını kuramaz ve aslında düşünce haksızlığına konumlanma tehlikesini taşır ki sübjektif teoriyi eşdeğerlik teorisini dayanak noktası almakla eleştirmektedir<sup>425</sup>.

Ayrıca fiil hâkimiyeti yaklaşımının faillik ve şerikliğin sınırlandırılması için yol gösterici bir ilke olarak fiil hâkimiyeti kavramının tipiklik ile ilişkili olduğuna ilişkin tüm iddialarına rağmen, ilgili suç tipindeki tasnifi bakımından kavramın ikna edici bir izahının yapılamadığına<sup>426</sup> dikkat çekilmiştir. Yol gösterici nitelikteki kavramın kesin veya anlaşılabilir normatif içeriği yoksa ondan yeterince rasyonel bir türetme mümkün değildir. Kavramın normatif içeriğinin, bilinçsiz bir şekilde, ifadenin günlük kullanımı ile şekillenen ve daha fazla somutlaşmayı sağlayacak herhangi bir anlamsal içerikle değiştirilmesi tehlikesi vardır<sup>427</sup>. Ayrıca fiil hâkimiyeti kavramının açıklığı, tek faillik

<sup>421</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 17; Renzikowski, a.g.e., s. 13. Faillik ve şerikliğin haksızlık içeriği bakımından hukuki değer ihlaline sebep olmaya dayanılarak birbirinden ayıramayacağına yönelik eleştiri için bkz. Haas, a.g.e., s. 19.

<sup>422</sup> Schroeder, a.g.e., s. 56; Haas, a.g.m., s. 524. *Roxin*'in benimsediği sisteme yönelik eleştiri için bkz. Noltenius, a.g.e., s. 79 vd.

<sup>423</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 407. Fiil hâkimiyeti öğretisinin dar fail kavramıyla bağdaşmadığı eleştirisi için bkz. Rotsch, a.g.e., s. 293.

<sup>424</sup> Haas, a.g.e., s. 147.

<sup>425</sup> Haas, a.g.e., s. 147.

<sup>426</sup> Freund, a.g.e., s. 383. Doktrinde bir görüş hem sübjektif teorinin hem de fiil hâkimiyeti teorisinin, cezaya liyakat bakış açısını dikkate almamalarından ötürü faillik ile şeriklik arasındaki ayırımı açıklamada yetersiz kalmalarından hareketle, yardım edenin neden failden daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğine yönelik açıklamayı sağlayamadıklarını ileri sürer. Maiwald, a.g.m., s. 352.

<sup>427</sup> Stein, a.g.e., s. 64.

sisteminin karşısında şeriklik sisteminin avantajı olarak görülen kısıtlılığı tekrar aşağı çeker. Faillik kavramının yeni figürler aracılığıyla genişletilmesi iştirak şekillerinin arasındaki ayrıma dayanan ikilik sistemin sınırlarının geniş fail kavramıyla karışması tehlikesini beraberinde getirir<sup>428</sup>.

Teoriye yönelik, ilgili suçun gerektirdiği amaca sahip olmaksızın kasten hareket eden araç kişinin<sup>429</sup> (*absichtlos-dolosen Werkzeug*) “fail olmaksızın” fiil hâkimiyetine sahip olmasının ne şekilde açıklanacağı<sup>430</sup> eleştirisi getirilmiştir. Suçun gerçekleşmesi bakımından gerekli olan amacı taşımaksızın icra hareketlerini gerçekleştiren kişiyi suçun işlenmesi için kullanan kişinin ceza sorumluluğu özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından ön plana çıkmaktadır. ACK’da buna ilişkin değişiklik yapılmadan önce<sup>431</sup> fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında suç için gerekli amacı taşımayan kişiyi suçun işlenmesinde kullanan kişi dolaylı faillik kapsamında ele alınıyordu<sup>432</sup>. Bu mesele aslında ilgili suç tiplerine “üçüncü kişi yararına” ifadelerinin eklenmesi ile büyük ölçüde konusuz kalsa da araç kişinin üçüncü kişi yararına dahi bir amacı bulunmuyorsa, sadece kasten

---

<sup>428</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 133.

<sup>429</sup> Bu kavramla ifade edilmek istenen; fiili gerçekleştirenin suça ilişkin tüm objektif tipiklik unsurlarını yerine getirmesi bununla birlikte suç için gerekli olan özel amacın kendisinde bulunmamasıdır. Kindhäuser, a.g.e., s. 329.

<sup>430</sup> Bu bağlamda normatif fiil hâkimiyeti üzerinden arka plandaki kişinin dolaylı fail bununla birlikte icra hareketlerini gerçekleştirenin yardım eden olarak sorumlu tutulmasına yönelik çözüm önerileri ön plana çıkmıştır. Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 398; Hünerfeld, a.g.m., s. 239.

<sup>431</sup> ACK’da 1998 yılına kadar hırsızlık ve yağma suçlarının ancak icra hareketlerini gerçekleştirenin sadece kendisi yararına mal edinme amacıyla işlenmesi yaptırım altındaydı. Diğer bir ifadeyle söz konusu suçların üçüncü kişi yararına işlenmesi tipiklik kapsamında değildi (Roxin, a.g.e. (AT), s. 64). Alman Ceza Kanunu’nda 6. Ceza Hukuku Reformu ile getirilen değişiklik için ayrıca bkz. Johannsen, a.g.e., s. 44 vd.; Roxin, a.g.e. (AT), s. 65. Haas’ın söz konusu düzenlemeye yönelik eleştirisi şu şekilde olmuştur: “Suç tipinin gerektirdiği amaca sahip olmaksızın (*Absichtlos-dolosen*) hareket eden ön plandaki kişinin suçun işlenmesinde kullanılması haline ilişkin sorunlar kanun düzenlemelerine üçüncü kişi yararına ibaresinin eklenmesi ile çözüldü. Ancak belirtilmelidir ki, bu husus şeriklik haksızlığının şekli olarak faillik kapsamına yükseltilmesi pahasına gerçekleşmiş oldu. Üçüncü kişinin haksızlığının mümkün kılınması maddi olarak şerik haksızlığının karakteristik özelliğini gösterir. Eğer bir başkası için hareket etmenin bir dolaylı faillik durumu olduğu kabul edilmiş olsaydı, maddi olarak şerik haksızlığının şekli olarak fail haksızlığına yükseltilmesi gibi karmaşık bir durum da ortaya çıkmazdı” (Haas, a.g.e., s. 110). Bu durumda arka plandaki kişinin azmettiren olduğu yönünde Schmidhäuser, a.g.e., s. 306; Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 255 vd. Jakobs dolaylı failin, suça ilişkin özel faillik unsurunu kendisinin taşıması gerektiğini belirtmiştir. Böyle bir durumda sadece karar hâkimiyetine sahip olmanın yeterli olmayacağını belirterek özel faillik niteliğine sahip olmayan kişinin ancak şerik olarak sorumlu tutulabileceğine dikkat çekmiştir. Bunun da ancak şeriklik bakımından aranan hukuka aykırı ve kasten işlenen bir fiilin varlığı halinde söz konusu olabileceğini böyle bir fiilden söz edilemezse karar hâkimiyetine sahip olan kişinin bu suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağını eklemiştir (Jakobs, a.g.e., s. 633).

<sup>432</sup> Kühl, a.g.e., s. 774 vd.

veya olası kastla hareket ediyorsa<sup>433</sup>, arka planda yer alanın ceza sorumluluğunun hangi kapsamda ele alınması gerektiği meselesi doktrini meşgul etmiştir. Bu bağlamda arka planda yer alanın dolaylı fail olarak kabulü<sup>434</sup> halinde bu yaklaşımın fiil hâkimiyeti öğretisi ile bağdaşır bir nitelik taşımadığı ileri sürülmüştür. Zira arka plandaki kişi suça ilişkin olay seyrine katılmamaktadır, bu nedenle tipikliğin gerçekleştirilmesinde hâkim konumunda değildir<sup>435</sup>. Suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştiren kişi fail olamazken, suça ilişkin katkısı sadece onu suç işlemeye yönlendirmekle sınırlı olan kişi dolaylı fail olarak kabul edilmektedir<sup>436</sup>. Ayrıca arka planda yer alanın ön planda yer alan üzerinde üstün gelen bilgisi de bulunmamaktadır. Ön planda yer alanın suçun tipiklik unsurlarını kapsayan kastı mevcuttur<sup>437</sup>. Bu nedenle bir irade veya bilme hâkimiyetinden de söz edilemez<sup>438</sup>. Ön plandaki kişinin kendi içinde üçüncü kişi lehine mal edinme amacıyla

<sup>433</sup> *Roxin* iki durumda böyle bir araç kişinin kullanılmasıyla dolaylı failliğin ortaya çıkacağını belirtmiştir. Öncelikle arka plandaki kişinin ön planda yer alanı aldatarak söz konusu şeyi sadece ödünç almak için kendisine getirmesini istemesi halidir. Diğer durum ise, arka planda yer alanın ön plandaki kişiden ödeme zamanı gelmiş ve def'i hakkı bulunmayan bir şey üzerinde fiili gerçekleştirmesini istemesidir. İlk durumda ön plandaki kişide arka planda yer alanın mal edinme niyetinin bulunduğuna yönelik bilgisi eksiktir. 2. durumda ise söz konusu zilyetliğin hukuka aykırılığı konusunda hataya düşmüştür (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 719). Yazar ayrıca sadece mal edinme amacına sahip olmanın diğer bir ifadeyle objektif nitelikte olmayan aşkın iç eğilim olarak ifade edilen amacın, talepte bulunana salt bu nedenle süreç üzerindeki hâkimiyeti vermeyeceğini belirtir (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 258). Bununla birlikte *Otto* bu görüşü eleştirmiştir. *Roxin*'in belirttiğinin aksine aslında burada bir hata hâkimiyeti bulunmamaktadır. Çünkü ön plandaki kişide amaca yönelik bilgisizlik bulunmakla birlikte bir başkasına ait olduğunu bildiği bir şeyi rıza dışı almak kastı vardır. Arka plandaki kişinin kötü amacı tek başına dolaylı failliği temellendirmez (*Otto*, a.g.e., s. 295).

<sup>434</sup> *Jescheck/Weigend*, suça ilişkin amacı taşımayan kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin sadece normatif olarak gerekçelendirilebileceğini belirtmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, bu durumda fiil hâkimiyeti normatif olarak anlaşılmalıdır. Zira suç arka plandaki kişinin etkisi olmaksızın araç kişi tarafından hiçbir şekilde işlenemez. Bu nedenle arka plandaki kişinin hukuki anlamda hâkim olabilir nitelikteki etkisi her zaman dolaylı failliği ortaya çıkarır. Bununla birlikte araç kişi üzerindeki psikik etki de azmettirme hareketinin ağırlığında bir etkiye sahip olması gerekir. *Jescheck/Weigend* bu durumu normatif-psikolojik fiil hâkimiyeti (*normativ-psychologische Tatherrschaft*) olarak nitelendirmişlerdir (*Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 670; *Hünerfeld*, a.g.m., s. 239; *Cramer*, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 398; *Hoffmann-Holland*, a.g.e., s. 195). *Hünerfeld*, bu bağlamda *Roxin* tarafından önerilen hâkimiyet suçları ile yükümlülük suçları arasındaki ayırımın faillik sorununu aşar nitelikte olduğunu ve bu nedenle yükümlülük suçları bakımından da fiil hâkimiyeti temelinde izahın gerekli olduğunu belirterek, fiil hâkimiyeti kavramının genişletilerek normatif fiil hâkimiyeti kabulünün isabetli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu sonucun ayrıca amaç unsurunu gerektiren suçlar bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Aksi yönde *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 228; *Zieschang*, a.g.m., s. 517.

<sup>435</sup> Dolaylı failliğin fiil olarak, ön planda yer alan üzerindeki hâkimiyeti gerektirmediği, sorumluluk belirlemede aşamalandırmanın yeterli olmasından hareketle arka planda yer alanda suç tipinin gerektirdiği diğer sübjektif unsurun bulunmasıyla birlikte ön planda yer alanda bulunmamasının dolaylı faillik kapsamında ele alınması gerektiği görüşü için bkz. *Hoffmann-Holland*, a.g.e., s. 195.

<sup>436</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 65; *Piotet*, a.g.m., s. 29.

<sup>437</sup> *Kühl*, a.g.e., s. 774.

<sup>438</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 778; *Otto*, a.g.e., s. 295. *Herzberg*, a.g.e., s. 34; *Renzikowski*, a.g.e., s. 91; *Schroeder*, a.g.e., s. 88; *Cramer* a.g.m. (FS Bockelmann), s. 398. Normatif fiil hâkimiyeti üzerinden konunun açıklanması katı sübjektif teoriyi sonuçlar. Arka planda yer alan

hareket edip etmediği dış dünyada aynı şekilde seyreden suç seyrine hâkim olma bakımından önemsizdir. Bu nedenle ön plandaki kişi doğrudan faildir<sup>439</sup>. Sonuç olarak, fiil hâkimiyeti teorisi çerçevesinde bu durumun makul izahının söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür.

Fiil hâkimiyeti teorisine yönelik diğer bir eleştiri, müşterek faillğe ilişkin olmuştur. İşbölümü şeklindeki müşterek failliğin, her biri sadece kendi katkısı üzerinde fiil hâkimiyetine sahip olduğundan, nasıl gerekçelendirileceğine ilişkin teorinin tam anlamıyla tatmin eden bir açıklamasının olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca hem failin hem de yardım edenin hareketsiz kaldığı ihmalî suçlarda da birinin fiile hâkim olduğunu söyleyip, diğerinin olmadığını açıklamanın zorluğu gündeme getirilmiştir. Bu durumları da kapsayacak şekilde fiil hâkimiyeti teorisinin yeterli bir sınırlama kriteri sunamadığından, fiil hâkimiyeti kavramının kısmen belirsiz kaldığı ileri sürülmüştür<sup>440</sup>.

Fiil hâkimiyeti öğretisine yönelik bir başka eleştiri ise şeriklik niteliğindeki hareketlerin tipikleştirilmesi üzerinden getirilmiştir. Şeriklik niteliğindeki hareketlerin suç tipi olarak ele alınması durumunda bu suçlara şerik olarak iştirak edildiği ihtimalde, hukuki değer ihlaline yönelik değerlendirme bakımından faillik ile şeriklik ayrımı için kabul edilen doğrudan veya dolaylı hukuki değer ihlalinin sınırlarının belirsizleştiği ileri sürülmüştür. Zira burada suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin de doğrudan bir hukuki değer ihlaline değil, dolaylı bir hukuki değer ihlaline sebep olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda şerik olarak katılımda da dolaylı hukuki değer ihlalinin bulunması nedeniyle, teori faillik ile şerikliğin ayrımını açıklamak noktasında yetersiz kalmaktadır<sup>441</sup>.

Bunun yanı sıra özellikle dolaylı faillik bakımından ön plandaki kişinin kasten hareket ettiği durumlarda fiil hâkimiyetinin farklı türleri arasında (hareket hâkimiyeti-irade hâkimiyeti) bir derecelendirmeye gidilmektedir. Her ne kadar ikisi de fiil hâkimiyetini sonuçlasa da irade hâkimiyetine üstünlük tanınmaktadır<sup>442</sup>. Diğer bir

---

aracılığıyla eksik olan suç seyri yönetimi arka plandakinin kötü amacıyla ikame edilemez. Ön planda hareket eden otonom kişi nedeniyle arka plandaki kişi fail olamaz (Renzikowski, a.g.e., s. 92).

<sup>439</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 779. Aynı yönde Freund, a.g.e., s. 394.

<sup>440</sup> Heinrich, a.g.e., s. 524. *Heinrich* bu eleştirileri de göz önünde bulundurarak bu teorinin her durumda sübjektif teoriye nazaran daha fazla hukuk güvenliği sağladığı gerekçesiyle yaklaşımı tercihe değer bulmaktadır.

<sup>441</sup> Rotsch, a.g.e., s. 294.

<sup>442</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 408.

ifadeyle fiil hâkimiyeti kapsamında aynı olay bağlamında fiil hâkimiyetinin birden fazla türü arasında öncelik ilişkisinin ne şekilde belirleneceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

### 3. Otonomi (Bağımsızlık) Prensibi (*Autonomieprinzip*)

Doktrinde iştirak teorisinde sorumluluk alanlarının sınırlandırılmasının nitel anlamda gerçekleştirilmesine çaba sarf eden diğer bir isim olarak *Renzikowski*, fiil hâkimiyeti doktrinini iştirak şekillerinin niteliksel olarak farklılaşmasına izin vermeyi amaçlayan otonomluk ilkesine dayandırmıştır<sup>443</sup>. Bu nedenle *Renzikowski*'nin yaklaşımı fiil hâkimiyeti öğretisinde önemli bir değişiklik içermektedir<sup>444</sup>. Zira fiil hâkimiyeti öğretisinin<sup>445</sup> dar fail kavramını mutlak bir isnadiyet dışlaması (*Zurechnungsausschluss*) ile eşdeğer tutmuştur<sup>446</sup>. Bu bağlamda sistemleştirmenin gerekli olduğuna vurgu yapan

<sup>443</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 73. *Hamdorf*, otonom veya sorumluluk prensibi ve bunun sonucunda ortaya çıkan rücu yasağına dayanan dar fail kavramında dogmatik keskinlikler, sistematik bağıllık ve böylelikle daha yüksek düzeyde hukuk güvenliği ve belirliliğin dikkate alındığını kabul etmektedir. *Hamdorf*, a.g.e., s. 171.

<sup>444</sup> Yazar buna yönelik olarak ACK md. 25/2 düzenlemesinde yer alan müşterek failliğin ceza sorumluluğunun genişletilmesi ve rücu yasağının kesilmesi olarak anlaşılacağını belirtmiştir. *Renzikowski*, a.g.e., s. 100 vd.

<sup>445</sup> *Renzikowski*, otonomi prensibinin suça iştirak şekillerinin maddi temelini formüle ettiğini ve bu nedenle fiil hâkimiyeti öğretisini aştığını belirtmiştir. Tüm suç şekilleri bakımından fail ve şerik ayrımını mümkün kılarak avantaj yaratmaktadır. Çünkü yazara göre, fiil hâkimiyeti öğretisi gerçek olmayan ihmalî suçlar ve taksirli suçlarda bu ayrımı izah edememektedir (*Renzikowski*, a.g.e., s. 123). Oysa bağımsız şerik davranış normunun kabulü, gerçek olmayan ihmalî suçlara garantör olmayanın şerik olarak katılımı bakımından argüman sağlamaktadır. *Extraneus* özgü yükümlülüğün muhatabı olmadığından kendisinin hukuki değere yönelik zarar verme durumu bulunmamaktadır. Eğer ki davranışı cezalandırılabilir şeriklik davranışı olarak kabul edilmek isteniyorsa garantöre yönelen özgü normdan farklı olarak kendi şerik davranışı normundan hareket edilmesi zorunlu sonuçtur (*Renzikowski*, a.g.e., s. 150).

<sup>446</sup> *Köhler* de *Renzikowski* tarafından ileri sürülen bu prensibi savunmuştur. Fiil hâkimiyeti kavramının açıklığını, iştirak öğretisinin eksikliği olarak değerlendiren yazar bunun failliğin geniş yorumlanmasına yol açacağını belirtmektedir (*Köhler*, a.g.e., s. 497, 515). *Köhler*'e göre her ne kadar sübjektif yaklaşım Hegelci yaklaşımın hareket kavramına benzerliği nedeniyle fiil hâkimiyeti öğretisi karşısında üstün olsa da kanıt kolaylığı sağlamak adına müşterek faillik ile yardım edenin ayrımında kavramsal farklılığı dikkate alınması nedeniyle hukuk uygulamasını belirsiz kılmaktadır (*Köhler*, a.g.e., s. 515). Geniş fail kavramını da reddeden yazar, bu kavramın otoriter devlet anlayışının sonucu olduğunu ve kabul edilemeyeceğini belirtmiştir (*Köhler*, a.g.e., s. 495). *Köhler*, benimsediği otonomi prensibi çerçevesinde dolaylı failliğin sadece kasten hareket etmeyen veya hukuka uygun hareket eden araç kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde söz konusu olacağını kabul etmiştir (*Köhler*, a.g.e., s. 509). Yazara göre kusur yeteneği bulunmayanlar ve çocuklar arka planda yer alanın dolaylı failliğini kabul etmek bakımından elverişli olmayan araç kişilerdir. Bu nitelikteki kişiler otonom hareket edebilmektedir. Bu nedenle arka plandaki kişi bakımından sadece azmettirme olasılığı düşünülmelidir. *Köhler* organizasyon aracılığıyla fiil hâkimiyeti üzerinden dolaylı faillik sorumluluğunu da reddetmiştir (*Köhler*, a.g.e., s. 506). *Köhler* benzer bir sonuca müşterek faillik alanında da ulaşmıştır. Fiilin icrasında yer almayan özellikle hazırlık aşamasındaki katkısı ile yer alan suça katılanın müşterek fail olarak sorumluluğunu kabul etmemiştir (*Köhler*, a.g.e., s. 515). *Renzikowski*'ye nazaran otonomi prensibini daha dar olarak ele alan *Köhler*'in şekli objektif teoriye benzer şekilde suça iştirak öğretisinin rasyonelliği lehine büyük ölçüde dolaylı faillik kurumundan vazgeçilmesine yönelik eleştiri için bkz. *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 663.



yazar, bundan kaçışın keyfiliği beraberinde getireceğini belirterek<sup>447</sup> bu gerekli olan sistemleştirmeyi otonomi prensibi aracılığıyla katı dar fail kavramına ve kişisel hukuki değer anlayışına dayandırmak istemektedir<sup>448</sup>.

Yazara göre dar fail kavramı, özgürlüğün arka yüzü olarak kişisel sorumluluk ilkesine dayanmaktadır<sup>449</sup>. *Renzikowski*, kişisel haksızlık öğretisi kapsamında, davranış normlarının yasal olarak korunan özgürlüğün kullanılmasında bu sorumluluk belirlemesiyle bağlantılı olması gerektiği sonucuna varmaktadır. Geniş fail kavramı ise, sorumluluğun bireyselleştirilmesi ve yasal alanların sınırlandırılması talebiyle çelişmektedir<sup>450</sup>. Hukuki değer ihlali ancak sonsuz sebep olma zincirindeki otonom olarak hareket eden son kişinin eseri olarak kabul edilebilir. En son otonom şekilde doğrudan neticede oluşan rizikoyu yaratan kimse diğer kişilerin neticeye yönelik oluşturduğu sebepleri faillik şeklindeki isnadiyetten dışlayarak tek başına faildir<sup>451</sup>. Otonom hareketi böylelikle rücu yasağı<sup>452</sup> ile temellendirir<sup>453</sup>. Bu prensip, temelini

---

<sup>447</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 48-49.

<sup>448</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 67 vd.

<sup>449</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 68-69.

<sup>450</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 68.

<sup>451</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 151.

<sup>452</sup> Otonomluk ve rücu yasağı bağlantısına yönelik *Kindhäuser*, rücu yasağının otonomluk ilkesinden türetilmesinde tutarlılık bulunmadığını şu şekilde belirtmiştir: Eğer otonomluk isnadiyeti kaldırıyor, o zaman sadece şeriklikte ön plandaki kişi ile arka plandaki kişi arasındaki ilişkiye değil, aynı zamanda müşterek faillerin otonom katkılarının karşılıklı olarak isnat edilmesine de karşı durur (Urs Kindhäuser, “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”, *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, s. 644’ten aktaran Haas, a.g.e., s. 30).

<sup>453</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 73. Suça iştirak öğretisini felsefi temele dayandıran *Hegel* ekolü “hareket edenin özgür iradi belirlemesi (*freie Selbstbestimmung*)”ne ağırlık vererek bu tartışmada tüm diğer yaklaşımlara da çıkış noktası oluşturmuştur. Hegelci yaklaşım suçu gerçekleştirenin özgür iradesiyle hareket ediyor olması halinde manevi fail (*intellektuel Urheber*) ve yardım edenin cezalandırılabilmesini kabul etmekteydi. Eğer ön plandaki kişi özgür iradesiyle hareket etmiyorsa bu durumda arka plandaki kişi doğrudan fail (*Urheber*) olabilirdi. Farklı iştirak türlerinin sınırlandırılmasına ilişkin bu kriter günümüz yaklaşımlarından otonomluk veya kendi sorumluluğunda olma prensibinin faillik ve şeriklik ayrımında dikkate aldığı husus olmuştur (Poppe, a.g.e., s. 145). Bu zamana kadar en belirleyici yaklaşım olarak görülen hareket ile netice arasındaki nedenselliği ön planda tutan *Stübel*’e karşılık *Hegel* isnat sorununun değerlendirilmesine yönelik olarak suç seyrine ilişkin kişinin iradesini ön plana çekmiştir. İrade ve fiil bağlantısı “Hegelci hareket” olarak adlandırılmıştır. Diğer bir ifadeyle isnadiyet nedensellik yargısı değil, aksine teleolojik/amaçsal yargıdır. İrade ve fiil bağlantısı amaçsal ilişki çerçevesinde isnadiyeti temellendirdiğinden suça iştirak ilişkisi de amaçsal olarak yapılandırılmak zorundadır (Bloy, a.g.e., s. 79). *Maiwald*, o zamana kadar suça iştirak türleri arasındaki ikili ayırmadan farklı olarak üçlü ayırma geçişte de bu yaklaşımın etkisi olduğunu belirtmiştir. Manevi faillik kapsamındaki tehdit ve zorlama ile görev ve tavsiyenin aynı türde kabul edilmesi problem olarak görülmüştür (Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 293). Hegelci yaklaşımın failliği bir başkası aracılığıyla gerçekleştirilmesini mümkün görmekle birlikte, bu kapsamda ön planda yer alanın özgür hareket etmemesi gerektiğine yönelik kabulü failin arkasındaki fail kurumunun reddini sonuçlamasına neden olur (Hünerfeld, a.g.m., s. 241).

insanların karşılıklı olarak özgürlük alanlarını tanıdığı bir birlik olarak hukuk düzenine yerleştirir<sup>454</sup>. Bu prensip iki aşamalı isnadiyet modeliyle bağlantı kurar. Öncelikle bir insanın nasıl hareket ettiği incelemesinde eğer davranışının bir alternatifi bulunuyorsa özgür hareket ettiği sonucuna varılır. Bu bağlamda hareket yeteneği ve fiilin bilincinde olma dikkat edilecek şartlardır<sup>455</sup>. İkinci isnadiyet aşamasında ise kişinin hareketini hukuksal ölçütlere göre değerlendirip değerlendiremediği ve davranışını bu anlayışa göre yönlendirip yönlendirmediği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şartlar altında kişi kendi sorumluluğunda diğer bir ifadeyle otonom hareket etmektedir. Kişinin ne zaman otonom hareket ettiği ise kanundaki belirlemeler kapsamında ele alınmalıdır<sup>456</sup>. Otonomluk bu anlamda normatif bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır<sup>457</sup>. Bu bağlamda en yüksek rasyonelliğe<sup>458</sup> ulaşmayı hedefleyen *Renzikowski*'nin görüşü aynı zamanda iştirak sisteminin katı şekilde dikkate alınmasına dayanmaktadır<sup>459</sup>.

Ayrıca kasten ve taksirli suçlar alanında otonomi düşüncesine dayanan dar fail kavramı en açık şekilde *Renzikowski* tarafından savunulmuştur. Onun görüşüne göre kasten hareket eden ve taksirle hareket eden fail, karşı çıkılan riski yaratarak aynı davranış

---

<sup>454</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 67.

<sup>455</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 72.

<sup>456</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 72. Bu bağlamda dolaylı faillik ile azmettirme ayrımı bakımından otonomluğa zarar veren durumlar için normatif ölçütü esas alır. Nitekim cebir/zorlama kapsamında arka plandaki kişinin dolaylı failliği, arka plandaki kişinin ön plandaki kişi üzerindeki etkisinin nasıl gerçekleştiğinden bağımsız olarak, ancak kanunda öngörülen ölçüt gerçekleşmişse mümkündür (Renzikowski, a.g.e., s. 75 vd.). Kusur yeteneğinin bulunmaması halinde de araç kişinin otonom hareket edemeyeceğinden hareketle arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul eder. Bununla birlikte organizasyon hâkimiyeti aracılığıyla fiil hâkimiyetini kabul etmeyerek bu ihtimalde arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumluluğunun oluşacağını belirtir (Renzikowski, a.g.e., s. 86 vd.).

<sup>457</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 72 vd. *Renzikowski*, faillik yaklaşımının yeni türdeki önleyici ceza hukuku için geçerli olmadığını da itiraf eder. Yazara göre bu, öncelikle failliğin son sebep olana yönelik olduğu özerklik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan önleyici ceza hukuku, otonom olarak gerçekleşmesi zorunlu olmayan ve tipikliğin salt pragmatik gerekçelerle anlaşılmasına yönelik belirli şekildeki hareketlere yönelmiştir. Böylece hâkimi faillik ve şerikliği sınırlandırmaktan kurtarmaktadır (Renzikowski, a.g.e., s. 301 vd.). Önleyici ceza hukukunun esası, bireyleri hukuki ilişkileri birlikte oluşturan faktörler olarak değil, aksine genel güvenlik bakımından potansiyel tehlike olarak algılanmasına dayanır. Bu aslında fail ceza hukuku riskini bünyesinde barındırmaktadır (Köhler, a.g.e., s. 495).

<sup>458</sup> Ceza hukuku dogmatığının salt rasyonel amaçlılığa dayandırılmasının diğer bir ifadeyle salt hukuki değerlerin korunması amacına ilişkin suçla mücadeleyi hedeflemesinin aynı zamanda suçu gerçekleştirenin zararına olacak şekilde tek taraflı hukuki değer korumasının dikkate alınması tehlikesini de beraberinde getireceğini ileri süren görüş, bunun ceza hukuku uygulamasının fail için özgürlük haklarına (*Freiheitsrecht*) zarar verecek nitelikte olmasının dikkate alınmamasının sonucu olduğunu belirtir. Bu yöndeki eleştiri için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 32.

<sup>459</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 76.

normunu ihlal eder<sup>460</sup>. Otonom olarak hareket eden en son kişi, doğrudan neticede meydana gelen böyle bir riski yaratırsa, fail olarak kabul edilir<sup>461</sup>.

Bununla bağlantılı olarak arka planda yer alan kişiye ön planda yer alanın gerçekleştirdiği fiilin isnadı ancak ön plandaki kişinin otonom hareket etmemesi halinde mümkün olabilir<sup>462</sup>. Buna karşılık fiil hâkimiyeti öğretisi arka plandakinin dolaylı faillliğini gerekçelendirmek bakımından sadece ön plandakiyle ilişkisini değerlendirmektedir. Ön plandaki kişinin özelliğini göz ardı etmektedir. Bununla birlikte arka plandaki kişinin ön plandaki kişi ile ilişkisi sadece bir unsurdur, tek başına belirleyici değildir<sup>463</sup>. Çünkü norma aykırılık suça katılanların aralarındaki hukuki ilişkiye zarar vermelerinde bulunmaz, aksine isnat edilebilir hukuki değer ihlalinde bulunur<sup>464</sup>.

Burada cevaplanması gereken soru, “*eğer fail tarafından gerçekleştirilen hukuki değer ihlali şerike isnat edilemiyorsa, diğer bir ifadeyle şerik bizzat hukuki değeri ihlal edemiyorsa şerike isnat edilebilecek olan nedir? Şerik tipik olarak belirtilen yasak normunu ihlal edemiyorsa hangi davranış normunu ihlal etmektedir ve bu nasıl temellendirilir?*”<sup>465</sup> Otonom anlayış temelinde şerikliğin faillikten bağımsız yasak normuna dikkat çekilmektedir. Şerik davranışının yasak normunu ihlal etmesi gerektiği ceza hukukunun görevinden ortaya çıkar. Zira ceza yasal olarak garanti edilen davranış beklentilerinde istikrarı sağlıyorsa, cezaya hükmedilmesi davranış normu ihlalini gerektirir<sup>466</sup>. Doğrudan failin otonomluğu rücu yasağını temellendirdiğinden, esas fiil

<sup>460</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 224 vd. Fail ve şerik arasındaki normatif ayrımı failin bağımsızlığı ile temellendiren yaklaşımı ile taksirle işlenen suçların ve kasten işlenen suçların objektif tipiklik anlamında aynı olduğu sonucuna varan *Renzikowski*'nin İspanyol ceza hukuku doktrininde de taraftarı bulunduğuna yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 582.

<sup>461</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 151.

<sup>462</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 73.

<sup>463</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 73.

<sup>464</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 73.

<sup>465</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 123.

<sup>466</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 123. Cezanın amacına dayanan (*Strafzweck*) teorileri daha iyi anlamak için, hâkim görüşüne dayanan iki farklı norm işlevi arasında bir ayrım yapılmalıdır. Özel bölümde yer alan suç tipleri, bir yandan davranış normu, diğer yandan da yaptırım normu olarak işlev görmektedir. Cezai hükümler, muhatabına bir yasak veya gereklilik şeklinde nasıl davranacakları konusunda talimat verdiği sürece davranış normlarıdır (Nepomuck, a.g.e., s. 40 vd.). Bir davranışın norma aykırı davranış olarak değerlendirilmesi ceza kanunundaki suç tipleri kapsamında yer almasına bağlı değildir. Ayrıca suç tipi bizzat esas fail bakımından ön alan davranışına genişletilmemektedir. Hâlihazırda suça hazırlığın norma aykırılığına yönelik farklı emareler de bulunmaktadır. Bu bağlamda önleyici meşru müdafaa mevcut bir saldırının bulunmaması nedeniyle hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte söz konusu hareket daha sonra esas fiilin işlenmesi tehlikesini hemen ortadan kaldırmak için zorunluysa (savunma) meşru müdafanın hukuka uygunluğu ile gerekçelendirilmektedir. Önleyici meşru müdafada tehlikeli bir durum söz konusu olmadığından

şerike kendi eseri olarak isnat edilemez. İsnadiyetteki bu ayrıma farklı davranış normları uygundur. Azmettirme ve yardım etmenin yasak hükmünde ilgili fail normuna dayanan tehlike yasağı (*Gefährdungsverbote*) söz konusudur. Onun geçişi şerikliğin cezalandırılma nedenini oluşturur. Şerikliğin cezalandırılmasının failin kasten ve hukuka aykırı fiili objektif olarak gerçekleştirilmesine bağlı olması asli nitelikteki davranış normları bakımından önem taşımaz, aksine sadece tali nitelikteki yaptırım normları bakımından anlam ifade eder<sup>467</sup>. Bu nedenle azmettirme ve yardım etme bakımından kasten ve hukuka aykırı gerçekleşen esas fiil şartı ceza gerekliliği mülhazası teşkil eder<sup>468</sup>. Sadece cezalandırma bakımından esas fiil gerekliliği anlamında bağlılık, ne başkasının haksızlığının isnadı ne de başkasının gerçekleştirdiği fiil bakımından cezalandırma anlamına gelir<sup>469</sup>.

Hukuki değere yönelik saldırının dolaylı olması, şerik davranış normlarının<sup>470</sup>, doğrudan saldırıları ilgilendiren fail normlarından ayırt edilmesi gerektiği, ancak aynı zamanda faillik normlarıyla da ilgili olduğu anlamına gelir<sup>471</sup>. Azmettiren ve yardım eden farklı şekilde hukuki değer ihlaline ilişkin neticeye katkı sağlamaktadır. Nitekim

---

aksine haksız fiili gerçekleştiren kişi (*handlungsstörer*) söz konusu olduğundan, meşru müdafaanın hukuka uygunluğu suça hazırlığın norma aykırılığını kapsar. Başkasının fiilini hazırlayan veya destekleyen kişilere karşı da önlem alınması gerekir. Son olarak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin norma aykırılığı kanun düzenlemesinden ortaya çıkar ve sadece bir cürümün (*Verbrechen*) (ACK md. 12/1) işlenmesine yönelik talebin yasak olarak kabul edilmesi, bir cünha (*Vergehen*) (ACK md. 12/2) söz konusu ise bunun işlenmesine yönelik talebin ceza kapsamına alınmaması uygun değildir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 535).

<sup>467</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 151-152.

<sup>468</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 131. Aynı yönde Küpper, a.g.m. (GA 1974), s. 327; Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 942

<sup>469</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 137. Aksi yönde Bloy, a.g.e., s. 161.

<sup>470</sup> Şeriklik suç tiplerinin dayandıklarından farklı davranış normlarını ihlal eder. Şerik davranışının norma aykırılığı, şerikliğin cezalandırılması bakımından zorunlu bir şarttır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 533; Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 326). Davranış normları, belirli durumlarda norm muhatabına nasıl davranması gerektiğini söyler. Davranış emri söz konusu (ihmalen veya icrai şekilde) hareketin gerçekleştirilmesine yönelik kararın verildiği anda hâlihazırda tespit edilmiş olması gerekir ve daha sonra gerçekleşecek olaylara bağlanamaz. Şerik failin tipik hareketine sebep olmaz, bu nedenle ilgili suç tipinde korunan hukuki durumu da ihlal etmez. Bu nedenle şerike yasaklanan davranış normları tehlikelilik yasağı olarak anlaşılmalıdır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 534). Bu, bir suçun işlenmesine yönelik olarak şerikin faili yönlendirdiğinde veya buna yönelik olarak pratik şartları yarattığında, failin suçu işleyip işlemeyeceğinden bağımsız olarak, şerikliğin hukuka aykırılığının tespit edilebilirliği anlamına gelir. Gerek azmettiren gerekse de yardım eden hukuki değer ihlaline yönelik tehlikeyi artırmış olur. Şerikliğin bağlılığı şerik haksızlığının esas fiil haksızlığından sonuçlandığı anlamına gelmez. Bağlılık, şerik davranışının her zaman belirli bir esas fiile yönelik olmasına ilişkin esas fiille olan ilişkisini oluşturur (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 534).

<sup>471</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 127.

azmettiren failde fiile yönelik belirleyici olan motivi sağlayan kişidir<sup>472</sup>. Bu bağlamda ACK md. 26 ve 27’de tanımlanan davranış şekilleri hukuki değere yönelik üçüncü kişinin doğrudan saldırısı bakımından motivasyonel veya pratik şartları yaratır. Şerik zarar gören ile kendisinin ilişkisini ihlal etmez, burada kendi hukuk alanının sınırlarını ihlal etmez. Şerik suçun işlenmesini maddi olarak hazırlar<sup>473</sup>. Bu sebeple hukuki değer bakımından tehlikeyi artırması mümkün olabilir<sup>474</sup>. Burada azmettirme ve yardım etmenin değersizliği oluşur. Bu değersizlik failin esas fiili objektif olarak gerçekleştirmesinden bağımsızdır. İcra edilen esas fiil sadece şerik hareketinin tehlike potansiyelini doğrular<sup>475</sup>. Diğer bir ifadeyle, şerik davranışı herhangi bir şekilde esas fiilin işlenmesi üzerinde etkide bulunursa şerikliğin sadece tehlike potansiyeli onaylanır.

Bağlılık kavramı farklı boyutlara sahiptir. Öncelikle esas fiil hukuki değere zarar verme nedeniyle yasak iken, şeriklik aynı hukuki değer bakımından oluşturduğu tehlike nedeniyle yasaktır. Ayrıca sadece somut fiile azmettirme ve yardım etme söz konusu olabilir. Bu sonuç bağlılığın bizzat kendisinden ortaya çıkmaktadır. Şerikliğin hukuka aykırılığı esas fiilin hukuka aykırılığına bağlıdır. Bu nedenle şeriklik normları faillik normlarına paralel şekilde oluşturulmalıdır. Davranış normları aşamasında da failliğin karşısında şerikliğin tali kavram olduğu açıktır. Zira azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler genel davranış düzenlemeleridir. Kanun koyucu her bir suç tipinde ayrıca şerikliğe ilişkin ek düzenlemelere yer vermemiştir<sup>476</sup>. Davranış normunun her bir ihlali otomatik olarak cezalandırmaya yol açmaz. Aksine yaptırım normları aşamasına ek olarak cezaya liyakat mülahazaları da dikkate alınmalıdır<sup>477</sup>. Öte yandan, şeriklik davranışı normlarının bir tehlike yasağı olarak yorumlanması mutlaka şerikliğin kendisinin bir tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmez<sup>478</sup>.

Doktrinde bu yaklaşıma yönelik eleştiri ileri sürülmüştür. İştirak öğretisinin davranış normu teorisine dayanan temellendirmesine karşı çıkan *Roxin*, failliğin tipikliğin gerçekleştirilmesi olduğunu, davranış yükümlülüğünün ihlali olmadığını belirtmiştir. Bu

---

<sup>472</sup> *Renzikowski* de azmettireni failde suç işleme kararına sebep olma şeklinde tanımlamaktan kaçınmıştır. a.g.e., s. 124.

<sup>473</sup> *Renzikowski*, a.g.e., s. 125. Hukuki değer ihlali bakımından şerik davranışının ortaya çıkardığı tehlike faillik kapsamındaki davranışın ortaya çıkardığı tehlikeden ayrılır. *Renzikowski*, a.g.e., s. 129.

<sup>474</sup> *Renzikowski*, a.g.e., s. 126.

<sup>475</sup> *Renzikowski*, a.g.e., s. 131. Aynı yönde *Sax*, a.g.m. (ZStW 1978), s. 941.

<sup>476</sup> *Renzikowski*, a.g.e., s. 130.

<sup>477</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 536.

<sup>478</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 536.

teori kapsamında neticenin değersizliğinin göz ardı edildiğine vurgu yapmıştır<sup>479</sup>. *Bloy* da davranış nomlarının farklılığına yönelik eleştiri getirmiştir. Azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerin cezayı genişleten nitelikte olduğunun kabulü, şerik bakımından yasaklanan ile fail bakımından yasaklananın aynı olması durumunda mümkündür<sup>480</sup>. Ayrıca fail otonom hareket ettiği için<sup>481</sup> esas fiil şerike isnat edilemezken, şerikin hukuki değer ihlali bakımından nasıl tehlikeli olabileceği eleştirisi getirilmiştir. Zira esas failin ihlal iradesi olmaksızın en başından itibaren hukuki değer bakımından bir tehlikeden söz edilemez<sup>482</sup>.

Teori sadece faillik ve şerikliğe ilişkin farklı davranış normları kabulü ile değil, ayrıca müşterek faillik ve dolaylı faillik kapsamında da ikna edici bulunmamıştır. Otonomi prensibinin müşterek faillik alanında da rücu yasağına karşı durmak zorunda olduğu<sup>483</sup> belirtilmiştir. Otonomi ilkesi ve ondan türeyen rücu yasağı esas olarak “başkasının hukuki alanında yer alan süreç ve durumların kişiyi ilgilendirmemesi” anlamına gelir. Bu şekilde kabul edildiğinde özellikle müşterek faillik bakımından ilgili hukuki alan sahiplerinin otonomi prensibi çerçevesinde birbiriyle ilişkisinin ne şekilde değerlendirileceğine ve böylelikle bir yasağı ihlal etmelerinin söz konusu olup olmayacağına ve nasıl sorumlu olacaklarına ilişkin belirsizliklerin aşılamayacağı<sup>484</sup> ileri sürülmüştür. Bu yaklaşıma karşı dolaylı faillik kapsamında ele alınan failin arkasındaki fail durumlarına (örneğin, organizasyon hâkimiyeti) ilişkin meşru bir zemin oluşturamaması nedeniyle de eleştiri getirilmiştir<sup>485</sup>. Otonomluğun ya tamamen

---

<sup>479</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 18. Bu eleştiri fiile ilişkin netice tamamıyla dikkate alınmasaydı haklı olabilecek bir eleştiridir. Bununla birlikte davranış normu ile yaptırım normu arasındaki ayrımın avantajı şerik davranışının hukuka aykırılığının gerekçelendirilmesi ile şerikliğin cezalandırılmasının ayrımında ortaya çıkmaktadır. Renzikowski, a.g.e., s. 134.

<sup>480</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 189.

<sup>481</sup> *Nepomuck*, *Renzikowski*'nin tüm suça iştirak öğretisini bu ilkeye dayandırmasının makul izahının yapılamayacağını ileri sürerek bu yaklaşıma kısmen karşı çıkmıştır. Özellikle azmettirme ve yardım etme arasındaki ayrımın bu ilkenin dayandığı anayasal esas çerçevesinde belirleyici olmayacağını belirtmiştir. *Nepomuck*, a.g.e., s. 141.

<sup>482</sup> Haas, a.g.e., s. 29. *Renzikowski* bu eleştiriye yönelik şöyle bir gerekçelendirme ileri sürmüştür: Bu eleştiri ileriye dönük tehlike yargısı ve geriye dönük isnadiyet öncüllerinin aynı bağlantıda açıklanmasından beslenmektedir. Fail otonomluğu *ex-post* kabul edilerek esas fiilin şerike isnadiyeti dışlanırsa, tehlike yargısına da *ex-ante* bakış açısıyla karşı konulması gerekir. Şerikliğin tehlikeliliği üzerindeki yargı sadece nedensellik öngörüsünü gerektirir. Neticenin isnadiyeti bakımından tek başına nedenselliğin *ex-post* olarak tespiti nasıl yeterli değilse, şerikin tipik davranışından söz edebilmek için *ex-ante* olarak tehlikelilik öngörüsü de yeterli değildir. *Renzikowski*, a.g.e., s. 126.

<sup>483</sup> Haas, a.g.m., s. 526.

<sup>484</sup> Haas, a.g.m., s. 526.

<sup>485</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 683. Aynı şekilde Roxin, a.g.e. (AT), s. 73.

bulunmadığı veya tamamen var olduğu kabulü, burada mümkün olabilecek derecelendirmeyi göz ardı etmiştir<sup>486</sup>.

Şerikliğin haksızlık içeriğinin belirlenmesi konusunda esas fiilin işlenmesine yönelik oluşturulan tehlikeye dayanan bu yaklaşım şerikliği bir nevi tehlike suçu olarak görerek bu tür suçların ceza hukukunun genel hükümler kısmında düzenlenmesinin sistematik açıdan yerindeliğini şüpheli hale getirmektedir<sup>487</sup>. Ayrıca zarar suçlarına karşı tehlike suçlarının uygulanması her zaman cezalandırmanın öne çekilmesi anlamına gelecektir<sup>488</sup>. Bu yaklaşıma yönelik benzer bir eleştiri *Jakobs* tarafından ileri sürülmüştür. Ona göre tipik bir fiilin ön alanına katılma haksızlık teşkil etmez. Burada gerçekleşen hareketler failin hazırlık hareketleri niteliğindedir. Bu nedenle bu alanda suça iştirak eden doğrudan, suç tipinde belirtilen yasağa aykırı davranmış olmaz<sup>489</sup>. Şerik davranışı yükümlülüğe aykırılık taşır. Esas fiilin haksızlığının dolaylı şekildeki isnadiyeti bu yükümlülüğün ihlalinden ortaya çıkar<sup>490</sup>. Şerik suçun ön alanına ilişkin katkısıyla, esas fiil gerçekleştirilirse, kurtulamayacağı daha sonraki sorumluluğunun tehlikesini yaratır<sup>491</sup>.

### C. DEĞERLENDİRME

İştirak halinde işlenen suçlarda ikilik sisteminin esas alınması beraberinde bu iştirak şekilleri arasındaki ayrımın neye göre belirleneceği sorusunu getirmektedir. Fail-şerik ayrımına ilişkin ileri sürülen yaklaşımlar ileri sürüldükleri dönem itibariyle genel kabul gören suç yapısıyla ilişkili olarak gelişim göstermişlerdir. Fail ceza hukukunun etkisini yitirmesi ve fiil ceza hukukunun önem kazanması, ayrıca nedensellik merkezli fail anlayışı yerine normatif-fonksiyonel yaklaşımların benimsenmesi iştirak alanında

---

<sup>486</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 72-73. Sorumluluk prensibinin ifade etmek istediği faillik ile şeriklik arasındaki tipikliğe dayanan niteliksel farklılık değildir, aksine tipikliğin gerçekleştirilmesi bakımından ceza hukuku kapsamında sorumlu olup olmama arasındaki ayrımdır. Böylelikle *Lesch* otonomi prensibinde fail öğretisinin temellendirilmesinde bizzat sorumluluk esasının yanlış bağlantı noktasına yönelik itirazını dile getirmiştir (Lesch, a.g.e., s. 185).

<sup>487</sup> Haas, a.g.e., s. 29.

<sup>488</sup> Haas, a.g.m., s. 525.

<sup>489</sup> Günther Jakobs, "Mittäterschaft als Beteiligung", *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, ss. 547-562, s. 554.

<sup>490</sup> Jakobs, a.g.m. (FS Puppe), s. 562.

<sup>491</sup> Jakobs, a.g.m. (FS Puppe), s. 554. Yazar iştirak bakımından suçun ön alanına ilişkin iştirakin bağımsız haksızlık olarak kabul edilmesi durumunun teşebbüs bakımından da sorun teşkil edeceğini belirtmiştir. Jakobs, a.g.m. (FS Puppe), s. 552 vd.

ilerleme kaydedilmesini sağlamıştır. Şeriklik sistemi çerçevesinde kabul edilen yaklaşımlar zamanla ortaya çıkan güçlükleri bertaraf etmek amacıyla benimsedikleri prensiplerden taviz vererek birbirine yaklaşmışlardır. Bununla birlikte faillik ile şeriklik ayırımına ilişkin görüş ayrılıkları, yeni görüşlerin doktrinde yer almasıyla günümüze kadar daha da gelişmiş ve normatif kombinasyon teorisi gibi esnek sistemler ile katı bir dogmatığı destekleyen yeni yaklaşımlar arasında bir kutuplaşmaya yol açmıştır. Fail ve şerik ayırımına yönelik ileri sürülen yaklaşımlara genel kapsamda bakıldığında, birbirlerine özellikle tüm suçlar için uygulanabilir bir kriter ortaya koyamadıkları eleştirisi ile karşı çıktıkları görülmüştür. Bu bağlamda kanunda faillik niteliği olarak belli bir niteliğin veya özelliğin ya da durumun arandığı suçlar ile bu tür gerekliliğin yer almadığı suçları kapsayacak şekilde, yaklaşımların ileri sürdükleri görüşlerin tatmin edici olmadığı vurgusu dikkat çekmektedir<sup>492</sup>.

Fail ve şerik ayırımını belirlemeye yönelik ileri sürülen yaklaşımlara bakıldığında, iradeyi merkezi konuma yerleştiren ve bunun sonucunda fiile yönelik objektif değerlendirmeyi göz ardı eden yaklaşımların meşru bir temeli kalmadığı görülmektedir. Bu bağlamda dikkate alınan menfaat üstünlüğü veya bir başkasının iradesine tabi olmama şeklindeki kriterler fail şerik ayırımını sağlayabilirse de, ortaya çıkan sonuç ceza hukukunun temel ilkeleri ile örtüşmeyeceği gibi adaletsiz sonuçları da beraberinde getirecektir. Aynı zamanda söz konusu teori bağlılık kuralı ile uyum arz etmeyen sonuçlara zemin hazırlar niteliktedir. Buna karşılık ayırım bakımından suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirme üzerinden belirlenen ve salt iradeye ağırlık veren yaklaşımın tam zıddı olarak değerlendirilebilecek şekilde salt objektif unsurları odak noktası yapan yaklaşımlar da başarısız olmuştur. Zira benimsedikleri yaklaşımdan ortaya çıkan güçlükleri, taviz vererek ve bazı durumlarda yaklaşımın yetersizliğini itiraf ederek gidermeye çalışmalarından bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bu nedenle günümüze kadar iştirak alanında yaşanan gelişmeler objektif veya sübjektif merkezli bir yapıya dayandığı fark etmeksizin katı bir bakış açısı ile temellendirilen ayırımın yetersiz olduğunu göstermiş ve farklı arayışlara zemin hazırlamıştır. Bu noktada ön plana çıkan husus suça iştirak edenler tarafından gerçekleştirilen katkıların maddi içeriğinin dikkate alınması olmuştur. Bunun belirlenmesine yönelik ileri sürülen kriterler özellikle belirlilik ilkesi ile

---

<sup>492</sup> Konu esas olarak 3. bölümde incelenecektir.



çelişki arz ettiği eleştirisine maruz kalmış olsalar bile günümüzde genel kabul gören fiil hâkimiyeti teorisine kapı aralamışlardır.

Fiil hâkimiyeti teorisi gelişim süreci içinde tek çizgi üzerinden devamlılık göstermemiştir. Diğer bir ifadeyle, fiil hâkimiyetini objektif bakış açısı ile ele almak ile sübjektif bakış açısı ile ele almak fiil hâkimiyeti teorisinin kendi içinde ayrımını ortaya çıkarmıştır. Bunlardan birine verilen ağırlık, varılan sonuçların farklılaşmasına yol açmaktadır. Bu nedenle ikilik sistemin benimsenmesinin de doğal sonucu olarak ortaya çıkan birtakım sorunlar fiil hâkimiyeti kavramı üzerinden farklı değerlendirmeler yapılarak aşılmaya çalışılmıştır. Yukarıda ele alınan yaklaşımlar çerçevesinde bakıldığında, fiil hâkimiyeti çok merkezli bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu, aynı zamanda kanunda düzenlenen suç tiplerinin tek tip bir yapıya sahip olmaması ve ayrıca suçun iştirak halinde işlenmesi sebebiyle daha karmaşık hale gelmesinin ortaya çıkardığı bir gereksinim olarak kendini göstermektedir. Her bir suç tipi bakımından doğrudan uygulanabilir bir faillik kriterinin belirlenmesine yönelik çabaların boşa çıkması, tüm suç tipleri bakımından genel kapsayıcılığa sahip bir üst kavramın belirlenmesine yönelimi sağlamıştır. Sadece fiil hâkimiyeti şeklindeki üst kavram kabulü ile suça iştirak edenlerin ceza hukuku anlamında sorumluluk statülerinin tespitinin belirsizlik arz edeceği tehlikesi göz önünde bulundurularak geliştirilen alt ayrımlar ile birlikte, ki bunlar hareket hâkimiyeti, irade hâkimiyeti ve fonksiyonel hâkimiyet olarak ifade edilmektedir, fiil hâkimiyeti kavramının somutlaşmasına yönelik önemli bir katkı gerçekleştirilmiştir. Böylelikle suça iştirak edenlerin gerçekleştirdikleri katkıların maddi içeriğine göre fiil hâkimiyetinin görünüm şekli olarak hareket hâkimiyetinin veya irade hâkimiyetinin ya da fonksiyonel hâkimiyetin söz konusu olup olmadığı incelenmektedir. Bu nedenle fiil hâkimiyeti teorisine yöneltilecek yüksek derecede esneklik içerdiğinden belirsizlik ve keyfilik taşıdığı eleştirisi yerinde değildir.

Fiil hâkimiyeti teorisi suça iştirak edenler arasında gerçekleştirdikleri katkıların maddi içeriğine göre bir ayrıma gitmektedir. Suça ilişkin tipik hareketlerin bizzat gerçekleştirilmesi artık onu şeriklik sisteminde fail olarak nitelendirmek için zorunlu bir önkoşul değildir. Birinin böyle bir fiili gerçekleştirdiği ve bundan tamamen sorumlu olduğu durumlarda bile, diğeri suçun icrasında yer almasa da aynı suçun faili olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte bu, faillik ile şeriklik alanlarının sınırlarının silikleştiği anlamına gelmez. Fiil hâkimiyeti teorisi fail ve şerik arasındaki ayrımı niceliksel anlamda

değil, niteliksel anlamda dikkate almaktadır. Bu ayrıca kural olarak dar fail kavramını esas alan ikilik sisteminin benimsenmesi ile ilişkilidir. Burada ön plana çıkan özellik, faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın kavramsal farklılık noktasında kalmayıp sorumluluk statülerinin suça iştirak edenlerin gerçekleştirdikleri katkılara karşılık gelecek şekilde dikkate alınması ve ceza kapsamındaki farklılığın cezanın belirlenmesi aşamasına bırakılmamasıdır. Ayrıca maddi objektif teori kapsamında ileri sürülen görüşlerin aksine fiil hâkimiyeti teorisi faillik ve şeriklik ayrımında söz konusu katkıların tehlikeliliğinin derecesine göre veya sadece zamansal olarak gerçekleştirildikleri sürece göre bir belirlemeye gitmemiştir. Bu nedenle bu teoriye yönelik katkılar arasında niceliksel bir ayrımı esas aldığı eleştirisi yerinde değildir. Bu, aynı zamanda fail ve şerik ayrımına yönelik fiil hâkimiyeti kavramını esas almakla birlikte kavram içeriğini farklı ölçütler ile belirlemeye çalışan ve yakın dönemde ileri sürülen yaklaşımlar için de geçerlidir. Özellikle yasal belirliliğin sağlanması lehine faillik alanını katı şekilde dikkate alarak, suça yönelik katkının maddi içeriğini ve suç seyri bakımından etkisini göz ardı ederek ulaşılan sonuç fiil hâkimiyeti teorisi ile bağdaşır nitelik arz etmemektedir.

Ayrıca fiil hâkimiyeti teorisinin kabulü ile şerik haksızlığının sadece neticeye birlikte sebep olma şeklinde ele alınacağı anlamına geleceği kabul edilemez. Fiil hâkimiyeti teorisinin failliğin belirlenmesi ve dolayısıyla şeriklik ile ayrımının tespiti bakımından yerine getirdiği işlevin, şerikliğin cezalandırılma nedeni ile karıştırılmaması gereklidir. Fiil hâkimiyetinin maddi içeriğine verilen anlam, bu kavramın şerikliğin cezalandırılmasının nedenine ilişkin farklı yaklaşımlar ile uyum arz etmesi sonucunu ortaya çıkarabilir. Bu farklılığın daha iyi anlaşılabilmesi bakımından şerikliğin cezalandırılma nedenini açıklamaya yönelik yaklaşımların ayrıntılı şekilde ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, ileri sürülen diğer yaklaşımlara kıyasla avantaj elde eden yaklaşımın *Roxin* tarafından geliştirilen fiil hâkimiyeti teorisi olduğu sonucuna varılmıştır. Bu sonuç aynı zamanda Türk Ceza Kanununda benimsenen yaklaşım olması sebebi ile Türk ceza hukuku ile uyum arz etmektedir.

## II. ŞERİKLİĞİN CEZALANDIRILMASININ NEDENİ

Şeriklik şekli olarak ifade edilen azmettirmenin ve yardım etmenin cezayı genişleten sebep olarak kabulü<sup>493</sup>, bunların cezalandırılabilmesi için özel bir gerekçelendirme ihtiyacını ön plana çıkarmıştır<sup>494</sup>. Şerikliğin cezalandırılmasının nedeni bir yandan faillığın haksızlık içeriğine etki etmesinden bir yandan da cezasızlık alanını sınırlama gerekliliğinden kaynaklanmaktadır<sup>495</sup>. Bu husus aynı zamanda bağlılık kuralı ile doğrudan ilişkilidir. Şerikliğin cezalandırılmasına ilişkin gerekçelendirme bağlılığa atfedilen önemi de etkilemektedir. Bu nedenle faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı kabul eden yaklaşımlar arasında şerik haksızlığının bağlılığına ilişkin görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ortak temeldeki değişim, bugünkü tartışmayı kusura iştirak ve sebep olma teorisi arasındaki tartışmadan çok daha güçlü bir biçimde karakterize etmektedir<sup>496</sup>. Şerikliğin cezalandırılmasını salt kendi haksızlığına dayandıran yaklaşımların karşısında şerikliğin haksızlık içeriğinin tamamen failin gerçekleştirdiği esas fiil kapsamında belirlenmesi gereğine dikkat çeken yaklaşımlar bulunmaktadır. Belirtilmelidir ki, sadece şerikliğin kendi haksızlığını gerçekleştirdiğini savunanlar değil, şerikliği bağlılık kuralı düşüncesi temelinde açıklayan bazı görüşler de şerik haksızlığının bağımsızlığından söz eder<sup>497</sup>.

İkilik sistemi kural olarak bağlılık kuralını gerektirmekle<sup>498</sup> birlikte, doktrinde suça katılanlar arasında ayrım olduğunu kabul eden bazı yaklaşımlar bağlılık kuralını dikkate almayarak suça katılanların sorumluluk belirlemelerini izaha çalışmışlardır. Nitekim en bilinen örneği şeriklik suçu yaklaşımıdır<sup>499</sup>. Faillik karşısında şerikliğin bağımsızlığı eğiliminde olanlar, esas fiile bağlılığın kanun koyucu tarafından suç politikasına ilişkin sebeplerden ötürü uygulandığını ve buna dayanarak elzem bir oluşumdan söz

---

<sup>493</sup> Marios Nikolidakis, *Grundfragen der Anstiftung Strafgrund-agent provocateur-Objektsverwechslung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, s. 51.

<sup>494</sup> Klaus Geppert, "Die Anstiftung (§ 26 StGB)", *Juristische Ausbildung (JURA)*, De Gruyter, Berlin, 1997, ss. 299-305 (1. Bölüm), 358-366 (2. Bölüm), s. 299.

<sup>495</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 299.

<sup>496</sup> Harro Otto, "Anstiftung und Beihilfe", *Juristische Schulung*, 1982, S. 8, ss. 557-566, s. 557.

<sup>497</sup> Bloy, a.g.e., s. 250. Bununla birlikte Bloy'a göre sadece şerik haksızlığının esas fiil haksızlığıyla belirlenmesine yönelik yapılan açıklamalar faillik haksızlığı ile şeriklik haksızlığının ortak noktasını bağlılık kuralına dayandırmaktan farklı bir şey değildir ve bu da şerik haksızlığının bağımsızlığı iddiasını anlaşılabilir kılmaz (Bloy, a.g.e., s. 250).

<sup>498</sup> Aydın, a.g.e., s. 73.

<sup>499</sup> Bkz. s. 105 vd.

edilemeyeceğini savunurlar. Onlar bakımından önem arz eden, şeriklik suçunun<sup>500</sup> hangi ölçüde esas fiil konumundaki netice değersizliğini şart koştuğu noktasındadır<sup>501</sup>. Görüldüğü üzere, şerikliğin cezalandırılmasının esas bakımından benimsenen yaklaşım sadece şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın niteliğini belirlememekte, aynı zamanda bağlılık kuralının suça iştirak öğretisindeki niteliğini belirlemektedir. Bu nedenle şerikliğin cezalandırılmasının esasını açıklayan yaklaşımlar bağlılık üzerinden dikkate alınacaktır. Bu ayrıca çalışmanın genel kapsamı göz önünde bulundurulduğunda, sistematik incelemenin sağlanabilmesi adına bir gereklilik olarak görülmüştür. Zira bu şekilde söz konusu yaklaşımlara ilişkin açıklamalarda aynı zamanda yaklaşımın bağlılık konusundaki kabulü de dikkate alınacaktır.

## A. ŞERİK HAKSIZLIĞININ BAĞIMSIZ OLDUĞUNA YÖNELİK TEORİLER

Azettirme ve yardım etmenin esas fiil haksızlığından bağımsız haksızlık içeriğine sahip olduğunu belirten bu yaklaşımlar esas olarak her bir katılanın kendi haksızlığı nedeniyle cezalandırılacağı üzerine inşa edilen tek faillik sisteminden etkilenmiştir<sup>502</sup>. Esas fiil olmaksızın azettirme ve yardım etme düşüncesi eskiye dayanmaktadır. Geçen yüzyılın sonuna doğru geçerli olan eşdeğerlik teorisi tekrar şerikliğin bağımsızlığı eğilimini güçlendirmiştir<sup>503</sup>. Esas fiil olmaksızın cezalandırılabilir şerikliğin söz konusu

---

<sup>500</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 269

<sup>501</sup> Bloy, a.g.m. (JA 1987), s. 492.

<sup>502</sup> Poppe, a.g.e., s. 321; Rotsch, a.g.e., s. 307. Nedensellik perspektifinden hareketle yüzyılın başında birçok yazar şerikliğin, cezalandırılma nedenini bizzat kendisinde taşıdığı yönünde inceleme yapmışlardır. Özellikle *Hoegel* 1916 tarihli çalışmasında bağlılık kuralı ilişkisine yönelik çelişkilerin varlığına vurgu yapmıştır. Bir yandan tek faillik sistemini benimser nitelikte ifadeler kullanırken, diğer taraftan neticeye etki eden tüm şartların aynılığının sadece maddi olarak kabul edilebileceğini, buna karşılık kusur ve cezaya liyakat bakımından bu şekilde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. İştirak şekilleri suça yönelik etkinin farklı cezaya liyakat içeriğinin ifadesi olarak işlevini sadece neticeye yönelik hareket edenin bağlantısına temel oluşturarak gerçekleştirir ki burada şerikin başkasının hareketine bağlılığının salt fiili türde olması gerekir (Bloy, a.g.e., s. 175). Şerikliğin bağlı yapısının reddi aslında katı bağlılık kuralına karşıydı. Katı bağlılık kuralı çocuk tarafından işlenen suçlar bakımından suça katılanların sorumluluğunu devre dışı bırakıyordu. Nitekim *Hoegel* de bağlılık kuralına yönelik eleştirilerini katı bağlılık kuralına yönelik olarak şeriklerin sorumluluğunun failin kusuruna bağlı olmaması gerektiğine dayandırıyor. Bu nedenle yazar özellikle katı bağlılık kuralının ortaya çıkardığı boşlukları kapatma amacına yönelik olarak dolaylı failliğin iyi bir araç olmadığını belirtmiştir (Bloy, a.g.e., s. 175).

<sup>503</sup> Bloy, a.g.e., s. 174. *v.Buri* neticeye bağımsız sebep olan şekilde yardım edenin karakterini vurgulamıştır. Yazar bu görüşünü, esas fiilin sadece yardım edenin suça katkısı ile netice arasında nedensellik bağlantısını sağlayan faktör olarak rol oynadığı temeline dayandırmıştır. Bloy, a.g.e., s. 174.

olmayacağı iddiasına karşı bunun sadece terminolojik bir sorun olduğu yaklaşımı geçerli hale getirilmek istenmiştir<sup>504</sup>.

Bu bağlamda şerik haksızlığının bağımsızlığından hareket eden bu teoriler kendi içinde bu haksızlığın nerede olduğu noktasında farklı yaklaşımları barındırmaktadır. Nitekim aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, salt neden olma teorisi kapsamında şeriklik suçu teorisi ve şerikliğin kendi değersizliği teorisi azmettiren ve yardım edenin davranışlarıyla ceza kanununun özel hükümlerinde düzenlenen suç tiplerinde yer alan hukuki değerleri bizzat ihlal ettikleri esasına dayanır. Her ne kadar şeriklik suçu ile şerikliğin kendi değersizliği teorisi ortak cezalandırma temelinde yer alsalar da birbiriyle birebir örtüşen teoriler değildir. Özellikle niteliksel bağıllık noktasında farklı bakış açılarına sahiptirler. Buna karşılık kusura veya haksızlığa iştirak teorilerine göre azmettiren ve yardım edenin cezalandırılmasının sebebi davranışlarının sadece korunan hukuki değere yönelik saldırı teşkil etmesi değil, esas olarak faili kusura veya haksızlığa bulaştırmasıdır<sup>505</sup>. Belirtmelidir ki, kusura veya haksızlığa iştirak teorileri tam anlamıyla şerik haksızlığının bağımsızlığı esasına dayanmamakla birlikte, yaklaşımların karakterize özelliği, faile yönelik gerçekleştirilen fiil üzerinden şekillendiğinden bu kapsamda ele alınması daha yerinde olacaktır. İleride ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere bu yaklaşımların diğer yaklaşımlardan farklı olarak çifte yapıya sahip oldukları kabul edilmektedir. Bunlar, şerik haksızlığının cezalandırılmasına yönelik teoriler kapsamında özellikle azmettirme bakımından azmettireni iştirak statülerinin içinde adeta en üst konuma yerleştirerek bağıllık kuralını kabul etmekle birlikte, bir açıdan da reddeden teoriler olarak özellik arz etmektedirler.

## **1. Kusura veya Haksızlığa İştirak Teorileri**

### ***a. Kusura İştirak Teorisi***

Bu teoriye göre şerikler başlangıçta faili kötü yola sürükledikleri (*Korrumpierung*)<sup>506</sup>, onu azmettirme bakımından fiile neden olarak ya da yardım etme

---

<sup>504</sup> Bununla birlikte *Bloy*, esas fiilin bulunmadığı durumda bir suç işlenmiş gibi objektif olarak aynı haksızlığın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunun belirsiz kaldığını belirtmiştir. *Bloy*, a.g.e., s. 176.

<sup>505</sup> *Poppe*, a.g.e., s. 321.

<sup>506</sup> Doktrinde kusura iştirak veya haksızlığa iştirak teorisinden bağımsız olarak azmettirmenin spesifik özelliğini bu unsur üzerinden ele alan bir görüş de *Amelung* tarafından ileri sürülmüştür. Kusura iştirak teorisinden farklı olarak yazar, azmettirilenin azmettiren tarafından baştan çıkarılmasını hukuki değer

bakımından fiili destekleyerek suça ve cezaya bulaştırdıkları için cezalandırılmalıdır. Bu nedenle, şerikin haksızlığı fail ile ilişkilidir<sup>507</sup>. Bu görüş uyarınca, şerikliğin esası neticeye sebep olmada görülmez. Bu nedenle içerik olarak salt sebep olma teorisinin karşısında yer alır<sup>508</sup>.

Kusura iştirak teorisi kaynağını teolojik temele dayanan Kilise hukukunda bulur<sup>509</sup>. Bir başkasını öldürme suçu bakımından görevlendirme, o suçu bizzat işlemekten daha ağırdır. Aslında görevlendiren hem bizzat kendisine karşı hem de başkasına karşı (onu günahkâr yaptığı için) günaha girer<sup>510</sup>. Bununla birlikte zamanla bu düşüncenin hukuksal anlamda kabul edilebilmesi için farklılaşması ve sekülerleşmesi gerekli görülmüştür. Önceleri bu teori azmettirenin faili günaha ve böylelikle kusura ve cezaya bulaştırması şeklinde ifade edilirken, daha sonra azmettirenin failin karakterine veya kanunlara uyma düşüncesine zarar vererek failin suçu işlemesine etkide bulunulması şeklinde ifade edilmiştir<sup>511</sup>. Bu nedenle teoriyi karakterize eden asıl söylem “azmettirenin hukuki değere yönelik saldırısının öldürmeyi gerçekleştirecek kadar yoğun olmadığı söylenebilirse de, faili yarattığının kabul edilmesi gerektiği”<sup>512</sup> şeklinde bilinmektedir.

Bu yaklaşımın esası, azmettirmenin “baştan çıkarma”, “manipülasyon” veya “ruhun aşağılanması” ve “karakter bozulması” hareketi olarak anlaşılmasıdır<sup>513</sup>. Bu şekilde azmettirmenin esası, suçun zihinsel faili/yaraticısı (*geistige Urheberschaft*) olarak belirlenmiştir<sup>514</sup>. Dar fail kavramına dayandırılan bu teori şerikliğin, özellikle

---

ihlalinin yanında ikinci bir netice haksızlığı olarak kabul etmez. Bu unsuru, yardım etmenin karşısında azmettirenin daha yüksek tehlikeliliği ile ilişkilendirerek ele almıştır (Amelung, a.g.m., s. 152). Çünkü yardım etme durumunda fail fiili gerçekleştirme konusunda tamamen özgür karar vermekte iken; azmettirme durumunda azmettiren fail üzerinde baskı oluşturmaktadır (Amelung, a.g.m., s. 163 vd.).

<sup>507</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 316.

<sup>508</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 133.

<sup>509</sup> Less, a.g.m. (ZStW 1957), s. 44; Nydegger, a.g.e., s. 100 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 19. Teorinin temelini Kilise hukukundan değil, İlahi kaynaklardan aldığı yönünde görüş için bkz. Demirel, a.g.e., s. 164.

<sup>510</sup> Schulz, a.g.e., s. 133.

<sup>511</sup> Poppe, a.g.e., s. 338. Doktrinde bir görüş, klasik suç teorisi kapsamında azmettirmenin cezalandırılma nedeni olarak “faili suça ve kusura bulaştırma” yaklaşımının çok geniş olduğu ve final hareket teorisi kapsamında azmettirmenin cezalandırma nedeni olarak ele alınan sosyal-etik anlamda katlanılmaz nitelikteki tipik hukuka aykırı fiile yönlendirme yaklaşımının ise çok dar olduğunu belirterek her iki yaklaşımın birlikte değerlendirilmesiyle azmettirmenin cezalandırma nedeninin belirlenmesi taraftarıdır (Bertschi, a.g.e., s. 28). Azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılmasına yönelik benzer yönde gerekçelendirme için ayrıca bkz. Riemer, a.g.e., s. 36.

<sup>512</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 557; Hellmuth Mayer, “Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft”, *Festschrift für Theodor Rittler Zu seinem achtzigsten Geburtstag*, 1957, ss. 243-274, s. 255.

<sup>513</sup> Gerson, a.g.m., s. 185.

<sup>514</sup> Gerson, a.g.m., s. 187.

azmettirmenin haksızlığını faili suça bulaştırmasında görür<sup>515</sup>. Bu nedenle azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olmasının kusura iştirak teorisi kapsamında, azmettirmede eksik olan fiil hâkimiyetinin failin kötüleştirilmesi unsuruyla dengelendiği şeklinde açıklanabileceği belirtilmektedir<sup>516</sup>.

Kusura iştirak teorisine göre şerik haksızlığının çifte bileşeni bulunmaktadır. Bunlardan biri, bir başkasının fiiline katkı ile özel hükümlerde yer alan suç tiplerinin koruduğu hukuki değerlere yönelik saldırıya ilişkin yasağın ihlal edilmesi (şeriklik niteliğindeki haksızlık bileşeni); diğeri ise, esas bileşen olarak faile karşı gerçekleştirdiği, faili suça sürüklemek suretiyle (faillik niteliğindeki haksızlık bileşeni) yasağın ihlal edilmesidir<sup>517</sup>. Bu bağlamda suça iştirak edenler bir yandan fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığa şerik olarak katılmakta, diğeri yandan ise faile karşı<sup>518</sup> bağımsız faillik kapsamında bulunmaktadır<sup>519</sup>. Teori savunucularının kendi içinde ayrıma gittiği nokta şerik haksızlığını açıklamaya yönelik öne çıkan bu iki hususun birbiriyle olan

<sup>515</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 133; Mitsch, a.g.e., s. 77. Bu yaklaşıma benzer bir görüş *Riemer* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar şerikliğin cezalandırma nedenini öncelikle esas fiile ilişkin neticeye sebep olunmasında görmekte birlikte bunun yanı sıra şerik tarafından, failin cezalandırılabilmesinin göze alınmasında görür. Diğer bir ifadeyle şerikin şeriklik katkısı ile asıl amacı faili kusura bulaştırmak değildir (Riemer, a.g.e., s. 32).

<sup>516</sup> Trechsel, a.g.e., s. 48 vd.; Mitsch, a.g.e., s. 78. *Önder 765* sayılı TCK'da yer alan azmettirmeye (asli manevi iştirak) ilişkin düzenlemeden azmettirmenin cezalandırma nedeninin hem suça sebep olma hem de kusura iştirak teorisi çerçevesinde ele alındığı sonucuna ulaşılabileceğini belirtmiştir. Azmettirenin faille aynı cezaya tabi kılınmasının sebep olma teorisinin bir sonucu olduğunu, bununla birlikte failin suçu işleminde şahsi menfaatinin bulunması halinde azmettirenin cezasında indirim yapılacak olmasının ise kusura iştirak teorisinin bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Bazı durumlarda azmettiren tam bir suçlu yaratmasa da azmettiren olarak kabul edilir ancak cezasında indirime gidilir (Önder, a.g.e., s. 462). Azmettirenin cezasında indirime gidilmesine ilişkin gerekçe olarak, failin suça ilişkin şahsi menfaatinin bulunması halinde azmettirenin suçun ilk ve etkili yaratıcısı olarak kabul edilemeyeceği gösterilmiştir. Azmettirenin telkinlerinden başka azmettirilenin şahsi menfaatine yönelik manevi etkisi de bulunmaktadır. Suçun işlenmesinde azmettirenin manevi etkisi ile failin maddi katkısı göz önünde bulundurulduğunda, failin şahsi çıkarının olmadığı ihtimalde, aralarında eşitlik bulunmaktadır ve azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması meşrudur. Bununla birlikte failin çıkarının bulunması halinde suçun işlenmesindeki etkisi daha büyük olur ve bu nedenle azmettirenin cezasında indirime gidilmesi gerekir (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 526). Failin şahsi menfaatinin bulunmasının cezada indirimi gerektirip gerektirmediğine yönelik tartışma için bkz. M. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. bs, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 541-542. Azmettiren bakımından ceza indirimi öngören düzenleme daha sonra "...başkasını suça azmettirmek hali layihada muhafaza etmekle beraber, azmettirenin suçu işlemek için kendisinde böyle bir hal mevcut olan kimseyi seçmesi onun ahlaki redaatinin ne derecede ağır olduğunu göstermesine rağmen, cezasının tahfifi haklı görülemeyeceğinden..." kaldırılmıştır. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 527.

<sup>517</sup> Trechsel, a.g.e., s. 107; Mitsch, a.g.e., s. 77. Özellikle azmettirmenin bu çifte yapıya sahip olmasının aynı kişinin hem azmettiren hem de müşterek fail olarak yer aldığı durumlarda cezalandırmanın ne şekilde dikkate alınması gerektiğine yönelik eleştiri için bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 25.

<sup>518</sup> Azmettirmeye ve yardım etmeye ilişkin yasal düzenlemelerin failin karakterinin korunmasına yönelik düzenlemeler şeklinde kabul edilmesi ile ortaya çıkan dolaylı hukuki değer ihlalinin kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile bağdaşamayacağına yönelik görüş için bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 25.

<sup>519</sup> Poppe, a.g.e., s. 335.

ilişkinin açıklanması ve şerik haksızlığının temellendirilmesinde taşıdıkları önemdir<sup>520</sup>. Görülmektedir ki, şerikin münhasıran failin yoldan çıkarılması nedeniyle cezalandırılacağı yaklaşımı teorinin savunucuları tarafından da kabul gören bir husus değildir.

Bir görüşe göre azmettirme ve yardım etmenin haksızlığının ağırlık noktası failin fiiline yapmış olduğu etkidedir, bununla birlikte faili kusura bulaştırma (*Korruption*) yönü sadece tamamlayıcı niteliktedir<sup>521</sup>. Buna karşılık teorinin en bilinen savunucusu olan *H. Mayer* ise faili kusura bulaştırma yönünün şerikin cezalandırılmasının meşruluğunu sağlayan tek unsur olmasa da en belirleyici unsur olduğunu ileri sürmüştür<sup>522</sup>. Şerikin gerçekleştirdiği etkinin özel hükümlerde tanımlanan hukuki değere ilişkin yönü sadece şerik haksızlığının gerekçelendirilmesi kapsamında rol oynamıştır. Ona göre suç ahlaki düzene karşı zarar verme olarak tanımlanmalıdır. Bu nedenle ceza hukukuna ilişkin yaptırım bakımından belirleyici olan, davranış şeklinin hukuki değeri ihlal eden karakteri değildir, aksine söz konusu davranışın toplum üzerinde bıraktığı etkidir<sup>523</sup>. Diğer bir ifadeyle, fail öğretisinin temelinde hukuka aykırılığın sadece hareketin neticesi olarak sosyal anlama zarar verme bulunmamaktadır, aksine hukuka aykırılık hareketin ahlaka aykırılığına da bağlıdır. Eğer hukuka aykırılık veya en azından cezaya liyakat böyle bir faillik unsuruna dayanıyorsa ve bu faillik unsuru ne failde ne de şerikte bulunuyorsa şerikin nasıl cezaya layık olabileceği anlaşılabilir<sup>524</sup>. Bu nedenle şerik haksızlığının ağırlık noktasını faili kusura bulaştırma (*Korruption*) yönü oluşturur<sup>525</sup>.

<sup>520</sup> Poppe, a.g.e., s. 333.

<sup>521</sup> Friedrich Schaffstein, "Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems.", *ZStW*, 1938, ss. 295-336, s. 323. Benzer yönde Trechsel, a.g.e., s. 101.

<sup>522</sup> Poppe, a.g.e., s. 334. *Mayer*, 1957 yılından itibaren şerikliğe ilişkin her iki unsurun kümülatif olarak varlığını gerekli görmüştür. Önceleri sadece kusura bulaştırma unsurunu, fiile sebep olanın cezalandırılması bakımından yeterli kabul ediyordu. Mitsch, a.g.e., s. 79.

<sup>523</sup> Poppe, a.g.e., s. 334.

<sup>524</sup> *Mayer*, a.g.m., s. 264.

<sup>525</sup> *H. Mayer* kusura iştirak teorisine yöneltilen, teorinin yardım edenin cezalandırma nedenini gerekçelendiremediğine yönelik eleştirilere karşılık yaklaşımını tekrar gözden geçirmiştir. Bunun sonucunda şerikliğın cezalandırma nedeninin bir yandan fiilin gerçekte meydana gelmesinde diğer yandan ise şerikin iradesinin failin kusurlu iradesiyle birleşmesinde bulunacağını belirtmiştir. Böylelikle fiilin desteklenmesine yönelik amaca ilişkin kararın da kusura iştirak teorisi kapsamına dâhil olduğu sonucuna ulaşmıştır (*H. Mayer*, a.g.m. (FS Rittler), s. 254). Böylelikle kusura iştirak teorisine sahip çıkmasına rağmen çifte hukuki değer ihlali tasavvurundan uzaklaşmıştır. Ancak objektif hukuki değer ihlali ile azmettirilenin suça kışkırtılmasının altında yer alan ahlaki düzene karşı gelmeyi (*Verstoß gegen die Sittenordnung*) ayırmaya çalışmasına yönelik çabasına rağmen azmettirme haksızlığının sosyal etik tarafını azmettirilen faile karşı yöneltilen saldırı olarak anlamlandırdığından hâlâ geleneksel argümanda bağlı kalmıştır (*H. Mayer*, Lehrbuch, 1953, s. 319'dan aktaran Bloy, a.g.e., s. 210). *Bockelmann*'a göre ise, yoldan çıkarma/kötülüğe bulaştırma



Azmettirenin faili kusura bulaştırıp bulaştırmadığı ve bulaştırdıysa bunun ne ölçüde olduğu belirleyici olduğundan, söz konusu fiilin ağırlığı ve azmettirenin fiile yönelik katkısı arka planda kalmaktadır<sup>526</sup>. Mayer'e göre, fiile yönlendirilen ön plandaki kişi en azından ahlaken (*sittlich*) sorumlu ise veya fiil nedeniyle ahlaken kınanabilirse, geniş anlamda kusura iştirak kabul edilmelidir. Nitekim bir çocuk ne yaptığını anlayabiliyorsa bu çocuğun hırsızlık suçuna yönlendiren kişi geniş anlamda azmettiren olarak değerlendirilmelidir<sup>527</sup>. Mayer daha sonra bu görüşünde değişikliğe gitse de azmettirmeyi faili kusura bulaştırmaya ilişkin bu faillik niteliğindeki unsur nedeniyle düşüncüyü bozmaya yönelik özgü bir suç olarak nitelendirmiştir<sup>528</sup>.

Yazar, benimsediği görüş çerçevesinde bağlılığa ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Katı bağlılık kuralı kapsamında şerik, faillik unsuru ile ilişkili olduğu kadarıyla failin tüm kusurunu üstüne alır. Bu şekilde şerik üzerine cezanın genişlemesi hukuka uygundur. Ancak faillğe ilişkin haksızlık unsuru failde eksikse sözde şeriklerin cezalandırılması anlamına gelecektir<sup>529</sup>. Bununla birlikte yazar, fail ve azmettirme hareketlerinin değersizliğinin farklı olduğunu da belirtmiştir. Azmettiren kural olarak fiile göre fiille daha az bir ilişki içinde bulunur. İçsel olarak fiilin gerçekleşmesine yönelik aynı iradeye sahip olsa da bu irade en azından fiilde objektif olarak karşılığını bulamaz<sup>530</sup>.

Taksirli suçlar bakımından da arka plandaki kişi tarafından failin suça ve kusura bulaştırılabileceği olasılığına rağmen taksirli işlenen esas fiile şerik olarak iştirak bu teori kapsamında kabul edilmemiştir. Taksirli suçlar bakımından hukuken ve manevi olarak

---

(*Korruption*) somut olayda her zaman hukuka aykırı fiile yönelik failin iradesinin kuvvetlendirilmesinde mevcuttur. Bu kuvvetlendirme fail yüksek derecede ahlaksız olsa bile azmettirme ve yardım etmede her zaman mevcuttur. Her bir kötü fiile yönelik tahrik/teşvik veya kuvvetlendirme “karakter bozulması tehlikesini (*die Gefahr der Charakter- verderbnis*)” de içerir. Bockelmann failin yoldan çıkarılması/kusura bulaştırılması (*Korrumpierung des Haupttätters*) unsurunun şerikliğin esasına ait olmadığını belirtmiştir. (Mayer ise bu unsuru şerikliğin esasını açıklarken dikkate almıştır.) Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 197-198.

<sup>526</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 240.

<sup>527</sup> Mayer, a.g.m., s. 272.

<sup>528</sup> Poppe, a.g.e., s. 335. Azmettirmenin özgü suç tipi olarak kabul edilmesine yönelik eleştiri için bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 24.

<sup>529</sup> Mayer, a.g.m., s. 264.

<sup>530</sup> H. Mayer, Lehrbuch 1953, s. 319'dan aktaran Bloy, a.g.e., s. 210. Bloy bu açıklamanın, hareket değersizliğinin tespiti bakımından fiil hâkimiyeti ölçütünün dikkate alınmasından başka bir anlam ifade etmediğine dikkat çekmiştir. H.Mayer fiil hâkimiyeti öğretisine karşı durmasına rağmen, merkezi noktasına hareket değersizliğini (*Aktunwert*) koyan “tipiklik ilişkili fail kavramı”yla pratik olarak aynı sonuca ulaşmaktadır. Bloy, a.g.e., s. 210-211.

kınanabilir iradenin failde oluşturulabilmesi için gerekli olan bilişsel ve iradi unsurların bu suçlarda bulunmaması nedeniyle iştirakin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>531</sup>.

Kusura iştirak teorisinin suça ve kusura bulaştırma şeklindeki formülü bağlılık kuralına ilişkin teorik temeli bağlamında ele alındığında, esas fiilin kusurlu gerçekleştirilmesi şerikliğin cezalandırma şartı olarak kabul edilmiştir<sup>532</sup>. Böylelikle cezalandırmanın cezaya layık olmayan alana (teşebbüs aşamasında kalan şeriklik, ajan provokatörlük) genişlemesine olanak sağlayan azmettirmenin esaslı unsuru olarak faili kusura bulaştırma (*Korruption*) unsuruna yönelik itirazlar öncelikle sınırlı bağlılık kuralı nedeniyle ortaya çıkmaktadır<sup>533</sup>. Azmettirenin cezasına ilişkin kusura bulaştırma düşüncesine yönelik açıklamalar günümüzde<sup>534</sup>, sınırlı bağlılık kuralının uygulanması ve şeriklik için fiilin kusurlu işlenmesinin gerekmemesi nedeniyle artık geçerli değildir<sup>535</sup>. Kusura iştirak teorisi kapsamında şerikin kusur ölçütünün belirlenmesinde esas failin kusur ölçütünün dikkate alınması gereği mevcut düzenleme ile bağdaşmaz<sup>536</sup>. Zira azmettirme failin kusuru olmaksızın hareket etmesi halinde de bulunabilir<sup>537</sup>. Bu nedenle

<sup>531</sup> Poppe, a.g.e., s. 337.

<sup>532</sup> Schaffstein, a.g.m., s. 320.

<sup>533</sup> Esser, “Die Bedeutung des Schulddeliktbegriffs im Strafrechtssystem”, *GA*, 1958, ss. 321-333, s. 323; Walter Sax, “Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission”, *ZStW*, 1957, ss. 412-440, s. 437.

<sup>534</sup> Doktrinde bir görüş, azmettirmeye ilişkin yasal düzenlemede korunan değerlerin bu yaklaşım çerçevesinde insanın doğruluğu/dürüstlüğü olması şeklinde anlaşılacağı belirtilmiştir. Michael Redmann, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, s. 24.

<sup>535</sup> Freund, a.g.e., s. 406; Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 66; Satzger, a.g.m., s. 516; Mitsch, a.g.e., s. 79; Joecks, a.g.e., s. 1218; Stratenwerth, a.g.e., s. 240; Winkelbach, a.g.e., s. 112; Geppert, a.g.m. (1997), s. 299; Nepomuck, a.g.e., s. 91; Schulz, a.g.e., s. 134; Kühl, a.g.e., s. 823; Esser, a.g.m., s. 332; Nydegger, a.g.e., s. 101; Nikolidakis, a.g.e., s. 21; Piotet, a.g.m., s. 17; Christmann, a.g.e., s. 56; Harro Otto, “Straflose Teilnahme?”, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter De Gruyter, Berlin, 1976, ss. 197-217, s. 203; Schroeder, a.g.e., s. 206 vd.; Engert, a.g.e., s. 40; Less, a.g.m. (ZStW 1957), s. 44; Lutz Eidam, “Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur”, *Rechtsstaatliches Strafrecht Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C.F.Müller, 2017, ss. 773-783, s. 781; Özkan, a.g.e., s. 49; Çelen, a.g.e., s. 61 vd. *Kindhäuser*, bu teorisinin şahsi sorumluluk ilkesiyle de bağdaşmadığını belirtmiştir (Kindhäuser, a.g.e., s. 316). *Nikolidakis* kusura iştirak teorisinin sadece geçerli olan hukukla değil, ayrıca olması gereken hukukla da bağdaşır nitelikte olmadığını belirtmiştir (Nikolidakis, a.g.e., s. 26). *Stratenwerth* ise kusura iştirak teorisine yönelik getirilen eleştiri kapsamında bu argümanı kabul etmekle birlikte, kusur yeteneği bulunmayan kişilerin suça sevk edilmesi halinde dolaylı faillik kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğinden argümanın işlevsel olmadığını belirtmiştir (Stratenwerth, a.g.e., s. 240).

<sup>536</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 240. Bu teorisinin özgü suçlar bakımından uygulanabilirliğinin bulunmadığına yönelik açıklama için bkz. Langer, a.g.e., s. 122. Teorisinin artık tarihsel öneminin bulunduğu hakkında bkz. Redmann, a.g.e., s. 25.

<sup>537</sup> Schulz, a.g.e., s. 134.

kusuru bulunmayan fail, elverişli bir azmettirme muhatabı olabilir<sup>538</sup>. Bununla birlikte kusur yeteneği bulunmayan kişilerin işlediği suça azmettiren ve yardım eden olarak iştirakin bu yaklaşım kapsamında izahı güçtür<sup>539</sup>. Belirtilmelidir ki, kusura iştirak kapsamında azmettirenin hâlihazırda hukuka yönelmiş kişide oluşturduğu hukuk karşıtlığı düşüncesine dayanan saldırısının şeriklik bakımından bağlılık kuralı ile bağdaşan bir yönü de bulunmaz. Böyle bir durumda azmettirmenin bağımsız bir haksızlık teşkil ettiği yönündeki tez desteklenmiş olmaktadır<sup>540</sup>.

Bağlılık kuralı kapsamında sorun arz eden diğer bir husus ise, arka planda yer alan faili kendisine (arka planda yer alana) zarar vermeye sevk etmesi halinde ortada azmettiren bakımından cezalandırılabilir bir fiil bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu yaklaşıma göre arka planda yer alan faili suça bulaştırması nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle cezalandırılması gereklidir<sup>541</sup>.

Ayrıca şeriklik bakımından ceza kapsamının failin fiiline katılımına bağlanması, kanunun failin ahlakının bozulmasından bağımsız olarak<sup>542</sup> fiilin haksızlığına odaklandığını ve bu fiil haksızlığının ahlak bozukluğuna ilişkin haksızlıkla uyum sağlamadığını ortaya koymaktadır<sup>543</sup>. Ancak bu yaklaşım esas alındığında, cezası faile göre belirlenen azmettirme yerine failin cezasının belirlenmesinde azmettirmenin odak noktası yapıldığı bir durum ortaya çıkabilecektir<sup>544</sup>. Sonuç olarak, bu teori şerikliğin haksızlığını açıklayamamaktadır. Şerik kural olarak fiil hâkimiyetiyle failin ahlakının bozulmasına neden olamaz<sup>545</sup>. Şerik, failin suçunu sadece olası kılar<sup>546</sup>.

---

<sup>538</sup> Mitsch, a.g.e., s. 79.

<sup>539</sup> Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 203.

<sup>540</sup> Schroeder, a.g.e., s. 212.

<sup>541</sup> Heinrich, a.g.e., s. 560-561.

<sup>542</sup> Less, a.g.m., s. 44.

<sup>543</sup> Jakobs, a.g.e., s. 658.

<sup>544</sup> Demirel, a.g.e., s. 168.

<sup>545</sup> Jakobs, a.g.e., s. 658; Lampe, a.g.m. (ZStW 2007), s. 485-486. Bu bağlamda şerikin faile yönelik etkisinin şerike isnat edilebilir ek bir haksızlık olarak dikkate alınmasının kişinin davranışından kendisinin sorumlu olması prensibi (*Prinzip der Eigenverantwortlichkeit*) çerçevesinde isabetli olmadığına ilişkin görüş için bkz. Mitsch, a.g.e., s. 89.

<sup>546</sup> Jakobs, a.g.e., s. 658. Şeriklerin fiilinin haksızlığı, failin değil üçüncü kişinin hukuki değer ihlalini hedef alan esas fiile bağlıdır (Claus Roxin, "Zum Strafgrund der Teilnahme", *Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F.Müller, Heidelberg, 1993, ss. 365-382, s. 367; Nikolidakis, a.g.e., s. 19). Kusura iştirak teorisi sadece azmettirmenin cezalandırma nedenini açıklamak bakımından elverişli olabilir ancak yardım eden bakımından yetersiz kalmaktadır (Schmidhäuser, a.g.e., s. 270; Stratenwerth, a.g.e., s. 240). Yardım etmenin bazı durumlarda faille arasında irade uyumu bulunmadan gerçekleşebileceği nedeniyle, yardım edenin cezalandırılmasının bu teori kapsamında gerekçelendirilmesinin makul olmadığı

Faili kusura bulaştırma kapsamında ileri sürülen alt yaklaşımların tümü (gerek azmettirenin azmettirilende hukuk düşmanlığı oluşturması gerek azmettirenin azmettirileni suça sevk ederek korunan hukuki değere yönelik ayrıca bir tehlike oluşturması) aslında suça sevk edenin sevk edilen üzerinde hâkimiyet oluşturduğu sonucunu destekler niteliktedir. Diğer bir ifadeyle dolaylı failliği karakterize eden hususlara karşılık gelmektedir<sup>547</sup>. Kusura iştirak yaklaşımı bağlamında, dolaylı faillik kapsamında kabul edilen durumların “çok azı da içerir” kuralından hareketle azmettirme kapsamında cezalandırılabilmesi savunulamaz. Bu bağlamda azmettirme dolaylı failliğin daha azı değil, dolaylı faillikten tamamen farklı bir statü olarak kabul edilir<sup>548</sup>.

Şerikliğin cezalandırma nedeninin çifte yapıya sahip olması nedeniyle cezanın belirlenmesinde bu iki nedenin birbiriyle ilişkisinin ne şekilde dikkate alınacağı belirsiz kalmaktadır. Çünkü düzenleme sadece failin suça yönlendirilmesine veya faile destek sağlanmasına yönelik ceza belirlemesini içermektedir<sup>549</sup>. Özellikle suça sevk eden bakımından özellik arz eden durumlarda bu husus daha fazla önem kazanmaktadır. Suça sevk eden tarafından faile yönelik hareketin, esas fiilden bağımsız şekilde cezalandırma sonucunu ortaya çıkaracağı kabul edilirse, azmettirme hareketinin bağlılığını zedeler nitelikte sonuçlar ortaya çıkacaktır<sup>550</sup>. Ayrıca teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin de failin hukuki değerine yönelik bir saldırı olduğu kabul edildiğinde bu yaklaşım çerçevesinde nasıl cezasız kalacağına izah edilmesi gerekir<sup>551</sup>. Bu yaklaşıma göre, sadece cürüm için değil, tüm suçlar bakımından cezalandırılabilir nitelikte teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden bahsedilmesi gerekmektedir. Son olarak teori, özgü suçlar kapsamında ilgili niteliği taşımayan şerik bakımından zorunlu ceza indirimi öngören kanun düzenlemesi ile bağdaşır nitelikte değildir<sup>552</sup>. Bu durumda azmettiren ilgili niteliği taşımamakla birlikte azmettirme haksızlığının bağımsız bileşeni olarak faili

---

eleştirisi için bkz. Nikolidakis, a.g.e. s. 26. Bu bağlamda *Esser*, bazı durumlarda failin de azmettirenini suça bulaştırabileceğini, müşterek faillik bağlamında failin azmettirenini suçu birlikte gerçekleştirmeye ikna etmesi durumunun bu bağlamda ele alınabileceğini belirtir (*Esser*, a.g.m., s. 322).

<sup>547</sup> Schroeder, a.g.e., s. 213.

<sup>548</sup> Schroeder, a.g.e., s. 208.

<sup>549</sup> Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 203.

<sup>550</sup> Welz, a.g.e., s. 24.

<sup>551</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 21.

<sup>552</sup> *Esser*, a.g.m., s. 326. Kusura iştirak teorisine yöneltilen bu eleştirinin Türk ceza hukukunda ileri sürülebilir bir eleştiri olmadığı yönünde bkz. Demirel, a.g.e., s. 170.

suça bulaştırmayı gerçekleştirmektedir. Ayrıca suçun işlenmesine asıl sebep olan olarak faile nazaran ceza indirimine tabi olması yaklaşımın esası ile çelişki arz eder.

### ***b. Haksızlığa İştirak Teorisi***

Kusura iştirak teorisinin sınırlı bağıllık kuralı ile açıklanmasının mümkün olmaması doktrinde yeni bir arayışı beraberinde getirmiştir. Şerikliğin haksızlık içeriğini faili kusura ve suça bulaştırma olarak değil, tipik haksızlığa bulaştırma olarak açıkladığından<sup>553</sup>, bu teori yeniden uyarlanan kusura iştirak teorisi (*modifizierte Schuldteilnahmetheorie*) olarak savunulmaktadır<sup>554</sup>. Haksızlığa iştirak teorisi kusura iştirak teorisinden farklı olarak şerikin cezalandırılması bakımından kusur temelli bir açıklamadan kaçınmıştır<sup>555</sup>. Şerik sorumluluğunun nedeni, failin haksızlığını mümkün kılmasıdır. Fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık, şerik hareketinin neticesidir<sup>556</sup>. Bu nedenle şerikliğin bağıllığı, failin hukuka aykırı işlenmiş esas fiiline ilişkindir. Bu teoriye göre kusuru bulunmayan fail de fiili gerçekleştirir<sup>557</sup>. Teori böylelikle sınırlı bağıllık kuralı ile çelişmez<sup>558</sup>. Burada suça iştirak haksızlık esas alınarak açıklanır.

*Trechsel* tarafından temellendirilen haksızlığa iştirak teorisine göre, kim bir başkasının suçuna yol açarsa ilk olarak onu fail yapar ve sonrasında onu toplumla çatışmasında destekler<sup>559</sup>. Toplumun faile yönelik sosyal saygısına zarar verme, ancak haksızlığın gerçekleştirilmesiyle kabul edilebilir<sup>560</sup>. Böylelikle *Trechsel* şerik tarafından failin sosyal ayrıştırılması/dışlanması (*soziale Desintegration*) üzerinde durmuştur. Sosyal ayrıştırma kişinin haksızlığı gerçekleştirme ve hukuk kurallarına tabi toplum

<sup>553</sup> Trechsel, a.g.e., s. 54 vd.; Less, a.g.m., s. 47; Gropp, a.g.e., s. 431 vd.

<sup>554</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 133; Joecks, a.g.e., s. 1219; Mitsch, a.g.e., s. 80. Bununla birlikte *Nikolidakis* her iki teori arasındaki farklı yaklaşımların göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda azmettirmenin cezalandırma nedeninin kusura iştirak teorisinde failin psikik dünyasına yönelik oluşturulan saldırı iken; haksızlığa iştirak teorisinde failin sosyal saygısındaki azalma (failin dış dünyasına yönelik saldırı) olduğuna dikkat çekmiştir (Nikolidakis, a.g.e., s. 27). Aynı yönde Redmann, a.g.e., s. 26. *Mitsch*, her iki teorisinin aynı temel düşünceden hareket ettiğini belirtir (Mitsch, a.g.e., s. 80).

<sup>555</sup> Trechsel, a.g.e., s. 12-13, 32.

<sup>556</sup> Jakobs, a.g.e., s. 658.

<sup>557</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 27.

<sup>558</sup> Stein, a.g.e., s. 103; Mitsch, a.g.e., s. 81; Poppe, a.g.e., s. 433. *Joecks*, bu teorisinin sadece şerikliğin sınırlı bağıllığını temellendirebileceğini bununla birlikte şerikliğin cezalandırma nedenini açıklamada yetersiz kaldığını belirtmiştir (Joecks, a.g.e., s. 1219). *Poppe*'ye göre ise, burada sınırlı bağıllık kuralı şerike fail tarafından gerçekleştirilen tipik haksızlığın isnat edilmesi fonksiyonunu gerçekleştirmez. Poppe, a.g.e., s. 433.

<sup>559</sup> Trechsel, a.g.e., s. 12, 32.

<sup>560</sup> Less, a.g.m., s. 54.

tarafından dışlanmasıdır. Fail suçu işlemek suretiyle çevresiyle bir çatışma içine girmiş olur<sup>561</sup>. Şerik haksızlığı tipik haksızlıkla fonksiyonel bir bağlantı içinde bulunuyorsa, şerike özel hükümlerde korunan hukuki değer ihlalinin yanında failin haksızlığına karışması nedeniyle sosyal barışın bozulması da isnat edilir<sup>562</sup>. Böylelikle faildeki ahlaki bozulma değil, hukuk düzenindeki bozulma göz önünde tutulmuştur<sup>563</sup>. Geleneksel kusura iştirak teorisinde şerikliğin cezalandırılma nedeni failin hukuka uygun düşüncesine yönelik saldırı iken, bu teorinin modifikasyonlarında şeriklik haksızlığı toplum tarafından faile karşı sosyal saygıya yönelik saldırıda oluşur<sup>564</sup>.

Haksızlığa iştirak teorisini ilk olarak açıkça ele alan *Less*, bir başkasının haksızlığına karışma düşüncesini şu şekilde somutlaştırmıştır: Azmettirilenin toplumla sosyal uyumuna zarar verilerek onda hukuk karşıtlığı şeklinde fiilî bir durum oluşturulur<sup>565</sup>. Kişiliğin özgür gelişimine müdahale yoluyla bir başkasının kişiliğine saygı hukuki değeri ihlal edilmiş olur<sup>566</sup>. Buna göre şerikliğin cezalandırılmasının nedeni, şerikin failin sosyal uyumsuzluğunu, sosyal hayattan ayrışmasını desteklemesine dayanmaktadır. Buna göre şerikin fiili ilk olarak (fail tarafından saldırılan hukuki değere değil) faile yönelir<sup>567</sup>.

Böylelikle haksızlığa iştirak teorisi de şerik haksızlığını, iki bileşenin heterojen olarak bir araya gelmesi üzerine dayandırır<sup>568</sup>. Azmettiren, hem suç tipiyle korunan hukuki değere yönelik saldırıya katılmasından dolayı hem de failin kendisine saldırıda bulunması nedeniyle cezalandırılır<sup>569</sup>. Korunan hukuki değer üzerindeki fail tarafından gerçekleştirilen saldırı şerikin haksızlığının da konusunu oluşturur. Şerik esas fiile yönelik etkisi veya desteğiyle failin yükümlülük ihlaline katıldığı için sorumludur. Buradan ortaya çıkan sonuç, şerikin de esas fiilin tamamlanması için hareket etmesinin

---

<sup>561</sup> Trechsel, a.g.e., s. 34, 55.

<sup>562</sup> Bloy, a.g.e., s. 207; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 557; Gerson, a.g.m., s. 184.

<sup>563</sup> Schulz, a.g.e., s. 133.

<sup>564</sup> Poppe, a.g.e., s. 427; Ingelfinger, a.g.e., s. 113.

<sup>565</sup> Less, a.g.m., s. 47.

<sup>566</sup> Trechsel, a.g.e., s. 52.

<sup>567</sup> Trechsel, a.g.e., s. 55.

<sup>568</sup> Poppe, a.g.e., s. 431. *Neidlinger* de yaklaşımını şerikliğin cezalandırma nedeninin çifte karakteri olduğu kabulüne dayandırdığından, buradaki yaklaşıma benzerlik taşıdığı söylenebilir. Hans-Joachim Neidlinger, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe: insbesondere: der bedingt Tatentschlossene und Tatgeneigte*, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1989, s. 85'ten aktaran Ingelfinger, a.g.e., s. 121. *Ingelfinger*, bu nedenle haksızlığa iştirak teorisine yöneltilen eleştirilerin, bu görüş için de geçerli olacağını belirtmiştir. Ingelfinger, a.g.e., s. 121 vd.

<sup>569</sup> Trechsel, a.g.e., s. 32, 40; Less, a.g.m., s. 47.

gerekli olduğudur<sup>570</sup>. Haksızlığa iştirak kapsamında fiil fail ve şerik için aynıdır, buna karşılık fail ve şerikin suç seyrindeki pozisyonları farklılaşır<sup>571</sup>. Bu teoriye göre, azmettiren ve yardım eden şerik olarak netice bakımından nedensel olmakla birlikte aralarındaki ayırım nedensel olmanın türünde kendini gösterir ve hukuki değer ihlaline yönelik katkılarının yoğunluğundaki farklı ceza tehdidi dikkate alınır<sup>572</sup>.

Teori azmettirenin faille eşdeğerde cezalandırılmasını ise, azmettirilenin çifte haksızlık içeriğine sahip olması ve bunun faillik iradesinin eksikliğini dengelemesinde görür<sup>573</sup>. Azmettiren faili hukuk karşıtlığına yönelik fiilî bir duruma konumlandığından, faili hukuk düzeniyle ihtilaf içine düşürdüğünden ötürü cezalandırılır<sup>574</sup>. Buna göre azmettirilenin heterojen haksızlık içeriği nedeniyle aynı anda hem faillik hem de şeriklik şekli olması gerekir. Azmettirilene karşı faillik, azmettirilenin mağdura karşı gerçekleştirdiği haksızlık bakımından şeriklik kapsamında ele alınması gerekir<sup>575</sup>. Less daha ileri giderek şerik haksızlığının esas fiile bağlı olmayan ve faile karşı gerçekleşen haksızlık niteliğine dayanarak azmettirilenin bağımsız bir suç tipi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>576</sup>. Yazar ayrıca azmettirme ile faillik arasında bir değer farklılığının bulunmadığını, bu nedenle azmettirilenin failliğe nazaran daha az haksızlık içermesinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle azmettirme faillik karşısında tüketen-tüketilen norm ilişkisi kapsamında tüketilemez<sup>577</sup>.

Haksızlığa iştirak teorisi de teşebbüs ve tamamlanmayı özel hükümlerdeki suç tanımları ile değil aksine azmettirenin faile karşı işlediği suç ile ilişkilendirir<sup>578</sup>. Bu durumda fail, toplum tarafından anlaşılabilir ve ceza hukuku bakımından önem arz eden iradenin dışı vurumunu gerçekleştirdiğinde faile karşı bir saldırı ortaya çıkmış

---

<sup>570</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 316. Lüderssen, failin bulaştırıldığı haksızlığın suçun gerçekleşme aşamasına da bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan suçun tamamlanmış suça nazaran şerik bakımından da daha az ceza ile cezalandırılması gerekir. Lüderssen, a.g.e., s. 54.

<sup>571</sup> Otto, a.g.e. (AT), s. 308; Volker Krey/Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs., Kohlhammer, Stuttgart, 2011, s. 387.

<sup>572</sup> Schulz, a.g.e., s. 131.

<sup>573</sup> Trechsel, a.g.e., s. 41, 51; Less, a.g.m., s. 47.

<sup>574</sup> Less, a.g.m., s. 53.

<sup>575</sup> Less, a.g.m., s. 48 vd.

<sup>576</sup> Less, a.g.m., s. 51, 54.

<sup>577</sup> Less, a.g.m., s. 55.

<sup>578</sup> Less, a.g.m., s. 47; Trechsel, a.g.e., s. 40.

olacağından, esas fail aracılığıyla teşebbüs aşamasına varılmış olması şartıyla tamamlanmış şerikliğin kabul edilmesi gereklidir<sup>579</sup>.

Son olarak *Stratenwerth* tarafından kabul edilen haksızlığa iştirak, *Less* tarafından temellendirilen teoriden net şekilde ayrılır. Haksızlığa iştirak teorisinin bu varyasyonu<sup>580</sup>, bağlılık kuralını kişisel haksızlık anlayışı temelinde açıklayan yazarlar gibi<sup>581</sup>, şerikin failin haksızlığından farklı bir haksızlıktan dolayı sorumlu olmayacağı görüşüyle aynı yöndedir. Aynı tipik haksızlık konu olarak dikkate alınmalıdır ve sadece haksızlığın isnadı farklı şartlara bağlanabilir<sup>582</sup>. Şerik bir başkasının haksızlığının oluşumuna etki eder ve bu şekilde sosyal olarak katlanılmaz nitelikteki suçun işlenmesiyle genel olarak suçlanır<sup>583</sup>. Faillikte, azmettirmede ve yardım etmede farklı şekilde oluşan hukuki değer saldırısı hareket değersizliklerine göre<sup>584</sup> iştirak şekillerinin farklılaşmasına yol açar. Şeriklik şekillerinde hareket değersizliği şerikin tipik haksızlığı bizzat kendisi gerçekleştirmiş gibi sorumlu olması bakımından yeterli değildir. Aksine sadece fail ile olan kişisel teması nedeniyle sorumluluğu gündeme gelir<sup>585</sup>. Azmettiren failin hareket değersizliğine yol açar ve bu nedenle sosyal hayatın bozulmasından sorumlu olur<sup>586</sup>. Esas failin hareketinin güvenin sarsılmasına yönelik etkisine sebep olma bu teoriye göre azmettirmenin cezaya liyakatının temel nedenini oluşturur<sup>587</sup>.

---

<sup>579</sup> Trechsel, a.g.e., s. 35.

<sup>580</sup> *Nikolidakis* bu yaklaşımı yeniden uyarlanan haksızlığa iştirak teorisi olarak adlandırmıştır. *Nikolidakis*, a.g.e., s. 29.

<sup>581</sup> Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 207. Yazar şerikliğin cezalandırma nedeni olarak bağlılığı esas almakla birlikte bunu sebep olma formülü kapsamında değil, haksızlığa iştirak kapsamında ele almanın daha yerinde olduğunu belirtmiştir. Çünkü sebep olma birden fazla anlama gelebilecek geniş bir kavramdır. Bu noktada *Stratenwerth* ile aynı yönde olmakla birlikte, şerikliğin esas fiil üzerinden kendi hukuki değere yönelik saldırısını gerçekleştirdiği kabulü ile farklılaşmıştır. Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558 vd. Ayrıca bkz. Vogler, a.g.m. (FS Heinitz), s. 299.

<sup>582</sup> Bloy, a.g.e., s. 212.

<sup>583</sup> *Stratenwerth*, MDR 1953, s. 720'den aktaran *Nikolidakis*, a.g.e., s. 30.

<sup>584</sup> Şerik haksızlığının netice değersizliğinde değil de sadece hareket değersizliğinde görülmesinin dogmatik açıdan zorluklara sebep olacağına dikkat çeken *Nikolidakis*, neticenin gerçekleşmesinin şerikliğin cezalandırılması bakımından zorunlu şart olmadığına da vurgu yaparak hareket haksızlığının netice haksızlığı ile her zaman bir bağlantı içinde bulunduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtir. *Nikolidakis*, a.g.e., s. 31.

<sup>585</sup> Bloy, a.g.e., s. 212.

<sup>586</sup> Sosyal hayatın bozulması şeklindeki belirlemenin azmettirmenin cezalandırılmasını açıklamak bakımından isabetsiz olduğu, bunun münhasıran azmettirmeyi karakterize eden bir kriter olmadığı ayrıca sosyal hayatın ceza hukuku anlamında korunması gereken hukuki değer olup olmadığı tartışmasına dikkat edilmesi gerektiği şeklindeki eleştirileri için bkz. *Nikolidakis*, a.g.e., s. 31.

<sup>587</sup> *Stratenwerth*, MDR 1953, s. 720'den aktaran *Nikolidakis*, a.g.e., s. 31. *Nikolidakis* kusura iştirak ve haksızlığa iştirak teorilerinde olduğu gibi burada da aslında azmettirmenin çifte yapısının bulunduğu sonucunun kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir. Bu sonucun ise azmettirmenin kendine özgü bir suç tipi



Genel olarak bakıldığında haksızlığa iştirak teorisi şerikin davranışının etkilerini failin üzerine çıkarmaktadır ve bu yüzden kusura iştirak teorisine benzer eleştirilere maruz kalmıştır. Teori kusura iştirak teorisinde olduğu gibi gerçekleşen esas fiile bağlılığı göz ardı ederek, cezalandırma bakımından failin sosyal ayrışmasına katkı sağlanmasını dikkate almıştır<sup>588</sup>. Bu yaklaşım bağlılık kuralından hareket etmesine rağmen azmettirmenin failik bileşenleri ile ilişkili olarak bağlılıktan çözülmesi anlamına gelir. Böylece şerik suçu öğretisine belli bir paralellik arz eder. Yaklaşımın esaslı ayrımı şerik suçunda fail suçundan bağımsız hukuki değer korumasının bulunmamasında oluşur. Diğer bir ifadeyle fail ve şerikin ortak bağlantı noktası aynı hukuki değer ihlalinde kalır<sup>589</sup>. Bu bağlamda haksızlığa iştirak teorisinde şerikliğe ilişkin ceza normlarıyla korunan hukuki değere ek olarak sosyal uyumsuzluğun somutlaştırılması oldukça güçtür<sup>590</sup>. Bu nedenle şerikliğe ilişkin normların belirliliğini zedelemeye elverişli bir yaklaşımdır<sup>591</sup>.

Kusura iştirak teorisi kapsamında failin suça ve kusura bulaştırılması nedeniyle hâlihazırda suçun teşebbüs aşamasına varmamış olması ihtimalinde azmettirmenin cezalandırılmasının tutarlılık arz ettiği kabul edilse bile aynı durumun haksızlığa iştirak teorisi bakımından geçerli olduğunu söylemek güçtür. Burada suçun teşebbüs aşamasına dahi varmaması halinde failin sosyal ayrışmasının ne şekilde gerçekleştiğinin izahı gerekir. Diğer bir ifadeyle, teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin failin sosyal ayrışmasına ne şekilde etki edeceği açıklığa kavuşturulmalıdır<sup>592</sup>.

---

olduğu kabulüne zorladığını belirtir. Bu nedenle bu kapsamda olmak üzere her iki teoriye yöneltilen eleştiriler burada da geçerli olmalıdır. Nikolidakis, a.g.e., s. 31.

<sup>588</sup> Hake, a.g.e., s. 48. *Nikolidakis* hem kusura iştirak teorisinin hem de haksızlığa iştirak teorisinin azmettirmenin cezalandırma nedenini mevcut düzenlemeler bağlamında açıklamakta yeterli olmadığını belirtmiştir. Failin kusura ve haksızlığa bulaştırılması kapsamındaki korumanın azmettirmenin cezalandırmasını meşru kılmayacağına, zira ceza hukuku sisteminde böyle bir korumanın garanti altına alınmadığına dikkat çekmiştir (Nikolidakis, a.g.e., s. 30).

<sup>589</sup> Bloy, a.g.e., s. 209. Bu teori, failin somut fiille ilişkisini önemsiz hale getirdiği ve ACK md. 26 düzenlemesinin bu yaklaşımla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 283.

<sup>590</sup> Bu unsurun şerikliğin cezalandırılması bakımından şart olarak aranmasının kanun tekniği ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Esser, a.g.m., s. 323.

<sup>591</sup> Bloy, a.g.e., s. 209; Lüderssen, a.g.e., s. 55; Christmann, a.g.e., s. 57. Benzer yönde Mitsch, a.g.e., s. 84.

<sup>592</sup> Roxin, LK- StGB, vor § 26 Rn 11'den aktaran Nikolidakis, a.g.e., s. 28 vd. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kendine özgü haksızlık içeriği ile diğer suç tipleri ile birlikte ele alınmak suretiyle karma bir yapıya (*Mischbildungen*) sahip olduğu yönünde bkz. Less, a.g.m., s. 55.

Teori yardım eden bakımından yardım edenin gerçekleştirdiği katkı nedeniyle cezalandırılmasının esasını açıklayamamaktadır<sup>593</sup>. Yapılan açıklamalar azmettirme ile uyum göstermektedir<sup>594</sup>. Yardım edenin katkısına kadar fail hâlihazırda suç işleme kararı vemiş ve bazı haller bakımından fiilin icrasına başlamış durumdadır. Burada yardım edenin faili haksızlığa bulaştırdığından söz edilemez<sup>595</sup>. Yardım edenin failin kriminal sürecini desteklemesinin de yeterli olduğu savunması ise, bunun çok belirsiz kaldığı ve bu nedenle yardım edenin cezalandırılmasını gerekçelendiremeyeceği eleştirisi ile karşılaşmıştır<sup>596</sup>.

Azmettirme bakımından da sosyal ayrışma unsurunun<sup>597</sup> uygun olmadığı ifade edilmiştir<sup>598</sup>. Failin sosyal ayrışması, azmettirmenin olası bir sonucu olabilirse de zorunlu bir sonucu değildir<sup>599</sup>. Ayrıca azmettiren tarafından ihlal edilen (faile ilişkin) hukuki değer belirlenmesinde de sorun ortaya çıkmaktadır. Zira başkasının kişiliğine saygının ihlalinin, bu teoriyi savunanların iddia ettiği gibi ceza yaptırımını ile hukuk düzeni tarafından korunması gereken bir hukuki değer olup olmadığı<sup>600</sup> açıklanmalıdır. Sosyal-etik açıdan kınanabilir niteliğe sahip olmakla birlikte bu tür yükümlülük ihlalinin ceza hukuku bakımından önem arz etmesi<sup>601</sup> ancak kanun koyucu tarafından suç tiplerinde

<sup>593</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 240. *Trechsel* yardım edenin cezalandırılma nedenini sadece esas fiilin gerçekleştirilmesine yönelik nedensel katkı sunması kapsamında izah etmiştir. Yazar böylece teorinin aslında azmettirmenin sorumluluğunu esas aldığı da itiraf etmektedir. *Trechsel*, a.g.e., s. 107 vd.

<sup>594</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 55 vd. Bu konuya ilişkin olarak *Less* daha da ileri giderek azmettirmenin şeriklikten ayrı olarak ele alınması gerektiği fikrini ileri sürmüştür. Ona göre azmettirme sadece bir suç tipine bağlılıkla açıklanamaz, aksine suça ilişkin davranışın özgü türünü oluşturur. *Less*, a.g.m. (ZStW 1957), s. 54.

<sup>595</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 133; Hake, a.g.e., s. 46.

<sup>596</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 133; Redmann, a.g.e., s. 26 vd. Bununla birlikte teorinin yardım edenin cezalandırılma nedenini açıklayamadığı eleştirisine *Keller* karşı çıkmıştır. Ona göre failin sosyal ayrışmasına yardım eden de katkı sağlar. Çünkü kötü niyetin her zaman önce orada olmadığını, bazı durumlarda hırsız bir hırsıza dönüştürenin hırsızlık konusu mala kolay erişimin sağlanması (*Gelegenheit macht diebe*) olduğunu vurgulamıştır. Aktaran Hake, a.g.e., s. 47.

<sup>597</sup> Haksızlığa iştirak teorisi kapsamında iftira suçu (ACK md. 164), düzenleme konusunun hem yapısal olarak hem de maddi olarak sosyal ayrışma durumuna uygun olduğu belirtilen suç tipi olarak ele alınmıştır. Buna karşılık *Mitsch*, sadece görünürde suça bulaştırmadan bahsedebileceğinden hareketle, bu yaklaşımı eleştirmiştir. *Mitsch*, a.g.e., s. 91.

<sup>598</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 133.

<sup>599</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 94.

<sup>600</sup> Bloy, a.g.e., s. 209.

<sup>601</sup> Ceza hukuku bağlamında korunması gereken hukuki değer olduğunun kabulü halinde azmettirmenin faile karşı gerçekleştirmiş olduğu saldırıya yönelik failin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak ilgilinin rızası kapsamında ele alınıp alınamayacağı sorunu çalışmanın amacını ve kapsamını aşar nitelikte olduğundan burada tartışma konusu yapılmayacaktır. Bununla birlikte konu hakkında bkz. *Mitsch*, a.g.e., s. 87.

ceza normları ile ilişkilendirilmesi halinde mümkündür<sup>602</sup>. Bu haliyle yaklaşım, azmettirmeye yönelik farklı değerlendirme normları öngörmekte ve böylece faillik ile şerikliğe yönelik farklı norm ihlallerini kabul etmektedir. Böylece şerikliğin bağlı niteliğinin izahı da güçleşmektedir. Bununla birlikte azmettirme kapsamındaki sosyal ayırıştırma şeklinde hukuki değere yönelik soyut tehlikenin nasıl fail aracılığıyla hukuki değere yönelik farklı türdeki tehlike ile aynı ele alınarak eşdeğer ceza kapsamına tabi tutulduğunun makul izahı yapılamamıştır<sup>603</sup>. Teoriye göre, şerikin cezalandırılmasının nedenini, esas suç değil; bilakis failin sosyal ayrışmasının ölçüsü belirleyecektir. Örneğin, birisi bir profesyonel katili öldürme suçuna azmettirdiğinde, o zamana dek hiç suç işlememiş birini hırsızlığa azmettiren kişiye göre daha az ceza almalıdır<sup>604</sup>. Zira sonuncusunun suç nedeniyle sosyal ayrışmasının ölçüsü profesyonel katile göre daha yüksektir<sup>605</sup>. Aslında fail suç işleyerek topluma uyum sağlayamıyorsa, bunun sorumluluğu şerikte değil faildedir<sup>606</sup>. Belirtmelidir ki, azmettirilen mağdur değildir, aksine azmettirenin suç ortağıdır<sup>607</sup> ve dolayısıyla fail verdiği karardan ve gerçekleştirdiği fiillerden bizzat sorumludur<sup>608</sup>. Ayrıca bu yaklaşım azmettirmeye ilişkin yasal düzenleme ile bağdaşmaz<sup>609</sup>. Çünkü sosyal ayrışma belli veya belirlenebilir bir insan çevresine

---

<sup>602</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 29. Benzer yönde bkz. Esser, a.g.m., s. 333.

<sup>603</sup> Welz, a.g.e., s. 25.

<sup>604</sup> *Mitsch*, bu yaklaşım çerçevesinde ulaşılan bu sonucun ikna edici olmadığını, her bir somut suç bakımından dikkate alınması gerektiğini, failin genel olarak sosyal düzene aykırı bir tutum içinde olmasının bu bağlamda belirleyici nitelik arz etmediğini belirtmiştir. *Mitsch*, a.g.e., s. 81.

<sup>605</sup> Heinrich, a.g.e., s. 561. *Bockelmann*, bu durumdaki failin bir başkası tarafından sosyal ayrışmasına sebep olunamayacağını belirterek, bu yaklaşımı eleştirmiştir (Bockelmann, a.g.m., s. 197). *Plate* ise, böyle bir farklılığın cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabileceğini belirtmiştir (Plate, a.g.m., s. 303).

<sup>606</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 114; Letzgus, a.g.e., s. 217; Schroeder, a.g.e., s. 212. Kusuru bulunmayan kişilerin haksızlığa bulaştırılması bakımından farklı bir değerlendirmenin gerekli olduğu yönünde bkz. Stein, a.g.e., s. 106.

<sup>607</sup> Aynı suç kapsamında azmettirilenin hem mağdur hem de fail kabul edilmesi sonucuna yönelik eleştiri için bkz. Lüderssen, a.g.e., s. 55. Bu eleştirilere yönelik teori çerçevesinde ileri sürülen cevaplar için bkz. Trechsel, a.g.e., s. 12 vd. *Mitsch* ise tüm azmettirme araçları bakımından azmettirilen ile azmettiren arasındaki ilişkinin aynı olmadığını belirterek özellikle tehdit ve yasal sınırı aşmayan zorlama durumlarında azmettirilenin azmettiren karşısında özgür iradesiyle karar vermesinin sınırlandığına dikkat çekmiştir. Bu tür durumlarda azmettirme hareketi ile azmettirilenin irade özgürlüğüne yönelik de bir saldırı oluşmaktadır. *Mitsch*, a.g.e., s. 86.

<sup>608</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 134; *Mitsch*, a.g.e., s. 85. Haksızlığa iştirak teorisi dolaylı failliğin failin kusura bulaştırılması (*Korruption*) düşüncesi temelinde izahında da karşı çıkılan bir teori olmuştur. Kusuru bulunmayan araç kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin sosyal ayrışmasına yol açması nedeniyle cezalandırılması gerekecektir. Hake, a.g.e., s. 49.

<sup>609</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 95. Yasal düzenleme kapsamında haksızlığa bulaştırmanın türü veya ağırlığını içerecek şekilde bir kavram belirlemesinin söz konusu olamayacağına yönelik görüş için bkz. *Mitsch*, a.g.e., s. 84. *Mitsch* ayrıca fail için olduğu gibi, şerik için haksızlık belirlemesi bakımından hukuki değer ihlalinin belirleyici olduğuna ve bu nedenle şerik bakımından bunu aşar şekilde ayrıca haksızlığa bulaştırmanın haksızlık unsuru olarak kabul edilmesinin anlamsız olduğuna dikkat

yönelik olmasa bile gerçekleşebilir. Bu durumda azmettirme bakımından somut olarak failin fiiliyle bağlantının önem arz etmemesi gerekirdi<sup>610</sup>. Azmettirmenin ceza kapsamı bağlamında ileri sürülen eleştiri ise kusura iştirak teorisinde olduğu gibi bu teori ile azmettirenin aslında faile nazaran daha fazla ceza ile cezalandırılma olasılığının ortaya çıkmasına ilişkindir<sup>611</sup>. Ayrıca azmettirmenin çifte bileşene sahip olmasından ötürü failin haksızlığına katılma bakımından söz konusu olmasa da faili haksızlığa bulaştırmasının ceza kapsamının belirlenmesinde nasıl etki edeceğinin<sup>612</sup> açıklanması gerekir.

Haksızlığa iştirak teorisi kusura iştirak teorisi gibi diğer bir eleştiriye özgü suçlar alanında almıştır. Haksızlığa iştirak teorisi ile bağlılık kuralının esnetilmesine imkân sağlayan yasal düzenlemelerin (ACK md. 28) makul bir açıklaması yapılamaz<sup>613</sup>. Bu bağlamda özgü suç kapsamında ilgili niteliği taşımayan azmettirenin faile nazaran daha az ceza alması açıklanamaz<sup>614</sup>. Azmettiren faili haksızlığa bulaştıran kişi olarak ön plana çıkmaktadır.

## 2. Salt Sebep Olma Teorileri

Salt sebep olma teorileri<sup>615</sup> tek faillik sisteminin aksine şeriklik sisteminden hareket ederler. Ancak şerik haksızlığını esas fiil haksızlığından bağımsız şekilde açıklamaya çalışırlar<sup>616</sup>. Şerikin kendi değersizliğine dayanan şerik suçu yaklaşımında fail suçunun

---

çekmiştir (Mitsch, a.g.e., s. 85). Azmettirme için isnat edilen ayrı bir haksızlık unsuru olarak faili haksızlığa bulaştırmanın kendi davranışından sorumlu olma prensibi bakımından da kabul edilebilir olmadığı görüşü için bkz. Heghmanns, a.g.m., s. 475.

<sup>610</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 240.

<sup>611</sup> Esser, a.g.m., s. 322.

<sup>612</sup> Stein, a.g.e., s. 107.

<sup>613</sup> Schroeder, a.g.e., s. 208; Nikolidakis, a.g.e., s. 27. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenleme de haksızlığa iştirak teorisine karşı ileri sürülen argümanlardan biridir. Bu bağlamda özellikle azmettirenin suçun icrası aşamasında vazgeçmesi ve faili de vazgeçirmesi ile sadece kendisinin vazgeçmesi halinde yasal düzenleme bakımından azmettiren için aynı sonuç geçerli olmasına rağmen haksızlığa iştirak teorisi çerçevesinde farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Çünkü ilk durumda azmettiren için cezasızlık durumu ortaya çıkmakla birlikte, ikinci durum bakımından hâlihazırda faili suça bulaştıran kişi olarak sadece hukuki değere yönelik tehlike nedeniyle cezadan kurtulma söz konusu olabilir. Bununla birlikte tam cezasızlık kabulü ilgili teori ile bağdaşmaz (Mitsch, a.g.e., s. 95 vd.).

<sup>614</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 114.

<sup>615</sup> Salt sebep olma teorilerinin tezinin 4 esasa dayandığını belirten *Bloy* bunları şu şekilde sıralamıştır: Her bir katılanın kendi haksızlığından dolayı sorumlu olması, şerik için esas fiilin gerekli olmaması, şerikliğin neticesi olarak esas fiil ve bağlılığın cezalandırmayı sınırlandıran fonksiyonu. *Bloy*, a.g.m. (ZStW 2005), s. 14-15.

<sup>616</sup> Noltenius, a.g.e., s. 242.

yanına bundan az veya çok güçlü şekilde çözülmüş şerik suçunu koyarlar<sup>617</sup>. Şerik başkasının haksızlığına sebep olduğundan veya yardım ettiğinden dolayı değil, kendi haksızlığını gerçekleştirdiğinden dolayı cezalandırılır<sup>618</sup>.

Hukuki değer ihlaline yol açma şeklinde objektifleştirilen şerik iradesinden hareketle şerikin bağımsız hareket değersizliğine vurgu yapılmıştır. Şerikliğin cezalandırılmasının nedeni hukuki değer ihlaline birlikte sebep olunmasıdır<sup>619</sup>. Şerik haksızlığı, salt neticeyle ilişkili olarak ele alınır<sup>620</sup>. Diğer bir ifadeyle şerike fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık isnat edilmez, neticeye dolaylı olarak birlikte sebep olunur<sup>621</sup>. Şerik de tipik olarak korunan hukuki değeri ihlal eder<sup>622</sup>, ancak failliği temellendiren unsura sahip değildir. Şerikliğin esas fiile bağlılığı sadece “saf fiili yapısı”<sup>623</sup> ve “cezaya layık olma mülhazası” temeline dayanır<sup>624</sup>. Zira yapısal olarak fail ve şerik tarafından suçun gerçekleştirilmesinde aynı hukuki değere zarar veren iki bağımsız fiil mevcuttur. Fail haksızlığının yanı sıra şerik haksızlığı tali nitelikte değil, esas olarak bulunur<sup>625</sup>.

Fail davranışının şeriklik bakımından anlamı salt netice unsuru olduğu kabulüne indirgenmiştir. Esas fiilin işlenmesi sadece neticeye ilişkin aracı unsur olarak dikkate alındığından, fail davranışının hukuki niteliği şerikliğin cezalandırılmasının zorunlu şartı değildir<sup>626</sup>. Şerikliğin hareket değersizliğini esas fiile bağlı olmaksızın belirleyebilen

---

<sup>617</sup> Winrich Langer, *Das Sonderverbrechen eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, s. 465 vd.; Lüderssen, a.g.e., s. 25 vd., 119 vd.; Dencker, a.g.m., s. 531 vd.; Renzikowski, a.g.e., s. 123 vd.; Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 927; Schmidhäuser, a.g.e., s. 269; Freund, a.g.e., s. 371 vd. Benzer yaklaşım için bkz. Hardwig, a.g.m., s. 668.

<sup>618</sup> Poppe, a.g.e., s. 463; Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 15.

<sup>619</sup> Salt neden olma teorisinde şerik haksızlığı şeriklerin hareketlerinin esas neticeye yönelik nedenselliği üzerinden açıklanmaya çalışılmakla birlikte, daha sonra objektif isnadiyet kapsamında nedenselliğin yanında şerik tarafından yaratılan tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi sorunu üzerine eğilmişlerdir. Poppe, a.g.e., s. 463.

<sup>620</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 316.

<sup>621</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 316.

<sup>622</sup> Esas fiile bağlılığı olmaksızın şerikin hukuki değer ihlalinin gerçekleştirilmesine yönelik kabulün isabetsiz olduğuna yönelik eleştiri için bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 39. Ayrıca yazar şerikliğin salt hareket değersizliğinin dikkate alınması konusuna da eleştiri getirmiştir. Nikolidakis, a.g.e., s. 40.

<sup>623</sup> Lüderssen tarafından ileri sürülen ve bir başkasının nedensel hareketine bağlılığı yeterli bulan bu yaklaşım eleştirilmiştir. Böyle bir durumda da salt fiili bağlılığın değil, hukuki bağlılığın söz konusu olduğuna vurgu yapılarak bir başkasının (fiili doğrudan icra edenin) tipik davranışı olmaksızın diğerleri bakımından haksızlık açıklaması yapılamayacağı belirtilmiştir. Bloy, a.g.e., s. 178.

<sup>624</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558.

<sup>625</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558. Nitekim Dencker bu hususu failsiz fiilin bulunabileceğini ileri sürerek ifade etmiştir (Dencker, a.g.m., s. 534).

<sup>626</sup> Poppe, a.g.e., s. 463.

yaklaşım taksirli fiile şerik olarak katılma olasılığını<sup>627</sup> mümkün kılmaktadır<sup>628</sup>. Zira esas fiilin hareket değersizliğinin şerik suçu bakımından anlam ifade etmesi gerekmemektedir<sup>629</sup>. Bu ceza politikası amacına yönelik düşüncelere dayanır ve sadece cezalandırmayı sınırlandıran fonksiyon taşır<sup>630</sup>.

Özetle, şerikliğin cezalandırılması nedeni kapsamında şerik haksızlığının esas fiil haksızlığından daha az olmadığını kabul ettirmeye çalışan her bir görüş, failin haksızlığına karşılık şerikliğin haksızlığının bizzat bağımsız olarak fiilin haksızlığına neden olduğu iddiasını geliştirmiştir<sup>631</sup>. Bu anlamda Alman ceza hukukunda özellikle *Lüderssen* ve *Schmidhäuser*'in çabaları ön plana çıkmaktadır<sup>632</sup>.

#### **a. Şeriklik Suçu Teorisi (*Lüderssen*'in Yaklaşımı)**

Bağlı olmayan şeriklik sisteminin oluşumu iki bakış açısından hareketle ele alınabilir. Öncelikle cezaya layık haksızlık hukuki değer ihlalinde görülürse, şerik haksızlığının bağımsızlığı tipik neticeye ilişkin şerikin sebep bağlantısının (*Ursachenbeziehung*) bağımsızlığında göz önünde bulundurulur<sup>633</sup>. Böylelikle *Lüderssen* esas fiilin faili dikkate alınmaksızın şerik hareketinin de suç tipini gerçekleştirebileceğini kabul etmiştir<sup>634</sup>. *Lüderssen*'e göre, şerik haksızlığının esas fiil haksızlığına bağlı kılınması kişinin kendi haksızlığından sorumlu tutulabileceği esasına aykırılık teşkil etmektedir<sup>635</sup>. *Lüderssen* bağımsız şeriklik haksızlığı gerekçelendirmesinde esas olarak şerik haksızlığını azmettirme ve yardım etmeye ilişkin yasal düzenlemelerde görmemiştir. Kanun koyucunun tipik haksızlığı sadece özel hükümlerde düzenlediğinden

<sup>627</sup> ACK md. 26 ve 27'de düzenlenen kasten işlenen esas fiile bağlantıya karşı ve taksirli esas fiile şerik olarak katılmanın da cezalandırılmasına yönelik Rudolphi, a.g.m. (ZStW 1966), s. 99; Schöneborn, a.g.m. (ZStW 1975), s. 913.

<sup>628</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 15.

<sup>629</sup> Hake, a.g.e., s. 60. Yazara göre ulaşılan bu sonuç ikna edici değildir. Şeriklik kapsamında gerçekleşen hareketlerin neden esas fiille ilişkilendirilen hareketlerden daha fazla cezaya layık olabileceği açıklanamamaktadır. Hake, a.g.e., s. 60.

<sup>630</sup> Poppe, a.g.e., s. 463.

<sup>631</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 299.

<sup>632</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 131.

<sup>633</sup> Bu geniş anlamda sebep olma teorisine karşılık gelir. Çünkü dar anlamda sebep olma teorisi daha sonra yer verileceği üzere şerik haksızlığını bağlılığa dayandırır.

<sup>634</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 130 vd. *Rotsch*, şerikliğin haksızlığını esas fiilden bağımsız şekilde açıklayan yaklaşımlar içinde *Lüderssen*'in yaklaşımının tek faillik sistemine en yakın yaklaşım olduğunu belirtmiştir. *Rotsch*, a.g.e., s. 307.

<sup>635</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 25. Doktrinde *Lüderssen*'in şerikliğin bağlı olmayan yapısının bulunduğuna yönelik yaklaşımı konuya ilişkin yasal düzenlemenin yok sayılması anlamına geldiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bloy, a.g.e., s. 177.

hareketle şeriki özel hükümlerdeki suç tiplerinde yer alan haksızlığı failden farklı şekilde de olsa gerçekleştiren kişi olarak ifade etmektedir<sup>636</sup>. Diğer bir ifadeyle, ona göre faillik ve şeriklik aynı suçun farklı görünüm şeklini oluşturur<sup>637</sup>. Suç tiplerinde düzenlenen tipik haksızlıklar, şerikin cezalandırılmasını aynı şekilde temellendirmektedirler<sup>638</sup>.

<sup>636</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 25. Benzer bir yaklaşım da *Höpfner* tarafından ileri sürülmüştür. Bağımsız şeriklik suçu öğretisi kapsamında özellikle *Höpfner* şerike esas failin hareketinin isnat edilmesi olasılığına karşı çıkmıştır. Azmettirme ve yardım etmenin bağlı yapısı öğretisinin ne mevcut düzenleme çerçevesinde ne de herhangi bir şekilde meşrulaştırılacağına belirtmiştir. Azmettirme ve yardım etmenin suçun işleniş şekilleri değil, aksine *delicta sui generis* olduklarını kabul etmiştir (Aktaran Hoberg, a.g.e., s. 17). Bu bağlamda şerike fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle sorumluluk yüklenemeyeceğinden hareketle şerikin kendi bağımsız haksızlığına dikkat çekmeye çalışmıştır. Suç tiplerinde her türlü davranış şeklini kapsayacak düzenlemelerin yer alamayacağını ve bunların faillik üzerine gerçekleştirilen davranışlarla sınırlandırıldığını ve bu nedenle azmettirmenin ve yardım etmenin hukuka aykırılığından ortaya çıkan ayrı yasak hükümlerine ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Ayrı yasak normlarının varlığı konusunda ise hukuk normları “*rechtsnormen*” ile yasal ceza tehdidi “*gesetzlichen Strafanordnungen*” arasında ayrıma gidilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 322-323). *Höpfner*’in faillik ile şeriklik normlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rotsch, a.g.e., s. 58-59. Yazar, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, azmettirme ve yardım etme bakımından sadece cezalandırma şartı olduğunu belirtmiştir (Hoberg, a.g.e., s. 18). 1943 yılından önce *Höpfner*’in dışında *Lange* de azmettirme ve yardım etmenin bağımsız haksızlık içeriğinin olduğunu kabul etmiştir. *Lange*’ye göre fail neticeye sebep olan değil, kanun tarafından aranan kişisel şartları da gerçekleştiren kişidir. Şerikliğe ilişkin hükümlerin görevi ise faillige ilişkin kişisel şartlar nedeniyle oluşan ceza boşluklarını kapatmaktır. Faillığın karşısında spesifik olarak tamamlayıcı ve böylece karşılıklı işlev yerine getirir. Faillığın uygulama alanı ne kadar genişlerse, şerikliğin de o derecede daralır. Kişisel unsurlar faillik kapsamında hareket edene ait olduğundan şeriklik bakımından bunlardan vazgeçilmesi gerekir. Bu nedenle şeriklik düzenlemelerinin içeriği kusurlu şekilde neticeye sebep olma veya neticeyi destekleme yasağı ile sınırlandırılır. Hem faillik hem de şeriklikte neticeye sebep olma için bir özelliktir. Bu nedenle aralarındaki ayırım kişisel özelliklerin bulunmaması şeklindeki negatif unsurla belirlenmelidir. Burada *Lange* şerik davranışının yasaklılığının failinkiyle kısmi aynılığına dikkat çekmektedir. Her iki yasaklılık da hukuki değere zarar verilmesinin engellenmesi ile ilişkilidir (Aktaran Poppe, a.g.e., s. 328-329). *M. K. Meyer* de benzer yönde görüş benimsemiştir. Şeriklik neticesi olarak esas fiilin işlenmesi, şerikliğin haksızlık içeriğini ilgilendirmedeği sürece, azmettirmenin kendi haksızlığından dolayı sorumluluğunun temellendirilebileceği görüşü için bkz. *M. K. Meyer*, a.g.e., s. 148 vd.

<sup>637</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 34.

<sup>638</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 25. Şeriklik suçu kapsamında ileri sürülen bir diğer yaklaşım *Herzberg*’e aittir. Ancak *Herzberg* ılımlı şeriklik suçu savunucusu olarak kabul edilebilir. Yazar, *Lüderssen*’in şerik haksızlığının bağımsızlığını özel hükümlerdeki suç tipleri üzerinden gerekçelendirme çabasına karşılık genel hükümlerdeki şeriklik düzenlemelerini dikkate almıştır. Bu yönüyle *Herzberg*, *Lüderssen*’den farklılaşmıştır. *Herzberg*, bu yaklaşımı anayasal nitelikteki belirlilik ilkesinin göz ardı edilmesi nedeniyle eleştirmiştir. Ayrıca *Lüderssen*’in yaklaşımı çerçevesinde azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümlerdeki düzenlemelerin bulunmaması gerektiği sonucuna ulaşılabacağına dikkat çekmiştir (Herzberg, a.g.m., (GA 1971), s. 3). *Herzberg*’e göre, genel hükümlerdeki faillik düzenlemesi deklare edici nitelikte olmasına karşın azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler bu nitelikteki katkılar bakımından cezayı temellendiren niteliktedir. Bu hükümler bulunmasaydı özel hükümlerdeki suç tipleri kapsamında cezalandırılmaları söz konusu olmayacaktı. Gerçek suç tipleri olarak azmettirme ve yardım etmenin de özel hükümlerdeki suç tipleri gibi aynı yasallığa tabi olmaları gerekir. Böylelikle faillik kavramı şeriklik için de kullanılmalıdır (Herzberg, a.g.m. (GA 1971), s. 2-3). Yazar, yaklaşımını gerekçelendirmek bakımından suçlunun suçtan kaynaklanan yararının korunması (ACK md. 257) örneğini vermiştir. Bu bağlamda suçun bulunması şartının şeriklik niteliğindeki hareketle gerçekleşen suçun bağımsızlığını ortadan kaldırmadığını belirtmiştir (Herzberg, a.g.m. (GA 1971), s. 2). Şeriklik suçu yaklaşımının pratik sonuçlarına da dikkat çeken *Herzberg*, özgü suçlar alanında şerikliğin fail tipikliğini gerçekleştirme anlamına gelmeyeceğini

Şerikin de bizzat hukuki değere yönelik saldırı gerçekleştirilebileceğini belirtmekle birlikte, hukuki değer ihlaline yol açan faktörlerin varoluşsal farklılığından hareketle bunlara ilişkin değer farklılığı üzerinde duran *Lüderssen*, fail ile şerikin korunan hukuki değere yönelik saldırısının, bu korumanın kendilerine karşı farklılık arz etmesinden ötürü farklı yoğunluğa sahip olabileceğini belirtmiştir<sup>639</sup>.

Şerikliğin cezalandırılması bakımından fail davranışı şerikin hareketi ile hukuki değer ihlali arasındaki nedenselliği sağlamaktan ibarettir<sup>640</sup>. Böylelikle yazar bağlılığın ancak fiilî anlamda bulunabileceğine dikkat çekmiştir<sup>641</sup>. Bu fiilî bağlılık ise iştirakin sağlanabileceği hareketin varlığını şart koşar<sup>642</sup>. Buna karşılık fail hareketinin herhangi şekilde oluşan hukuki niteliği şerik haksızlığı bakımından kurucu nitelik taşımaz. Yasal olarak öngörüldüğü sürece şerikliğin cezalandırılmasına ilişkin sadece cezalandırmayı

---

belirtmiştir. Genel hükümlerdeki şeriklik hükümleri bir başkasının aracılığıyla gerçekleştirilen tipik haksızlıktaki belirli katkısı nedeniyle cezalandırılması işlevi görür. Şeriklik hükümleri sadece netice açısından değil, esas fiil haksızlığı bakımından isnat şekli olarak anlaşılmalıdır (Herzberg, a.g.m. (GA 1971), s. 4). *Herzberg* ayrıca ceza kanunlarının genel hükümlerinde yer alan birçok kurumun cezayı sınırlandırma işlevinin bulunduğu dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kusurluluğu kaldıran sebepler, hukuka uygunluk sebepleri veya teşebbüse ilişkin düzenlemelerin bu nitelikte olduğunu belirtirken, bağlılık kuralının da bu kapsamda ele alınması gerektiğine dikkat çekmiştir (Herzberg, a.g.m. (ZStW 1987), s. 64). *Herzberg* tarafından ileri sürülen yaklaşımın zincirleme şeriklik bakımından kabul edilmez sonuçlara yol açacağı eleştirisi için bkz. Bloy, a.g.e., s. 188. *Bloy*, ayrıca *Herzberg*'in (Herzberg, a.g.m. (GA 1971), s. 7) yardım etmeyi soyut tehlike suçu olarak ele almasını eleştirerek, bunun özellikle teşebbüs aşamasında kalan yardım etme bakımından cezalandırılabilirlik alanını açan bir sonuca sebep olabileceğini belirtmiştir (Bloy, a.g.e., s. 217). Benzer yönde değerlendirme için bkz. Vogler, a.g.m. (FS Heinitz), s. 300-301. Bu yaklaşıma yönelik olarak şerikliğe ilişkin düzenlemelerin bağımsız suç tipleri olmadığını aksine bağlantı kavramları olduğunu belirten *Vogler*, şeriklik hükümlerinin cezayı temellendiren işleve sahip olmalarını kabul etmekle birlikte, bu etkinin belirli bir suç tipi ile bağlantılı olarak ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Şeriklik niteliğindeki katkılar bakımından bağımsız bir tiplendirme söz konusu değildir, onlar bağımsız suç tiplerine bağlıdır (Vogler, a.g.m. (FS Heinitz), s. 299). Benzer yönde *Nikolidakis*, *Herzberg* tarafından verilen ACK md. 257'de düzenlenen suç tipinin yerinde bir örnek olmadığını belirtmiştir (Nikolidakis, a.g.e., s. 42). Ayrıca bkz. Bloy, a.g.e., s. 189. *Herzberg*, burada şeriklik hareketi niteliğindeki katkının suç tipi olarak ele alınabileceğini göstermek istemiş olsa bile, bu husus ulaşılmak istenen sonucu tam olarak karşılamamaktadır. İki açıdan sorun ortaya çıkmaktadır. Öncelikle şeriklik niteliğindeki hareketin gerçekleşme zamanı sorun arz eder. Ayrıca söz konusu suça ön gelen suç tipi ile kurulan bağlantı varılan sonucu mümkün kılmaz. Zira ayrı hukuki değerlerin korunmasına yönelik düzenlemelerdir (Nikolidakis, a.g.e., s. 42).

<sup>639</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 195. *Bloy* böylece yazarın bizzat hukuki değere saldırabilen kimsenin hukuki değere yönelik saldırı için bir başkasının katkısına ihtiyacı olan kimseden prensip olarak daha ağır şekilde sorumlu olması gerektiğini ifade ettiğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, fail ile şerik arasındaki ayrımı itiraf ederek, hukuki değere ilişkin farklı ihlal şeklini kabul ettiğini ileri sürmüştür. Suça iştirak şekillerinin yapısal özellikleri (*Natur der Sache*) üzerine desteklenen bu caymasının, şerikliğin esas fiile fiilî bağlılığının tekrar esas fiil haksızlığına hukuki olarak bağlanması anlamına geleceği görüşü için bkz. Bloy, a.g.e., s. 179.

<sup>640</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 137.

<sup>641</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 137.

<sup>642</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 25.



sınırlandırmanın negatif fonksiyonunu gerçekleştirir ve sürdürülmesi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır<sup>643</sup>. Korunan hukuki değer bakımından ihlale yönelik bir sebep oluşturmanın şeriklik için yeterli olduğundan hareket eden yazar, haksızlığın belirleyici unsuru olarak neticeyi dikkate almaktadır<sup>644</sup>. Nitekim intihara şerik olarak katılımın cezalandırılmasını kabul etmektedir<sup>645</sup>. *Lüderssen* bakımından kasten ve hukuka aykırı esas fiilin bulunmamasının önemi yoktur, zira onun için hukuka aykırılık sadece şerik kişisine bağlıdır<sup>646</sup>. Bu nedenle intihara yönlendirmede şerikin, kastına göre ölüme yol açacak bir etki gerçekleştirirse, azmettiren olarak sorumluluğunun ortaya çıkması gerektiğini ifade etmektedir<sup>647</sup>.

Bağlılığın salt fiilî nitelikte olmasının kabulünün<sup>648</sup> sonucu olarak bir insan tarafından veya doğal şekilde gerçekleşen belirli bir olay bir kişinin şerik olarak katılımı bakımından yeterlidir. Ceza hukukuna ilişkin bir haksızlık olup olmadığı bakımından dikkate alınması gereken yalnızca tipikliklerdir. Bu nedenle fiilin hukuka aykırılığı önem taşımaz<sup>649</sup>. Hukuka uygunluk nedenlerinin de fiil bakımından değil, kişi üzerinden değerlendirilmesi gerektiğini belirten yazar, hukuka uygunluk nedeninin sadece ilgili kişi bakımından sorumluluğu kaldıran bir etkiye sahip olduğunu kabul etmiştir<sup>650</sup>. Bu nedenle hukuka aykırı fiile olduğu gibi hukuka uygun fiile şeriklik de mümkündür<sup>651</sup>. Fail tarafından gerçekleştirilen esas fiil olmaksızın şeriklik yapısından söz edilmesini mümkün gören yazar, bu olasılığı desteklemek için hâlihazırda bir doğa felaketi

---

<sup>643</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 119.

<sup>644</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 129.

<sup>645</sup> Hake, a.g.e., s. 66. İntihara şerik olarak katılımın cezalandırılması yönündeki diğer bir görüş için bkz. Peter Bringewat, "Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik", *ZStW*, 1975, ss. 623-649, s. 623 vd. İntihara şerik olarak iştiraki faillikten farklı şekilde açıklamaya yönelik çaba için bkz. Herzberg, a.g.e., s. 84 vd.

<sup>646</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 168. Lüderssen ihmal edilen yardım yükümlülüğüne aktif bir hareketle katılan kişinin de öldürme suçuna şeriklikten dolayı cezalandırılabilmesini kabul etmektedir. Çünkü onun tarafından gerçekleştirilen haksızlık sadece genel yardım yükümlülüğünü gerçekleştirilmeyen kişinin haksızlığına bağlı değildir (Lüderssen, a.g.e., s. 191 vd.).

<sup>647</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 168. *Roxin*, bunun yasal düzenleme ile bağdaştırılamayacağını ve bu sonucun cezalandırmayı genişleteceğini belirtmiştir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 131). Aynı yönde Ingelfinger, a.g.e., s. 116; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 686; Nikolidakis, a.g.e., s. 39. Bu bağlamda *Welz de Lüderssen*'in intihara cezalandırılabilir şeriklik yaklaşımını sürdürmek istiyorsa dolaylı faillik temeline dayanması gerektiğini, burada şerikliğin cezalandırılması kapsamındaki sorunların söz konusu olmadığını belirtmiştir (Welz, a.g.e., s. 26).

<sup>648</sup> *Lüderssen* daha sonra bağlılık kuralına ve esas fiilin varlığına ilişkin salt fiilî yapı değerlendirmesini değiştirerek, esas fiilin şerikliğin cezalandırılması bakımından objektif cezalandırma şartı olduğunu kabul etmiştir. Lüderssen, FS Miyazawa, s. 455'ten aktaran Welz, a.g.e., s. 26.

<sup>649</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 148.

<sup>650</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 145.

<sup>651</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 148.

neticesinde yanmakta olan eve yangının şiddetini artırmak için yakıt dökerek katkı sağlayan kişinin yardım eden olarak bağımsız şeriklik haksızlığını gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür<sup>652</sup>. Salt sebep olma teorisinin en radikal yaklaşımı olarak gösterilen *Lüderssen*'in yaklaşımı görüldüğü üzere bağıllık kuralından vazgeçmeye sebep olacak niteliktedir. Böylelikle tek faillik sistemi ile benzer sonuçlara ulaştıkları söylenebilir<sup>653</sup>.

Özgü suçlara şeriklik üzerinden açıklamak gerekirse, suçun özgü yükümlülük aracılığıyla gerçekleştirilmesi sebep olma teorisi bağlamında “salt fiilî yapı (*rein faktischer Natur*)” bağlamında, daha açık ifadeyle neticeye ulaşmak bakımından sadece bir şart olarak dikkate alınabilir. Yazara göre, suça her katılan kendi nedensel katkısından ötürü cezalandırılır. Kişisel suç unsurları hukuki değer ihlalinin objektif isnadiyeti bakımından şart olarak tanımlanmalıdır<sup>654</sup>. *Lüderssen* esas fiilin netice haksızlığından farklı bir hareket haksızlığını tanımaz, zira onun tasavvuruna göre kişisel unsur sadece hukuki değeri ihlal edenin pozisyon bağlantısı anlamına gelir. *Lüderssen*'e göre kişisel unsurları içeren suç tipleri (özgü suçlar) faillik niteliğini karakterize etmezler, aksine yalnızca hukuki değer ihlalini belirtirler<sup>655</sup>. Böylece özgü suçlarda *Extraneus* ve *Intraneus* arasındaki ayırım, hareket edenin kendisinde ilgili özgü niteliğin bulunması veya bulunmaması nedeniyle hukuki değeri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edebilmesi olanağına indirgenir<sup>656</sup>. Kişisel suç unsuru olarak ilgili nitelik sadece hukuki değere yönelik saldırının yakınlığı, sorumluluğun derecesi bakımından belirleyicidir. Yoksa suçun işlenmesi bakımından ilgili yükümlülük sahibine yönelik bir alan sınırlaması niteliğinde değildir<sup>657</sup>. Bu nedenle özgü yükümlülüğe sahip olmayan şerikin sorumluluğu

<sup>652</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 189. Verilen örnek bağlamında söz konusu yaklaşımın kıyas yasağına aykırılık teşkil ettiği yönünde görüş için bkz. Çelen, a.g.e., s. 78.

<sup>653</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 37. *Jakobs*'a göre, esas fiilin neticesine ilişkin şerikin ilişkisi haksızlığa iştirak teorisinde nasıl güçsüzleştiriliyorsa, burada da haksız hareket eden fail aracılığıyla neticenin ilişkilendirilmesi güçsüzleştirilmektedir (*Jakobs*, a.g.e., s. 659).

<sup>654</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 130 vd.

<sup>655</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 132. Bir görüş, *Lüderssen*'in özgü suçlar bakımından yaklaşımını kendi içinde çelişki arz etmesi nedeniyle tutarsız bulmuştur. Bir yandan şerik haksızlığının tamamen esas fiil haksızlığından bağımsız olduğunu savunurken, diğer yandan özgü suçlarda ilgili niteliği taşımayan kişinin cezalandırılmasını sağlamak bakımından ilgili niteliği taşıyan failin fiilinin gerekli olması şeklindeki kabulün ikna edici olmadığını belirtmiştir (*Nikolidakis*, a.g.e., s. 38).

<sup>656</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 137.

<sup>657</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 137; benzer yaklaşım için bkz. *Piotet*, a.g.m., s. 35. Bununla birlikte *Lüderssen*, *Intraneus*'un faillik niteliğindeki katkısı gerçekleşmeksizin özgü suçun netice değersizliğinin gerçekleşmeyeceğini de itiraf etmiştir (*Lüderssen*, a.g.e., s. 137). Böylelikle ilgili niteliğe sahip olan fail ile bu niteliğe sahip olmayan şerikin arasındaki ayırım bakımından bağıllığın sadece fiilî nitelikte olmadığı da kabul edilmelidir (*Bloy*, a.g.e., s. 177). Benzer eleştiri için bkz. *Hake*, a.g.e., s. 42.

bağımsızdır. Buna karşılık *Extraneus* söz konusu hukuki değere sadece dolaylı olarak zarar verebilir<sup>658</sup>.

### ***b. Şerikliğin kendi değersizliği teorisi (Schmidhäuser'in Yaklaşımı)***

*Lüderssen*'den farklı olarak *Schmidhäuser* salt sebep olma öğretisini sadece özel hükümlerde yer alan suç tipleri üzerinden açıklamamış, ayrıca azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler ile kombinasyon oluşturmuştur. Azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler bağımsız suç tiplerini içermez, sadece özel hükümlerdeki suç tipleri üzerinden ceza genişlemesi teşkil ederler. Bu nedenle azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemelerin her zaman ilgili suç tipi ile birlikte ele alınması gerekir<sup>659</sup>. Bu yaklaşıma göre örneğin, ACK md. 212'de düzenlenen öldürme suçunun yanında öldürme suçuna azmettirmenin bağımsız tipikliği md. 212 ve md. 26'nın birlikte ele alınmasını gerektirir. Böylece md. 212 kapsamında azmettirme, "bir insanın ölümüne bu hukuka aykırı ve kasıtlı fiili gerçekleştirmesi için bir başkasını sevk eden kimse beş yıldan az olmayan hapis cezasıyla cezalandırılır"<sup>660</sup> şeklinde ifade edilir. *Lüderssen*'in iddia ettiğinin aksine şerik suçunun neticesi de failin fiilinin neticesi ile aynı değildir, şerik suçunda çifte netice söz konusudur ve bunlar faile yönelik katkıda ve esas fiilin işlenmesindeki katkıda görülür<sup>661</sup>. Bu nedenle bağlılık kuralı da bir rol oynamaktadır<sup>662</sup>.

Şerikliğin bu sistematik tasnifinin temelinde, şerik haksızlığının gerekçelendirilmesi bakımından esas fiilin işlenmesinin tamamıyla işlevsiz olmadığı haksızlık anlayışı bulunmaktadır. *Schmidhäuser* failin fiiline bağlantıyı cezaya layıklık/cezalandırılabilirlik düşüncelerine şartlandırılan neticenin gerçekleşmesi gerekliliği ile açıklamıştır. Ceza kanunu genel önleme gerekçesinden ötürü neticeyi gerekli kıldığından netice değersizliği (esas fiil) sadece bu nedenle önem taşır<sup>663</sup>.

<sup>658</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 137. *Jakobs* bu şekildeki geniş çözümün, esas fiilin belirlilik ilkesinden ayrılması olarak değerlendirilebileceğini; burada esas fiilin tipik davranıştan, sadece şerikin katkısını etkili bir şekilde ulaştırması gereken davranışa dönüştüğünü ifade etmiştir (*Jakobs*, a.g.e., s. 659). Ayrıca şerikin neticeye yönelik kendi ilişkisi söz konusu olduğundan ve failin özgü yükümlülüğü şerik için bir anlam ifade etmediğinden, *Jakobs* bu yaklaşımın, kökü geniş fail kavramına dayanan fail (*Urheber*) öğretisinin uzantısı olduğuna vurgu yapmıştır (*Jakobs*, a.g.e., s. 659).

<sup>659</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 269.

<sup>660</sup> Hake, a.g.e., s. 42.

<sup>661</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 272.

<sup>662</sup> Poppe, a.g.e., s. 328.

<sup>663</sup> Bununla birlikte *Roxin*, neticenin suçun unsuru olduğu ve sadece cezalandırma şartı olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 1329). Yazarın bu ifadesinden bu yaklaşımın fiil hâkimiyeti teorisi ile bağdaşmadığı çıkarımında bulunduğu iddia edilse bile (*Demirel*, a.g.e., s.

Haksızlık bakımından şerik suçunda esas fiil gerekliliği fail suçundaki netice gerekliliği gibi öneme sahip değildir<sup>664</sup>.

Şerikliğin cezalandırılma nedeni sorunu şerikliğin cezalandırılmasının gerekliliği temelinden ayrılmalıdır. Şerikliğin cezalandırılma nedeni kapsamındaki tartışma münhasıran şerikliğin esasının belirlenmesi ile ilişkilidir<sup>665</sup>. Nasıl ki öldürme suçu bakımından mağdurda gerçekleşen ölüm neticesi şart koşulmuşsa, şerikliğin cezalandırılması bakımından da hukuka aykırı esas fiile ilişkin netice şart koşulmuştur. Bağlılık kuralı bu anlamda bir şey değiştirmez. Bağlılık, kanun tekniğinin gerektirdiği bir yapı olarak karşımıza çıkar. Diğer bir ifadeyle, şerikliğin kasten ve hukuka aykırı gerçekleşen esas fiil gerekliliği sadece cezaya liyakat bakımından kanun koyucunun mülahazalarına dayandırılabilir, şerikliğin cezalandırılma nedeni olarak kabul edilemez<sup>666</sup>. Kanun şerik suçunu bir başkasının tipik ve hukuka aykırı fiili ile ilişkilendirse bile şerik suçunun değersizliği kendisinde mevcuttur, esas fiilin değersizliğine dayanmaz. Şerik hareketiyle bizzat hukuki değeri ihlal etmektedir ve böylece açık olarak kendi haksızlığını gerçekleştirmektedir. Çünkü şerik de davranışıyla yasağa karşı gelerek başkasının hukuki değerinin tehlikeye atılmasına neden olmaktadır. Şerik haksızlığı salt neticeye sebep olmada görülemez, hareketin değersizliğinde hukuki değer ihlali başlamaktadır. Haksızlık bakımından hareketin değersizliği, şeriklikte de iradi davranışına ilişkin değer yanılışına (*wertverfehlung*) dayanır<sup>667</sup>.

Böylece *Schmidhäuser* maddi olarak haksızlığı her bir iştirak edenin hareket haksızlığında görür. Şeriklik bir başkasının izin verilmeyen fiiline iştirak olarak

---

205), *Schmidhäuser* hâlihazırda fail ve şerik ayrımını önemli katkılar sunduğu bütünlük teorisi kapsamında temellendirmeye çalışmıştır. *Schmidhäuser*, a.g.e., s. 283 vd.

<sup>664</sup> *Schmidhäuser*, a.g.e., s. 269. *Langer* de niteliksel bağlılığın arka planında münhasıran bağlılığın cezayı sınırlandırma fonksiyonu bulunduğu işaret etmiştir. O da esas olarak *Schmidhäuser*'in sonuçlarına ulaşmış, özellikle kasten gerçekleşmeyen fiilde hukuki değeri ihlal etme bilincine şerik olarak katılımın cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir (*Langer*, a.g.e., s. 468). *Langer* de özgü niteliği taşımayan kişinin fiiline özgü niteliği taşıyanın şerikliği yaklaşımını savunmaktadır. Bağımsız şeriklik formu söz konusu olduğundan, esas fail aracılığıyla ceza tehdidi içeren fiilin gerçekleştirilmesini şart koşmaz (*Langer*, a.g.e., s. 477). Benzer şekilde teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin cezalandırılmasını argüman göstererek, şerikliğin hukuki değeri ihlal edici karakterinin esas fiilin varlığı şartına bağlı olmadığını ileri süren görüş için bkz. *Plate*, a.g.m., s. 300.

<sup>665</sup> *Schmidhäuser*, a.g.e., s. 269.

<sup>666</sup> *Schmidhäuser*, a.g.e., s. 269. Bu bağlamda *Lüderssen*'in konuya yaklaşımı da göz önünde bulundurulduğunda, bağlılık kuralına niteliksel anlamda işlev atfeden ismin *Herzberg* olduğunu söylemek mümkündür. Yazar, esas fiile bağlılığın, şerik haksızlığının bağımsızlığına engel olmayacağını belirtmiştir. *Herzberg*, a.g.m. (GA 1971), s. 2 vd.

<sup>667</sup> *Schmidhäuser*, a.g.e., s. 269.

değerlendirilmemelidir, aksine şerik bir başkasının fiiline yönelen kendi izin verilmeyen fiilini gerçekleştirir<sup>668</sup>. Şerik hareketinin değersizliği esas olarak tehlike değersizliği şeklinde ortaya çıkmaktadır. Şerik bir başkasının hukuki değer ihlaline yönelik hareketine suça ilişkin kararının oluşumunda veya suçun icrasında gerçekleştirdiği katkı ile objektif tehlike yaratır. Tipik haksızlık yapısının objektif olarak isnat edilebilir kendi türünde çifte neticeye sahip olması nedeniyle şerik suçu, fail suçundan ayrılır. Esas fiil bakımından netice gerçekleşme bile şerik hareketinin sonucunda ortaya çıkan netice bulunmaktadır<sup>669</sup>.

Şeriklik bakımından esas fiil isnat edilebilir netice olarak görülmez, aksine şeriklik esas fiilin bir tür küçük şeklidir (*Sprößling*)<sup>670</sup>. Bu bağlamda failin kasten hareket edip etmediği şerik sorumluluğunu etkilemez<sup>671</sup>. Ayrıca azmettirme ve yardım etme bakımından aranan hukuka aykırı fiil sadece tipik olarak hukuki değer ihlalini şart koşar. Esas fiil hukuka aykırı olsa bile, şerik hareketi hukuka uygun olabilir. Bu durumda failde tipiklik kastı bulunmuyorsa veya esas fiil hukuka aykırı değilse bile şerikliğin cezalandırılması olanağı mümkün olmalıdır. Bu bağlamda şerikte sübjektif hukuka uygunluk unsuru bulunmuyorsa ve sadece esas failde bulunuyorsa bu husus önem taşır<sup>672</sup>. Azmettirme hareketinin hukuka aykırılığının esas fiilin hukuka aykırılığından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>673</sup>.

---

<sup>668</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 269.

<sup>669</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 272.

<sup>670</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 273.

<sup>671</sup> Ayrıca yazara göre ceza hukukunda tipik ve hukuki değeri ihlal eden haksız fiilin haksızlık bilinci ile gerçekleştirilmesi şeklindeki kast tanımı taksirle kıyaslandığında daha ağır kusur aşamasını içerir. Esas fiilin kasten gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik kabul, her katılanın kendi kusuruna göre cezalandırılması gerektiği esasına aykırılık taşır. Bu bağlamda kast tipik haksızlığa ilişkin olayda failin esas fiile ilişkin sadece iradi olarak fiili gerçekleştirilmesi şeklinde ifade edilmelidir. *Schmidhäuser* böylelikle ACK md. 26 ve 27’de geçen “kasten” ifadesini “iradi olarak” şeklinde tanımlamaktadır ve böylece hâkim anlayışa nazaran daha geniş bir cezalandırma alanı çizmektedir. Böylelikle taksirli suçlara şeriklik olanağını açmaktadır. Kasten işlenmeyen şerik suçu da pratik olarak mümkündür ve aynı şekilde cezaya layıktır. Bu nedenle kasten işlenen esas fiil gerekliliği iştirakin esasına aykırıdır. Ayrıca dolaylı faillik yoluyla cezalandırma her zaman kesin çözüm sağlamaz. Schmidhäuser, a.g.e., s. 274 vd.

<sup>672</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 273.

<sup>673</sup> Örneğin, (A) kendisine ve (T)’ye saldırmak üzere olduğunu gördüğü (X)’e karşı, saldırıyı fark etmeyen ve savunma iradesiyle hareket etmeyen (T)’yi, (X)’i vurması konusunda azmettirir. (T), (X)’i ağır şekilde yaralar. Bu durumda hukuka aykırı esas fiile rağmen meşru savunma nedeniyle azmettirme hareketi hukuka uygundur. Schmidhäuser, a.g.e., s. 315.

### c. Salt Sebep Olma Teorisine Yönelik Eleştiriler

Salt sebep olma teorisi kapsamında ileri sürülen yaklaşımlar, en fazla tepkiyi şerikliğin bağıllığını hiç dikkate almamış olmaları ya da en azından cezalandırma şartı kapsamında kabul etmeleri sebebiyle almışlardır. Özellikle *Lüderssen* tarafından ileri sürülen yaklaşım kapsamında bir başkasının davranışı sadece niceliksel bağıllık anlamında cezalandırma koşulu teşkil eder. Böylelikle bağıllık bakımından şerik davranışı esas fiili dışlamış olur<sup>674</sup>. Diğer bir ifadeyle, şerikliğin haksızlık aşamasındaki bağıllığını tek faillik sistemi gibi reddetmektedir. Nitekim *Lüderssen*'in şerik haksızlığının esas fiilin hareket haksızlığına bağıllığını salt fiili bir bağıllık olarak ileri sürmesi hem objektif ayırımın hem de kanun hükümlerinin dikkate alınmaması anlamına gelmektedir<sup>675</sup>. Zira azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemelerde (ACK md. 26 ve 27- TCK md. 38 ve 39) istenen şerikliğin esas fiile bağıllığı ile bu teorinin ön koşulu arasında çelişki ortaya çıkar<sup>676</sup>. Nitekim bağımsız hukuki değer ihlali teorisinden hareket edildiğinde, bir başkasının intiharına (failinin cezasız kalacağı bir durum için) şerik olarak katılan kişi, bir başkasının hukuki değerine saldırıda bulunduğu için cezalandırılacaktır<sup>677</sup>. Böyle olsa bile, şerikliğin esas fiilden bağımsızlığı sadece cezayı sınırlandıran bir fonksiyona sahiptir<sup>678</sup>. Zira esas olarak fail suçu ve şerik suçu bağımsız suçlardır<sup>679</sup>. Onların arasında zorunlu bir karşılıklı ilişki oluşmamaktadır. Bununla

<sup>674</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 365.

<sup>675</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 131 vd.; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 686; Bloy, a.g.e., s. 177. Doktrinde bir görüş, bu yaklaşımların kişisel haksızlık unsurları bağlamında şerik haksızlığını fail haksızlığı karşısında değiştirebilmesi/modifiye edebilmesi çerçevesinde isabetli bulmakla birlikte, bunu aşan şekilde şerik haksızlığının esas fiil haksızlığına bağıllığını göz ardı etmeye yönelik çabaların azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen kanun hükümlerinin açık ifadeleri gereği sonuç vermeyeceğini belirtmiştir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 798.

<sup>676</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 300; Joecks, a.g.e., s. 1220; Krey/Esser, a.g.e., s. 389.

<sup>677</sup> Heinrich, a.g.e., s. 563.

<sup>678</sup> Temelde şeriklik suçu yaklaşımına dayanmakla birlikte bazı noktalarda farklılık göstererek şeriklik suçu öğretisini sınırlı hale getiren *Sax*, şerikin fail gibi aynı haksızlığı gerçekleştirmek zorunda olmasının söz konusu olamayacağı itirazını getirmiştir (*Sax*, a.g.m. (ZStW 1978), s. 954). *Sax* şerikin kendi haksızlığını fail aracılığıyla etki edilen cezaya layık hukuki değer ihlalinin şerik bakımından da böyle olması gerektiği noktasında görmek istemektedir. Bu gereklilik esas olarak esas fiile etki etmekle yeterli olacağından *Sax*'a göre şerikin kendi haksızlığı esas fiille ilişkilendirilmeksizin tanımlanamayacak bir haksızlık olarak ortaya çıkar. Böylece *Sax* şerikliğin cezalandırılmasının gerekçelendirilmesinde –sınırlandırılmasında değil- bağıllık kuralına dayanır. Böylece şeriklik suçuna ilişkin *Sax*'ın yaklaşımı temel olarak *Lüderssen* ve *Schmidhäuser*'in yaklaşımından farklılaşmıştır. Esas fiile şerikliğin objektif bağıllığı *Sax*'a göre tartışma konusu yapılamaz. *Sax*, a.g.m., s. 929, 931.

<sup>679</sup> Aynı şekilde *M. K. Meyer* de şerikliğe ilişkin düzenlemeleri bağımsız suç tipi olarak ele almıştır. Suç tiplerinde tipik olarak düzenlenen ve yaptırım altına alınan hareketlere şeriklik düzenlemelerinde de yer verildiğini dayanak olarak kabul etmiştir (*M. K. Meyer*, a.g.m. (GA 1979), s. 256). Yazara göre bağımsız şeriklik suçunun reddi ve şerikliğin esas fiile hukuki bağıllığı şerikliğe ilişkin yasal

birlikte kanun şerik tarafından hukuki değere yönelik saldırıyı reddetmekte, ancak fail tarafından gerçekleştirilen saldırıyı dolaylı bir saldırı olarak anlamaktadır<sup>680</sup>.

Şerikliğin bir başkası tarafından gerçekleştirilen fiile hukuki bağlılığını ortadan kaldıran fiilî bağıllık kabulü farklı bir açıdan daha eleştiri almıştır. Bu bağlamda gerçek, somut fiile katılma şeklinde ortaya çıkan şeriklik, hareket edenin fiiline tesadüfi bir bağlanma olarak kabul edilemez. Suça iştirak birden fazla kişinin suç işlemeye yönelik anlaşmaları üzerine ortaya çıkar. Ayrıca her cezalandırmanın bu anlamda ceza kanununda yer verilen bir olgunun mevcudiyetine fiilî olarak bağlı olması gerektiği belirtilmiştir. Hukuki açıdan bu fiilî olma durumu yasal değerlendirme ile bağlantılandırıldığı zaman anlam ifade eder<sup>681</sup>. Bu nedenle doğal bir sonuca şerik olarak katılma şeklindeki kabul kanun düzenlemeleri ile çelişmektedir<sup>682</sup>. Ayrıca fail-şerik ayrımını kabul etmekle birlikte şerikin esas fiil ve failden tamamen bağımsız olduğu şeklindeki kabulün, hiçbir devlet tarafından sürdürülebilir sistem olarak kabul görmediğine<sup>683</sup> dikkat çekilmiştir.

Söz konusu yaklaşımlar sadece şerik haksızlığının bağımsızlığı veya ceza kanunlarında karşılık bulan bağıllık kuralına aykırılık üzerinden ikna edicilikten uzak değildir. Ayrıca ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde yaklaşımların sağlam bir temele yerleştirilemediği iddiası ileri sürülmüştür. Bu bağlamda özellikle şeriklik kapsamında yer alan hareketlerin niteliği dikkate alınmıştır. Nitekim esas fiil icra edilmezse potansiyel suç mağduru bakımından şerik davranışının sonuçsuz kalacağı ileri sürülmüştür<sup>684</sup>. Çünkü arka plandaki kişi bakımından söz konusu fiil ön plandaki kişi tarafından icrasına

---

düzenlemelere yönelik ne şekli bakış açısıyla ne de maddi bakış açısıyla ispat edilebilir (M. K. Meyer, a.g.m. (GA 1979), s. 253 vd.). Yazar bu anlamda bir adım daha ileri giderek sadece şeriklik suçunun kabul edilmesi ile ceza hukukuna ilişkin sorumluluğun bireyselleştirilmesinin ve ceza boşluklarının önlenemesinin mümkün olacağını iddia etmiştir (M. K. Meyer, a.g.m., s. 254). *Wessels/Beulke/Satzger*, şerikliğin esas fiilin haksızlığından ayıran bu bağımsız yapı kabulünün yasal zemine karşılığının olmadığını belirtmişlerdir (*Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 280).

<sup>680</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558.

<sup>681</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 45.

<sup>682</sup> Noltenius, a.g.e., s. 244; Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 365; Nikolidakis, a.g.e., s. 38; Renzikowski, a.g.e., s. 45; Schumann, a.g.e., s. 45; Haas, a.g.e., s. 131. Şerik bağıllığının, şeriklerin cezasını temellendirme ve sınırlandırma şeklinde çifte rolü olduğuna vurgu yapan *Nikolidakis* şerik haksızlığının bağımsız haksızlık olarak nitelendirilmesinin ceza sorumluluğunu öngörülmez şekilde genişletme tehlikesini içerdiğine dikkat çekmiştir. Bu bakımdan sadece geçerli olan hukuk bakımından değil, ayrıca olması gereken hukuk bakımından isabetli bir yaklaşım değildir (Nikolidakis, a.g.e., s. 39).

<sup>683</sup> Kluszczewski, a.g.e., s. 37. Bu bağlamda her ne kadar 1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu'nun bu yaklaşımı benimsediği iddia edilse bile söz konusu düzenleme faillik ile şeriklik arasında ayırım görmeyen fonksiyonel tek faillik sistemine benzerlik içermektedir. Kluszczewski, a.g.e., s. 37.

<sup>684</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 365; Renzikowski, a.g.e., s. 45.

başlanmadıysa, henüz ceza hukukuna ilişkin bir haksızlık yoktur<sup>685</sup>. Azmettirilen tarafından gerçekleştirilecek hukuki değer ihlali bakımından şerik tarafından gerçekleştirilen nedensel etki sadece hazırlık hareketini temellendirir. Cezalandırmanın hukuki değer ihlali ile ilişkili olmayan hareketlere genişletilmesi ise fiil ceza hukuku esası ile bağdaşmaz. Aynı zamanda ceza hukukunun garanti fonksiyonuna da aykırılık taşır. Bu nedenle şerikliğin esas fiile fiilî bağlılığı değil, hukuki bağlılığı gereklidir<sup>686</sup>. Böylece salt sebep olma teorisinin şerik bağlılığını meşrulaştıramadığı kabul edilmiştir<sup>687</sup>.

Bunun ortaya çıkardığı bir sonuç da azmettirme ve yardım etmenin objektif şartları çok geniş ve belirsiz şekilde ele alındığından şerikliğin tipiklik sınırının tamamıyla çözümlenmesidir<sup>688</sup>. Zira esas fiilin bulunmaması halinde de şerikliğin cezalandırılabilmesi netice bakımından nedensel olan her türlü şerik davranışının bu bağlamda kabul edilmesini gerektirir<sup>689</sup>. Bu aynı zamanda her bir katılanın kendi haksızlığına ve kendi kusuruna göre cezalandırılmasının bir sonucudur. Aslında şerik haksızlığının bağımsızlığı temeline dayanan yaklaşımların fonksiyonel tek faillik sistemini muhafaza ettiğini söylemek mümkündür<sup>690</sup>.

Teori ayrıca şerik haksızlığı bakımından esas fiile ilişkin neticeyi dikkate alış şekli ve esas fiile ilişkin gerekliliklerin göz ardı edilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sonuçlar üzerinden ele alınmış ve zayıf bulunmuştur. Öncelikle teorinin yasal olarak esas fiilin gerekliliğini açıklığa kavuşturamadığı ileri sürülmüştür. Bu yaklaşıma göre esas fiil

---

<sup>685</sup> Bu noktada teşebbüs aşamasında kalan yardım etme bakımından olmamakla birlikte teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye ilişkin ACK'da yer alan düzenleme şerik bağımsızlığına yönelik önemli bir argüman olarak dikkate alınmıştır (M. K. Meyer, a.g.m., s. 255). Söz konusu argümanın Alman ceza hukukunda teori lehine benimsebilir bir argüman olarak kabul edilse bile, Türk hukuku bakımından dikkate alınabilir bir argüman olmadığı yönünde bkz. Demirel, a.g.e., s. 211.

<sup>686</sup> Noltenius, a.g.e., s. 245.

<sup>687</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 45; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 686; Hünerfeld, a.g.m., s. 234; Ingelfinger, a.g.e., s. 116.

<sup>688</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 116.

<sup>689</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 39. Şerik haksızlığı fail ve şerike aynı şekilde yönelen yasaktan ortaya çıkarsa bu durum tek faillik öğretisinin geniş davranış normlarını sonuçlar. Hake, a.g.e., s. 67; Renzikowski, a.g.e., s. 45. Ayrıca bkz. Geppert, a.g.m. (1997), s. 301.

<sup>690</sup> Bloy, a.g.e., s. 183. Yazar, fiilin işleniş şekillerinin de cezalandırılabilir davranışın sınırlarının hukuk devleti ilkesine uygun şekilde belirlenmesine hizmet etmesi gerekmesi nedeniyle söz konusu yaklaşımı eleştirmiştir. Bloy ayrıca şeriklik suçu yaklaşımının suça katılanların birbiriyle ilişkisini göz ardı etmesi ve yaklaşımın böylelikle her birinin katkısını diğerlerinden izole şekilde değerlendirmesini eleştirmiştir. Şeriklik davranışının kişisel niteliği sadece şerik bakımından dikkate alınır. Yazara göre fiile ilişkin olay seyri suça katılan kadar kişisel hareket yoğunluğuna sahiptir. Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 17.



sadece şerikin katkısını sağladığı bir davranıştır<sup>691</sup>. Şeriklik suçu öğretisi kapsamında esas fiil şeriklik bakımından netice bileşeni (*Erfolgskomponent*) işlevine sahip değildir, aksine esas fiil şerikin hareket değersizliği ile ilgilidir. Zira bağımsız suç tipi olarak yalnızca kendi hareketinin ortaya çıkardığı neticeye ihtiyacı vardır<sup>692</sup>. O zaman şeriklik artık fail tarafından aracı kılınan neticeye yönelik etkinin özel bir türü olarak görülmez, ancak farklı rollerde başka bir kişiyle ortak hareket etmek olarak görülür<sup>693</sup>. Bu, aynı zamanda yaklaşımların faillik ile şeriklik arasındaki yapısal farklılığı dikkate almaksızın, bütün iştirak şekilleri üzerinden sorumluluk belirleme yolunu tercih etmesinin<sup>694</sup> bir sonucudur. Böyle bir değerlendirme, her bir katkı sağlayanın bir suça yönelik iştirak eden olarak değil, aksine her birinin kendi suçunun faili olduğu sonucunu ortaya çıkarmıştır. İsnadiyet bağlamında yapısal tekliğin uygulanmasıyla faillik ile şeriklik ayrımının ortadan kalkması, kasten işlenmeyen fiile şerik olarak iştirakin mümkün olacağı sonucuna işaret etmektedir<sup>695</sup>. Böylelikle salt neden olma teorisi faillik ile şeriklik arasında iştirakin karma şekli olarak yeni bir tür yaratır ki bu ikilik sistemi yapısı ile çelişir<sup>696</sup>. Esas fail aracılığıyla fiilin kasten gerçekleştirilmesi şerikliğin kurucu unsurudur. Diğer bir ifadeyle, esas fiilin hareket haksızlığının şerikliğin haksızlık içeriği bakımından önemli bir anlama sahip olması demektir. Bu, hareket haksızlığı kapsamında suçun diğer unsurları için de geçerlidir. Nitekim hırsızlık suçu bakımından bizzat azmettirenin mal edinme amacına sahip olması gerekmez. Bu nedenle şerikliğin hareket haksızlığını yalnızca şerik hareketinden türeten salt sebep olma teorisi desteklenemez<sup>697</sup>.

Haksızlığın gerçekleştirilmesi tipikliğin gerçekleştirilmesinin yanı sıra hukuka aykırılığın da gerçekleştirilmesini şart koşar. Zira şerik haksızlığının hukuka aykırılık teşkil edip etmediği sorunu ilk olarak bir haksızlığa ilişkin şerik hareketinin bulunup bulunmadığı sorusunun cevabına bağlıdır. Bu da doğal olarak esas failin davranışının hukuk düzenine aykırılık teşkil etmesi durumunda söz konusu olabilir<sup>698</sup>. Şerik haksızlığının temellendirilmesi bakımından esas fiil haksızlığından bağımsız bir

---

<sup>691</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 316.

<sup>692</sup> Bloy, a.g.e., s. 189.

<sup>693</sup> Bloy, a.g.e., s. 191.

<sup>694</sup> Poppe, a.g.e., s. 463.

<sup>695</sup> Poppe, a.g.e., s. 464.

<sup>696</sup> Poppe, a.g.e., s. 464.

<sup>697</sup> Hake, a.g.e., s. 66.

<sup>698</sup> Noltenius, a.g.e., s. 247.

gereççelendirme, şerik davranışının hukuka aykırılığının esas fiilin objektif olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinden bağımsız olarak kabulü ile ilişkilidir. Bu, davranış normunun belirlilik fonksiyonunu gerektirir<sup>699</sup>.

Teori çerçevesinde Alman doktrininde özgü suçların açıklanmasının da güçlük arz edeceği belirtilmiştir. Özgü suçlarda ancak belirli katılan bakımından hukuki değer ihlal edilmesi söz konusu olur<sup>700</sup>. Bu bağlamda şerikin ilgili suç tipinin gerektirdiği özgü niteliği haiz olmaması durumu ön plana çıkar. Böylece şeriklik, cezalandırılması bakımından faillik kapsamında tipikliğin gerçekleştirilmesine ilişkin haksızlıktan çözümlenmesiyle ortaya çıkacak olan kendi “şerik suçunu” (*Teilnahmedelikts*) şart koşar<sup>701</sup>. Bu durumda failliği temellendiren kişisel unsurlara ilişkin düzenleme içeren ACK md. 28/1 düzenlemesi şerikler bakımından da dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle ACK md. 28/1 kapsamındaki ilgili özel kişisel unsur şerikte bulunmuyorsa şerik bakımından ceza indirimi değil, cezasızlık söz konusu olacaktır<sup>702</sup>. Bu bağlamda ilgili niteliği taşımayan

<sup>699</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 46.

<sup>700</sup> Haas, a.g.e., s. 131. *Nikolidakis*, özgü suçlar durumunda hukuki değer şerike karşı da korunması gerektiğini, hukuki değer ihlali yasağının herkese yönelik olduğunu belirtmiştir. *Nikolidakis*, a.g.e., s. 52.

<sup>701</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 316. *Langer*'e göre özgü suçlarda fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık ilgili niteliğe sahip olmayan şerike sorumluluk atfetmez. *Langer* de salt sebep olma teorisine dayanmaktadır. *Langer* özgü haksızlığın genel haksızlıktan esas olarak ayrılamayacağı argümanından hareket etmektedir. Özgü yükümlülük ihlali ile haksızlık içeriğinde görece bir artış söz konusu olur. Her şeyden önce ilgili yükümlülük ihlali ile hem özgü hem de genel suçlarda ayrıca hukuki değer etkilenmez (*Langer*, a.g.e., s. 247 vd.). Her bir özgü yükümlülük ihlali sadece niceliksel olarak artan genel haksızlıkta oluşur. Haksızlık artışı maddi ve şekli unsurlara sahiptir. Maddi unsur genel haksızlık normu tarafından korunan hukuki değer yüklenmesinde oluşur. Şekli unsur ise normun doğrulanlığına (*Dringlichkeit*) yönelik değişimde oluşur. Bunun sonucu olarak *Langer* ilgili niteliği taşımayan şerikin cezalandırılması ile ilgili olarak ACK md. 26 ve 27'den, özgü haksızlığa ilişkin bir cezalandırmanın türetilmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Korunan hukuki değer ihlali kime isnat edilebiliyorsa, özgü haksızlığı sadece o gerçekleştirir. Şerik sadece genel haksızlık olarak anlaşılan hukuki değer ihlaline etki eder. *Langer*'e göre bu, gerçek olmayan özgü suçlarda uygun olan genel (herkes tarafından işlenebilen) suçun haksızlık içeriğiyle kavranabilir. Bununla birlikte gerçek özgü suç bakımından *Extraneus*'un cezasızlığı doğru olan çözümdür. Eğer ki kanun koyucu burada da bir cezalandırma gerekliliği görüyorsa özel suç tipi ile düzenleme yoluna gidilmesi gerekecektir (*Langer*, a.g.e., s. 480 vd.). Sonuç olarak *Langer* korunan hukuki değer ihlalinin aşan özel yükümlülük ihlalinin spesifik haksızlığının *Extraneus*'a ulaşip ulaşmadığı sorusuna yönelik olarak şu sonuca varmıştır: *Intraneus* bakımından özgü yükümlülük ihlali anlamına gelen harekete katılımı bu durumla ilgisizdir. Bu nedenle *Extraneus* özgü suçu ne fail olarak ne de şerik olarak gerçekleştirir. Onu sadece fail, azmettiren veya yardım edenin davranış yapısındaki özgü haksızlığa ilişkin (*sonderdeliktische*) hukuki değer ihlali bakımından özgü suça ilişkin suç tipinden fail olarak cezalandırmak düşünülebilir. ACK md. 28 düzenlemesi aracılığıyla böyle bir şeriklik benzeri (*Quasi-teilnahme*) durum gereççelendirilebilir. ACK md. 28/1'in ışığında md. 28/2 bağıllık kuralını kesen bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır, aksine sadece cezanın belirlenmesi kuralı olarak değerlendirilmelidir (*Langer*, a.g.e., s. 483).

<sup>702</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 132; Geppert, a.g.m. (1997), s. 300; Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 365; *Nikolidakis*, a.g.e., s. 37; Heghmanns, a.g.m., s. 474. Salt sebep olma teorisi kapsamında görüş ileri süren *Herzberg*'in konuya farklı yönde yaklaşımına ilişkin bkz. *Herzberg*, a.g.m. (GA 1971), s. 4.

azmettirenin, failin suçu gerçekleştirmesi halinde cezasız kalması gerekirdi. Zira şerikin de ilgili hukuki değeri bizzat ihlal etmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda söz konusu şart gerçekleşmemektedir. Bununla birlikte kanun koyucu belirtilen durumlara ilişkin cezasızlık öngörmemiştir, ACK md. 28/1’de sadece cezada indirim öngörülmüştür<sup>703</sup>.

### 3. Başkasının Haksızlığı İle Dayanışma Teorisi (Schumann’ın Yaklaşımı)

*Schumann*, teorisini sorumluluk prensibine dayandırmaktadır. Bu prensipten hareketle yazar, herkesin davranışlarını hukuki değeri bizzat ihlal etmeyecek şekilde yönlendirmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>704</sup>. Bununla birlikte şerikliğe ilişkin yasal düzenlemelere göre cezalandırma bu prensipten ayrılmaktadır. Yazara göre suça ilişkin netice esas failin sorumluluk alanında yer aldığından, hukuki değer ihlaline sebep olma şeklinde şerikliğin cezalandırma nedeni gerekçelendirilemez. Diğer bir ifadeyle, şerik bir başkasının hukuki değer ihlalinin sorumluluğu tutulamaz<sup>705</sup>. Yazar, yaklaşımıyla şerikliğin cezalandırma temelini sebep olma teorisiyle açıklamaya çalışanlara da karşı çıkmıştır. Onların hukuki değer ihlaline birlikte sebep olmaya dayanmasının geniş fail kavramını tekrar canlandırma amacına hizmet ettiğini belirtmiştir<sup>706</sup>.

Yazara göre sebep olma sadece çıkış noktası olarak kabul edilebilir, ancak tamamlayıcı unsurlara ihtiyacı bulunmaktadır<sup>707</sup>. Bu nedenle şerikliğin cezalandırılması bakımından farklı bir gerekçeye ihtiyaç vardır. Şeriklik neticesi failin sorumluluk alanında yer aldığından, şerikliğin cezalandırılmasının özel nedeni hareket değersizliğinde görülebilir<sup>708</sup>. Bu şekilde şerikliğin cezalandırılması şeklinde genişlemenin meşruluğunun özel nedenini şerikliğin cezalandırılmasını gerekçelendiren özel bir hareket değersizliğini (*besonderen Aktunwert*) içermesine<sup>709</sup> dayandırmıştır. *Schumann* şerikliğin haksızlığının hareket değersizliğine dayandırılmasının haksızlığı tek taraflı ele almayı sonuçlayacağı eleştirisine yönelik ise dolaylı olarak hukuki değer ihlalinin yani netice haksızlığının gerekliliğini şerik haksızlığının asgari şartı olarak kabul

<sup>703</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 132; Heinrich, a.g.e., s. 563. Bu yaklaşım ACK md. 28/1 ve 2. fıkradaki düzenlemeler bakımından aynı sonuca ulaşmaktadır (Hake, a.g.e., s. 43). Benzer yönde Engert, a.g.e., s. 40.

<sup>704</sup> Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, Mohr, 1986, s. 42.

<sup>705</sup> Schumann, a.g.e., s. 42.

<sup>706</sup> Schumann, a.g.e., s. 49.

<sup>707</sup> Schumann, a.g.e., s. 49.

<sup>708</sup> Schumann, a.g.e., s. 49.

<sup>709</sup> Schumann, a.g.e., s. 50-51.

ederek karşılık vermiştir<sup>710</sup>. Bu bağlamda, yaklaşım şerikliğin özel hareket değersizliğini başkasının haksızlığı ile dayanışma (*Solidarisierung mit fremden Unrecht*) olarak ele almıştır. Dayanışma ile kastedilen ise, bir başkasının haksızlığına ortak olmaktır<sup>711</sup>. Böylelikle prensip olarak şerik haksızlığının bağımsızlığından hareket etmektedir<sup>712</sup>.

Bu yaklaşım teşebbüsteki etki teorisine (*Eindruckstheorie*)<sup>713</sup> paralel şekilde şerikliğin cezalandırılmasını açıklamaktadır<sup>714</sup>. Ona göre şerik, başkasının kasten gerçekleştirilen haksızlığına kasıtlı olarak yaptığı katkıyla dayanışmaya girer. Şerik bu dayanışmayla hukuk düzeninin geçerliliği bakımından sosyo-psikolojik bir tehlike yaratır<sup>715</sup>. Fail hukuk karştı iradesini harekete geçirmesiyle hukuk düzenine yönelik genel inancı sarsarak etkiye yol açmaktadır<sup>716</sup>. Bu bağlamda suça katılanların gerçekleştirdiği hareketin hukuki değer ile olan ilişkisini dikkate almamıştır<sup>717</sup>.

*Schumann*'a göre, yaklaşımı şerikin cezasını esas fiilin cezasına bağlantı yapmak suretiyle açıklamaya çalışmakta ve gerçek özgü suçlar bakımından ilgili niteliği taşımayan şerikin cezalandırılması bakımından güçlük çıkarmamaktadır<sup>718</sup>. Teori, şerikin ceza sorumluluğunu harici olarak ölçülebilir bir faktöre bağlama avantajına sahiptir. Çünkü şerikin faille dayanışması bunu anlaşılabilir hale getirecek bir somutlaşmayı gerektirir. Diğer bir ifadeyle, şeriklerin dayanışmaya yönelik hareketi açık ve somut bir ifadeye, açıklamaya dayanır<sup>719</sup>. Bunu yaparken, anayasaya aykırı düşünce ceza hukuku yaratmaktan da kaçınmış olur. Ayrıca bilinçli dayanışma olmadan gerçekleştirilen olağan günlük eylemler suç davranışı yelpazesine girmediğinden, dayanışma gerekliliği suç katılımının sınırlandırılmasına da hizmet eder<sup>720</sup>.

---

<sup>710</sup> Schumann, a.g.e., s. 44.

<sup>711</sup> Schumann, a.g.e., s. 42, 50.

<sup>712</sup> Schumann, a.g.e., s. 51.

<sup>713</sup> Teşebbüs bağlamında etki teorisine ilişkin bilgi için bkz. Kazaker, a.g.e., s. 153 vd. Etki teorisine yönelik eleştiri için bkz. Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 135 vd.

<sup>714</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 35.

<sup>715</sup> Schumann, a.g.e., s. 50. Şerikliğin cezaya liyakatının şerik hareketinin soyut tehlikeliliğine dayandırılmasına yönelik eleştiri için bkz. Stein, a.g.e., s. 116.

<sup>716</sup> Schumann, a.g.e., s. 49-50.

<sup>717</sup> Schumann, a.g.e., s. 49.

<sup>718</sup> Schumann, a.g.e., s. 51. Yaklaşımına yönelik eleştiri için bkz. Roxin, a.g.m. (Stree/Wessels), s. 368-369.

<sup>719</sup> Söz konusu argümanın yeterli olmadığı yönünde bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 35.

<sup>720</sup> Schumann, a.g.e., s. 52 vd.

Bununla birlikte bu teoriye yönelik olarak doktrinde eleştiri getirilmiştir<sup>721</sup>. Bir görüşe göre, *Schumann* tarafından bu teori çerçevesinde yapılan açıklamalar çelişki içermektedir<sup>722</sup>. Hukuki değer ihlali bakımından şerik sorumluluğunu reddeden bu yaklaşım aynı şerik davranışını hukuk düzenini sarsan etkiye yol açması bakımından yeterli kabul etmektedir<sup>723</sup>. Esas fiil neticesine sebep olma tamamıyla başkasının sorumluluk alanında yer alıyorsa ve şerik sorumluluğunu ilgilendiren bir şey bulunmuyorsa, şerikin katkısının neden hukuk düzeni bakımından katlanılmaz örnek teşkil ettiği sorusu cevapsız kalmaktadır<sup>724</sup>.

Esas fiil ile ihlal edilen hukuki değere yönelik bağlantının koparılmasıyla birlikte hukuk karşıtı düşüncenin ifadesi olarak sadece dayanışma üzerinden cezalandırma yolunu açmaktadır<sup>725</sup>. Bununla birlikte ceza kanununda sadece dayanışma temeline dayanan cezalandırmanın meşruluğu gerekçelendirilemez<sup>726</sup>. Ayrıca zorunlu olan hukuki değer ilişkisi bakımından hukuk karşıtlığını hukuki değer olarak kabul ederek eksikliğin giderilebileceği ileri sürülse bile böyle bir düşünce ceza hukuku, fiil ceza hukukunun esasları ile bağdaşmaz<sup>727</sup>. Yaklaşım bağluluk kuralı açısından da sorun teşkil eder. Şerikliğin haksızlığının bağımsızlığı kapsamında ileri sürülen görüş, bağluluk kuralı ile açıklanamaz<sup>728</sup>. Bu yaklaşım çerçevesinde şerik hareketinin değersizliğinin ön plana çıkarılması, esas fail tarafından gerçekleştirilen hukuki değere yönelik ihlalden şerik

---

<sup>721</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 46-47. Teoriye yönelik yardım etme bağlamında ileri sürülen eleştiriler için bkz. Çelen, a.g.e., s. 64.

<sup>722</sup> *Redmann*, dayanışma teorisini yaratırken *Schumann*'ın, kusura ve haksızlığa iştirak teorilerine düşünel olarak bağlandığını ve fakat zayıflıklarından kaçınmaya çalıştığını ileri sürmüştür. Sonuç olarak, dayanışma teorisinin de tutarlı bir sonuca götürmediğini belirten yazar, bunu şerik haksızlığının yine esas fiilden çok güçlü bir şekilde ayrılmasına dayandırmıştır. *Redmann*, a.g.e., s. 30.

<sup>723</sup> Hake, a.g.e., s. 54; Ingelfinger, a.g.e., s. 119; Heghmanns, a.g.m. (GA 2000), s. 473 vd.; Renzikowski, a.g.e., s. 46.

<sup>724</sup> Hake, a.g.e., s. 54. Aynı yönde Nikolidakis, a.g.e., s. 35.

<sup>725</sup> Haas, a.g.e., s. 30.

<sup>726</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 368. Teori ayrıca dayanışma kavramının belirsizlik arz ettiği sebebiyle zayıf bulunmuştur. Renzikowski, a.g.e., s. 47.

<sup>727</sup> Noltenius, a.g.e., s. 279.

<sup>728</sup> Christmann, a.g.e., s. 69. Yazar bu yaklaşımın bir yandan şerik haksızlığının esas fiile sebep olma ile açıklanamayacağını ileri sürmesi, diğer yandan ise şerik haksızlığının ölçütünün ve türünün bir başkasının fiili ile olan dayanışmasından kaynaklandığını kabul etmesinin çelişki oluşturduğunu belirtmiştir. Bu durumda şerik haksızlığı bir şekilde yine esas fiil haksızlığı ile gerekçelendirilmiş olmaktadır. Ayrıca şerikliğe ilişkin düzenlemeler çerçevesinde şeriklik niteliğindeki katkıların esas fiil bakımından sebep teşkil ettiğinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Çünkü bu hükümler uyarınca esas fiile ilişkin sorumluluk, şerikleri de kapsamaktadır. Christmann, a.g.e., s. 70.

haksızlığının adeta soyutlanmasına sebep olacaktır<sup>729</sup>. Bu bağlamda yaklaşım azmettirme ve yardım etmeye ilişkin yasal düzenlemelerin geniş yorumlanmasını sonuçlayacak niteliktedir. Şeriklik kapsamında yer alan sebep olma, etki etme veya destekleme şeklinde ortaya çıkan azmettirme ve yardım etmenin kapsamını dayanışma üzerinden genişletmektedir<sup>730</sup>. Nitekim bu yöndeki en ileri giden eleştiri *Renzikowski* tarafından ileri sürülerek bu anlayışa göre şerikliğin esas fiil bakımından sorumluluk kuramadığı, aksine kendine özgü bir barışa zarar verme suçu (*Friedensstörungsdelikt*)<sup>731</sup> olduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca teşebbüsün cezalandırılma nedeni olarak etki teorisinden hareket edilmesi ikna edici değildir. Zira her şeyden önce en azından elverişsiz teşebbüs bakımından failin hukuki değer ihlaline yönelik tasavvuru dikkate alınmaktadır ki, bu yaklaşım hukuki değer ihlalini tamamıyla şerikin sorumluluk alanının dışında bırakmaktadır<sup>732</sup>. Ayrıca teşebbüs bakımından öngörülen ceza indiriminin azmettirme bakımından dikkate alınmamış olması, söz konusu yaklaşımın mevcut düzenleme ile uyumlu olmadığını göstermektedir<sup>733</sup>. Yaklaşım bu yönü itibarıyla Türk ceza hukuku kapsamında da kabul göremez. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine yönelik ne benimsenen teşebbüs sistemi ne de kanun düzenlemesi uygunluk arz eder<sup>734</sup>.

Yaklaşımaya yöneltelen diğer eleştiri ise, her iki şeriklik şekli bakımından cezalandırma nedeni aynı şekilde geçerlidir ve azmettirme ile yardım etme arasında bir farklılık kabul edilmemiştir<sup>735</sup>. Bu yaklaşım ile şeriklik türlerinin farklı ceza kapsamına tabi olmasının açıklanması güçlük arz eder. Her iki şeriklik şekli de aynı şekilde başkasının fiili ile ilgili hukuki değer ihlaline yönelik dayanışma içindedir<sup>736</sup>. Bu nedenle

---

<sup>729</sup> *Nikolidakis*, şerik hareketinin sosyal anlamda zarar niteliğini hukuk barışına zarar verme esasına dayandıran bu teorisinin haksızlığa iştirak teorisi ile benzerliğine dikkat çekerek, haksızlığa iştirak teorisine ilişkin eleştirilerine atıfta bulunmuştur. *Nikolidakis*, a.g.e., s. 34.

<sup>730</sup> *Nikolidakis*, a.g.e., s. 34.

<sup>731</sup> *Renzikowski*, a.g.e., s. 46. Benzer yönde *Stein*, bunun soyut tehlikeliliğin esas alınması anlamına geldiğini belirterek, elverişli bir yaklaşım olmadığını ileri sürmüştür. *Stein*, a.g.e., s. 112.

<sup>732</sup> *Hake*, a.g.e., s. 54. Ayrıca bkz. *Roxin*, a.g.m. (FS *Stree/Wessels*), s. 368.

<sup>733</sup> *Nepomuck*, a.g.e., s. 125.

<sup>734</sup> Bu yönde eleştiri için ayrıca bkz. *Demirel*, a.g.e., s. 189.

<sup>735</sup> Bu nedenle yaklaşımın teşebbüs aşamasında kalan yardım etme bakımından cezalandırmanın gündeme gelmesine zemin hazırladığı şeklinde eleştiri için bkz. *Hans Theile*, *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, 1999, s. 39'dan aktaran *Demirel*, a.g.e., s. 195.

<sup>736</sup> Azmettirmenin etkisinin failde suç işleme kararı oluşturma ile ilişkili olduğu göz önünde bulundurulduğunda azmettirenin faille ne şekilde dayanışma içine girdiğinin bu teori kapsamında belirsizlik arz ettiği görüşü için bkz. *Welz*, a.g.e., s. 22 vd.

teori, yardım edenin azmettirenine karşı neden daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğini açıklayamaz<sup>737</sup>.

#### 4. Davranış Normunun Doğrudanlığı Yaklaşımı (*die Dringlichkeit der Verhaltensnorm*)

*Stein*'a göre objektif ve sübjektif kriter şeklindeki belirlemenin iştirak öğretisi bakımından spesifik bir anlamı yoktur<sup>738</sup>. *Stein* tarafından kabul edilen yaklaşım (*die Dringlichkeit der Verhaltensnorm*) esas aldığı kriterle faillik ile şeriklik arasında objektif veya sübjektif unsurlara vurgu yapan teorilerin aksine iştirak öğretilerinde ezber bozan farklı bir bakış açısı<sup>739</sup> getirmiştir. *Stein* şerikliğin cezalandırılmasının nedenine ilişkin yaklaşımını hareket haksızlığı üzerine temellendirmiştir. Haksızlık, davranış (hareket) haksızlığında mevcut ise; bu durumda her bir katılan bakımından dikkate alınacak olup, kişiseldir<sup>740</sup>. Haksızlık, iştirak edenin kendi haksızlığıdır ve dolayısıyla başkasının haksızlığının isnadından söz edilemez. Bu nedenle haksızlığın bağlılığı kabul edilmez<sup>741</sup>.

*Stein* değerlendirme-belirleme normları ile yaptırım normları aşamasını ayırır<sup>742</sup>. Davranış normunun meşrulaştırılması, yasaklanan davranışın hukuki değerler açısından

<sup>737</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 119. Ayrıca yazar şerikin dayanışma hareketinden ne zaman söz edilebileceğinin somutlaştırmayacağına dikkat çekmiştir (Ingelfinger, a.g.e., s. 119). Benzer şekilde *Nikolidakis* yardım etme kapsamında olağan hareketler (*neutralen Handlungen*) ile dayanışma hareketi arasındaki ayrımın güçlük arz ettiğini verdiği taksitli şöförü örneği ile açıklamıştır. Müşterisini suçu işleyeceği yere götüren şöfürün ne zamandan itibaren yardım eden olarak sorumlu tutulacağı bu yaklaşım çerçevesinde belirlenmesinin zor olduğunu belirtmiştir. Çünkü eğer şöfür müşterisinin fiilini gerçekleştireceğini bilmesi ve bu amaca yönelik hareket etmesine rağmen dış dünyada gerçekleştirdiği hareketler olağan hareket niteliğindedir (Nikolidakis, a.g.e., s. 35).

<sup>738</sup> Stein, a.g.e., s. 68. *Stein*, somut olay meşruluğu ile hukuki belirlilik ilkesi arasındaki çatışan çıkarları göz önünde bulundurarak sistem önerisi getirir (Stein, a.g.e., s. 59 vd.). *Stein*, sistemin temel fikri olarak amaç rasyonelizmini (*Zweckrationalismus*) esas alır (Stein, a.g.e., s. 56). Her ne kadar matematiksel olarak kesin bir sonuca varma gibi bir durum söz konusu olmasa bile, yasal davranış kurallarının büyük ölçüde rasyonelleştirilmiş bilgisi yoluyla hukuki belirliliği destekleyen bir sistem geliştirmek istemektedir (Stein, a.g.e., s. 59-60). Bu bağlamda, *Stein*'in eleştirisi her şeyden önce *Roxin*'in fiil hâkimiyeti teorisi ve yargı kararlarında faillik ve şeriklik için kullanılan kriterler için geçerlidir (Stein, a.g.e., s. 62 vd.). Fiil hâkimiyeti teorisi, ölçütlerin normatif olarak anlaşılabilir içeriğinin olmaması nedeniyle rasyonel anlamda sıkı türevlere izin vermez, böylece sistematik olmayan ve belirsiz bir yaklaşım olarak kalır (Stein, a.g.e., s. 63-64). Yargı kararlarında kullanılan kriterler ile de fail ile şerik arasındaki ayrım bağlamında normatif bakış açısı yeterli şekilde dikkate alınmamaktadır (Stein, a.g.e., s. 125).

<sup>739</sup> Stein, a.g.e., s. 85 vd.

<sup>740</sup> Stein, a.g.e., s. 85.

<sup>741</sup> Stein, a.g.e., s. 85.

<sup>742</sup> Belirleme normları davranışları yönlendiren normlar iken, yaptırım normları sadece cezalandırma şartıdır (Stein, a.g.e., s. 81-82). Yaptırım normları belirli bir yaptırımın gerçekleşmesi için gerekli şartları formüle eder. Davranış normları, davranışı değerlendiren, onu doğru ya da yanlış olarak tanımlayan ve böylece insan davranışını kontrol etme amacına hizmet eden normlardır. Değerlendirme ve belirleme normlarıdır. Çünkü davranışların doğru veya yanlış olduğuna karar

zararlı veya tehlikeli olması temeline dayanır. Bu nedenle norm içerikleri<sup>743</sup>, hukuki değerlerin korunması amacıyla yorumlanarak belirlenmelidir<sup>744</sup>. Maddi olarak haksızlık, davranış normlarını ihlal etmedir. Bunun sonucu olarak netice, haksızlık aşamasına ait değildir<sup>745</sup>. Netice haksızlığın ve kusurun unsuru değildir, ceza gerekliliğinin bir şartını teşkil eder<sup>746</sup>. Diğer bir ifadeyle, neticenin tipiklik şartı olduğu reddedilmez, ancak sadece bir yaptırım şartı teşkil eder<sup>747</sup>.

Davranış normları (fail, azmettiren ve yardım eden davranış normu) arasındaki farklılık tipiklik aşamasında değildir. Tüm katılanlar kendisi bakımından tipik haksızlığı gerçekleştirir ve bunu kendine yönelen tipiklik şartları ile yapar. Burada farklılık, ceza hukukuna ön gelen genel davranış normları aşamasındadır<sup>748</sup>. Tipik haksızlık her birinin davranışıyla hâlihazırda tam olarak gerçekleşmektedir. Davranış normları aynı hukuki değerlerin korunmasına ve böylece aynı neticenin önlenmesine hizmet etse bile, fail ve şerik kendi davranış normunu ihlal etmektedir<sup>749</sup>. Davranış normlarının hukuki değer

---

verilmesi değerlendirmeyi gerekli kılar ve ayrıca hukuka aykırı olduğuna karar verilen davranıştan kaçınılması gerektiğini belirlerler (Stein, a.g.e., s. 67).

<sup>743</sup> Davranış normunun içeriğinden muhatap alanı da ortaya çıkar. Davranış normları emir ve yasak normları ise yasaklanabilecek veya emredilecek bir şeyle ilgili olmaları nedeniyle sadece insan davranışı söz konusu olabilir. Bu normlardan ortaya çıkan uyarı fonksiyonu davranış normlarının hukuki değerlerin korunmasını güvenceye alma amacına göre insana ilişkin davranışları kontrol altına almayı amaçladığı şeklinde yorumlanmalıdır. Böylelikle hareketin icrası durumunda, emir hareketin icrasını veya ihmal edilmesi iktidarını elinde bulunduran kişiye yönelir (Warneke, a.g.e., s. 93). Warneke, bu yaklaşımdan hareketle yalnızca davranış normlarının içeriğinin kasta ilişkin bağlantı noktası teşkil edeceğini kabul ederek katılanların kast içeriğinin de davranış normları aracılığıyla geliştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, eğer kast hukuki düzenin gerektirdiği davranışa karşı failin bilinçli kararı ise, kasta ilişkin sadece amaçlanan davranıştan sapmanın karakterize edilmesi için gerekli koşullar dikkate alınır (Warneke, a.g.e., s. 94).

<sup>744</sup> Warneke, a.g.e., s. 93.

<sup>745</sup> Stein, a.g.e., s. 81.

<sup>746</sup> Stein, a.g.e., s. 81.

<sup>747</sup> Stein, a.g.e., s. 280; Hamdorf, a.g.e., s. 245.

<sup>748</sup> Stein, a.g.e., s. 68. Stein kendine zarar verme durumları bakımından hukuki değer sahibi ile ön planda yer alanın aynı kişi olması durumunda arka plandaki kişiyi fail olarak kabul etmektedir, zira ön plandaki kişi ilgili yükümlülüğün muhatabı değildir. Bununla birlikte burada sorun iştirak şekillerinin aşamasıyla ilgili bir sorun değildir, aksine ilgili hukuki değer sahibinin hukuki değer konusuna yönelik zarar verme durumunda arka plandaki kişinin davranış yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorunudur. Bu bağlamda iştirak öğretisi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konu olarak değil, kişisel sorumluluk kapsamında ele alınması gereken bir konu olarak bakılmalıdır. Stein, a.g.e., s. 285.

<sup>749</sup> Stein, a.g.e., s. 71-72, 235. Stein'a göre, kanun koyucu, özel objektif fail özellikleri olan suçlar için ayrı *Intraneus* ve *Extraneus* davranış normları belirler; failer sadece gerekli özelliğe sahip olanlardır, diğerleri sadece böyle bir *Intraneus* hareketine katılabilir. Bu bağlamda özgü suçlarda ilgili failin fiiline etki etme şeklindeki şeriklik hareketi isnadiyet üzerinden açıklanamaz. Bu tür suçlar faillik ve şeriklik davranış normlarının sınırlaması olarak kabul edilmelidir. Stein, a.g.e., s. 248.



korunmasında farklı anlamı bulunmaktadır<sup>750</sup>. Bu doğrudanlığın ölçütü hukuki yararın değeri, zararın kapsamı ve olasılığın derecesi<sup>751</sup> ölçütlerinden ortaya çıkar ve norm muhatabının harekete yönelik menfaatiyle ölçülür<sup>752</sup>. Doğrudan hareket eden faille, korunan hukuki değer arasında yasak normuyla ulaşılabılır kimse yoktur. Bu nedenle ona yönelen davranış emri en yüksek anlama sahiptir. Buna karşılık yardım edene ulaşan davranış normunun doğrudan olma durumu aynı derecede değildir, daha düşüktür. Zira hukuki değer ihlali tek başına onun kararına bağlı değildir. Dahası hukuki değer bakımından şeriklikte bulunan tehlikelilik ilk olarak bir başkasının yükümlülüğüne aykırı davranışı üzerinden gerçekleşmektedir<sup>753</sup>. Azmettirmenin faille eşdeğer cezaya tabi olması da azmettirme davranışının fail davranışı gibi aynı doğrudanlıkta (*Dringlichkeit*) olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü azmettiren failin hukuka yönelik motivasyonuna zarar vermektedir<sup>754</sup>. Azmettirme bir zarar suçuna paralellik arz eden fail suçu gibi soyut veya somut tehlike suçuna paralellik gösterir<sup>755</sup>. Bu yaklaşıma göre, faillik niteliğindeki davranış ile hukuki değer ihlali arasına bir başkasının müdahalesinden bahsedilemez<sup>756</sup>. Zira faile yüklenen hukuki değeri ihlalden kaçınma yükümlülüğü hukuki değerın konusu için koruma duvarı (*Schutzwalls*) teşkil etmektedir<sup>757</sup>. Azmettiren ise ön plandaki kişinin bilgi durumuna etki ederek veya motivasyon gücüyle failin yükümlülüğünü bertaraf ederek bu koruma duvarını aşan kişidir<sup>758</sup>. Hukuka yönelen düşünce ve buna uygun hareket amacı doğrudan hukuki değere yönelen tehlikeyi dışlayan iki unsurdur. Bununla birlikte azmettiren faile suçun işlenmesine yönelik daha iyi sebepler yaratarak bu unsurları ortadan kaldırır. Azmettiren bir başkası aracılığıyla (faillik niteliğindeki davranışı gerçekleştiren kişi) hukuki değer ihlaline ilişkin tehlike yaratır. Böylelikle

<sup>750</sup> Ceza amacı rasyonelliğine dayanan bir yorum, hukuki değerleri korumak amacıyla, ceza hukuku uygulamasının aciliyet derecesini belirleyen koşulların bilgisine dayanır. Bu bağlamda, davranışın hukuki değeri ihlal etmeye yönelik etkileri ne ölçüde ortaya çıkardığı ve ceza hukukunun hangi etki şekliyle bunu önleyebileceği bilinmelidir. Nepomuck, a.g.e., s. 53.

<sup>751</sup> *Stein*'in yaklaşımı bakımından görüşlerinden etkilendiği *Perten* de somut tehlikeye dayanılmayacağını, suça ilişkin hareket bakımından genel tehlikenin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Somut tehlikeye dayanılması halinde iştirak şekilleri arasında net bir ikili ayrımın mümkün olmayacağına, tehlikeliliğin çok fazla derecesi olduğuna vurgu yapmıştır. Paul Perten, *Die Beihilfe zum Verbrechen Eine Untersuchung de lege ferenda*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, 1918, s. 35, 62'den aktaran Haas, a.g.e., s. 63.

<sup>752</sup> Stein, a.g.e., s. 223 vd.

<sup>753</sup> Stein, a.g.e., s. 238 vd.

<sup>754</sup> Stein, a.g.e., s. 241 vd.

<sup>755</sup> Stein, a.g.e., s. 145.

<sup>756</sup> Stein, a.g.e., s. 239.

<sup>757</sup> Stein, a.g.e., s. 241.

<sup>758</sup> Stein, a.g.e., s. 241.

hukuki değer ihlaline yönelik tehlikeyi önemli derecede artırır<sup>759</sup>. Azmettirmede ön plandaki kişide yaratılan motivasyon gücü nedeniyle şeriklikte tehlikenin daha az olması durumu ortadan kalkar<sup>760</sup>.

Teşebbüs bağlamında da şerik haksızlığının bağımsızlığını dikkate alarak haksızlığın her zaman bireysel, bağılı olmayan hareket haksızlığından hareket edilirse, bir başkasının fiiline iştirak olmadığı gibi teşebbüs aşamasında kalan suçta da şeriklik olmaz. Şeriklik niteliğinde teşebbüs aşamasında kalan suçtan (*teilnehmerschaftlichen Versuch*) bahsedilmesi gerekir<sup>761</sup>. Bu nedenle kanun koyucu tarafından şerikin tipik ve hukuka aykırı esas fiilden sorumlu tutulabilmesi için esas fiilin teşebbüs aşamasına varması şeklinde getirilen şart isabetli değildir. Böylelikle tamamlanmış esas fiil ve teşebbüs aşamasında kalan esas fiilin yanı sıra teşebbüs aşamasında kalan şeriklik ile üçüncü bir tür suçun gerçekleşmesi aşaması kabul edilmiştir<sup>762</sup>.

Prensip olarak *Stein* tarafından ileri sürülen bu teori, maddi olarak tek faillik öğretisinin yeniden formüle edilmesini teşkil eder. Her ne kadar her bir iştirak şekli nedensel süreç bağlamındaki farklılıklar nedeniyle kendi davranış normları ile temsil edilse bile *Stein*, suçta katılanları tehlikelerin kurucuları olarak aynı normatif düzeyde kabul etmektedir<sup>763</sup>. Bu nedenle şerik de bağımsız ve daha küçük bir tehlike failidir<sup>764</sup>.

---

<sup>759</sup> Stein, a.g.e., s. 242.

<sup>760</sup> Stein, a.g.e., s. 238. Burada azmettiren ile failliğin aynı kapsamda değerlendirilecek olmasının doğrudanlık ölçütüne (*Dringlichkeit*) göre faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı güçleştirdiği iddiası için bkz. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 583. Yazarlar *Stein*'m, yaklaşımını temellendiren doğrudanlık derecesini aslında, hem azmettirme hem de fail bakımından aynı olan cezalandırma ölçütü ile değiştirdiğini ve bunun sonucunda dar fail kavramında faillik ile şeriklik şekilleri arasındaki esaslı ayrımı göz ardı ettiğini belirtmişlerdir. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 583.

<sup>761</sup> Stein, a.g.e., s. 279.

<sup>762</sup> Stein, a.g.e., s. 280.

<sup>763</sup> Haas, a.g.e., s. 62; Wilfried Küper, "Ein Neues Bild der Lehre von Täterschaft und Teilnahme", *ZStW*, 1993, ss. 445-482, s. 472. Küper de, *Stein*'in bu yaklaşımı ile iştirak şekilleri arasındaki ayrıma yönelik değerlendirmesi hariç tutulursa, aslında tek faillik sistemine eğilimi olduğunu ortaya koyduğunu belirtmiştir. Bunun nedenini ise şerikin de adeta "küçük fail" olarak hukuki değeri ihlal eden nedensel süreci başlatan ve bağımsız hareket eden kişi olarak ele alınmasında görmüştür (Küper, a.g.m. (ZStW 1993), s. 472). Küper bu bağlamda *Stein*'in şerik bağılılığını açıkça reddetmesine ve suçta katılanlar arasında niteliksel bağılılığı kabul etmemesine dayanmıştır (Küper, a.g.m., s. 473). Küper'e göre, *Stein* bireysel davranış yükümlülüğüne ulaşan odak noktasını anayasal temelde bireyselleştirilmiş unsur üzerine temellendirir. Bu bağlamda prensip olarak üçüncü kişilerin haksız davranışlarının dikkate alınmasına gerek yoktur. Bu tek fail paradigması, failliğin zaman ve nedensellik açısından hareket eden son kişiye bağılı olduğu anlamına gelir. *Stein*, faillik ile şeriklik ayrımına yönelik sistem açıklığının göreceliliği aracılığıyla mümkün olan en yüksek rasyonellik hedefine ulaşmak istemektedir (Küper, a.g.m., s. 482).

<sup>764</sup> Haas, a.g.e., s. 62.

Bu bağlamda yazarın suça iştirak edenlerin katkıları arasında niteliksel bir ayrımı göz ardı ettiği ileri sürülerek niceliksel ayrıma dikkat çekilmektedir.

Bu yaklaşıma yönelik olarak *Roxin* neticeden çözülmüş serbest davranış normlarıyla faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın açıklanamayacağını belirtmiştir<sup>765</sup>. Ayrıca *Stein* tarafından kabul edilen doğrudanlık (*Dringlichkeit*) aşamalandırması da sorun teşkil eder. Zira suç işlemeye karar vermiş failin bu suçu işleyebilmesi yardım edenden sağlayacağı araca bağlıysa, o zaman failin davranışına ilişkin normun etkin bir koruma duvarı olmasından bahsedilemez. Dahası burada yardım edene yönelik yasak daha doğrudan niteliktedir<sup>766</sup>.

## B. ŞERİKLİĞİN BAĞLI HAKSIZLIK İÇERİĞİNE SAHİP OLDUĞUNA YÖNELİK TEORİLER

Suçta iştirakte şerikliğin haksızlık içeriğinin bağımsız şekilde belirlenmesine karşı çıkan yaklaşımlar, şerik haksızlığının esas fiile bağlılığının zorunlu niteliğine dikkat çekmişlerdir. Şerikliğin ceza kapsamının esas faile veya fiile göre belirlenmesi ve şeriklik kapsamında korunan bağımsız hukuki değere ilişkin konunun bulunmaması şerikliğin bağlılığının sonucudur<sup>767</sup>. Şerikliğin bağlılığı iki yöne sahiptir. Bir yönü, iştirak konusu olarak geçerli olabilmesi için esas fiilin hangi unsurlara sahip olması gerektiğine, diğer bir ifadeyle şerikliğin cezalandırılabilmesinin şartlarının neler olduğuna ilişkindir. Böylelikle sorumlu olabilmesi için şerike neyin atfedilmesi gerektiği ve hangi şartların bağlılığı ile ceza sorumluluğunun sınırlandırılacağı belirlenir<sup>768</sup>. Diğer yönü ise dar fail kavramına ve böylece esas fail tarafından tipik haksızlığın gerçekleştirilmesine dayanan şeriklik sistemi bakımından şerikliğin cezalandırılmasının nasıl meşru kılınacağına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, esas fiilin neden isnat edileceğinin gerekçesini belirtir<sup>769</sup>.

Şerik haksızlığını esas fiille ilişkilendirerek açıklayan yaklaşımlar arasında da ayrım ortaya çıkmıştır. Nitekim aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, bazı yazarlar şerik haksızlığını tümüyle esas fiil haksızlığına dayandırırken; bazı yazarlar ise şerik

---

<sup>765</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 18.

<sup>766</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 411; Renzikowski, a.g.e., s. 24; Küper, a.g.m. (ZStW 1993), s. 480 vd.

<sup>767</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 42.

<sup>768</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 243.

<sup>769</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 243.

haksızlığının bağlı olmakla birlikte, bağımsız kısmının varlığını da muhafaza ettiği iddiasındadır.

### 1. Bağlılığa Dayanan Sebep Olma Teorisi (akzessorietatsorientierte Förderungs- oder Verursachungstheorie)

Alman yüksek yargısı<sup>770</sup> ve Alman doktrinin çoğunluğu tarafından<sup>771</sup> savunulan bu teori şerik haksızlığının bağımsızlığını reddetmektedir. Teori, bağımsız şerik haksızlığını savunan salt sebep olma teorisindeki gibi şerikliğin cezalandırılmasının temelini tipik hukuki değer ihlaline neden olmasında görmekte<sup>772</sup> birlikte, bunun da temelini bağlılık kuralı düşüncesine dayandırmaktadır ve şerik haksızlığının esas fiilin haksızlığından dolayı arttığını ileri sürmektedir<sup>773</sup>.

Şerikliğin cezalandırılmasının nedeni, başkası tarafından gerçekleştirilen haksızlığa yani hukuki değer ihlaline birlikte sebep olmasına dayanır<sup>774</sup>. Bu nedenle bu teoriye göre, şerik saldırısı failin hukuka yönelimine karşı veya soyut hukuk düzenine karşı gerçekleşmez<sup>775</sup>. Bu bağlamda azmettiren de hukuk düzenine karşı toplum barışına zarar

<sup>770</sup> Örnek mahkeme kararları için Heinrich, a.g.e., s. 561; Welz, a.g.e., s. 28.

<sup>771</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 685; Eduard Kohlrausch/Richard Lange, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 41. bs, de Gruyter, Berlin, 1956, s. 164 vd.; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 224; Beulke, a.g.m., s. 123; Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 66; Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 334; Rudolphi, a.g.m. (GA 1970), s. 365; Bringewat, a.g.e., s. 314; Langer, a.g.e., s. 465 vd.; Christmann, a.g.e., s. 71; Hake, a.g.e., s. 75; Vogler, a.g.m. (FS Heinitz), s. 300 vd.; Poppe, a.g.e., s. 461. Bu görüş Türk ceza hukukunda da taraftar bulmuştur. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs, Ankara, 2019, s. 586 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. bs, Ankara, 2019, s. 473; Çelen, a.g.e., s. 79 vd. Bu yaklaşımla tam olarak örtüşmemekle birlikte benzer bir yaklaşım ise Nydegger tarafından savunulmaktadır. Konuya ilişkin bkz. Nydegger, a.g.e., s. 128 vd.

<sup>772</sup> Bağlılığa dayanan sebep olma teorisi şerikliği esas fiil haksızlığına sebep olma olarak tanımlarsa bu açıklama iki farklı isnad aşamasını iç içe geçirir. Şeriklik bir şeye sebep olduğu ölçüde, sadece nedensel bir açıklama için erişilebilir bir etki olabilir. Şerik, davranışını belirli bir anlam ve amaç kapsamında gerçekleştirdiği sürece söz konusu değersizlik sadece ilgili şerik bakımından ortaya çıkar. Bir iştirakin gerekli olan sosyal anlam içeriğinin oluşumu o zaman hâkimiyet prensibi ve bağlılık kuralıyla gerçekleşir. Böylece bağlılık kuralı sadece fiil hâkimiyeti eksikliğini dengeleyen isnadiyet prensibi olarak dikkate alınabilir. Bloy, a.g.e., s. 202.

<sup>773</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 300; Nikolidakis, a.g.e., s. 44. *Otto*'ya göre de esas failin haksızlığı sadece tipik hukuki değer ihlaline nedensel olarak sebep olma değil, bilakis hukuki değer ihlalinde gerçekleşen ilgili tehlikeyi temellendiren veya artıran olarak nitelendirilirse kasıtlı suçlarda fail ve şerikin ortak alanının güven temeline dayalı hukuk birliğini sosyal açıdan zararlı davranışlarla belirlenen hukuki değerlerin ihlali yönünde çaba göstererek tehlikeye atmaları olduğu sonucuna ulaşılır. Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 559; aynı şekilde Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 209.

<sup>774</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 685; Roxin, a.g.e. (AT), s. 136; Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 324; Esser, a.g.m., s. 333; Rudolphi, a.g.m. (ZStW 1966), s. 92. Bu teörinin haksızlığa iştirak teorisi ile benzerliğine dikkat çeken Nydegger, aralarındaki farka ilişkin şu tespitle bulunmuştur: Haksızlığa iştirak teorisi, şerik katkısının esas fiile bağlılığına vurgu yaparken; bağlılığa dayanan sebep olma teorisi böyle bir katkının niteliğine odaklanır (Nydegger, a.g.e., s. 114 vd.).

<sup>775</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 129.

verecek şekilde saldırısını gerçekleştirmez<sup>776</sup>. Şerik özel hükümlerdeki suç tiplerinde korunan hukuki değere yönelik fail aracılığıyla somut bir saldırıya sebep olmaktadır<sup>777</sup>. Fiil fail ve şerik için aynı olmakla birlikte, şerik bizzat bir suç tipini içeren normu ihlal etmediği aksine failin norm ihlaline etkide bulunduğu için şerikin hukuki değere yönelik saldırısı doğrudan değildir, dolaylı bir saldırıdır<sup>778</sup>. Çünkü şerikin hukuki değere yönelik saldırısı doğrudan hareket eden fail üzerinden etki gösterir. Bu katkı sadece nedensellik ilişkisiyle sağlanamaz<sup>779</sup>. Onun haksızlığı esas fiile bağlı olarak ortaya çıkmaktadır (esas fiile ilişkin netice haksızlığına dayanır)<sup>780</sup>. Bu husus, teorinin güçlü yanı olarak<sup>781</sup> da önem arz eder. Zira azmettirmeyi ve yardım etmeyi bir başkasının hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirdiği fiile katılma şeklinde düzenleyen kanunlar ile uyum göstermektedir<sup>782</sup>.

Şerikin fiile olan katkısı nicel olarak az olsa da yadsınamaz. Bu nedenle esas fiilin icrası sadece fail için değil, şerikler için de icradır. İştirak teşkil eden hareket, şerike esas fiilin icrasının ona da eseri olarak atfedilmesinin nedenidir. Daha açık ifadeyle esas fiil olmaksızın şerikliğin maddi haksızlığı oluşmaz<sup>783</sup>. Bu da şerikliğin cezalandırılmasında failin haksızlığından birlikte sorumlu olmasına yol açan nitelikte etki gösterir<sup>784</sup>. Dikkat edilmelidir ki, teorinin öncüleri şerikliğin haksızlığını tek başına failin haksızlığına yönelik şerikliğin nedensellik ilişkisinde görmezler, haksızlıkta şerikin birlikte sebep olan etkisi mevcuttur. Böylece şeriklerin kendi katkılarını kabul ederler, bununla birlikte etkisinin esas faile ve onun tarafından gerçekleştirilen haksızlığa bağlı olduğunu

---

<sup>776</sup> Hukuk düzeninin geçerliliğine yönelik böyle bir saldırı halkı suç işlemeye tahrik (ACK md. 111) suçunda söz konusu olabilir. Ingelfinger, a.g.e., s. 129.

<sup>777</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 129.

<sup>778</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558; Plate, a.g.m., s. 298. Fail suç seyrine aktif olarak hâkim olduğu için olayı yönlendiren süje konumundadır. Şerik ise, hukuki değere ilişkin tehlikenin gerçekleşmesine yönelik fail iradesine bağlıdır ve bu nedenle onun tehlikeliliği dolaylıdır (Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 209 vd.). Yazar azmettirme bakımından dikkate alınması gerekenin, azmettirenin failin iradesi üzerindeki hâkimiyeti olmayıp, aksine failin hukuk düzenine karşı çıkması üzerindeki hâkimiyeti olduğunu belirtmiştir (Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 210).

<sup>779</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558.

<sup>780</sup> Rengier, a.g.e., s. 386.

<sup>781</sup> Nitekim daha önce açıklandığı üzere şerikliği salt sebep olma teorisi kapsamında açıklayan yazarlar doktrinde birçok açıdan itiraz ile karşılaşmışlar ve benimsedikleri bu teori özellikle geçerli hukukla bağdaşmadığı eleştirisi ile karşı karşıya kalmıştır. Bu nedenle teori doktrinde çok fazla taraftar bulamayıp, zayıf kalmıştır.

<sup>782</sup> Christmann, a.g.e., s. 60; Hake, a.g.e., s. 50.

<sup>783</sup> Jakobs, a.g.e., s. 659.

<sup>784</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558.

vurgularlar<sup>785</sup>. Cezalandırmayı failin kusuru değil, fail tarafından işlenen esas fiilin haksızlık içeriği belirler.

Şerik, fiilin seyrini fail gibi etkilemediğinden ve yine fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik karar vermediğinden, söz konusu fiil failin eseri olduğu ölçüde şerikin eseri olarak değerlendirilememektedir<sup>786</sup>. Şerik tarafından gerçekleştirilen hareket esas fiil olmadığı sürece katılanlar arasında kalan bir iç eylem olarak anlam ifade eder. Şerik davranışı ilk olarak esas fiille dışsallaştırılır<sup>787</sup>. Şerikliğin cezalandırılmasının nedeni, şerikin bir başkasında suç kastını ortaya çıkartarak veya başkasını destekleyici hareketlerde bulunarak bu kişinin hukuka aykırı fiiline sebep olunması veya desteklenmesidir<sup>788</sup>. Şeriklik türleri sadece esas fiile bağlantılarına ilişkin farklılıkla ayrılırlar. Azmettiren failde fiilin işlenmesine ilişkin kastı harekete geçirerek netice bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketi ile katkıda bulunurken; yardım eden, destekleyici nitelikteki hareketi ile netice bakımından katkı oluşturur<sup>789</sup>. Bu yaklaşım, şerik sorumluluğu bakımından tamamıyla bağlılık kuralı kapsamında sınır çizmektedir<sup>790</sup>. Azmettirmeyi ve yardım etmeyi düzenleyen hükümler, sınırlı fail kavramını şeriklik üzerine genişlettiklerinden tipikliği genişleten sebep olarak etki gösterirler<sup>791</sup>.

Şerik haksızlığının esas fiil haksızlığına bağlı olmasının özgü suçlar bakımından ifade ettiği anlam şudur: İlgili niteliğe sahip olan failin yükümlülük ihlali bakımından şerik de birlikte sorumludur. İlgili niteliğe sahip olmayan şerikin özgü suça katkısı nedeniyle cezalandırılması gerekir<sup>792</sup>. Bu nedenle bu teori çerçevesinde salt sebep olma teorisine nazaran makul bir izah getirilmesi mümkün olmuştur<sup>793</sup>.

<sup>785</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 558; Esser, a.g.m., s. 333; Gerson, a.g.m., s. 185.

<sup>786</sup> Jakobs, a.g.e., s. 659. Şerikliğe ilişkin düzenlemelerin cezalandırılabilirliği genişletici etkisinin en fazla bu teoride karşılık bulduğu görüşü için bkz. Theile, Tatkonkretisierung, s. 43'ten aktaran Demirel, a.g.e., s. 222 vd.

<sup>787</sup> Jakobs, a.g.e., s. 660.

<sup>788</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 283; Welzel, a.g.e., s. 112; Bloy, a.g.m. (JA 1987), s. 492; Jakobs, a.g.e., s. 661; Bockelmann (GA 1954), s. 195 vd.; Hans-Joachim Rudolphi, "Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?", ZStW, 1966, ss. 67-99, s. 92 vd.; Esser, a.g.m., s. 321 vd.

<sup>789</sup> Christmann, a.g.e., s. 59.

<sup>790</sup> Akbulut, a.g.m., s. 178.

<sup>791</sup> Gerson, a.g.m., s. 185.

<sup>792</sup> Hake, a.g.e., s. 76.

<sup>793</sup> Redmann, a.g.e., s. 33. Doktrinde bir görüş, teoriyi gerçek özgü suçlarda şeriklik konusunda ikna edici bulmamıştır. Bu görüşe göre, suç tipinde belirtilen normun muhatabı olmayan, yani ilgili niteliğe sahip olmayan katılanın, geniş fail kavramında olduğu gibi, ceza sorumluluğunun tespiti belirsiz kalmaktadır (Schumann, a.g.e., s. 48).

Bununla birlikte bu teoriye yönelik olarak *Schumann* tarafından başkasının tipikliği gerçekleştirilmesine sebep olmanın niçin haksızlık olduğu sorusunun cevapsız kaldığı eleştirisi getirilmiştir. Yazar bu teori bağlamında şerikliğin bağlılığının yasal düzenlemelere atıftan daha fazlasını içermediğini belirtmiştir<sup>794</sup>. Böylelikle teori şerik haksızlığının esasen fail haksızlığından hangi noktada ayrıldığı sorusunu da açık bırakmaktadır<sup>795</sup>. Özellikle yardım eden bakımından zorunlu bir ceza indirimi öngörülürken, azmettirenin dolaylı saldırısının niçin failin cezasıyla ilişkilendirilmesi gerektiğinin açıklanmasına yönelik bir sebep ileri sürülemediği<sup>796</sup>. Ayrıca şeriklik bakımından nedensellik esasına dayanan bu teori yardım etmenin cezalandırılma nedeni noktasında yetersiz kalmaktadır. Yardım etme niteliğindeki katkı da esas fiil için nedensel ise azmettirmenin neden daha fazla cezayı gerektirdiği açıklamaya muhtaçtır<sup>797</sup>.

Bağlılık kuralı kapsamında diğer bir sorun, şeriklik açısından kendi hukuki değerine zarar verme noktasında ortaya çıkmaktadır. En azından teşebbüs aşamasına varan esas fiil haksızlığına katkısı bulunmasına rağmen, kendisine karşı işlenen bir suç nedeniyle nasıl cezasız kalacağı teorik zeminde açıklanamamaktadır<sup>798</sup>. Zira bu teorinin zayıflığı, bağlılık düşüncesinin mutlaklaştırılmasıdır<sup>799</sup>. Normun ihlaline iştirak, korunan hukuki değer göz ardı edilecek şekilde odak noktasına getirilir<sup>800</sup>. Bu teoriye göre, korunan hukuki değer şerike ait bir hukuki değer ise, fail tamamlanan suçtan sorumlu olacak ve şerik de suça teşebbüsten sorumlu olacaktır<sup>801</sup>. Konunun daha iyi anlaşılabilmesine yönelik şu örnek dikkat çekmektedir: Mirasçı olduğunu bilmeyen ve ölüm halinde kendisine kalan bir malın çalınmasına yardım eden kişi, fail tarafından tamamlanan bir hırsızlığa rağmen teşebbüs aşamasında kalan hırsızlığa yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir<sup>802</sup>. *Jakobs*

<sup>794</sup> Schumann, a.g.e., s. 46.

<sup>795</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 42.

<sup>796</sup> Schulz, a.g.e., s. 132; Redmann, a.g.e., s. 35.

<sup>797</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 387. Bu bağlamda yazarlar, azmettirmenin esas fiil bakımından her zaman nedensel olmak zorunda olduğunu, bununla birlikte yardım etmenin fiile sebebiyet vermek bakımından zorunlu bir nedensellik teşkil etmediğini belirtmişlerdir. Ayrıca suça iştirak şekilleri olarak aralarındaki haksızlık içeriğinin yoğunluğu bakımından farka işaret eden yazarlar, bu farklılığın aynı zamanda azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması bakımından da meşruluğu sağladığını belirtmişlerdir. Krey/Esser, a.g.e., s. 388.

<sup>798</sup> Hake, a.g.e., s. 51.

<sup>799</sup> Bununla birlikte bağlılığa dayanan sebep olma teorisinin bağlılık kuralının gerekliliğine yönelik yeterli bir gerekçelendirme yapamadığı görüşü için bkz. Schumann, a.g.e., s. 46.

<sup>800</sup> Redmann, a.g.e., s. 34.

<sup>801</sup> Jakobs, a.g.e., s. 660; Joecks, a.g.e., s. 1245.

<sup>802</sup> Jakobs, a.g.e., s. 660. Aynı yönde Otto, a.g.m. (FS Lange), s. 210 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 562; Rolf Dietrich Herzberg, "Akzessorietät und der Teilnahme und persönliche

burada teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin değil, teşebbüs aşamasında kalan suçta şerikliğin söz konusu olduğunu belirtir. Zira böyle bir durumda esas fiil her bakımdan, başkasına ait zannedilen bir malvarlığına yönelik suçun teşebbüsünü teşkil eder<sup>803</sup>. Yine şerik açısından tamamlanmış suçta şerikliğin söz konusu olamayacağını, zira kendi hukuki değerine yönelik saldırının tam olarak mümkün olmadığını ekler<sup>804</sup>. Bununla birlikte fail gerçeği biliyorsa bu durumda şeriklik teşebbüs aşamasında kalır<sup>805</sup>. Bu nedenle bağlı sebep olma teorisi hukuki değer için şerik karşı da korunması gerektiğini göz ardı etmesi nedeniyle eleştirilmiştir<sup>806</sup>. Esas fail tarafından ihlal edilen hukuki değer için şerik karşı korunması gerektiğine ulaşmakla birlikte, bunu neye dayandırdıkları sorusu belirsizdir<sup>807</sup>. Sebep olma teorisi faili şerik ile olan ilişkisinde kişisel faktör olarak ele almaz, aksine nedenselliği aracı kılan neticeye etki eden faktör olarak değerlendirir<sup>808</sup>. Bu nedenle

---

Merkmal", GA, 1991, ss. 145-184, s. 157. Konuyu suç mağduru olarak şerikin bağlılık kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı kapsamında ele alan *Herzberg*, esas fail tarafından gerçekleştirilen şartın (suçun başkasına karşı gerçekleştirilmesi), şerik bakımından geçerli olmadığı ve bu nedenle bağlılık kapsamında sorumluluk yüklenemeyeceğini belirtmiştir (Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 157). Yazar ayrıca şerikliğin cezalandırılma nedeni argümanından hareket edildiğinde kendine dolaylı olarak zarar verme nedeniyle azmettirmeye cezasız kalan teşebbüs sonucunun ortaya çıkacağını belirterek bu yaklaşımın benimsenmesinin hukuka uygun olmadığını, azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamını dikkate alarak, ileri sürmüştür (Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 157).

<sup>803</sup> Jakobs, a.g.e., s. 661.

<sup>804</sup> Jakobs, a.g.e., s. 660.

<sup>805</sup> Jakobs, a.g.e., s. 661. *Hake, Jakobs* tarafından verilen mirasçı örneğinde (azmettirenin aslında kendisine kalan malı başkasına satması için faili azmettirmesi diğer bir ifadeyle suçun mağdurunun azmettiren olması, hukuki değer ihlalinin azmettirenine karşı gerçekleşmesi) getirilen çözüm önerisine şüpheyle yaklaşmıştır. Yazar konuya ilişkin güveni kötüye kullanma suçu üzerinden örnek vermiştir. Bu bağlamda kendisine emanet edilen malı aslında kendisine ait olduğunu bilmeden satması için azmettiren kişi örneğinde yazara göre azmettiren başkasına ait olduğu şeklinde hatalı kabulde kendisi fiili bizzat gerçekleştirseydi güveni kötüye kullanma (*Unterschlagung*) suçuna elverişsiz teşebbüs (suçun konusunun elverişsizliği) söz konusu olacaktı. Çünkü gerçekte kendisine ait bir mal söz konusudur. Hukuki değer ihlali şeklinde bir netice değersizliği bulunmayacaktır ki bu konuda *Jakobs* da bu yöndedir. Bununla birlikte hukuki değer ihlali olasılığının bulunmamasıyla tanımlanan elverişsiz teşebbüsün esası belirtilen durumda teşebbüse azmettirmenin (*Jakobs* bu sonucu kabul etmektedir) de söz konusu olmayacağı sonucuna yol açar. Aslında burada söz konusu fiilin genelinde azmettirenine karşı korunan hukuki değer ihlali bulunmadığına dikkat edilmelidir. Azmettiren failde suç işleme kararına yol açarak failde güveni kötüye kullanma suçuna azmettirmeye teşebbüs eder. Bununla birlikte fail tarafından icra edilen fiil azmettiren açısından objektif olarak şerik haksızlığını temellendirmek bakımından yeterli değildir. Kendi malına yönelik gerçekleştirilen fiiller nasıl yasaklanıyorsa, kendi malına yönelik bu tür fiillere azmettirme de yasaklanamaz. Azmettiren bakımından elverişsizlik sadece hukuki değer konusuna yönelik değil, aksine ihlal hareketinin geneline yöneliktir (Hake, a.g.e., s. 71). Yine de azmettiren en azından failin teşebbüsüne katılmakla suçlanacak olursa bu durum *Trechsel*'in haksızlığa iştirak teorisinin kabulünü sonuçlar. Böyle bir suçlama hukuki değer korunması düşüncesiyle bağdaşmaz, aksine failin haksızlığa karıştırılması düşüncesinin ürünü olur (Hake, a.g.e., s. 72).

<sup>806</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 370; Lüderssen, a.g.e., s. 64.

<sup>807</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 45.

<sup>808</sup> Bloy, a.g.e., s. 255. Bu bağlamda *Renzikowski* teorisinin bağlılığa yönelik aşırı vurgusundan hareketle şerikliğe ilişkin davranış normlarının belirleme fonksiyonunun göz ardı edilmesine dikkat çekmiştir. *Renzikowski*, a.g.e., s. 42.



bağlılık kuralına dayanan sebep olma teorisinin tek taraflı olarak esas fiilin netice haksızlığına dayandığı ve şerikliğin hareket haksızlığını ihmal ettiği<sup>809</sup> ileri sürülmüştür. Böylece bu teori davranış normunun belirleme fonksiyonunu göz ardı etmektedir. Zira şerik davranışının hukuka aykırılığı davranış sona erdikten sonra ortaya çıkan durumlara bağlanmaktadır. Faillik ve şerikliğin netice değersizliğinde uyumlu olması nedeniyle bağımsız davranış değersizliği ele alınmamaktadır. Bağlılığa dayanan sebep olma teorisi kapsamında esas fiil şerikliğin netice unsuru olarak açıklanmıştır. Bu şekilde, faillik ve şeriklik tek bir isnat türüne indirgenmiştir. Bunun sonucu olarak, neticenin kendi asıl haksızlığının gerçekleştirilmesi ile başkasının tipik haksızlığının isnadı arasındaki temel fark kaybolur<sup>810</sup>. Özellikle, esas fiilin kasten işlenmesi gerektiği şartı, şerikliğin haksızlık içeriğinin bağlılığının esas fiilin neticesine birlikte sebep olma ile sınırlı olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır<sup>811</sup>. Esas fiilin hareket değersizliği, en azından esas failin kastının bulunması gerektiği sürece, şerik haksızlığı için gereklidir<sup>812</sup>. Şerikin suça yönelik gerçekleştirdiği katkı ile esas fiil arasındaki bağlantı şerikliğin özel isnat problemidir ve sadece faillik için önemli olan netice isnadı alanına ait değildir<sup>813</sup>. Netice değersizliği bağlamındaki bu değerlendirme davranış normlarının da aynı olduğu sonucuna yaklaşılmaktadır ki bu, geniş fail kavramından ayrılamadığını gösterir<sup>814</sup>.

Bağlılığa dayanan sebep olma teorisine yönelik eleştiri kapsamında son olarak teşebbüs aşamasında kalan şeriklik sorunu ele alınmalıdır. Zira bu teori, teşebbüs

---

<sup>809</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 136; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 250; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 300; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 266; Renzikowski, a.g.e., s. 41 vd.; Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 19. Bloy netice isnadının şeriklik bakımından ikincil niteliğe sahip olduğunu belirtir. Tipik netice haksızlığı gerçekleştiği sürece şerike isnadı söz konusu olabilir. Bu tamamlanmış suça şeriklik ile teşebbüs aşamasında kalan suça şeriklik ayırımına dayanır (Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 19).

<sup>810</sup> Bloy, a.g.e., s. 269. Benzer yönde Christmann, a.g.e., s. 61. Buna yönelik olarak *Baumann*'a göre, failin ve şerikin suça sebep olmaları nedeniyle cezaya layık oldukları kabulünden hareket edilmesi hukuken faillik ile şeriklik arasındaki net ayırımın anlaşılmasını zorlaştırır. Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 128.

<sup>811</sup> Hake, a.g.e., s. 59. Farklı bir görüşe göre ise şerik kendi norma aykırı davranışı nedeniyle suçlanmadığından başkasının norma aykırı davranışından birlikte sorumlu olacağını kabul etmek bir fayda sağlamaz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 535.

<sup>812</sup> Hake, a.g.e., s. 60.

<sup>813</sup> Bloy, a.g.e., s. 269.

<sup>814</sup> Haas, a.g.e., s. 132; Renzikowski, a.g.e., s. 42; Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 128. Benzer şekilde *Schumann*'a göre hem faillik hem de şeriklik sadece farklı yoğunlukta etki ederek neticeye sebep olmaya dayandırılırsa, bu durumda örtülü şekilde geniş fail kavramı ile bağ kurulmuş olacaktır (Schumann, a.g.e., s. 47). *Christmann*, bu teorisinin şerikliğin sınırlarını net şekilde belirleyemediğini ileri sürmüştür. Suça ilişkin her bir birlikte sebep olmanın yeterli olması şeriklik kapsamındaki yasaklı hareketlerin alanının genişlemesine yol açar. Bu da ceza hukukunun özgürlükleri koruma işlevi ile çelişen nitelik taşır (Christmann, a.g.e., s. 60-61).

aşamasında kalan şerikliğın cezalandırılması noktasında yetersiz kalmaktadır. Burada fail tarafından gerçekleştirilen bir fiilden veya en azından suçun teşebbüs aşamasında kalması durumundan söz edilememektedir. Dolayısıyla bir başkasının haksızlığına katılma şeklindeki kabulün karşılığı teşebbüs aşamasında kalan şeriklikte bulunmamaktadır<sup>815</sup>.

## 2. Bağlılığa Dayanan Hukuki Değer İhlali Olarak Şeriklik Teorisi

Bağlılığa dayanan sebep olma teorisinin zayıf yönlerinin göz önünde bulundurulması ve teorisinin *Roxin* tarafından geliştirilmesiyle ortaya çıkan bağlılığa dayanan hukuki değer ihlali olarak şeriklik teorisi<sup>816</sup> birçok açıdan önem arz etmektedir<sup>817</sup>. Bu teori kapsamında şerik haksızlığının münhasıran esas fiilin haksızlığına dayanmadığı ileri sürülerek bağlılığa dayanan sebep olma teorisinin tek taraflılığına karşı çıkmıştır<sup>818</sup>. *Roxin* bağlılığa dayanan sebep olma teorisinin şerikliğın cezalandırılmasındaki yetersizliğini şerik haksızlığının sadece bağlılık kuralından hareketle açıklanmaması gerektiği<sup>819</sup> üzerinden belirtmiştir. Bununla birlikte yazar salt sebep olma teorisine de neticeye sebep olmanın genel nitelikte, bunun bağlılığının ise şerikliğe özgü isnat kriteri olduğunu<sup>820</sup> kabul ederek karşı çıkmış olur. Bu bağlamda salt sebep olma teorisi ve bağlılığa dayanan sebep olma teorisini bir araya getirerek şerikliğın cezalandırılma nedenini tipik olarak korunan hukuki değere yönelik bağlı saldırı şeklinde

<sup>815</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 268. Benzer yönde Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 76.

<sup>816</sup> Bu teori doktrinde farklı şekilde adlandırılmıştır. Nitekim *Özkan*, karma nedensellik teorisi olarak ifade etmiştir (Özkan, a.g.e., s. 57). *Evik* tarafından bağlı hukuki değeri ihlal teorisi şeklinde ifade edilmiştir (Evik, a.g.e., s. 215). *Demirel* ise hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik olarak nitelendirmiştir (Demirel, a.g.e., s. 234). *Taşkın Kapusuzoğlu*, bağlı hukuki değere saldırı olarak ifade etmiştir (Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 67).

<sup>817</sup> *Roxin*, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 365 vd.; *Joecks*, a.g.e., s. 1230; *Nikolidakis*, a.g.e., s. 51; *Heinrich*, a.g.e., s. 563; *Welz*, a.g.e., s. 33; *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 300; *Stein*, a.g.e., s. 117; *Otto*, a.g.m. (FS Lange), s. 201 vd.; *Frister*, a.g.e., s. 335; *Ingelfinger*, a.g.e., s. 177; *Satzger*, a.g.m., s. 517; *Hünerfeld*, a.g.m., s. 234; *Warneke*, a.g.e., s. 134; *Kühl/Lackner*, a.g.e. (Komm.), s. 214; *Nydegger*, a.g.e., s. 114 vd.; *Weßlau*, a.g.m., s. 127; *Kretschmer*, a.g.m. (JURA 2008), s. 266; *Amelung/Boch*, a.g.m., s. 262; *Rudolphi Hans-Joachim*, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalen Unrechtslehre", *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, 1972, ss. 51-73, s. 66; *Aristoteles Charalambakis*, "Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe", *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin/New York, 2001, ss. 625-639, s. 631; *Eidam*, a.g.m., s. 779. Türk ceza hukukunda bu yaklaşıma taraftar olanlar *Akbulut*, a.g.m., s. 177; *Evik*, a.g.e., s. 84, 126; *Demirel*, a.g.e., s. 257; *Kaymaz*, a.g.m., s. 157; *Özkan*, a.g.e., s. 57; *Taşkın Kapusuzoğlu*, a.g.e., s. 68.

<sup>818</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 131; *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 300.

<sup>819</sup> *Roxin*, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 369. Yazar ihlal edilen hukuki değerin şeriklik kapsamında esas alınmamasının, şerikliğın esas fiile birlikte sebep olunması şeklindeki özelliğine rağmen şerik haksızlığının dışlanmasına neden olacağını belirtmiştir. *Roxin*, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 370.

<sup>820</sup> *Roxin*, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 381.

açıklamıştır<sup>821</sup>. *Roxin* bu teorinin yetersiz kaldığı hususları tamamlamak için teoriye yönelik yaklaşımında hukuki değerin şerike karşı da korunduğu ve şerikin (fiil hâkimiyetinin bulunmaması nedeniyle) esas fiil üzerinden hukuki değere yönelik ihlal gerçekleştirdiği hususlarını dikkate almıştır<sup>822</sup>. Böylelikle şerikliğin bağımsız haksızlık kısmının<sup>823</sup> bulunduğu sonucuna varmıştır<sup>824</sup>.

Şerik haksızlığı hem bağımsız hem de türetilmiş unsurlardan oluşmaktadır<sup>825</sup>. Bu unsurların kümülatif olarak bulunması esastır<sup>826</sup>. Şerikin cezalandırılmasının nedeni hem başkasında suç işleme kastını oluşturarak veya başkasını destekleyen hareketlerde bulunarak bir başkasının hukuka aykırı suçuna sebep olma/destekleme, hem de hukuki değeri bizzat kendi davranışıyla ihlal etmesidir<sup>827</sup>. Böylelikle fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık şerike de isnat edilebilir<sup>828</sup>. Sadece fail değil şerik de korunan hukuki değere saldırıda bulunur<sup>829</sup>.

---

<sup>821</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 131.

<sup>822</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 130.

<sup>823</sup> *Haas* bu şekilde aslında geniş fail kavramının tanınması sonucuna ulaştığını, buna göre fail ve şerikin aynı hukuki değeri ihlal ettiği ve sadece hareket haksızlığında ayrıldıklarını belirtmektedir. Bununla birlikte yazara göre buradan çıkan sonuç, fiil hâkimiyetinin de bağlantı noktası olan bizzat fiilin kayb olduğu endişesini de getirir. Fiil hâkimiyeti, fiil hâkimiyetinin objektif ve sübjektif unsurlarından bağımsız şekilde tanımlanması gereken fiil üzerindeki hâkimiyettir. Failin kendi kastı üzerindeki hâkimiyetiden bahsedilemeyeceği için fiil hâkimiyeti sadece fiilin objektif yönü üzerindeki hâkimiyet olarak düşünülebilir. Bu, neticeli suçlarda eşdeğerlik teorisi anlamında sadece hukuki değer ihlaline sebep olmada tükenir. Bu fiil hâkimiyeti öğretisinin öncülüdür. Bu yaklaşımın savunucularına göre objektif fiil tarafı bakımından sadece eşdeğerlik teorisinin sebep olma ilişkisi (*Ursachenzusammenhang*) yeterli olacağından, yani fail ve şeriklerin katkıları nedensel özellik bakımından eşdeğer olacaktır. Diğer bir ifadeyle, azmettirme hareketiyle bir başkasının iradesi üzerinde yaratılan etki de nedensellik zincirindeki bir halkadır. Bunun zorunlu sonucu olarak faillik niteliğindeki hareketin spesifik haksızlığı fiile ilişkin objektif bağımlı kaybeder. Haas, a.g.e., s. 41.

<sup>824</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 369. *Roxin* şerik haksızlığının bu bağımsız unsurunun (hukuki değere yönelik saldırı) sadece temellendirme problemi olmadığını; bunun göz ardı edilmesinin şerikin cezalandırılmasının genişlemesine yol açacağını belirtir. Bu bağlamda bağımlıya dayanan sebep olma teorisi kapsamında özellikle zorunlu iştirake suça iştirak edenlerin sorumluluğunun tespiti, hukuki değer ilişkili amaç/saiklerin bağımlı olmayan karakterinin suça iştirak edenlere etkisi, suç kararına herhangi bir şekilde neden olma halinde azmettirmenin bulunup bulunmadığı ve son olarak yardım etme kapsamında doğal hareketlerin cezalandırılabilirliği hususlarının sorun teşkil ettiğini belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 137.

<sup>825</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 380.

<sup>826</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 380; Satzger, a.g.m. (JURA 2008), s. 517; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 300; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 266.

<sup>827</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 300; Stein, a.g.e., s. 117; Bloy, a.g.m. (JA 1987), s. 492.

<sup>828</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 131. Krey/Esser, a.g.e., s. 388; Akbulut, a.g.m., s. 177; Kaymaz, a.g.m., s. 157. Bu yaklaşıma yönelik *Hoyer* tarafından eleştiri getirilmiştir. Yazar bu yaklaşım çerçevesinde azmettirme ile müşterek failliğin neden aynı ceza kapsamında yer alacağını açıklanamayacağını belirtmiştir. Joecks, a.g.e., s. 1221.

<sup>829</sup> *Nikolidakis*, *Roxin* tarafından ileri sürülen bu yaklaşımın şeriklik sisteminin ortaya çıkardığı ceza boşluklarını ortadan kaldırmak bakımından diğer yaklaşımlara göre daha ikna edici olduğunu belirttikten sonra şerikin de bağımsız olarak hukuki değer ihlaline yönelik Alman Ceza Kanunu'nda

Şerikliğin cezalandırılma nedeni bağlamında başkasının hukuki değerine yönelik saldırı ve başkasının haksızlığına birlikte etkinin aynı ölçüde kabul edilmesi gerekir<sup>830</sup>. Şeriklik öğretisinde şerikin davranışının da suçun neticesinde ortaya çıkan kendi hukuki değer saldırısını içerdiği göz ardı edilemez. Çünkü bir hareket, kasten işlenen, tipik neticeye ilişkin bağımsız bir ilişkiye sahip olmasaydı, faillik bakımından tipik netice isnadı için esas olmaya elverişli olamazdı<sup>831</sup>. Burada şerikin davranışı, fail tarafından gerçekleştirilen hukuki değere yönelik saldırıya dâhil olmaktadır<sup>832</sup>. Bağlı hukuki değer saldırısı şeriklerin hareket haksızlığını da içine alır<sup>833</sup>. Şerikliğin hukuki değere yönelik dolaylı saldırısında bağlı kavramına yapılan vurgu, şerik haksızlığının genel olarak asıl fiil haksızlığı ile belirlendiğinin ve şerikliğin tali kavram olduğunun sağlaması niteliğindedir<sup>834</sup>. Şeriklik ayrıca kendi değersizliğinde de vücut bulur, diğer bir ifadeyle hareket değersizliğini ve netice değersizliğini içeren unsurlardan oluşması söz konusudur<sup>835</sup>. Şerik haksızlığı<sup>836</sup> ayrıca bağımsız hukuki değer saldırısını şart koştuğundan, fail tarafından ihlal edilen hukuki değer şeriklere karşı korunmaması durumunda uygulanamaz. Bu, kusura iştirak teorisinin dayandığı, şeriklik hükümlerinin genel olarak sosyal barışın korunmasına hizmet ettiği ve faile karşı yönelen özgü bir suç

---

düzenlenmiş olan mağdurun talebi üzerine öldürme suçunun da hukuki temelinin makul şekilde izahının mümkün olduğunu belirtmiştir. Nikolidakis, a.g.e., s. 47.

<sup>830</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 365.

<sup>831</sup> Weßlau, a.g.m., s. 127.

<sup>832</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 281; Rengier, a.g.e., s. 386.

<sup>833</sup> Rengier, a.g.e., s. 386.

<sup>834</sup> Akbulut, a.g.m., s. 178.

<sup>835</sup> Şerikliğin kendisine karşı da korunan hukuki değere yönelik saldırı teşkil ettiği yaklaşımından vazgeçilmek istenirse, bu, tipik haksızlığın gerçekleşmesi için gereken failin kendisiyle olan herhangi bir temasının şerik hareketinin değersizliğini gerçekleştireceği anlamına gelecektir. O zaman şerik tarafından ihlal edilen yasak fail tarafından ihlal edilen yasak ile aynı şekilde anlaşılabilir. Bunun sonucunda azmettirme ve yardım etmeye ilişkin yasal düzenlemeler cezalandırmanın genişletilmesi işlevini yerine getiremezdi, dahası yeni bir yasak ortaya çıkarırlardı. Böylece tipik haksızlık somut içeriğinde şeriklik bakımından önemini kaybederdi. Şerik failin yasak olanı gerçekleştirdiğinden dolayı cezalandırılır, fail haksızlığının nerede oluştuğu bu bağlamda önem arz etmezdi. Bu koşullar altında şerik bakımından belirlenen cezanın nedeni failin işlediği suçun ceza kapsamına göre değerlendirilmesi gerektiği doğru şekilde anlaşılabilir. Başkasının haksızlığına katılmayan genel bir yasağın ihlalinin ayrı bir cezaya tabi olması gerekirdi. Bloy, a.g.e., s. 252.

<sup>836</sup> Şerikliğin kendi haksızlığını gerçekleştirmesi, şerik tarafından şeriklik hareketinin icrasıyla işlenen haksızlığın sadece esas fiilin bulunması halinde cezalandırılabilmesi kabulünün karşısında durmaz. Kastan ve hukuka aykırı esas fiil şeklindeki bağımlılık gerekliliği, her bir şeriklik şekliyle ilişkisinde ilgili suç tipinin yaptırım unsuru olarak anlaşılmalıdır. Esas fiilin şerik hareketi ile nasıl bağlanacağı kanun koyucunun belirleyeceği (katı, sınırlı, asgari bağımlılık kuralı şeklinde) bir husustur. Yaptırım normunun esas unsuru olarak, davranış normları üzerinde etkisi olmaz. Warneke, a.g.e., s. 135.

teşkil ettiği yaklaşım göz ardı edilirse genel olarak kabul edilmektedir<sup>837</sup>. Ayrıca bu, hareketin ve neticenin değersizliğinin de bir kombinasyonudur<sup>838</sup>.

*Roxin*, şerik hareketinin bağlılığını hukuk devleti açısından şerik hareketini belirleyen dış çerçeve olarak ele almıştır. Neticeye sebep olan her bir nedensel etki şerik hareketi teşkil edemeyeceği için tipik harekete bağlılık, tipiklikten çözünen şerik kavramının yardımıyla cezalandırmanın genişlemesine engel olur<sup>839</sup>. Şerikliğin cezalandırılma nedeninin bağlı unsuru olarak esas fiil gerekliliği dayanağını kanunda bulmakla birlikte, bağımsız unsurunun bu bağlamda açıklamasını yapmak zorluk arz eder. Zira bağlılığın diğer unsurlarından farklı olarak kanun ifadesinde de yer almamaktadır<sup>840</sup>. Ancak isnadın genel esasından açıklanabilir. Neticenin ancak izin verilmeyen riskin yaratılmasına dayandırılırsa isnat edilebileceğinden hareketle *Roxin* objektif isnadiyet öğretisi esaslarına<sup>841</sup> göre gerekçelendirme yapmıştır<sup>842</sup>. Şerikin bağımsız hukuki değer saldırısının temelinde netice bakımından izin verilmeyen riskin yaratılması bulunmaktadır<sup>843</sup>. Şerik kasten hareket etmek zorunda olduğundan, şerik vasıtasıyla kasten izin verilmeyen riskin yaratılması bağımsız hukuki değere yönelik saldırı olarak ortaya çıkar ki bu şerikliğin cezalandırılması için gereklidir<sup>844</sup>. Burada şerike hukuki değere yönelik saldırı ile eş konumlandırılan, kasten gerçekleştirilen izin verilmeyen

---

<sup>837</sup> Bloy, a.g.e., s. 252.

<sup>838</sup> Heinrich, a.g.e., s. 563.

<sup>839</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 381.

<sup>840</sup> Yazar bu durumun şerikliğin unsurları kapsamında bağımsız hukuki değer saldırısının gerekliliğini tartışmalı hale geldiğini de belirtmektedir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 130.

<sup>841</sup> Objektif isnadiyet esas olarak taksirli suçlar bakımından ve faillik niteliğindeki fiiller için ele alınan ve tartışmaya konu olan bir hukuki kurum olarak yakın zamana kadar dikkate alınmıştır. Bununla birlikte yakın zamanda objektif isnadiyet kurumunun şeriklik niteliğindeki katkılar bakımından bir inceleme alanı oluşturup oluşturmadığı meselesi gündeme gelmeye başlamıştır. Bunda *Roxin* tarafından geliştirilen teorinin etkisi büyüktür (Satzger, a.g.m. (JURA 2008), s. 517). Özellikle haksızlığın çifte yapısının (hareket değersizliği-netice değersizliği) dikkate alınmaya başlanması ile birlikte ön plana çıkan objektif isnadiyet öğretisinin şerik haksızlığı bakımından uygulanabilirliği konusu henüz doktrinde hak ettiği değeri görememiştir. Bu bağlamda objektif isnat edilebilirliğin taksirli suçlar bakımından geniş bir uygulama alanına sahip olması ve şeriklik niteliğindeki katkıların faillik şeklinde fiilin gerçekleştirilmesinden yapısal olarak farklı olması bu noktada etki eden hususlar olmuştur (Christmann, a.g.e., s. 88).

<sup>842</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 381.

<sup>843</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 129.

<sup>844</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 130.

tehlikenin yaratılması<sup>845</sup> yasaklanmaktadır<sup>846</sup>. Bu noktada objektif isnadiyetin şeriklik alanında<sup>847</sup> daha karmaşık uygulanabilirliğe sahip olduğu da belirtilmelidir<sup>848</sup>. Çünkü şerik, şerikliğin haksızlığını temellendiren esas fiil ile sadece dolaylı bir bağlantıya sahiptir<sup>849</sup>.

Teori bağlamında faillik ve şeriklik, tipik haksızlık bakımından sorumluluğun farklı yollarını temsil etmektedir<sup>850</sup>. Böylece teori, failin gerçekleştirdiği haksızlık cezalandırılabilirken, şerikin haksızlığının cezasız kalmasını mümkün kılmaktadır<sup>851</sup>. Bu

<sup>845</sup> Kural olarak, fail ilgili hukuki değere ilişkin konunun korunmasına hizmet eden davranış normuna karşı gerçekleştirdiği nedensel hareket sonucu ilgili norm kapsamındaki yasağa aykırı şekilde netice rizikosunu ortaya çıkarıyorsa, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilirliği kabul edilir. Diğer bir ifadeyle, failin tipik neticede gerçekleşen hukuken önemli bir tehlike yaratması halinde söz konusu netice faile objektif olarak isnat edilir. Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 265.

<sup>846</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 381. Roxin böylece objektif isnadiyet öğretisini şeriklik ile birlikte ele almıştır (Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 133 vd.). Bu bağlamda şerikin kendisine karşı korunmayan hukuki değerlere yönelik ihlalinin cezasızlığının makul şekilde açıklanabileceği yönünde bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 300.

<sup>847</sup> Şerik, faile nazaran fiile ilişkin neticeye sebep olma bakımından uzak katkıyı gerçekleştirir. Bu bağlamda şerik hareketinin esas fiile ilişkin netice bakımından gerçekte bir tehlike oluşturup oluşturmadığı, objektif isnadiyet öğretisinin şeriklik bakımından uygulanabilirliğinin merkezi noktasını teşkil eder. Şerik hareketinin tam olarak sınırının belirlenmesinin gerekliliği özellikle doğal (*neutrale*) nitelikteki hareketlerin cezalandırma kapsamından çıkarılması bakımından gereklidir. Christmann, a.g.e., s. 89.

<sup>848</sup> Christmann, a.g.e., s. 89.

<sup>849</sup> Bu nedenle faildeki gibi bu neticenin şerike objektif olarak isnadının söz konusu olmayacağını belirten *Satzger*, burada failin kendi fiilinden bizzat sorumlu olması nedeniyle yardım eden veya azmettirenin esas fiile ilişkin netice ile arasındaki nedensellik bağlantısını kestiğini belirtmiştir. Zira kendi davranışından sorumlu olma prensibi çerçevesinde neticenin kişiye objektif isnadiyeti fiile ilişkin üçüncü kişinin ceza hukuku sorumluluğunun başladığı yerde sona erer. Bununla birlikte şerikin faile nazaran bu uzak etkisi şerikliğin diğer bir netice isnadı ile dengelenmektedir. Şerike ayrıca faili fiile sevk etmesi veya fiili gerçekleştirmesi esnasında yardım etmesine yönelik ikinci bir neticenin isnat edilmesi gereklidir. Yazar bunu ara netice (*Zwischenerfolg*) olarak ifade etmiştir. Bu ikinci neticeye şerik sadece sebep olmakla kalmaz ayrıca söz konusu neticenin şerike objektif olarak da isnat edilebilir olması gerekir (*Satzger*, a.g.m., s. 517). Şerik bakımından her iki neticenin aynı şerik hareketi ile ilişkili olması gerektiğinden, her iki netice değersizliği aynı hareket değersizliğine dayanmalıdır (Christmann, a.g.e., s. 89).

<sup>850</sup> Bu teoriye yönelik olarak, teorinin şerikliğin faillikten ayırımına yönelik gerekçelendirme yapmakla birlikte yasal düzlemde azmettirme ile yardım etmenin ayırımı üzerinde durulmadığı eleştirisi getirilmiştir. Eğer sınırlı bağlılığa dayanan katılım, şerikliğin cezalandırılmasının temeli olarak kabul edilirse, azmettirmeyi yardım etmeden daha fazla cezaya layık kılan sebebin ne olduğunun cevapsız kaldığı ifade edilmektedir. Buna yönelik olarak azmettirmenin daha güçlü bir hareket haksızlığına sahip olduğu savunması yapan *Hoyer* ise, azmettirmenin hem hareket haksızlığına hem de netice haksızlığına sahipken, yardım etmenin sadece netice haksızlığına sahip olduğunu ileri sürmüştür. *Roxin* tarafından ileri sürülen çözüm ise, azmettirmenin mağdurun hukuki değerine bağımsız bir saldırı niteliği taşıırken, yardım etmenin bağlı bir saldırı niteliği taşıdığı şeklindedir. Böylece neden olma teorileri, azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılmasını azmettirmenin cezalandırılma nedeninden azmettirme hareketi olan “suç işlemeye sevk etme (*Bestimmen*)”ye genişletir. Gerson, a.g.m., s. 187.

<sup>851</sup> Akbulut, a.g.m., s. 177. Alman Ceza Kanununda ciddi ve açık bir ölüm talebi üzerine öldürme suç olarak düzenlenmiştir (md. 216). Bu suçun mağduru ölüm talebinde bulunan kişidir. Bununla birlikte bu suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde kendi hayatına son verilmesi konusunda talepte

sonuç bir suç kapsamında suça iştirak eden ve mağdurun aynı kişi olduğu durumlar bakımından da geçerlidir. İhlal edilen hukuki değer taşıyıcısı bir başkası tarafından gerçekleştirilen saldırının cezalandırılabilir şeriki olamaz<sup>852</sup>. Bu bağlamda aslında azmettirenin ait olan bir şeyi çalan fail tarafından gerçekleştirilen hırsızlık suçunda arka planda yer alan hırsızlık suçuna azmettirmeden dolayı sorumlu tutulamaz. Zira burada azmettiren kendi hukuki değerine yönelik ceza hukuku anlamında saldırıda bulunamaz<sup>853</sup>.

Bu çift yönlülük<sup>854</sup> ile şerikliğin neden tamamlanma kastına sahip olması gerektiği de açıklama bulmaktadır. Şerikin kendisi aracılığıyla dolaylı olarak sebep olduğu hukuki değer ihlali bakımından bu kasta sahip olması gereklidir. Şerik uygun olan zamanda hukuki değer ihlalini engellemek istiyorsa, bu durumda bizzat hukuki değere yönelik saldırıda bulunduğundan söz edilemez<sup>855</sup>. Şerikin failin fiiline etkisi, fiil bakımından objektif olarak nedensel, sübjektif olarak ise kasten gerçekleştirilmiş olmalıdır. Kasten sebep olma, cezalandırılabilir bir şeriklik için yeterli değildir. Eğer kasten hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen fail davranışına kasten sebep olma cezalandırma bakımından yeterli olsaydı, ajan provokatörün azmettiren olarak cezalandırılması gerekirdi<sup>856</sup>.

*Roxin* tarafından ileri sürülen bağıllığa dayanan hukuki değer saldırısı temelindeki bu teori bakımından ileri sürülen eleştiri ise, teorinin şimdiye kadar hakkında itirazlar ileri sürülen ve birbirinin karşıtı olabilecek iki yaklaşımın heterojen şekilde bir araya getirilmesi esasına dayanıyor olmasıdır<sup>857</sup>. *Roxin*'in şerikliğin cezalandırma nedeninin temelini salt neden olma teorisi ve bağıllık kuralına dayanan neden olma teorisinin sentezine dayandırmaya yönelik çabasının amacına uygun olduğu belirtilmekle birlikte, bu sentezin *de facto* olarak<sup>858</sup> şerik haksızlığını bir araya getirerek oluşturması tepki

---

bulunan kişinin azmettiren olarak sorumluluğu ortaya çıkmaz. Çünkü kimse kendi hayatına karşı cezalandırılabilir bir saldırıda bulunamaz. Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 370 vd.

<sup>852</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 143; Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 371; Akbulut, a.g.m., s. 177.

<sup>853</sup> Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 266; Satzger, a.g.m., s. 517.

<sup>854</sup> Teori tarafından savunulan bu çifte yapının şerikliğin cezalandırılmasına yönelik gerekçelendirme bakımından yeterli olup olmadığına yönelik şüphenin bulunduğuna yönelik eleştiri için bkz. Nikolidakis, a.g.e., s. 47. Yazar şerikliğin bağımsız yönünün bulunduğu kabulünün şerikliğin tipik belirlilikten ayrılması tehlikesini de içerdiğine dikkat çeker. Şerikin bağımsız hukuki değer ihlalini gerçekleştirdiği kabul edilse de şerik haksızlığı ancak esas fiilin işlenmesi ile mümkün kılınır. Tipiklikten çözümlenmesine sebep olacak şekilde şerik kavramının ölçüsüz olarak genişletilmesi halinde, bu şerik hareketinin bağıllığının engelleneceğine dikkat edilmesi gerekir. Nikolidakis, a.g.e., s. 47.

<sup>855</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 372-374.

<sup>856</sup> Konuya ilişkin ayrıca 2. bölümde ajan provokatörlüğün sorumluluğuna ilişkin kısma bakınız.

<sup>857</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 47; Haas, a.g.e., s. 133.

<sup>858</sup> Nitekim *Noltenius*, şerikliğin cezalandırılmasının iki unsuru olarak bağıllık ve hukuki değere yönelik saldırı arasında gerçek bir bağlantının bulunmadığı, aksine sadece yan yana konumlandırıldığını ifade

görmüştür. *Roxin* diğer yaklaşımlara karşılık söz konusu unsurları eşit değerde görerek diğer yaklaşımların ortaya çıkardığı güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelmiştir. Bu bağlamda, bu bileşenlerin iki yönlü olarak aynı anda aynı şeyi korudukları bir birliğe ulaşamayacağı<sup>859</sup> ve böylece *Roxin*'in bir yandan şerik haksızlığının bağımsızlığının diğer yandan ise bağlılığının nasıl dengeleneceği sorusunu belirsiz kıldığı ve böylece bağlılık kuralı ve hukuki değer saldırısı arasındaki ilişkiyi meşru kılmayacak bir bağlantı yarattığı<sup>860</sup> ileri sürülmüştür. Bunların birbirleri ile ilişkisinin açıklanması noktasında yaklaşımın zayıf kaldığı belirtilmiştir. Şerikliğin kendisinde gerçekleşmesi gereken ve tipik haksızlık üzerinden şeriklikle ilişkili olması sebebiyle şerike isnat edilen unsurlar arasında ayırım yapma noktasında *Roxin*'le hemfikir olan *Bloy* bu ayırımın *Roxin*'de prensiplerin düalizmi şeklini (*die Form eines Prinzipien-Dualismus*) aldığını belirtmiştir<sup>861</sup>. Diğer bir ifadeyle, bağlılık kuralı ve kendi (şerikin) hukuki değer saldırısı prensibi birbirinden bağımsız şerik haksızlığının esasları olarak ele alınır<sup>862</sup>. Kaldı ki,

---

etmiştir (Noltenius, a.g.e., s. 277). Benzer şekilde *Hake*, şerik haksızlığının bağlı unsurlarının basit şekilde haksızlığın bağımsız unsuruna eklenemeyeceğini belirtmiştir. Esas fiilin haksızlığı şerikin cezalandırılmasını ancak ona söz konusu iştiraki kendi haksızlığı olarak yüklenebilirse haklı çıkarır (Hake, a.g.e., s. 68).

<sup>859</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 253.

<sup>860</sup> *Hake*, a.g.e., s. 68. Hukuki değer saldırısı ile bağlılık kuralı arasındaki doğru ilişki şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlık yapısının yardımıyla incelenmelidir. Azmettirme ve yardım etmeye ilişkin yasal düzenlemelerin içerdiği bir başkasının kasten ve hukuka aykırı fiiline katılma yasağını aşar. Diğer bir ifadeyle şerikliğin neticesi en azından esas fiilin gerçekleştirilmesinde oluşur. Bu, şerikliğin netice değersizliğinin esas fiilin haksızlığına bağlı olmasına sebep olur. Şerike karşı korunmayan hukuki değer ihlaline ilişkin durumlarda esas fail haksızlığının gerçekleşmesine katkıda bulunmasına rağmen neden şerik haksızlığı tamamıyla ortadan kalkmakta olduğunun cevabı açıklanmalıdır. Burada söz konusu olan bir yasağın ne kadar yoğun veya ne şekilde ihlal edildiği değil, bunun yerine ihlal edilebilir bir yasağın var olup olmadığı meselesidir. Bunun sonucu olarak “bir başkasının fiiline katılma” ve “hukuki değer ihlali” bir seri içinde yan yana bulunmaz, aksine arka arkaya konumlanır. Burada hukuki değer ihlali yönü cezalandırılabilir şerikliğin bulunup bulunmadığına göre soruyu cevaplama işlevi yerine getirirken; bağlılık ise mevcut olan şerik haksızlığının türünün ve kapsamının belirlenmesine hizmet eder. Kısacası şeriklik bir başkasının fiiline katkı aracılığıyla hukuki değere yönelik saldırıdır. *Hake*, a.g.e., s. 69 vd.

<sup>861</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 253.

<sup>862</sup> *Bloy* daha da ileri giderek bu şekilde *Roxin*'in kısmen şerik suçu öğretisinin etki alanında olduğunu ileri sürmüştür. *Bloy*, *Roxin*'in açıkça *Herzberg*'in bağımsız şerik tipikliği öğretisiyle (*lehre von den selbständigen Teilnahmetatbeständen*) ilişki kurduğunu belirtmiştir (*Bloy*, a.g.e., s. 253). Bununla birlikte *Herzberg*'in yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, bu eleştirinin haklı olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Çünkü *Herzberg*, şerikliğin bağlılığının teknik bir prensip olarak vazgeçilebilir olup olmadığı noktasındaki tartışmaların anlamsız olduğunu, kanun koyucunun şeriklik niteliğindeki hareketleri bağımsız şekilde suç tipi olarak düzenleyebileceğini, bununla birlikte eğer bir başkasının hangi davranışının desteklenip desteklenmeyeceği veya hangi davranışla bir başkasında suç kararının oluşturulup oluşturulmayacağı konusu boş bir kavramla (*Blankettbegriff*) ifade edilmek isteniyorsa o zaman bağlılığın belirlilik ilkesi çerçevesinde bir emir olduğu sonucuna ulaşılabileceğini belirtmiştir. *Herzberg*, a.g.m. (ZStW 1987), s. 61.



aynı şerik haksızlığı hem bağlı hem de bağımsız şekilde açıklanamaz<sup>863</sup>. Şerik değersizliği ve bağlılıktan ne anlaşılması gerektiği sorusu net bir açıklamaya muhtaçtır<sup>864</sup>. Ayrıca bağlılığa dayalı hukuki değer ihlali teorisi şerikin hukuki değer ihlalini ne şekilde gerçekleştirdiğini açıklamak konusunda yetersiz kalmıştır<sup>865</sup>.

Teoriye ayrıca azmettirme ve yardım etme arasındaki ayrımın neye göre yapılması gerektiği eleştirisi getirilmiştir. Zira bu yaklaşımın azmettirme ve yardım etme arasında cezalandırma nedenine ilişkin genel bir açıklamada bulunmakla yetindiği ileri sürülmüştür<sup>866</sup>. Bununla birlikte şerikliğin bağlılığı esasında cezalandırma nedenini açıklamaya yönelik görüşler göz önünde bulundurulduğunda, şerik haksızlığını detaylı bir şekilde ele alan yaklaşım olarak bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik ihlal teorisinin kabul edilmesi gerekir<sup>867</sup>. Şerik haksızlığı bakımından hareket ve netice değersizliğini ayrıca ele alan bu teori çerçevesinde her bir şerikin hukuki değer ihlaline yönelik kendi saldırısının gerçekleştirdiği katkının maddi içeriği ile birlikte ele alınması gerekir. Bu bağlamda azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılması argümanı dikkate alınmasa<sup>868</sup> dahi -benimsenen fiil hâkimiyeti teorisi ile bağdaşır nitelik arz etmemektedir- azmettirme ve yardım etme niteliğindeki katkıların haksızlık içeriğinin farklılığı ortaya

---

<sup>863</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 48. Yazar diğer teorilerin tek taraflılığını ortadan kaldıran bu teorisin ortaya çıkardığı pratik sonuçlar karşısında dogmatik açıdan yetersizliğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Teori salt ortaya çıkardığı sonuçlar ile değerlendirilemez, bunun öncesinde bu sonuçların dayandığı temelin makul şekilde izahının yapılması gereklidir. Nikolidakis, a.g.e., s. 48.

<sup>864</sup> *Roxin* tarafından geliştirilen bu teoriye yönelik eleştiriler için bkz. Renzikowski, a.g.e., s. 43, Hake, a.g.e., s. 68. Bağlılığa dayanan hukuki değer saldırısı yaklaşımına yönelik olarak *Lüderssen* insana ilişkin gerçekliğin farklı boyutlarına ait olan sebep olma ve bağlılığın iki isnadiyet prensibi olduğu ve karşılaştırılmaz büyüklükler olarak aynı aşamada bir araya getirilemeyeceğini ve birbirini tamamlayıcı niteliğe sahip olmadıklarını belirtmiştir (*Lüderssen*, a.g.e., s. 63-64). Aynı yönde Nikolidakis, a.g.e., s. 48.

<sup>865</sup> *Haas*'a göre, fail tarafından ihlal edilen hukuki değer şerike karşı da korunması gerektiği talebi, hukuki değer kavramının dar normatif anlamıyla dikkate alınmalıdır. *Haas*'ın görüşüne göre şerik haksızlığı sırf başkasına zarar vermek amacıyla hakkın kullanılması yasağına (*Schikaneverbot*) paralel olarak şerikin hak kullanma özgürlüğünün sınırlarını aşmak suretiyle hakkını kabul edilemez şekilde kullanması şeklinde özgü bir duruma dayanır. Çünkü davranışı, harici olarak somut fiile ilişkin durumun bilişsel ve sosyal bağlamda sadece ilgili hukuki değer taşıyıcısının aleyhine olacak şekilde hukuka aykırı esas fiile yol açma veya destek olmaya yöneldiği şekilde anlaşılabilir (suça ait anlam bağlantısı- *deliktischer Sinnbezug*). Bu objektifleştirilen amaç nedeniyle şerike onu esas fiile yönelik hiçbir şeyin ilgilendirmediği eleştirisi getirilemez. Diğer bir ifadeyle şerik örneğin davranışını fail tarafından suça ilişkin yapılan plana uydurarak veya failin talebine göre hareket ederek özgü bir davranış gerçekleştirir. Yazar bu şekilde şerikin doğrudan korunan hukuki değeri ihlal etmemesine rağmen neden cezalandırılması gerektiğini açıklamıştır. *Haas*, a.g.e., s. 135 vd.

<sup>866</sup> Schoepke, *Die Geringfügigkeit des Gehilfenbeitrags*, 2012, s. 25'ten aktaran Demirel, a.g.e., s. 239.

<sup>867</sup> Ayrıca bu teorisin şerikin başkasının özgü veya suçuna katılmayı gerektiremediği eleştirisi için bkz. Heinrich, a.g.e., s. 563.

<sup>868</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Demirel, a.g.e., s. 240.

çıkılmaktadır. Zira azmettiren failde suç işleme kararı oluşturması nedeniyle şeriklik niteliğindeki katkılar içinde en fazla haksızlık içeriğine sahip olan katkıyı<sup>869</sup> gerçekleştirmektedir.

### 3. Bloy'un İsnadiyet Tipleri (*Zurechnungstypen*) Yaklaşımı

*Bloy* tarafından ileri sürülen yaklaşım bağlılığa dayanan sebep olma teorisi ile büyük oranda paralellik taşımaktadır<sup>870</sup>. Bununla birlikte yazar, aşağıda belirtileceği üzere, yaklaşımını tamamen genel isnadiyet temelli sebep olma üzerinden şekillendirmemiş, bunun yanı sıra yaklaşımında özel isnadiyet unsurları şeklinde ifade ettiği ve şerikliğin bağımsız yönünü vurgulayan unsurlara yer vermiştir<sup>871</sup>. Bu anlamda ise bağlılığa dayanan hukuki değer ihlali olarak şeriklik teorisi ile benzer bir çizgide ilerlemiştir. *Bloy*, iştirak öğretisini tipik haksızlığın isnadiyetine yerleştirir. İsnat konusu tipik haksızlıktır, diğer bir ifadeyle özel hükümlerde düzenlenen her bir suç tanımında yer alan fail haksızlığıdır<sup>872</sup>. Zira iştirak normları suça iştirak ilişkisinde ilk olarak sadece faille isnat edilecek tipik haksızlık şeklinde dikkate alınır. Diğer suça katılanlar ilk olarak faille olan ilişkisi sayesinde sorumluluk alanında yer alır<sup>873</sup>. Şerik tipik haksızlığı bizzat kendisi gerçekleştiremeyeceği için, cezalandırılmasını temellendiren hareket haksızlığı failin davranışıyla belirlenir<sup>874</sup>.

Fiil, katılanlara isnat edilecektir. Ancak burada ayırım fiilin kime nasıl isnat edileceği noktasındadır. Fiil, şerike kendi şahsından bağımsız olarak, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın bağlılığı üzerinden isnat edilir<sup>875</sup>. Bu nedenle sadece fail

---

<sup>869</sup> Nitekim bu husus *Hoyer* tarafından şeriklik niteliğindeki katkıların esas fiilin hareket ve netice değersizliğine ilişkin etkileri çerçevesinde izah edilmeye çalışılmıştır. Azmettirme teşkil eden katkı, failde suç işleme kararına sebep olduğundan azmettiren hareketin haksızlığı yüklenebilir hale gelir. Buna karşılık yardım edene sadece failin fiilinin neticesinin haksızlığı yüklenebilir (Andreas Hoyer, *Systematischer Kommentar*, 2001, vor § 26 Kn. 20'den aktaran Demirel, a.g.e., s. 241). Bununla birlikte *Demirel*'in de haklı olarak belirttiği üzere, azmettirme ve yardım etme arasındaki ayırım bu çerçevede meşru bir temele yerleştirilemez. Çünkü yardım edenin gerçekleştirmiş olduğu katkı sadece netice haksızlığı bağlamında değerlendirilemez. Demirel, a.g.e., s. 247.

<sup>870</sup> Aynı yönde Demirel, a.g.e., s. 243.

<sup>871</sup> Redmann, a.g.e., s. 40.

<sup>872</sup> Böylece tüm katılanlara isnat edilen ve iştirakin konusu fail tarafından işlenen esas fiildir, yoksa tüm katılanlar bakımından katkı sağlanan genel bir olay değildir. Böylece *Bloy*, fail haksızlığı ile şerik haksızlığı arasında farklılaşmayı kabul etmez. Fiil bütün katılanlar bakımından aynıdır, katılanların rolü birbirlerine karşı farklılaşır. Böylelikle geniş fail kavramına karşı olduğunu da vurgulamıştır. *Bloy*, a.g.e., s. 191.

<sup>873</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 191.

<sup>874</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 206.

<sup>875</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 207, 251. *Bloy*, bu noktada *Roxin*'in şerikin de hukuki değere yönelik bağımsız saldırısının bulunduğu görüşünden ayrılmakta ve bu görüşü eleştirmektedir. *Bloy*'a göre, şerikin

değil, azmettiren ve yardım eden de bu tipik haksızlıkla ilişkilidir<sup>876</sup>. Isnadiyetin bu şekli müşterek faillikte olduğu gibi başkasının gerçekleştirdiği fiilden kendisinin fiili gibi sorumlu olması anlamına gelmez. Şerik başkasının tipik haksızlığı bakımından sorumludur. Şerikin kendi haksızlığı bu isnadiyetin temelini oluşturan bir katkıda bulunmuş olmasına dayanır. Burada bağlantı noktası şerikin fiile yönelik kendi katkısıdır<sup>877</sup>. Şerik haksızlığı esas fiil haksızlığından türetildiği sürece şerike, kendi katkısının hukuki değer ihlali teşkil edip etmediği söz konusu edilmeksizin, tipik haksızlıkla birlikte failin hukuki değere yönelik saldırısı da isnat edilir<sup>878</sup>.

*Bloy*'a göre iştirak şekillerinin belirleyici olan isnadiyet yapısı hareket eden ile netice arasındaki kişisel ilişkiden<sup>879</sup> (*personalen Zusammenhang*) ortaya çıkar<sup>880</sup>. Failde bu ilişki doğrudan bulunmakta iken; şerik bakımından fail aracılığıyla ortaya çıkan dolaylı bir ilişki söz konusudur<sup>881</sup>. Böylece iştirak şekilleri arasındaki ayrım bu kişisel bağlantının türünde ortaya çıkar<sup>882</sup>. Şeriklikte şerikin kendi hareketi şart koşulmasına

---

saldırısı sadece ve her zaman esas failin de saldırıda bulunduğu hukuki değere yöneliktir. *Bloy*, a.g.e., s. 252.

<sup>876</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 250. Yazara göre tipik haksızlık her yerde aynı işleve sahip değildir. Bu nedenle yazar haksızlık değerlendirmesinin faillik ve şeriklik ayrımında kendi haksızlığı ve başkasının haksızlığı şeklinde ikili ayırmada önem kazanacağını ifade etmiştir. Suça katılanlar bağlamında çifte olarak ele alınma durumu kusur aşamasında sürdürülmez. *Bloy*, a.g.e., s. 250.

<sup>877</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 251.

<sup>878</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 256. “*Hukuki değere yönelik saldırı suça iştirak türleri bakımından karakter oluşturmeyen genel isnat şartıdır. Bir davranışın faillik ya da şeriklik olarak cezalandırılması bakımından bir katkısı yoktur.*” *Bloy*, hukuki değer ihlalinin genel bir isnadiyet şartı olduğundan ve bu nedenle şerik haksızlığını özel olarak gerekçelendiremeyeceğinden söz etmiştir (*Bloy*, a.g.e., s. 252). *Hake* de hukuki değer ihlali bakış açısının şeriklikten söz edebilmek için zorunlu olmakla birlikte yeterli bir şart olmadığını belirtmiştir (*Hake*, a.g.e., s. 68). *Hake*'ye göre, şerik haksızlığının esas fiil haksızlığından türetildiği sonucu hem şerikliğe ilişkin yasal düzenlemelerden hem de şerikliğin suçun ön alanına ait yapısından ortaya çıkmaktadır (*Hake*, a.g.e., s. 68).

<sup>879</sup> Hâkimiyet kavramına kişilikle bağlantılı bir anlam veren *Bloy*'a göre, hâkimiyet kişiye bağlı bir olaydır. “*Kişi maddi ve manevi bir realitedir ve dış dünya ile iç dünyayı bünyesinde birleştirir. Bir faaliyet merkezi olarak telakki edilen kişilikte mündemîç kendi dışındaki dünyada değişiklik meydana getirme imkânı, hareketlerle kendini tezahür ettirir. Bu hareketler ile kişi fiil üzerinde hâkimiyet kurar ve kanunda tarif edilmiş haksızlık ile doğrudan temas halindedir.*” *Bloy*, a.g.e., s. 198, 203.

<sup>880</sup> *Renzikowski*, *Bloy* tarafından ileri sürülen yaklaşımın suça katılanlara ilişkin düzenlemeleri cezanın belirlenmesi gerekçeleri olarak sosyal sorumluluk sistemiyle entegre etmelerinin sonucu olarak tek faillik sistemine yaklaştığını ileri sürmüştür. *Renzikowski*, a.g.e., s. 35.

<sup>881</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 314; İzzet Özgenç, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1999, ss. 70-96, s. 84. “*Şeriklikte, suç ortaklarının (şeriklerin) gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri ancak bağlılık kuralı vasıtasıyla mümkün olabilmektedir. Çünkü fiili doğrudan işleyen failler, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla, yani suçun objesiyle doğrudan temas halinde iken; şerikler için böyle bir temas söz konusu değildir. O nedenle şerikler, faille olan şahsi bağlantıları nedeniyle ve ancak 'bağlılık kuralı' vasıtasıyla söz konusu haksızlıktan sorumlu tutulabilmektedirler.*” YCGK, E. 2018/11- 189, K. 2019/350, T. 18.4.2019.

<sup>882</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 313. *Bloy*, nedensellik bağlantısı üzerinden faillik ile şeriklik ayrımının yapılamayacağını, bunun her zaman tek faillik sistemini ortaya çıkarma riski taşıdığını belirtmiştir.

rağmen suça olan katkısının değerlendirilmesi (hareket değersizliği) bu katkısının dışında gerçekleşen olayın (suç seyrinin) değerlendirilmesine bağlıdır. Şerikliğin kendi haksızlığı başkasının haksızlığı ile olan ilişkisinde<sup>883</sup>.

Tipik haksızlıkla bu ilişkisi de belirli şartların yerine getirilmesini gerektirir<sup>884</sup>. Bu nedenle bu şerik haksızlığı, yalnızca şerikin kendi katkısının esas fiille ilgili olarak tükenmediği ölçüde bağımsız bir boyut kazanır. Böyle unsurlar şerikin kendisinin hukuki değer saldırısını ve yükümlülük ihlalini gerçekleştirmesinde bulunabilirler<sup>885</sup>. Böylece isnat kategorilerinin dikkate alınmasında tüm suça katılanlar bakımından ortak unsurların yanı sıra her bir katılan bakımından ayrıca ele alınması gereken unsurlara da değinmek gerekir<sup>886</sup>. Faillik ve şeriklik üzerinde belirleyici olan bağlılık kuralı, fiil hâkimiyeti, yükümlülük ihlali gibi özel isnadiyet prensibidir<sup>887</sup>. Bağlılık, şeriklik bakımından bir başkasının fiili için gerekli olan hareket değersizliğine ilişkin cezalandırılabilir iştirakin sınırlarını çizen kişisel isnat kriteridir. Zira şeriklik davranışının haksızlık içeriği esas fiil kapsamında belirlenebilir<sup>888</sup>. Bu bağlamda haksızlık, yükümlülük ihlaline indirgenemez, içinde hâlâ icrai-ihmalî suçlar veya taksirli-kasten işlenen suçlar bakımından aynı şekilde yer alan genel bir haksızlık unsuru bulunur<sup>889</sup>. Bağlılık kuralı özel hükümlerdeki ilgili suçun somut haksızlığına bağlar. Bu, sadece fail ile şerikin temasının aynı hukuki değere karşı ortak bir saldırı teşkil ettiğinde hukuka uygun olabilir. Bu nedenle şerik aracılığıyla hukuki değer ihlalinin gerekliliği isnadiyetin bağlılık kuralına mündemiç sınırır. Faillik ve şerikliğin haksızlık yapısı ikisi bakımından aynı hukuki değere saldırı olarak ifade

---

Ayrıca netice isnadı kapsamında yapılacak bir değerlendirmenin de şerikliğin cezalandırılmasını meşru kılmak bakımından katkı sağlamadığına dikkat çekmektedir. Suça katılanlardan biri tarafından gerçekleştirilen hareketin diğeri bakımından taşıdığı anlam dikkate alınarak şerikliğin tespiti gerektiğini belirten yazar, anlam ilişkisinin nedensellik ilişkisine indirgenemeyeceği sonucuna varmıştır. Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 13.

<sup>883</sup> Bloy, a.g.e., s. 251.

<sup>884</sup> Bloy, a.g.e., s. 251.

<sup>885</sup> Bloy, a.g.e., s. 251.

<sup>886</sup> Bloy, a.g.e., s. 252. *Bloy*'un yaklaşımına yönelik eleştiri için bkz. Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 382. *Roxin, Bloy*'un da bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırıya paralel bir görüşe sahip olduğunu, görüşünün ağırlık noktasını bağlılığa dayanan sebep olma teorisi oluştursa bile aynı sonuca ulaştıklarını belirtmiştir. Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 382.

<sup>887</sup> Bloy, a.g.e., s. 256-257.

<sup>888</sup> Bloy, a.g.m. (JA 1987), s. 492.

<sup>889</sup> Bloy, a.g.e., s. 263.

edildiği sürece genel bir unsura sahip olur<sup>890</sup>. Böylece burada genel bir isnadiyet şartı söz konusudur<sup>891</sup>.

Faillik ve şeriklik de yükümlülük ihlalini genel isnadiyet kriteri olarak kapsar. Bununla birlikte yasak normunun ihlal edilmesinde mevcut bulunan yükümlülük ihlalinde sadece faile sorumluluk yüklenemez. Şerikin de yükümlülüğe aykırı davranması söz konusudur. Bu sadece şerikin faille ortak şekilde ceza kanunlarının özel hükümlerinde yer alan hukuki değerden ortaya çıkan insana saygı hakkına muhatap olduğundan dolayıdır. Böylece suç tiplerinin dayandığı yasak normları geniş şekilde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle bu, tipik davranış normlarının geniş yorumuna dayanır<sup>892</sup>. Bu nedenle dar fail kavramı yalnızca yasak ihlalinin cezalandırılmasına dayanmaktadır. Fail ve şerik birlikte, ancak her biri kendisi için, aynı yasağı ihlal etmektedir. Sadece, bu ihlalin türü ve şekli farklılaşmaktadır<sup>893</sup>. Bu nedenle şerikin hareket değersizliği failinkine göre daha azdır. Şerikliğin cezaya liyakatı da failliğin hareket değersizliğine bağlıdır ve fakat bu bağlılıkla sağlanır<sup>894</sup>. Suç seyrinin geneli bakımından kendi kişisel teması yerine faille kişisel bağlantı kurmaktadır<sup>895</sup>. Failliğin ceza gerekliliğine ilişkin ayırımıda şerikliğin ceza gerekliliği sadece tipik haksızlıkla ilişkisinde görülemez; aksine azmettirme veya yardım eden şeklinde hukuki değere yönelik saldırının gerçekleşip gerçekleşmediği de dikkate alınır. Böylelikle cezalandırılan şerikliğin hareket haksızlığı çifte yöne tabi kılınır. Esas fiille ve şerikliğe ilişkin düzenlemelerde (ACK md. 26 ve 27) yer verilen hareket şekilleriyle belirlenir<sup>896</sup>. İştirak çerçevesindeki farklı davranış şekillerinin cezaya liyakat içeriğine ve ceza gerekliliğine göre ayırma gidilir<sup>897</sup>. Azmettirme ve yardım etmenin

---

<sup>890</sup> Bloy, a.g.e., s. 252.

<sup>891</sup> Bloy, a.g.e., s. 253.

<sup>892</sup> Bloy, a.g.e., s. 262 vd.

<sup>893</sup> Bloy, a.g.e., s. 263.

<sup>894</sup> Faillik niteliğindeki hareket haksızlığı failin kendisinde oluşur. Dolaylı faillikte ve müşterek faillikte başkasının hareket haksızlığı kendi hareketi gibi isnad edilir. Burada belirleyici husus fiil hâkimiyetidir. Buna karşılık şeriklikte başkasının hareket isnadı aslında haksızlık isnadı olarak gerçekleşir. Bu nedenle şerikin hareket haksızlığı failin hareket haksızlığı ile birlikte oluşur. Bunun içinse belirleyici husus bağlılıktır. Bu nedenle şerik, esas fiile yönelik katkısı nedeniyle değil, esas fiil için gerçekleştirdiği katkı nedeniyle cezalandırılır. Şeriklik hareket haksızlığının isnadına dayandırıldığında isnad edilen esas fiile ilişkin hareket haksızlığının bulunması gerekir diğer bir ifadeyle esas failin kastını gerektirir. Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 18-19.

<sup>895</sup> Bloy, a.g.e., s. 316; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 530.

<sup>896</sup> Bloy, a.g.e., s. 318-321.

<sup>897</sup> Bloy, a.g.e., s. 322. *Renzikowski*, Bloy tarafından ileri sürülen yaklaşımın suça katılanlara ilişkin düzenlemeleri cezanın belirlenmesi gerekçeleri olarak sosyal sorumluluk sistemiyle entegre etmelerinin sonucu olarak tek faillik sistemine yaklaştığını ileri sürmüştür. *Renzikowski*, a.g.e., s. 35.

neticeye sebep olma şeklinde değerlendirilmesinde isnadiyet aşaması eksiktir, esas fail şerikler için nedensel faktör değil fiil hâkimidir<sup>898</sup>. Niceliksel olarak eksik olan fiil hâkimiyeti veya faillik niteliği bağlılık ile karşılanamaz. Zira bağlılıkla şerikin tipik hareket seyrine olan uzaklığı göz ardı edilemez. Aksine sadece bu uzaklığın sürdürülmesi kapsamında bir başkasının fiiline şeriklik gerekçelendirilebilir. Bu nedenle bağlılık sadece bir başkasının fiiline şerikliğin aracıdır<sup>899</sup>. Faillik sadece fiil hâkimiyetine sahip olma şeklinde olumlu ifadeyle tanımlanırken, şeriklik ise ilk olarak “fiil hâkimiyeti olmaksızın” şeklinde bir eksiklik ile birlikte tanımlanır. Şeriklikteki isnadiyet boşlukları bağlılık kuralı tarafından kapatılır<sup>900</sup>. Bu, azmettirme için de geçerlidir. Azmettirmeye uygun olan faillik niteliğindeki hareket değersizliğini sadece dolaylı fail gerçekleştirebilir<sup>901</sup>. Şerikin olay seyrine ilişkin sınırlı kişisel teması tipik haksızlıkla ilişkisinin aynı şekilde yapılandırılmış olmasına değil, farklı şekilde oluşmasına dayanır. Tipik haksızlığa yönelik doğrudan ve dolaylı temas ayrımı niteliksel bir ayrımdır<sup>902</sup>.

Suçta katılanlar arasındaki ayrımın belirlenmesinde, doğrudan faillikten farklı olarak, sadece fiile ilişkin netice isnadı söz konusu değildir; ayrıca fiile ilişkin hareket isnadı da söz konusudur. Birden fazla kişinin tipikliğin gerçekleştirilmesine katılması durumunda hareketleri sadece sebep-sonuç bağlamında anlaşılamaz. Fiilin icrasına yönelik birisinin katkısının diğerleri bakımından ne anlam ifade ettiği de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda özellikle ön planda hareket edenle arka planda yer alanın fiile yönelik katkıları birbirlerinden soyutlanarak açıklanamaz. Zira bu kişilerin karşılıklı olarak birbirini etkilemesi söz konusudur. Sonuç olarak, bu durum doğrudan faillikten farklı olarak iştirak halinde işlenen suçlarda daha geniş isnadiyet sistemine neden olur<sup>903</sup>. Bu bağlamda şerik sorumluluğunun gerekçelendirilebilmesi için netice isnadı sistemini tamamlayan hareket aşamasına ait isnadiyet sistemine de ihtiyaç vardır<sup>904</sup>. Sadece netice isnadiyeti şeklinde dar olarak anlaşılan isnadiyet sistemi ile faillik ile şeriklik arasındaki ayrım gerekçelendirilemeyeceğinden, farklı iştirak şekilleri arasındaki farklılık rizikonun gerçekleştirilmesinin spesifik durumları olarak karakterize edilerek daha geniş bir

---

<sup>898</sup> Bloy, a.g.e., s. 191.

<sup>899</sup> Bloy, a.g.e., s. 316.

<sup>900</sup> Bloy, a.g.e., s. 191.

<sup>901</sup> Bloy, a.g.e., s. 316.

<sup>902</sup> Bloy, a.g.e., s. 317. Benzer yönde Önok, a.g.e., s. 77.

<sup>903</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 13-14.

<sup>904</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 14.

isnadiyet sistemi ile tamamlanmalıdır<sup>905</sup>. Benzer yönde bir görüş, esas failin suça sevk edilmesinin veya esas fiile yönelik katkı sağlanmasının şeriklik hareketinin haksızlığını karşılarken, salt hareket haksızlığının bulunmasının cezaya liyakat içeriğini ve ceza gerekliliğini ortaya çıkarmayacağını kabul etmiştir. Bununla ilişkili olarak esas fiilin yasal düzenleme kapsamında asgari şartları oluşturması gerekir. Hukuki değere yönelik ihlalin gerçekleştirilmesi veya buna teşebbüs edilmesi şerikliğin netice değersizliğini gerçekleştirir. Sonuç olarak, şerik haksızlığı bakımından da hareket değersizliği ile netice değersizliğinin gerçekleşmesi aranır<sup>906</sup>.

### C. DEĞERLENDİRME

Şerikliğin cezalandırma nedenine ilişkin öne sürülen yaklaşımlar göz önünde bulundurulduğunda, şerikliğin cezalandırma nedeninin bağıllık kuralı ile olan yakın ilişkisi ön plana çıkmaktadır. Zira bu neden, şerikliğin haksızlık içeriğinin belirlenmesi bakımından esas fiile bağıllığın kurucu bir işlev mi gerçekleştirdiği, yoksa şeriklik bakımından kasten işlenen esas fiile bağıllığın önemli olmayan bir ölçüt mü teşkil ettiği hususunda da belirleyici olmaktadır. Şeriklik kapsamında gerçekleştirilen hareketler ceza kanunlarının özel hükümlerinde yer alan suç tipleri ile doğrudan bağlantı içinde değildir. Bu bağlantıyı şerik haksızlığının bağımsızlığının bulunduğu hareketle yorum yoluyla oluşturmaya yönelik düşünce zorlama bir çabadan ibarettir. Şerik suçu öğretisine karşılık azmettirme ve yardım etme suç tipi olmadıklarından, şerikliğe ilişkin yasal düzenlemeler ceza kanunlarının özel hükümlerindeki suç tipleri gibi yasağı temellendirmezler. Bu nedenle suç tiplerine ilişkin düzenlemelerden hareketle şerikliğin bağımsız suç tipi veya bağımsız bir suça iştirak türü olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılamaz. Bu sonuç, suça iştirak edenlerin gerçekleştirdikleri katkılar arasındaki maddi farklılığın ve buna bağlı olarak niteliksel ayrımın ortadan kalkmasına zemin hazırlayıcı niteliktedir. Bu nedenle şerikliğin cezalandırılma nedeninin tespitine yönelik çıkış noktası olarak şerikliğe ilişkin yasal düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise bu düzenlemelerde şeriklik niteliğindeki hareketin, suç ile bağlantısı üzerinden şerik bakımından sorumluluk ortaya çıkarmasıdır. Diğer bir ifadeyle, şerikliğe

---

<sup>905</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 16. Bu şekilde neticenin gerçekleşmesine etki eden her bir sebebin cezalandırılma durumunu ortaya çıkaran tek faillik sisteminin karşısında ceza yaptırımını gerektirmeyen iştirak şekilleri kapsamındaki suça yönelik katkıların da hariç tutulmasını sağlar. Bloy, a.g.m. (ZStW), s. 16.

<sup>906</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 49-50.

ilişkin düzenlemeler cezalandırma nedeni ve sorumluluk tespiti bakımından gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Bu durumda şerikliğin haksızlık içeriğini bağlı şekilde izah eden yaklaşımlar avantaj elde etmektedir.

Şerikliğin suç tiplerinde yer alan fiili gerçekleştirilmemesi, aksine failin fiiline katkı sağlaması ile cezalandırılabilir şerikliğin ortaya çıkması her tür şerik davranışının da bu kapsamda değerlendirilmediği sonucunu ortaya çıkarır. Ceza hukuku, hukuki değeri tesadüfi şekilde gerçekleşen nedensel ihlallere karşı değil, sadece belirli davranış şekillerine karşı koruyabilir<sup>907</sup>. Bu durumda cezaya layık şerikliğin haksızlık içeriği esas fiille bağlantılı olarak açıklanmalıdır. Bu aynı zamanda anayasal nitelikteki belirlilik ilkesinin de bir gereğidir.

İştirak öğretisinin gelişim süreci göz önünde bulundurulduğunda, suça iştirak edenlerin sorumluluğunun salt neticeye sebep olma üzerinden ele alınmasının tatmin edici olmayan ve bu düzlemde açıklanması zorluk arz eden sonuçlara sebep olduğu görülmüştür. Bu özellikle neticeye yönelik etkisi doğrudan olmayan şerik bakımından daha fazla önem arz eder. Zira şerik hukuki değer ihlalini ancak fail aracılığıyla gerçekleştirebildiğinden ve yine esas fiil olmaksızın şerik hareketinin ceza hukuku anlamında önemi bulunmadığından şerik haksızlığı esas fiil haksızlığından türetilir. Bununla birlikte sorumluluğun başkasının haksızlığına dayandırılması şerikin başkasının haksızlığı için sorumlu tutulacağı anlamına gelmez<sup>908</sup>. İşte bu noktada şerik haksızlığının tamamen bağlı haksızlık mı teşkil ettiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Şerikliğin cezalandırılma nedenini açıklamaya yönelik yaklaşımlar arasındaki farklılığın da esasen burada oluştuğunu söylemek mümkündür. Esas fiile ilişkin neticeye yönelik katkı sağlayarak hukuki değer ihlaline sebep olma şeklindeki şerik haksızlığının kabulü, hukuki değer şerike karşı da korunduğu hususuna önem atfetmediği şeklindeki eleştirilere maruz kalmıştır. Hukuki değer şerike karşı da korunması, şerikliğin bağımsız bir haksızlık teşkil ettiği anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle bu kabul, şerikliğin bağlı niteliğine aykırılık oluşturmaz. Şerik nasıl ki failin gerçekleştirdiği şekliyle haksızlığı gerçekleştiremezse, hukuki değer ihlalini de failin gerçekleştirdiği şekliyle gerçekleştiremez. Bu, failin suçun konusu üzerinde zarar veya tehlike oluşturması halinde

---

<sup>907</sup> Poppe, a.g.e., s. 462.

<sup>908</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 50.



hukuki değere yönelik ihlal derecesinin farklılık arz etmesi gibi fail ve şerikin hukuki değere yönelik etkilerinin farklılık arz edeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak bu hukuki değerın şerike karşı korunduğu esasına aykırılık oluşturmaz. Bu bağlamda hukuki değer ihlaline yönelik şerikin etkisi daha azdır. Ne azmettiren faili azmettirmesi ile ne de yardım eden fiilin işlenmesinde araç temin etmesi veya failin suç kararını kuvvetlendirmesi ile korunan hukuki değeri ihlal edici boyutta bir saldırı gerçekleştirilebilir. Bu nedenle şerikliğe ilişkin yasal düzenlemeler faillik niteliğinde olmayan hukuka aykırı davranış tanımını içerir ki, bunlar her zaman kasten ve hukuka aykırı esas fiile bağlıdır.

Bu, aynı zamanda ilgili niteliğe haiz olmayan şerikin özgü suçlara yönelik katkısı ile gerçekleştirdiği haksızlık bakımından ortaya çıkan sorumluluğu ile de uyumludur. Zira özgü suçlarla korunan hukuki değere yönelik ihlal teşkil eden fiil ancak suç tipinde gerekli olan niteliğe haiz kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda ilgili niteliğe haiz olmayan şerikin söz konusu hukuki değeri doğrudan ihlal edemeyeceği açıktır. Aksini kabul, ilgili niteliğe haiz olmayan şerikin tamamen cezasız kalması gerektiğini gösterir. Bunun yanı sıra şerikin haksızlığını fail tarafından gerçekleştirilen fiil üzerinden dolaylı olarak gerçekleştirmesi ayrıca bağlı olmayan haksızlık unsurlarının var olması gerçeği ile de desteklenir. Nitekim bazı haksızlık unsurları kişisel nitelikte olup, sadece ilgisi bakımından haksızlığın artması veya azalması şeklinde etki gösterir.

Şerikin sorumluluğunun belirlenmesi esas olarak bağlı haksızlık temelinde esas fiile dayandığından, sadece hukuki değere yönelik bağımsız saldırı gerçekleştirdiği argümanı üzerinden bu kabulün düşünce ceza hukukuna zemin hazırladığı eleştirisi haklı kılınamaz. Zira burada şerik haksızlığı sadece bağımsız unsur ile açıklanamamaktadır. Aksine şerikliğin cezalandırılma nedeni esas olarak başkasının gerçekleştirdiği fiil üzerinden dikkate alınmakta ve böylece şerik haksızlığının esas fiile bağlılığı teslim edilmektedir. İştirak kapsamında belirleyici olan failin haksızlığının şerike isnat edilmesi değil, aksine failin haksızlığının şerikin haksızlığını içerik ve kapsam olarak belirlemesidir<sup>909</sup>. Sadece suça sevk etme veya yardım etme teşkil eden hareketlerin esas fiil olmaksızın bağımsız olarak cezalandırılacakları sonucuna ulaşılmamaktadır. Böylece şerik haksızlığının bağımsızlığı esas fiile bağlılık temelinde somut unsurlarla ilişkilendirilmektedir. Ayrıca bu yaklaşım çerçevesinde şerikin saldırısının yöneldiği hukuki değer de esas failin

---

<sup>909</sup> Hake, a.g.e., s. 101.

saldırısının yöneldiği hukuki değerden farklı değildir, bu nedenle iştirak halinde işlenen suçlarda ihlali hedeflenen hukuki değer suça tüm iştirak edenler bakımından aynıdır.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı şerikliğin cezalandırma nedenini açıklamaya yönelik yaklaşımlar çerçevesinde hem şerikliğe ilişkin yasal düzenlemeler ile bağdaşır niteliği ile hem de konuya ilişkin ortaya çıkan zorlukların ortadan kaldırılmasına ilişkin çözüm önerileri ile avantaj elde etmektedir.

Ayrıca şerikliğin cezalandırılma nedeninin esas fiilin varlığına bağlı olduğuna yönelik kabul faillik ve şeriklik ayrımı bakımından benimsenen fiil hâkimiyeti öğretisi ile de uyumludur. Zira bu öğretiye göre şeriklik fiil hâkimiyeti olmaksızın suça katılma olarak ifade edildiğinden bağımsız bir haksızlık temeline veya tipikliğin gerçekleştirme durumuna sahip değildir. Aksine fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık bakımından tali sorumluluk söz konusudur. Bu bağlamda tüm katılanlar neticeye yönelik bağlantıda izole edilerek değerlendirilmez. Şerikin de korunan hukuki değere yönelik kendi saldırısını kabul etmekle birlikte, şerikin ceza kapsamının esas fiile bağlı olduğu da inkâr edilemez<sup>910</sup>. Bu nedenle şerik haksızlığını esas fiilden bağımsız şekilde açıklayan yaklaşımlar fiil hâkimiyeti ile ortak bir zeminde yer alamaz.

### III. İKİLİK SİSTEMİNDE ŞERİKLİĞİN ESASI: BAĞLILIK KURALI

#### A. BAĞLILIK KAVRAMI VE HUKUKİ ESASI

Terim Latince kaynağına dayanılarak ele alınırsa bağlılık, katılan (*hinzutretend*), üstlenen (*übernehmend*)<sup>911</sup>, dâhil olan (*zugehörig*) gibi birden çok anlama sahip “*accedens*” kavramının karşılığıdır<sup>912</sup>. Suça iştirak öğretisi kapsamında bu şekilde geniş anlamıyla ele alındığında bağlılığın sadece şerikleri değil, suça tüm iştirak edenleri kapsadığı belirtilmelidir. Bu durumda bağlılık sadece suça iştirak edenin sorumlu tutulmasının bir başkasının fiilinin varlığına bağlı kılınması anlamına gelmez. Bunu aşar şekilde, katkı yapılmış olan fiilin ya sadece gerçekliği bakımından ya da hukuki niteliği açısından da iştirak biçimine ait olması daha doğrusu katkıyı gerçekleştiren tarafından

<sup>910</sup> Poppe, a.g.e., s. 466.

<sup>911</sup> Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 149.

<sup>912</sup> Poppe, a.g.e., s. 32.

üstlenilmesi (isnat edilmesi) anlamına gelir<sup>913</sup>. Bu nedenle bağılıktan ne anlaşılması gerektiği, bağlantı noktası olarak esas fail tarafından işlenen fiilin esas alınmasına veya tüm katılanlar tarafından ortak olarak gerçekleştirilen fiilin ya da her bir katılanın hareketiyle gerçekleştirdiği fiilin dikkate alınmasına göre değişiklik gösterir<sup>914</sup>. Bağlılığın bağlantı noktası olarak herkes tarafından işlenen fiilin bütünü ele alınırsa bu durumda şerikliğin esas olarak bağılıktan ve şerikliğin isnadiyet şeklinden söz edilemez<sup>915</sup>. Burada suça iştirak edenler bakımından dolayı faillikte ve müşterek faillikte olduğu gibi fiilî bir bağılılık söz konusu olur<sup>916</sup>. Tek faillik sisteminde suça iştirak edenlerin arasındaki bağılılık buna karşılık gelir. Bu nedenle suça sevk etme ve yardım etme niteliğindeki katkıyı karşılayan faillik şeklinin, suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin fiiline bağlanması ancak cezalandırma şartı olarak anlam ifade eder. Buna karşılık fail tarafından gerçekleştirilen fiil üzerinden şerikin ceza sorumluluğunu belirleyen ikilik sisteminde her bir iştirak şeklinin haksızlık temeli farklı yolla ortaya çıkar. Bu bağlamda fail ve şerik bakımından farklı değerlendirme yapılması gereklidir. Burada şeriklik bakımından esas fail tarafından gerçekleştirilen fiilin esas alınması dar anlamıyla bağılılığı ifade eder<sup>917</sup>.

---

<sup>913</sup> Poppe, a.g.e., s. 32. Böyle ele alındığında artık birden fazla kişinin suça katıldığı durumlarda sadece bir katılına fiile ilişkin neticenin isnat edilip edilemeyeceği söz konusu olmaz. Burada ön plana çıkan husus, örneğin müşterek faillikteki gibi sadece fiilî bağılılık anlamında diğer katılanların değerden yoksun hareketlerinin isnad edilip edilemeyeceği veya niteliksel bağılılık anlamında hâlihazırda haksızlık olarak değerlendirilen başkasının fiilinin isnadının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ile ilgilidir (Poppe, a.g.e., s. 33).

<sup>914</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 53.

<sup>915</sup> Haas, a.g.e., s. 148.

<sup>916</sup> *Haas* böyle bir durumda dolayı faillikteki gibi niceliksel bağılılık veya müşterek faillikteki gibi yarı-niteliksel bağılıktan söz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, dolayı failliğin ve müşterek failliğin temelinde, doğrudan faillikten farklı olarak, olağan dışı bir davranış isnadiyeti bulunmaktadır. Bu ise, ön planda yer alan kişinin davranışını arka plandaki kişiye isnat edebilmek için bir sebebin bulunmasına dayanır. Buna dayanılarak arka plandaki kişinin faillik niteliğindeki sorumluluğu ve dolayısıyla fiilî olarak, korunan hukuki durumu ihlal ettiği tespit edilebilir. Ayrıca müşterek faillik ve dolayı faillik bakımından olağan dışı bu davranış isnadı şerikliğin haksızlık nedeninden normatif olarak farklıdır. Burada ön plandaki kişinin tipikliği hukuka aykırı şekilde gerçekleştirmesi gerekmez (Haas, a.g.e., s. 148). Dolaylı faillikte olağan dışı davranış isnadiyeti bakımından belirleyici nokta dolayı failliğin gerçekleştiriliş şekli ve hukuki temeli bakımından ön planda yer alanın hukuka aykırı hareket etmesini şart koşmamasıdır. Bu bağlamda tek şart, başkası tarafından ön planda gerçekleştirilen fiilî davranışın normatif olarak arkasındaki kişinin davranışı olarak tanımlanabilmesidir. Bu nedenle dolayı faillik, dolayı failin davranışı suçun hazırlık aşamasında kaldığı sürece, salt fiilî bağılılık şeklinde ortaya çıkar. Ön plandaki kişinin üzerinde gerçekleştirilen etki icra hareketi niteliğinde değildir. Bu nedenle dolayı faillik sadece deklaratif işleviyle tespit edilebilecek doğrudan failliğin bir alt unsuru değildir. Dolaylı failliğin isnadiyet figürü olduğunu belirten yazar bu kabulün isnadiyet muhatabının hukuki bakımdan fail olarak ele alınmasını sonuçladığını ileri sürer (Haas, a.g.e., s. 81).

<sup>917</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 54.

Doktrinde bağıllık yapısı niteliksel bağıllık ve niceliksel bağıllık şeklinde iki yönlü olarak ele alınmaktadır<sup>918</sup>. Niteliksel bağıllıkta, esas fiilin suç niteliği bakımından hukuki değerlendirmesi söz konusudur. Bağıllığın bu görünüm şeklinde şeriklerin sorumluluğu bakımından failin esas fiile ilişkin hangi unsurları gerçekleştirmesi gerektiği sorusuna cevap aranmaktadır<sup>919</sup>. Dar anlamda niteliksel bağıllık şerikliğin karakteridir<sup>920</sup>. Zira tek başına faillığın<sup>921</sup>, müşterek faillığın veya dolaylı faillığın niteliksel bağımsızlığı söz konusudur. Fail gerçekleştirdiği fiilin haksızlık içeriğini bizzat taşıdığından, azmettiren ve yardım eden için aranan bağıllık kuralı gibi bir yapıya ihtiyacı yoktur<sup>922</sup>. Her ne kadar müşterek faillik<sup>923</sup> ve dolaylı faillikte suç seyrine fiilî olarak bir başkası aracılığıyla sebep olunması söz konusu olsa bile, bu faillik türleri bir başkasının hukuki nitelikteki katkısına ihtiyaç duymaz. Diğer bir ifadeyle, bunların cezalandırılması bakımından bir başkasının gerçekleştirdiği cezalandırılabilir fiilin varlığı gerekli değildir. Cezalandırılabilirliğin tüm şartlarının kendisinde gerçekleşmiş olması hem dolaylı faillik hem de müşterek faillik bakımından belirleyicidir<sup>924</sup>.

Buna karşılık şerikliğin esas bir başkası üzerinden hukuki değer ihlaline iştirake göre ve bunun sonucunda bir başkasının tipikliği gerçekleştirmesine yönelik etkisine göre oluştuğundan, şeriklerin fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağıllığı hukuki bağıllık niteliğindedir<sup>925</sup>. Şerikliğe ilişkin düzenlemeler bu anlamda öncelikli olmasına rağmen

---

<sup>918</sup> Doktrinde niteliksel bağıllık yerine iç bağıllık (*innere Akzessorietät*) ve niceliksel bağıllık yerine dış bağıllık (*äußeren Akzessorietät*) kavramları da kullanılmaktadır. Diethelm Kleszczewski, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat. Grundlegung zu einer strafrechtlichen Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, Habilitationsschrift, Hamburg 1998, s. 21.

<sup>919</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 18; Poppe, a.g.e., s. 27.

<sup>920</sup> Poppe, a.g.e., s. 27.

<sup>921</sup> Kanun koyucu tarafından şeriklik hareketinin faillığın özgülü türü şeklinde suç tipi olarak düzenlenmesi halinde tek başına faillığın niteliksel bağımsızlığı konusuna ilişkin istisna tanınmış olur. Nitekim suç işlemeye tahrik suçu (TCK md. 214; ACK md. 111) bu niteliktedir. Burada tipikliğin gerçekleşmesi diğer kişiler aracılığıyla haksızlığın gerçekleştirilmesine bağlıdır. Poppe, a.g.e., s. 28.

<sup>922</sup> Müşterek faillik bakımından fiilin gerçekleştirilmesine yönelik doğrudan doğruya karşılıklı sorumluluk içeren katkılar, iradi ve bilinçli şekilde yapılan işbirliği ile birlikte sorumluluğu meşru kılar (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 270). İşbölümü yapılarak işlenmesinden kasıt, ortak suç işleme kararı nedeniyle faillerden her birinin objektif katkı yapmasıdır ki bu katkılar bir araya geldiğinde somut suçun işlenmesine sebep olacaklardır. Her bir iştirakçinin katkısı, ortak suç işleme kararı kapsamında olduğu sürece, diğer iştirakçilere de atfedilecektir. Hauf, a.g.e., s. 78.

<sup>923</sup> Doktrinde müşterek faillik bakımından bağıllık kuralının geçerli olup olmadığına yönelik tartışmaya yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, a.g.e., s. 302 vd.

<sup>924</sup> Bloy, a.g.e., s. 360; Poppe, a.g.e., s. 28.

<sup>925</sup> Hünerfeld, a.g.m., s. 234; Engert, a.g.e., s. 39. *Blei* bu bağlamda azmettiren ve yardım edenin esas failin fiiline bağıllığının yanı sıra müşterek failin diğer müşterek failin fiiline bağıllığını da hesaba katarak geniş anlamda şeriklikten söz ederek bağıllığın suça iştirakin esasını oluşturduğunu belirtmiştir. Blei, a.g.e., s. 236.

suça ilişkin tipik netice kapsamında şeriklik hareketinin nedenselliğinin ve şerike objektif olarak isnat edilebilirliğinin belirlenmesi bağlamında esas fiil dikkate alınır<sup>926</sup>. Diğer bir ifadeyle, şerikliğin bağlılığı, şerikliğin her zaman bir başkasının fiilini şart koşması anlamına gelir<sup>927</sup>. Bu nedenle esas failin hareketinin hukuka aykırılığı şeriklerin kendi haksızlığı bakımından normatif şart teşkil eder. Şerikliğin normatif bağlılığı dolaylı ve müşterek faillığın fiilî bağlılığından kesin şekilde ayrılır<sup>928</sup>. İştirak şekilleri olarak faillik ile şeriklik arasında oluşan fark bir nicelik farkı değil, nitelik farkıdır<sup>929</sup>. Şerik, suçun konusu ile doğrudan bir ilişki içinde değildir. Bu bağlamda fail ile kurduğu bağlantı üzerinden suçun konusu bakımından etki gösterir<sup>930</sup>. Bununla birlikte bu husus, şerikin faille kurduğu kişisel bağlantı nedeniyle sorumlu tutulacağı anlamına gelmez. Zira şerik esas fiile yönelik katkısını ancak fail aracılığıyla gerçekleştirebileceğinden faille kurduğu kişisel bağlantı gereklidir; ancak ceza sorumluluğunu temellendiren husus fiile yönelik katkısıdır<sup>931</sup>.

Böylece şeriklik bakımından esas fiil gerekliliği ön plana çıkar. Bu nedenle suça iştirak şekli olarak şeriklikten söz edilebilmesi için niteliksel bağlılığın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte şerikliğin cezalandırılma nedeni olarak benimsenen yaklaşım<sup>932</sup> bağıllık kuralına atfedilen anlam ve işlevi de etkiler. Şerik haksızlığının esas fiil haksızlığından türetildiği yaklaşımı isnadiyet temeli olarak işlev gören esas fiilin hukuka aykırılığının şerikliğin kabulü bakımından gerekli olduğu sonucunu ortaya çıkarır<sup>933</sup>. Buna karşılık faillik ve şerikliğin her ikisinin özel hükümlerde yer verilen hukuki değer ihlali nedeniyle, esas fiile bağlılığı dikkate alınmaksızın cezalandırılacağı noktasından hareket edilirse, şeriklik belirli bir bağıllık düzenlemesine ihtiyaç duymaz<sup>934</sup>.

<sup>926</sup> Haas, a.g.e., s. 138.

<sup>927</sup> Gallas, a.g.e., s. 130; Akbulut, a.g.e., s. 627; Önok, a.g.e., s. 77; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 646; Keçelioğlu, a.g.m., s. 76; Özkan, a.g.e., s. 58. *Özen*, bağıllık kuralına ilişkin düzenleme kanunda yer almasa dahi bağıllık kuralının iştirakin özünde yer aldığı belirtmiştir. Mustafa Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, ss. 239-253, s. 251.

<sup>928</sup> Haas, a.g.e., s. 138.

<sup>929</sup> Özgenç, a.g.e. (1996), s. 143.

<sup>930</sup> Bloy, a.g.e., s. 191; Önok, a.g.e., s. 77.

<sup>931</sup> Önok, a.g.e., s. 77. *Geppert*, Alman Ceza Kanununda azmettirenin fail gibi cezalandırılacağı ve yardım eden bakımından öngörülen indirimin fail için uygulanacak ceza bağlamında dikkate alınacağı düzenlemelerinin, şerikliğin esas fiile bağlılığı ile çelişmediğini belirtmiştir. *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 300.

<sup>932</sup> Yaklaşımlar için bkz. yuk. s. 86 vd.

<sup>933</sup> Poppe, a.g.e., s. 50.

<sup>934</sup> Poppe, a.g.e., s. 50.

Şerik haksızlığının bağlılığı doğrultusunda hareket edildiğinde bağlılık kavramı pozitif, cezayı temellendiren<sup>935</sup> işleve sahiptir<sup>936</sup>. Şerikliğin niteliksel bağlılığı şeriklik suçunda olduğu gibi fiilî bir bağlılık olarak görülmez, bağlılık yaptırım normu veya objektif cezalandırma şartı anlamında salt cezayı sınırlandırıcı işleve sahip değildir<sup>937</sup>. Bu nedenle bağlılık kuralı, failin gerçekleştirdiği fiile bağlı olarak şeriklerin sorumlu tutulmasını sağlayan kuraldır. Bu bağlılık nedeniyle *faillik olmadan şeriklik olmaz kuralı* karşımıza çıkar<sup>938</sup>. Şerik tarafından gerçekleştirilen fiilin atipik niteliği ona ceza hukukunda failin fiilinden bağımsız olarak değer yüklemeye<sup>939</sup>. Şerik sorumluluğu için, şerikin kendisine yabancı bir fiile katılımı gerekli<sup>940</sup> olduğundan; bağlılık kuralı, fiilin gerçekleştirilmesine katkısı olan, bununla birlikte bu katkısı faillik niteliği taşımayan şerikin sorumluluğunu sağlar<sup>941</sup>. Şerikliğin tali nitelik taşıdığı (fail olmaksızın şerik olmaz) tasavvurundan hareket edildiğinde, azmettirme veya yardım etme nedeniyle

<sup>935</sup> Hoberg, 20. yüzyıla kadar bağlılığın esası ve etkileri hakkında doktrinde görüş birliğinin oluşmadığını bu bağlamda doktrinin bir kısmının şeriklik kavramıyla birlikte bağlılık yapısının bizzat kendisinde var olduğunu kabul ettiğini, bununla birlikte diğer kısmının ise bağlılığı tamamen kanun koyucunun ürünü olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Hoberg, a.g.e., s. 15.

<sup>936</sup> Bloy, a.g.e., s. 185; Bockelmann, a.g.e., s. 122; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 578; Maurach, a.g.e., s. 672 vd.; Zafer, a.g.e., s. 525; Kaymaz, a.g.m., s. 123; Riemer, a.g.e., s. 46. *Nikolidakis*, dar fail kavramının benimsendiği ceza hukuku sistemlerinin şerikliği suç tipini gerçekleştirmenin dışında konumlandırması nedeniyle bunun yadsınamaz bir sonuç olduğunu, şerikliğin esas fiile bağının bulunmaması halinde cezalandırılmasının meşruluğunu açıklamanın güç olduğunu, sonuç olarak bu durumun kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal edici nitelikte olacağını belirtmiştir (Nikolidakis, a.g.e., s. 39). Buna karşılık farklı bir görüşe göre şerikliğin bağlılığı şerik haksızlığının esas fiil haksızlığından sonuçlandığı anlamına gelmez. Bağlılık, şerik davranışının her zaman belirli bir esas fiile yönelik olmasına ilişkin esas fiile olan ilişkisini oluşturur. Şerik tarafından öne alınan esas fiil, şerikliği tehlikeli olarak ve böylelikle norma aykırı olarak değerlendirebilmek için amaca yönelik bir nedendir. Bu nedenle şerik haksızlığı şerikliğe ilişkin davranış normlarının amaçsal olarak zarar verme yasağından türetilbildiği sürece esas fiile dayandırılabilir. Bu anlamda bağlılık (*Akzessorietät*), finaldir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 534). Türk hukukunda da bir görüşe göre, ikilik sisteminin ortaya çıkardığı sorunlar *çok failli suç tipi* anlayışının benimsenmesi ile aşılabılır. Zira birden fazla hareketli suçlarda veya icranın parçalara ayrıldığı, ancak her bir hareketin veya icranın başka kişiler tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, esas fiilin aranması, iştirak edenlerin cezalandırılmasını açıklayamamaktadır. Bu nedenle 5237 sayılı Kanundan sonra da bağlılık kuralı anlayışı hatalıdır. Bu görüşe göre, özel hükümlerdeki suç tipi tek failli suç iken, genel hükümlerdeki iştirake ilişkin düzenleme çok failli suç tipi olarak ele alınmalıdır. Bu kapsamda suça iştirak eden kişilerin davranışları, tek failli suç tipi yönünden tipik olmasalar bile çok failli suç tipinin kurucu unsurlarına sahipse işlenen suçtan sorumlu tutulacaklardır. Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 322 vd.

<sup>937</sup> Bloy, a.g.e., s. 183.

<sup>938</sup> Akbulut, a.g.m., s. 176; Eryıldız, a.g.e., s. 11.

<sup>939</sup> Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 148; Evik, a.g.e., s. 83.

<sup>940</sup> Önok, a.g.e., s. 77.

<sup>941</sup> Özgenç, a.g.e. (1996), s. 141; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 577; Evik, a.g.e., s. 83; Önok, a.g.e., s. 77; Özkan, a.g.e., s. 58. “Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hâkimiyet kurmadığı... için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.” 5237 sayılı TCK 40. madde gerekçesi.

katılanın cezalandırılma olasılığı bir diğer katılında faillik şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Faillik ve şeriklik arasındaki bu tür tamamlayıcı ilişki sonucunda belirli bir fail kavramı için gerekli olan asgari şartlar aracılığıyla aynı zamanda şerikin sorumlu tutulabilmesinin şartları da belirlenir<sup>942</sup>. Diğer bir ifadeyle, esas fiil şerikin hareket haksızlığını ilgilendiriyorsa, bağlılık kuralı cezayı temellendiren bir işleve sahip olmak zorundadır<sup>943</sup>.

Bu nedenle bağlılık sadece negatif cezalandırmayı sınırlandıran bir fonksiyona sahip değildir. Negatif sınırlandırma bağlamında bağlılık, bir başkasının katkı sağlanacak veya zorunlu asgari niteliğe sahip olan fiilinin bulunmaması halinde şerikin cezasızlığını garanti altına alır<sup>944</sup>. Zira şerikliğin bağımsız haksızlığı kapsamında esas fail tarafından gerçekleştirilen fiile şeriklerin fiilî bağlılığı şeklindeki değerlendirme, dış dünyada meydana gelen ve fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlılık şeklinde ele alındığında, suç niteliği taşımayan fiilleri de kapsayan anlam taşımaktadır<sup>945</sup>. Şeriklik, yapısı gereği her zaman belirli tipik bir fiille bağlantıyı gerektirdiğinden, bu bağlılık şerikliğin cezalandırılabilmesinin hukuk devleti ilkesi gereğince sınırlarının çizilmesine belirlilik prensibi kapsamında hizmet eder<sup>946</sup>. Bu noktada şeriklik niteliğindeki hareketlerin belirliliği bakımından esas fiilin varlığı önem arz eder<sup>947</sup>. Bir kimseyi bir fiile yönlendirmeye veya bu fiilin gerçekleştirilmesine yardım etmeye yönelik tüm davranışlar bütün olarak yasaklanamaz. Sadece tipik neticeye yönelik kasten ve hukuka aykırı esas fiile katkı sağlayan kişi şerik olabilir. Yani bağlılığın sınırlı fonksiyonu gereğince, hukuki değer ihlali bakımından nedensel hareketler, onu karakterize eden haksızlık yapısına sahip olursa cezalandırılabilir şeriklikten söz edilebilir. Neticeye yönelik bütün nedensel hareketlerden bu şekilde ayrılması mümkündür<sup>948</sup>. Böylece esas fiile bağlılık, şeriklik hareketlerine ilişkin hukuki belirsizliği engelleyen yasal bir bağlantı noktası oluşturmaktadır<sup>949</sup>. Bu nedenlerle esas fiilin haksızlığı sadece şerikin cezalandırılıp

---

<sup>942</sup> Poppe, a.g.e., s. 49.

<sup>943</sup> Bloy, a.g.e., s. 185. Bu nedenle *Bloy*'a göre, esas fiilin eksikliği durumunda şerik bakımından sadece netice eksik değildir, aynı zamanda hareketin değersizliğinin ilgili kısmı da bulunmaz. Bloy, a.g.e., s. 185.

<sup>944</sup> Peña/Conlledo, a.g.m., s. 580.

<sup>945</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 300.

<sup>946</sup> Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 148; Geppert, a.g.m. (1997), s. 300.

<sup>947</sup> Poppe, a.g.e., s. 462.

<sup>948</sup> Bloy, a.g.e., s. 183.

<sup>949</sup> Kühl, a.g.e., s. 752.

cezalandırılmayacağı üzerinde belirleyici değildir, aksine ona şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın kapsamı bakımından da belirleyici anlamını verir<sup>950</sup>. Böylece bağlılık kuralı şeriklerin cezalandırılmasını sınırlandıran bir işlev göstermektedir<sup>951</sup>. Bu bağlamda bağlılık kanun koyucunun bir varsayımı olarak değil, bir gereklilik olarak<sup>952</sup> şeriklik sistemini ve kural olarak dar fail kavramını<sup>953</sup> benimseyen sistemlerde yerini alır<sup>954</sup>.

Bağlılık kuralının ayrıca cezalandırmayı genişletici etkisi bulunmaktadır. Bağlılık kuralı şerik ile failin gerçekleştirdiği fiil arasında bağlantıyı kurmaktadır<sup>955</sup>. Doktrinde bağlılık kuralının iştirak halinde gerçekleştirilen herkes tarafından işlenebilen (hâkimiyet suçlarında) suçlarda şeriklik bakımından tipik haksızlığın isnadında fiil hâkimiyetini, gerçek özgü suçlarda ise özgü yükümlülük ihlalini ikame ettiği kabul edilmektedir<sup>956</sup>. Bu durum bağlılık kuralının çifte fonksiyonu olarak adlandırılmaktadır<sup>957</sup>. Fiil üzerinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan katılanın<sup>958</sup>

<sup>950</sup> Hake, a.g.e., s. 69.

<sup>951</sup> Erdem, a.g.m., s. 210. *Poppe*, bağlılığın anlamının bağlılığın bu yönüyle sınırlandırılabilirliğini ancak bu durumda tüm iştirak edenlerin tek başına fail bakımından geçerli olan isnadiyet sistemine göre tekdüze değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu tür bir anlayışın arka planında bağlılığın suça iştirak alanında, tek başına faillik bakımından uygulanacak isnadiyet sistemini nedensellik, objektif isnadiyet, kast vb. genel kriterler ile tamamlayan özel bir isnadiyet ilkesi haline gelmesi, bulunmaktadır (*Poppe*, a.g.e., s. 32).

<sup>952</sup> *Vogler*, a.g.m. (FS Heinitz), s. 300. Şerik hareketinin bağlılığının gereği bakımından tipik hareketin varlığına dikkat çekerek bağlılığın şerikliğin objektif cezalandırma şartını oluşturduğunu belirten *Riemer* eğer azmettirilenin tipik hareketi gerekli olmayıp salt azmettirilende suça ilişkin kasta sebep olunması yeterli olsaydı bağlılığın sadece sübjektif cezalandırma şartı olarak kabul edileceğine vurgu yapmıştır. *Riemer*, a.g.e., s. 47.

<sup>953</sup> Geniş fail anlayışına dayanmakla birlikte faillik ile şeriklik arasında ayırım öngören yaklaşımlar kapsamında da bağlılık kuralının benimsenmesine ilişkin açıklama için bkz. *Demirel*, a.g.e., s. 293 vd.

<sup>954</sup> *Poppe*, a.g.e., s. 32.

<sup>955</sup> *Özgenç*, a.g.e. (1996), s. 142.

<sup>956</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 212 vd., 243; *Özgenç*, a.g.e. (1996), s. 142; *Akbulut*, a.g.m., s. 177; *İçel*, a.g.e., s. 488 vd.; *Demirel*, a.g.e., s. 271.

<sup>957</sup> *Özgenç*, a.g.e. (1996), s. 142; *Özgenç*, a.g.m., s. 84; *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, a.g.e., s. 686; *Akbulut*, a.g.m., s. 190; *Ekici Şahin*, a.g.m. (2015), s. 646. “...Eğer 40. madde de yer alan bağlılık kuralı olmasa idi, bu sistemde şerikleri işlenen suçtan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktı. Buna göre, fiil üzerinde hakimiyet kuramadığı veya özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan bir suç ortağı, gerçekleşen haksızlıktan bağlılık kuralı vasıtasıyla sorumlu tutulabilmektedir. Bu yönüyle bağlılık kuralının çifte fonksiyonundan bahsedilir. (...)” Y. 1. CD, E. 2014/1769, K. 2014/4149, T. 24.9.2014, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 18.04.2020. 5237 sayılı TCK md. 40’ın gerekçesinde: “Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde sorumlu tutulabilmektedir.” ifadesine yer verilerek bağlılığın çifte fonksiyonuna atıf yapılmıştır.

<sup>958</sup> *Taşkın Kapusuzoğlu*, özgü suçlarda ilgili niteliğe sahip olmayanın fail olamaması sonucunun özgü suçların yapısından kaynaklandığını belirtmiştir. Yazara göre, bu, bağlılık kuralının sağladığı bir sonuç değildir (*Taşkın Kapusuzoğlu*, a.g.e., s. 132-133). Bununla birlikte bağlılık kuralının şerikin



gerçekleşen fiilden bağıllık kuralı aracılığıyla sorumluluğu söz konusu olabilmektedir<sup>959</sup>. İlgili niteliğe sahip olmayan şerik bakımından bu niteliğe sahip fail dolayısıyla işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi bağıllık kuralının özel faillik niteliğinin yerine ikame edilmesi ile mümkün olmaktadır<sup>960</sup>. Bu bağlamda özgü suçlar bakımından ilgili niteliğe sahip olmayan kişi veya bizzat işlenebilen suçlarda tipik hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kişi fail olamazken; şerik olarak suça iştirak edebilir<sup>961</sup>.

Ayrıca bağıllık problemi, suça iştirak edenlerin sorumluluk şartları ve şeriklik niteliğindeki suça iştirak şekillerinin haksızlığının belirlenmesi ile sınırlanmamalıdır. Bunun yanı sıra suça katılan şerikler bakımından öngörülen cezalar da bağıllığın kapsamına girmektedir<sup>962</sup>. Zira ceza kapsamı gerçekleşen esas fiile göre belirlendiğinden<sup>963</sup>, şerik bakımından ceza esas fiile ilişkin haksızlığa dayanır<sup>964</sup>. Bu şekildeki hukuki sonuç bağıllığı dar anlamda sadece şeriklik ile ilişkilendirilmektedir.

---

gerçekleştirdiği fiil ile esas fiil arasındaki bağlanmayı gerçekleştirmesine ilişkin değerlendirmesinde suç tipinin (herkes tarafından işlenebilen suç/hâkimiyet suçu, özgü suç, bizzat işlenebilen suç) belirleyici olup olmadığına bakılmalıdır. Özgü suçlarda sadece ilgili niteliğe sahip olan kişinin fail olabileceği hususunun suçun kendi yapısı ile ilişkili olduğu kabulü, ilgili niteliği haiz olmayan kişi tarafından özgü suçun işlenebileceği anlamına gelmez. Bu bağlamda ilgili niteliğe sahip olmayan kişinin şerik olarak dahi suça iştirak edebilmesi, ilgili niteliğe sahip fail tarafından suçun icrasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle ilgili niteliğe sahip olmak, suça şerik olarak iştirak etmek bakımından şart değildir. Esas fiilin icrası için aranan bir gerekliliktir. Özgü suç açısından ilgili niteliği haiz kişinin fiili gerçekleştirmede iştirak edilebilir bir fiilden söz edilemeyecektir. Bu nedenle özgü suçlarda tüm katkıların ancak ilgili niteliğe sahip kişiler tarafından gerçekleştirebileceği bununla birlikte bu niteliğe sahip olmayanların suça hiçbir suretle iştirak edemeyecekleri şeklinde bir durumun söz konusu olması halinde, bağıllık kuralının özgü suçlarda şerikliğin cezalandırılması bakımından ancak ikincil işlevinden söz edilebileceği kabul edilemez.

<sup>959</sup> Evik, a.g.e., s. 84; Akbulut, a.g.m., s. 190; Demirbaş, a.g.e., s. 510; Kaymaz, a.g.m., s. 123.

<sup>960</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 685; Kaymaz, a.g.m., s. 123.

<sup>961</sup> Nydegger, a.g.e., s. 136.

<sup>962</sup> Bununla birlikte *Kleszczewski*, niteliksel bağıllık ve niceliksel bağıllığın yanında bağıllığın üçüncü bir aşaması olarak cezanın belirlenmesinde bağıllığın hukuki sonuçlarını kabul etmektedir. Yazar doktrinde genel olarak bu aşamanın niteliksel bağıllık kapsamında ele alındığını ancak niteliksel bağıllığın şerikliğin ceza kapsamını tam anlamıyla karşılamadığını belirtmiştir (*Kleszczewski*, a.g.e., s. 21 vd.). Aksi yönde, şeriklikte bağıllığın sadece şeriklerin ceza sorumluluğunun olup olmadığı bakımından değil, aynı zamanda nasıl cezalandırılacağı bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. Geppert, a.g.m. (1997), s. 300.

<sup>963</sup> Cezanın belirlenmesi bakımından bağıllığın farklı varyasyonlarda düşünülebileceğini belirten *Poppe*, en katı şeklinin azmettiren ve yardım eden için cezanın her durumda soyut olarak failin cezasına eşitlenmesi durumu olduğunu belirtir (*Poppe*, a.g.e., s. 34). Cezanın belirlenmesi kapsamında bağıllığın ılımlı şeklinin şeriklik şekillerinin ceza kapsamının failin ceza kapsamına uyarlanması olduğunu ifade eden yazar azmettirme düzenlemesini (ACK md. 26) örnek olarak vermiştir. Azmettirenin ceza kapsamı her zaman esas fiil bakımından belirleyici olan ceza kapsamından çıkarılmaktadır (*Poppe*, a.g.e., s. 35). Diğer bir varyasyonda ise şerik bakımından prensip olarak fail bakımından geçerli olan ceza tehdidi dikkate alınmakla birlikte, şerikin cezasının belirlenmesi bakımından ceza kapsamında zorunlu veya ihtiyari indirimine gidilir. Yardım edenin cezalandırılması bağlamında durum bu şekildedir (*Poppe*, a.g.e., s. 35; *Kühl*, a.g.e., s. 831).

<sup>964</sup> Satzger, a.g.m., s. 516; *Kühl*, a.g.e., s. 831.

Özel hükümlerde düzenlenen suç tiplerinde yer alan hukuki sonuçlar faillik kapsamında gerçekleştirilen icralar bakımından doğrudan uygulama bulur<sup>965</sup>. Nitekim TCK da şerikliğin cezalandırılması bakımından kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığını aramakla birlikte, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemelerde şeriklerin cezasının işlenen suça göre belirleneceğini kabul ederek sorumluluk tespitinde bağıllık kuralının bu işlevine atıfta bulunmuştur<sup>966</sup>. Bu nedenle Türk ceza hukukunda şeriklik hukuki sonuçları bakımından da esas fiile bağlıdır.

## B. SUÇUN UNSURLARI KAPSAMINDA BAĞLILIĞIN BELİRLENMESİ: NİTELİKSEL BAĞLILIĞIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Şerikliğin niteliksel bağıllığı, şerikin fail tarafından gerçekleştirilen fiil kapsamında sorumlu tutulabilmesi için söz konusu fiilin hangi gerekliliklere sahip olmasına ilişkindir<sup>967</sup>. Şerikin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesinin şartı olarak esas fiilin hukuki niteliğinin hangi gereklilikleri içereceği, faillik ile şeriklik arasında ayırımın benimsendiği ve diğer yandan suç (tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk, cezayı kaldıran sebepler) unsurları arasında farklı ayırma giden ceza hukuku sistemleri bakımından problem teşkil etmektedir<sup>968</sup>. Örneğin, kastın haksızlık değil de kusur türü olarak değerlendirildiği suç sistematüğinde taksirle gerçekleşen suçlar bakımından da niteliksel bağıllık ihtimalleri farklılaşabilecektir<sup>969</sup>. Bu nedenle genel suç sistematüğü içerisinde her bir unsurun konumlandırılması bakımından doktrin içinde farklı yaklaşımlar benimsenebilmektedir. Nitekim haksızlık bilincine sahip olmanın kastın unsuru olup olmadığı veya kastın hâlihazırda tipikliğin mi, yoksa kusurun mu kapsamında olduğu gibi üzerinde uzlaşma sağlanamamış hususlar bulunmaktadır<sup>970</sup>.

Bağıllığın niteliksel belirlemede ölçüyü kanun koyucu belirlemektedir.<sup>971</sup> Diğer bir ifadeyle, şerik sorumluluğu bakımından esas fiilin sadece tipik olarak gerçekleştirilmesi kanun koyucu tarafından yeterli bulunabileceği gibi TCK'da kabul

---

<sup>965</sup> Poppe, a.g.e., s. 34.

<sup>966</sup> Akbulut, a.g.m., s. 182.

<sup>967</sup> Demirel, a.g.e., s. 310.

<sup>968</sup> Poppe, a.g.e., s. 48.

<sup>969</sup> Poppe, a.g.e., s. 30.

<sup>970</sup> Poppe, a.g.e., s. 31.

<sup>971</sup> Akbulut, a.g.m., s. 180.

edildiği üzere kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilmiş esas fiilin varlığı da aranabilir. Şerikliğin esas fiile hangi ölçüde bağlı olacağı sorunu<sup>972</sup> ayrıca şerikliğin cezalandırılabilmesinin çerçevesini çizer<sup>973</sup>. Bu bağlamda bağlılığın niteliksel belirlemesi bakımından doktrinde asgari bağlılık, aşırı bağlılık, katı bağlılık ve sınırlı bağlılık şeklinde benimsenen dört farklı ihtimal bulunmaktadır. Belirtilmelidir ki, niteliksel bağlılık bu olası teorik varyasyonlarla tüketilemez. Suç sistematığıne yönelik farklı bir kabul farklı ihtimallerin ortaya çıkmasını mümkün kılabilir<sup>974</sup>.

Niteliksel bağlılığın görünüm şekillerine<sup>975</sup> ilişkin incelemeye geçmeden önce ele alınması gereken bir husus bulunmaktadır. Bu, cezalandırma bakımından bir gereklilik olmakla birlikte, bağlılığın görünüm şekillerine etkisi bulunmayan şartlardır. Failin tipik ve hukuka aykırı fiili kusurlu gerçekleştirmesi kural olarak cezalandırılması bakımından gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte istisnai bazı düzenlemeler cezalandırma için başka koşulların bulunmasını şart koşar. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları olarak adlandırılan bu koşulların oluşmaması hâlinde fiil bakımından tipe uygunluk ve hukuka aykırılık, fail bakımından kusurluluk söz konusu olmasına rağmen, faili fiilden dolayı cezalandırmak mümkün değildir<sup>976</sup>. Buna göre cezalandırılabilirliğin objektif koşulları, fiille doğrudan bir bağlantı içerisinde bulunmakla birlikte, ne haksızlığa ne de kusura dâhil olan koşullardır. Objektif cezalandırma şartını içeren suçlarda bu şartlar suçun oluşmasına etki etmemekle birlikte cezalandırmada doğrudan doğruya etki göstermektedir<sup>977</sup>. Bu tür şartlar fail veya şerik kastından bağımsız olarak suçun gerçekleşmesi için aranan şartlar olduğundan, böyle bir şart eksik olduğunda ne failin ne

---

<sup>972</sup> Gallas, a.g.e., s. 131.

<sup>973</sup> Maurach, a.g.e., s. 673.

<sup>974</sup> Poppe, a.g.e., s. 30.

<sup>975</sup> Bağlılık kuralının dereceleri şeklinde tercih için bkz. Demirel, a.g.e., s. 313. Doktrinde niteliksel bağlılığın görünüm şekillerini genel bağlılık- özel bağlılık şeklinde farklı şekilde kategorize eden *Käpernick*'in görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, a.g.e., s. 314.

<sup>976</sup> Zeynel T. Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", *İÜHFİM*, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, ss. 151-168, s. 151.

<sup>977</sup> Evik, a.g.e., s. 264.

de şerikin cezalandırılması mümkün olacaktır<sup>978</sup>. Bu nedenle cezalandırılabilirliğin objektif koşulları bakımından bağluluk problemi ortaya çıkmaz<sup>979</sup>.

### 1. Aşırı Bağluluk Kuralı (*Hyper Akzessorietät*)

Aşırı bağluluk kuralında şeriklerin cezalandırılabilirliği fail tarafından gerçekleştirilen fiilin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olmasının yanı sıra failde cezayı kaldıran cezasızlık sebeplerinin bulunmamasına bağlıdır<sup>980</sup>. Kişisel cezasızlık nedenleri<sup>981</sup> veya cezayı kaldıran kişisel nedenler<sup>982</sup> haksızlık ve kusura dâhil olmamakla birlikte, failin kişiliğiyle ilişkili olması nedeniyle cezalandırma engeli teşkil eder<sup>983</sup>. Failin kendisi bakımından etki etmesi beklenen bu nedenlerin bu bağluluk şekliyle şerik bakımından da etki etmesi şerikliğin cezalandırma alanının daralması sonucunu ortaya çıkarır<sup>984</sup>. Zira bu bağluluk şekli esas fiilin sadece haksızlık teşkil etmesini değil, ayrıca bu esas fiilin fail bakımından cezalandırılabilir olmasını aramaktadır.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin sadece tipik ve hukuka aykırı olması şerikliğin cezalandırılması bakımından yeterli değildir. Bu bağlamda babasının parasını çalması için azmettirilen kişinin bu fiili gerçekleştirmesi durumunda fail cezalandırılmayacaktır ve bunun sonucu olarak azmettirenin de cezalandırılması mümkün olmayacaktır<sup>985</sup>. Bunun gibi aynı sonuç gönüllü vazgeçme bakımından da geçerlidir. Cezayı kaldıran şahsi

<sup>978</sup> Kangal, a.g.m. (İÜHFM 2010), s. 155; Akbulut, a.g.e., s. 638; Evik, a.g.e., s. 264; Jochen Mallison, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, Paul Siebeck, Tübingen, 1979, s. 9. Örneğin, hileli iflas suçunda (TCK md. 161) cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için iflas kararı verilmelidir. Bu kapsamda örnek verilecek diğer suçlar olarak (TCK md. 340 vd.) yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı işlenen suçların cezalandırılması karşılıklılık koşuluna bağlanmıştır. Cezalandırılabilirliğin objektif şartlarının arandığı diğer suçlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, a.g.m. (İÜHFM 2010), s. 160 vd.

<sup>979</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 732.

<sup>980</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 337; Riemer, a.g.e., s. 48; Nydegger, a.g.e., s. 143; Özkan, a.g.e., s. 63; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 99. *Özkan* cezalandırılabilirliğin objektif koşullarını aşırı bağluluk kuralı kapsamında örnek vermiştir. Belirtilmelidir ki, bu koşullar sadece aşırı bağluluk kuralı ile ilişkili değildir.

<sup>981</sup> Kişisel cezasızlık nedenleri, failin fiili gerçekleştirdiği anda bulunan kişisel özellikleri ve ilişkileri ile ilişkilidir. Bu bağlamda yasama sorumsuzluğu, diplomasi dokunulmazlığı, bazı aile mensupları arasındaki malvarlığına karşı suçlar yer almaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynel T. Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2011, C. 7, S. 85-86, ss. 38-60, s. 44 vd.

<sup>982</sup> Cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler, suç tamamlandıktan sonra oluşan şartlar sebebiyle failin cezalandırılmasına engel olan veya cezasında indirim gerektiren nedenlerdir. Gönüllü vazgeçme, etkin pişmanlık bu niteliktedir. Kangal, a.g.m. (BÜHFD 2011), s. 50 vd.

<sup>983</sup> Kangal, a.g.m. (BÜHFD 2011), s. 40.

<sup>984</sup> Akbulut, a.g.m., s. 181.

<sup>985</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 448; Önder, a.g.e., s. 449; Akbulut, a.g.m., s. 181.

sebeup olması nedeniyle sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı bakımından uygulanması gereken bu hüküm<sup>986</sup> aşırı bağıllık şeklinin benimsendiği sistemde suça iştirak eden şerik bakımından da etki edecektir<sup>987</sup>. Görüldüğü üzere cezalandırılabilir şerikliğin sınırlarını oldukça daraltan bir bağıllık şekli olarak etki göstermektedir<sup>988</sup>. Teorik düzlemde bir ihtimal olarak değerlendirilen bu bağıllık şeklinin uygulamada adaletsiz sonuçları ve cezasızlık alanlarını beraberinde getireceği açıktır.

Aşırı bağıllık kuralı, şerikliğin sadece fiile değil aynı zamanda faile bağıllığı anlamına geldiği için, şerikliğin cezalandırma nedenini esas fiile tam bağıllı şekilde kabul eden yaklaşımlar çerçevesinde izah edilebilir olduğu kabul edilse bile, şerik haksızlığını kısmen<sup>989</sup> veya tamamen benimsemiş teoriler bakımından bu sistemin geçerliliği bulunamaz. Bağıllık kuralının bu şekli, cezalandırılabilirlikle ilgili şartlar kanunlarda açıkça düzenlendiğinden, Türk Ceza Kanunundaki md. 167 düzenlemesi gibi, kabul görmemektedir<sup>990</sup>. Bu bağlamda failde bulunan cezayı kaldıran kişisel neden suça azmettiren veya yardım eden olarak katılan bakımından etki göstermez<sup>991</sup>.

## 2. Katı (Ekstrem) Bağıllık Kuralı

Katı bağıllık kuralı, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin yanı sıra failin kusurlu hareket etmesini<sup>992</sup> de şerikliğin cezalandırılması bakımından şart olarak öngören bağıllık şeklidir<sup>993</sup>. Bununla birlikte cezayı kaldıran kişisel sebepler ve yargılama şartları bağıllık

---

<sup>986</sup> TCK md. 41'e göre, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

<sup>987</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 300.

<sup>988</sup> Akbulut, a.g.m., s. 181.

<sup>989</sup> Bağıllığın bu şeklinin şerikliğin faillige karşı suç teşkil ettiği anlayışta anlam ifade edebileceği yönünde bkz. Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 250. Bu bağlamda azmettirenin faili suça ve kusura bulaştırması nedeniyle cezalandırılması esasına dayanan kusura iştirak teorisinin ilk varyasyonuna ilişkin değerlendirme için bkz Nydegger, a.g.e., s. 143.

<sup>990</sup> Akbulut, a.g.m., s. 181.

<sup>991</sup> Önder, a.g.e., s. 449.

<sup>992</sup> Kunter, şerikin cezalandırılması bakımından failin kusurunun (ceza ehliyetinin bulunması) bulunmaması halinde azmettirenin "dolayısıyla fail" sayılarak bir nevi maddi fail haline getirileceğini belirtmiştir. Yazar ayrıca eski TCK bakımından geçerli olan sistemin şerikliğin cezalandırılması bakımından failin kusurunun da arandığı "asli failin ehil ve fiilinin de hukuka aykırı olduğu sistem" olduğuna vurgu yapmıştır. Kunter, a.g.m., s. 75. Ayrıca Erem suça iştirak bakımından ceza ehliyeti (kusur yeteneği) bulunan kişinin fiiline katılmanın mümkün olabileceğini belirterek katı bağıllık kuralına işaret eder. Erem, a.g.m., s. 80.

<sup>993</sup> Evik, a.g.e., s. 86; Nydegger, a.g.e., s. 143; Hoberg, a.g.e., s. 58; Riemer, a.g.e., s. 48; Demirel, a.g.e., s. 325 vd.; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 98 vd.

kuralının kapsamı dışında değerlendirilmektedir<sup>994</sup>. Böylece katı bağlılık kuralı aşırı bağlılık kuralına göre şeriklik bakımından daha fazla cezalandırma alanı oluşturmaktadır.

Alman ceza hukukunda 1943 yılına kadar katı bağlılık kuralı geçerli olmuştur<sup>995</sup>. Eski Alman Ceza Kanunu md. 48 düzenlemesi şeriklik (azmettirme) bakımından cezalandırılabilir bir hareket (*strafbare Handlung*) gerektirmekteydi<sup>996</sup>. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, kanun lafzının gerçekten katı bağlılığı gerektirip gerektirmediği Alman doktrininde bu süreçte tartışılan konulardan biri olmuştur<sup>997</sup>. Bu ifade (cezalandırılabilir hareket) doktrinde fail bizzat kusurlu hareket ederse ve bizzat suçun işlenmesi nedeniyle cezalandırılabiliriyorsa, bu suç bakımından şerikliğin mümkün olabileceği<sup>998</sup> şeklinde de dikkate alınmıştır<sup>999</sup>. Buna karşılık genel kabule göre, failin kusuru bulunmaksızın fiili gerçekleştirmesi halinde, şeriklik ortaya çıkmayacaktır<sup>1000</sup>. Diğer bir ifadeyle, şerikin sorumlu tutulması fail tarafından failin kusurlu gerçekleştirilmesine bağlıdır. Ancak kişisel cezasızlık nedenlerinin bulunup bulunmadığı şerik sorumluluğu açısından etki etmez. Katı bağlılık kuralının (*strenge Akzessorietat der Teilnahme*) kanun koyucu tarafından kaldırılması<sup>1001</sup> ile bu tartışmalar da temelsiz kalmıştır.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiilde hukuka uygunluk sebebinin veya mazeret nedeninin ya da kusuru kaldıran bir sebebin bulunması halinde azmettirme ve yardım

<sup>994</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 655.

<sup>995</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 300; Gallas, a.g.e, s. 131; Herzberg, a.g.e., s. 113. *Bertschi* bu yaklaşımı benimsemiştir. Marcel Bertschi, *Die Konkurrenz der Beteiligungsformen im Strafrecht*, Juris Verlag, Zürich, 1961, s. 21.

<sup>996</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 138.

<sup>997</sup> Paul Bockelmann, “Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme”, *GA*, 1954, ss. 193-210, s. 193. Hâkim görüş ve özellikle yargı kararlarında kanunun ilgili düzenlemesinin katı bağlılık şeklinde yorumlanması gerektiği yaklaşımı ağır basmaktaydı.

<sup>998</sup> Gallas, a.g.e., s. 117.

<sup>999</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (AT 2014), s. 606.

<sup>1000</sup> Herzberg, a.g.e., s. 114. Bu bağlamda *Riemer* sınırlı bağlılık kuralının katı bağlılık kuralına nazaran hukuka uygun olmasına yönelik ileri sürülen gerekçeye karşı çıkmıştır. Burada özellikle kusur yeteneği bulunmayan failin fiiline şerik olarak katılımın şerikin yararına olmakla birlikte kusuru azalmış failin fiiline katılan şerikin yararlanamayacak olması şeklindeki gerekçeyi isabetsiz bulmuştur. Yazara göre, kusurun bulunmaması cezanın kaldırılması sebebi iken; kusurun azalması sadece cezada indirim şeklinde etki eder. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu bakımından da bu iki olasılığın farklı sonuçlarının olması gerekir. *Riemer*, a.g.e., s. 52.

<sup>1001</sup> *Klleszczewski* 1943 yılında kabul edilen sınırlı bağlılığı objektif sınırlı bağlılık olarak adlandırmaktadır. Kanun ifadesinin şerikliğin cezalandırılabilmesi için objektif tipik haksızlığın gerçekleştirilmesini yeterli saydığı yaklaşımından hareketle bu sonuca varmıştır (*Klleszczewski*, a.g.e., s. 71). Yazar, BGH tarafından 1953 yılında (BGHSt 4, 355) verilmiş olan kasten işlenmeyen suçta şerikliğin kabulü yönündeki kararı da vardığı sonuç bakımından argüman olarak göstermiştir. *Klleszczewski*, a.g.e, s. 72.

etme bakımından katı bağıllık kuralı kapsamında esas fiilden bahsedilemez<sup>1002</sup>. Esas fiilin kusurlu işlenmesini şart koşan katı bağıllık kuralında kusursuz hareket eden failin fiiline şerik olarak katılmak söz konusu olmadığı için, ortaya çıkan ceza boşluğunun önüne geçilmesi amacıyla dolaylı faillik<sup>1003</sup> gündeme getirilmiştir<sup>1004</sup>.

Bununla birlikte dolaylı faillige bu şekilde çözüm odaklı yaklaşılması her durum bakımından tam etki göstermemiştir. Katı bağıllık kuralı özellikle bizzat işlenebilen suçlar ve özgü suçlar bakımından yetersiz kalmıştır. Kusur yeteneği bulunmayan kişinin bizzat işlenebilen suçta azmettirilmesi durumunda esas failin kusur yeteneği bulunmadığı için şeriklik söz konusu olamaz. Burada dolaylı faillik kapsamında değerlendirme yaparak cezasızlığın ortadan kaldırılması da mümkün olamaz. Bizzat işlenebilen suçlar dolaylı fail tarafından gerçekleştirilememektedir<sup>1005</sup>. Aynı şekilde ilgili niteliği taşımayan azmettirenin (ilgili niteliğe sahip) kusuru bulunmayan veya taksirle hareket edeni gerçek

---

<sup>1002</sup> Gustav Schlutter, *Zur Dogmengeschichte der Akzessorietat der Teilnahme (unter besonderer Berücksichtigung des neunzehnten Jahrhunderts)*, Breslau-Neukirch, 1941, s. 6. *Binding* katı bağıllık kuralının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik çalışmaları kapsamında isnat yeteneği bulunmayan failin cezasızlığına yol açan nedenin şeriklerin cezalandırılması bakımından bir etkisinin olmayacağına dikkat çekerek sınırlı bağıllık kuralının esasına atıf yapmıştır. Bloy, a.g.e., s. 93.

<sup>1003</sup> Arka planda yer alan azmettiren olmadığı için dolaylı fail olarak sorumlu tutma sonucunu ortaya çıkaran ve dolaylı faillige boşluk doldurma işlevi yükleyen yaklaşım, günümüzde artık kabul görmemektedir. Artık kusursuz hareket edenin suçun işlenmesine yönlendirilmesi halinde dolaylı faillik otomatik sonuç kabul edilmemekte, faillik için arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti aranmaktadır (Özgenç, a.g.e. (1996), s. 199 vd.). Benzer yönde Blei, a.g.e., s. 231.

<sup>1004</sup> Sax, a.g.m. (ZStW 1957), s. 431. *Mayer*'e göre, katı bağıllık kuralından ortaya çıkan boşlukların pratik olarak hiçbir rol oynamadığı kabul edilmelidir. Pratik gerekliliklerin kanun koyucuyu katı bağıllık kuralından vazgeçirdiği iddiası da doğru değildir (Mayer, a.g.m., s. 263). *Welzel* ise *Mayer*'in şerikliğinin esasını yanlış anlayarak ve mevcut hukuki durumu göz ardı ederek, katı bağıllık kuralının yürürlükte olduğu iddiasının gerekçesinin bulunmadığını belirtmiştir (Welzel, a.g.e., s. 113). Sınırlı bağıllık kuralından hareket etmekle birlikte yasal düzenlemelerin bağıllık kuralını esnettiğini reddeden *H. Mayer*, kanun değişikliği ile suç işlemeye yönelik bir şeklin yaratıldığını ve bunun da müsebbiplik (*Urheberschaft*) olduğunu ileri sürmüştür. Azmettirme nedeniyle ortaya çıkan boşlukları doldurmak isteyen *H. Mayer* buna ilişkin olması gereken hukuk bağlamında kavramı müsebbiplik olarak tanımlamıştır. Kusura iştirak teorisinin savunucusu olarak *Mayer* gerçek şeriklik (*echte Teilnahme*) olarak sadece kusurlu fiile azmettirme veya yardım etmeyi kabul etmektedir. *Mayer* için kusursuz fiile katılma ancak görünüşte azmettirme (*schein Anstiftung*) veya yardım etme olarak kabul edilebilir (Uthmann, a.g.e., s. 45; Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 199). *Bockelmann*, *Mayer* tarafından savunulan bu (*Urheber*) teoriyi eleştirmiştir. *Mayer* fail, azmettiren veya yardım eden olmaksızın cezaya layık şekilde araç kişiyi objektif tipikliği gerçekleştirilmeye yönlendiren kişinin müsebbip olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık böyle bir kavram oluşumunun suç politikası açısından dikkat değer olup olmadığı incelenemez. Geçerli olan hukuk bakımından da uygun değildir (Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 196). Sonuç olarak *Bockelmann*, cezalandırılabilir hareketin özel işleniş türü olarak müsebbipliğin gerekliliğinin ve meşruluğunun bulunmadığını belirtir (Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 199).

<sup>1005</sup> Kliesczewski, a.g.e., s. 61.

özgü suça yönlendirmesi halinde de zorluk ortaya çıkmaktadır<sup>1006</sup>. Kanunun bu şekliyle ortaya çıkan boşluklar dolaylı faillik ile kapatılamamıştır<sup>1007</sup>.

1943 yılında Alman Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikle kusur bağlılık kuralının dışında bırakılmakla<sup>1008</sup> birlikte, esas fiilin kasten gerçekleştirilmesine ilişkin açık hükme kanun hükmünde yer verilmemesi nedeniyle fiilin kanunda ifade ediliş şeklinin<sup>1009</sup> taksirli suçları da kapsadığının kabul edilmesine yönelik şüpheyi ve tartışmayı beraberinde getirmiştir. Zira taksirli suç da ceza ile tehdit edilen hareketi kapsar ve buna ek olarak, yukarıda belirtildiği üzere, esas fiilin niteliksel bağlılığına ilişkin belirleme şerikliğinin doğasından değil, kanun koyucunun kabulünden ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, taksirle gerçekleştirilen fiilin şerikliğinin doğasına aykırı olduğu kabulü bu noktada zayıflamıştır. Bu nedenle doktrinde esas fiilin kasten işlenmesinin gerekmediği, taksirle gerçekleştirilen fiillerin de ceza tehdidi altında bulunmalarından dolayı şerikliğinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür<sup>1010</sup>. Böylelikle şeriklik bakımından objektif tipik haksızlığın gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilecekti. Diğer bir ifadeyle esas failin kasten veya taksirle hareket etmesinden bağımsız olarak objektif tipikliği hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu kabul, asgari bağlılık kuralı bakımından geçerli olduğu gibi, özellikle diğer sübjektif unsurun (amaç) arandığı suçlar bakımından güçlük ortaya çıkarmaktadır<sup>1011</sup>. Hâkim görüş tarafından, kanun değişikliği ile sınırlı bağlılık kuralı uygulanacaksa da bunun esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliğini

---

<sup>1006</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 62.

<sup>1007</sup> Herzberg, a.g.e., s. 114.

<sup>1008</sup> Alman Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklik ile birlikte failin gerçekleştirdiği fiil için "cezalandırılabilir hareket" ifadesi yerine "ceza ile tehdit edilen hareket" kabul edilerek ve ayrıca ayrı bir düzenlemede suça her bir iştirak edenin kendi kusuruna göre cezalandırılacağına yer verilerek kusur bağlılık kuralının dışında bırakılmıştır. Demirel, a.g.e., s. 322.

<sup>1009</sup> Eski Alman Ceza Kanunu'nda azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemede katılacak fiil bakımından ceza tehdidi altındaki fiil kavramı hakkında bkz. Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 168.

<sup>1010</sup> 1960'lı yıllara kadar taksirli suçlara şeriklik taraftar bulmuştur. Edmund Mezger, Teilnahme an unvorsatzlichen Handlungen, *JZ*, 1954, ss. 312-314, s. 314. *Bockelmann, Mezger* tarafından (eski) ACK md. 50/1 düzenlemesi referans yapılarak şeriklik olasılığının kasten hareket edilen esas fiil ile sınırlandırılmasının geçerli olmadığı savına karşı çıkmıştır. *Mezger* kasten işlenen esas fiil gerekliliğinin md. 50/1'e aykırı olduğu ve kanunla çeliştiğini ileri sürmüştür. Şerikliğinin kusurlu esas fiilden ayrılmasının, kasten işlenen esas fiilden ayrılması ile aynı anlama gelmediğini belirten *Bockelmann, Mezger*'i kast ve kusur kavramlarını aynı kapsamda değerlendirmesi nedeniyle eleştirmiştir. *Bockelmann, Mezger*'in iddiasına karşı şu cevabı da ileri sürmüştür: Şerikliğinin esasını oluşturan başkasının iradi kararına tabi olmak ancak kasten işlenen suçlarla ilişkili olarak tasavvur edilebileceğinden, şeriklik olasılığı kasten işlenen suçlarla sınırlandırılırsa faillik ile şeriklik arasındaki ayırım da kesin şekilde belirlenebilir olacaktır. *Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 201.*

<sup>1011</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 73.



değiştirmediği savunulmuştur<sup>1012</sup>. Bununla birlikte Alman yargısında sınırlı bağlılığın kabul edildiği 1943 yılından sonra savaş sonrası döneme kadar kasten işlenmemiş fiillere de şerik olarak katılmanın mümkün olduğu görülmüştür<sup>1013</sup>.

Ayrıca psikolojik kusur teorisi<sup>1014</sup> de diğer bir ifadeyle kast ve taksiri kusur üst başlığı altında değerlendiren yaklaşım da sınırlı bağlılık kuralından etkilenmiştir<sup>1015</sup>. Kast ve taksir tipikliğin sübjektif unsuru olarak değil, kusur türü olarak kabul edildiğinden ve sınırlı bağlılık kuralı kapsamında da her bir suça katılan kendi kastına göre cezalandırılacağından, kasten işlenmeyen suçlara iştirakin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilirdi<sup>1016</sup>. Böylece failin taksirli suçlara da azmettirilebileceği<sup>1017</sup> gündeme gelmiştir. Bu nedenle kast kusur türü olduğu sürece, kasten işlenmeyen fiile sevk etmenin azmettirme değil sadece dolaylı faillik olarak kabul edilmesi nedeniyle, zorunlu olarak katı bağlılık kuralının uygulama alanı oluşmaktaydı<sup>1018</sup>. Bu husus, sınırlı bağlılık kuralının kabulünde şerikliğin katı bağlılığının yol açtığı zorluklar bakımından sebep

---

<sup>1012</sup> *Welzel, Busch, Börker, Maurach, Nowakowski ve Bockelmann* bu yaklaşımın savunucularıdır. Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 195. Bu yaklaşıma göre, şerikin kastının failin fiile yönelik kararına tabi olması şerikliğin esasını oluşturmaktadır. Fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik nihai kararı faille bırakan azmettiren ve yardım eden sadece kasten hareket eden faille ilişkili olarak mümkündür. Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 195.

<sup>1013</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 139. Bununla birlikte Alman yargısında da (BGH) 1956 tarihli bir kararda kasten işlenmeyen suçlara şerik olarak katılımın iştirakin esasına aykırılık arz ettiğine yönelik kabulde bundan vazgeçilmiştir (BGHSt 9, 370, 375 vd.'dan aktaran Eryıldız, a.g.e., s. 19). Bu konuda görüş ayrılıklarının çoğalması ve yargı kararlarında taksirli suçlara iştirakin kabulünün yer alması sonucu 1962 Tasarısı ile paralellik arz eden 2. Ceza Reformunda yapılan değişiklik ile birlikte şerikliğin ancak kasten işlenen suçlar bakımından söz konusu olabileceği netlik kazanmıştır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (AT 2014), s. 606; Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 132). Taksirli suçlar bakımından şerikliğin söz konusu olmaması nedeniyle, bu alanda tek faillik sistemi geçerlidir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 8).

<sup>1014</sup> Bu teoriye göre, kusur suçun bağımsız bir unsuru olarak dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda suçun bütün objektif unsurları haksızlığa ve bütün sübjektif unsurları ise kusura dâhildir. Bu yaklaşım klasik ceza hukuku sistemi kapsamında 20. yüzyılın başlangıcına kadar hâkim olmuştur. Kangal, a.g.e. (2010), s. 403.

<sup>1015</sup> Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 193. *Noltenius* normatif kusur kavramına yönelik eleştiri getirmiştir. Ceza hukukuna ilişkin kusur yargısını, şekli bir seçim özgürlüğüne indirgediğini belirtmiştir. Kişinin karar özgürlüğünün norma uygun davranış ve aykırı davranışla sınırlandırıldığına vurgu yaparak, belirleyici ölçütün kanun koyucunun değerlendirmesi olduğuna yer vermiştir. İrade özgürlüğünün bu şekilde seçim özgürlüğüne indirgenmesi sonucunda fiil bakımından suça katılanların sorumluluklarının tespitinde yetersiz kalacağına dikkat çekmiştir. Kusur içeriğinin kişinin kendisinde karar oluşum süreci göz ardı edilerek belirlenmesi diğer bir ifadeyle gerçek durumunun ölçüt olarak dikkate alınmaması kişi bakımından kusur içeriğinin varsayımsal olarak belirlenmesi anlamına gelir (Noltenius, a.g.e., s. 215).

<sup>1016</sup> Gallas, a.g.e., s. 117; Frister, a.g.e., s. 333. *Frister* kasten işlenen esas fiilin varlığının iştirak halinde işlenen suçlar bakımından kabul edilmesinin tatmin edici olmadığını, bu durumun ceza boşluklarına neden olduğunu bu nedenle sadece objektif tipikliğin gerçekleştirilmesinin yeterli olması gerektiği yaklaşımını savunmaktadır (a.g.e., s. 334). Ayrıca bkz. Uthmann, a.g.e., s. 20 vd.

<sup>1017</sup> Azmettirme bakımından kasten gerçekleştirilen esas fiil gerekliliği ilk olarak *Hälschner* tarafından gerekçelendirilmiştir. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 288.

<sup>1018</sup> Schlutter, a.g.e., s. 3.

olarak kabul edilmiştir<sup>1019</sup>. Bu bağlamda kusurlu bir esas fiilin gerekliliğinden şerikliğin kurtarılması, kasten işlenmeyen bir fiile azmettirme veya yardım etmenin mümkün olabileceği anlamına gelmektedir<sup>1020</sup>. Bu bağlamda esas fiilin kasten işlenmesinin gerekli olmadığına ulaşan her ihtimal, olumsuz sonuçları da beraberinde getirir. Zira bu durum taksirle işlenen suçlara şerik olarak iştiraki mümkün kılacağından, dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayrımı belirsizleştirir. Failde suç işleme kastına sebep olma azmettiriminin unsuru olmazsa, o zaman azmettirimin sadece bir başkası tarafından oluşturulan objektif tipikliği gerçekleştirilmeye sebep olma olarak anlaşılması<sup>1021</sup> gerekir. Bu unsur ise ancak dolaylı faillik kapsamında söz konusu olabilir<sup>1022</sup>. Diğer bir ifadeyle, şeriklik bakımından kasten işlenen esas fiilin varlığı, failde suç kararı oluşturma şeklinde karakterize edilen azmettirme ile kastı bulunmayan ön planda yer alan kişiyi suçun işlenmesinde kullanan dolaylı failliğin ayrımı bakımından da gereklidir<sup>1023</sup>. Bu şekilde suça iştirak şekilleri arasındaki ayrımın belirsizleşmesi tek faillik sisteminin kabul edilmesine kapı aralar<sup>1024</sup>. Suça iştirak eden kişinin failin öngörmediği bir neticeyi öngörmesi<sup>1025</sup> şeriklik kurumunun niteliği ile bağdaşmaz<sup>1026</sup>. Taksirle işlenen suçlara azmettirimin mümkün olduğu kabulü azmettirenin cezalandırılması noktasında da

<sup>1019</sup> Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 193.

<sup>1020</sup> Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 194.

<sup>1021</sup> *Gallas* da taksirle gerçekleşen esas fiile şerik olarak katılımın ancak faillik için objektif tipikliğin gerçekleştirilmesine nedensel katkıyı gerçekleştirmenin yeterli olduğu durumda mümkün olduğunu ve bunun da geniş fail kavramına neden olacağını belirtmiştir (*Gallas*, a.g.e., s. 123). Failliğin müsebbiplik olarak kabul edilmesi gerektiği böyle bir ihtimalde suç tiplerinin de anlamının değişeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Zira kavram tam olarak ilgili suç tipi bakımından gerekli olan amaçlılığın eksik olduğu durumlarda pratik hale gelmesi gerektiğinden, tipik davranış salt hukuki değer ihlali olarak yorumlanmalıdır. Böylelikle müsebbipliğin nedensel etkisi bakımından bağlantı noktası sağlanmış olur. Bu şekilde cezalandırma alanının genişlemesi rizikosunu, kavramın bütün iştirak sistemi bakımından etkin hale getirilmesini de riskli hale getirmektedir. Bu nedenle şeriklik sisteminde tamamlayıcı nitelikte genel bir müsebbiplik kurumunun oluşturulması reddedilmelidir. Kavrama ilişkin gerçek bir gerekliliğin söz konusu olduğu durumlar bakımından özel bir suç tipi olarak yer verilmesi yerinde olacaktır. Yazar buna yönelik olarak ACK md. 160, 271 düzenlemelerini örnek vermiştir (*Gallas*, a.g.e., s. 123). Konuya ilişkin ayrıca bkz. *Hruschka*, a.g.m., s. 607-608. Yazarın, suça iştirak sisteminde kasten gerçekleştirilen suçlar bakımından dar fail kavramının esas alınmakla birlikte, taksirli suçlar bakımından geniş fail kavramından hareketle eşdeğerlik sisteminin esas alınması şeklindeki ikiliğe yönelik eleştirisi için bkz. *Hruschka*, a.g.m., s. 610.

<sup>1022</sup> Bockelmann, a.g.m. (GA, 1954), s. 194.

<sup>1023</sup> *Maiwald*, a.g.m., s. 359.

<sup>1024</sup> *Bloy*, a.g.m. (ZStW 2005), s. 23.

<sup>1025</sup> *Zafer*, a.g.e., s. 556. *Özkan* müsebbiplik kurumunun kabul edilmesi gereğine dikkat çekerek eserinde konuya ilişkin öneri getirmiştir. Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda taksirli suçu işlemeye bilinçli taksirle azmettiren kişinin müsebbip olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir (*Özkan*, a.g.e., s. 290). Yazar argüman olarak İtalyan hukukunda taksirle suça azmettirimin mümkün olmasına dikkat çekmiştir (*Özkan*, a.g.e., s. 291). Bununla birlikte yazar bahsi geçen ceza sisteminde iştirak öğretisinin farklı yapılanmasının dikkate alınması gerektiği gerçeğini göz ardı etmiştir.

<sup>1026</sup> *Bloy*, a.g.m. (ZStW 2005), s. 23.

makul olmayan sonuçları ortaya çıkarır. Taksirle işlenen suçtan dolayı azmettirenin kast cezasının uygulanacak olması görüşünün tutarlı bir temeli bulunmamaktadır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde şerik cezasının fail cezasından daha fazla olmasına yol açacak durumların ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>1027</sup>.

Ayrıca sınırlı bağlılık kuralının bu şekilde kabulü azmettirme ile yardım etme arasındaki farkın silikleşmesine neden olur. Bu kavramlar birbirinden azmettirenin failde suç işleme kastı oluşturması ve yardım edenin faili herhangi bir şekilde desteklemesi ile ayrılır. Kasten işlenmeyen suça azmettirmenin kabul edilmesi bu kavramların iç içe geçmesine sebep olabilecek niteliktedir<sup>1028</sup>. Görüldüğü üzere, kanun koyucu tarafından şerikliğin bağlılığına yönelik kasten gerçekleştirilmiş hukuka aykırı ve tipik fiilin varlığı yerine sadece hukuka aykırı tipik fiilin kabul edilmesi şerikliğin bağlılığına görünürde aykırılık teşkil etmese de beraberinde birçok sorunun ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Katı bağlılık kuralı kapsamında azmettirme-dolaylı faillik ayrımının daha net yapılabilmesi bakımından şeriklik için kusurlu işlenen fiilin aranması gerekliliği yönünde doktrinde görüş mevcuttur<sup>1029</sup>. Bunun yanı sıra doktrinde kusur bakımından farklı değerlendirme ile katı bağlılık kuralının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşan yazarlar<sup>1030</sup> da bulunmaktadır. Bu bağlamda *Jakobs* tarafından ileri sürülen yaklaşım ele

<sup>1027</sup> Uthmann, a.g.e., s. 26.

<sup>1028</sup> Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 194.

<sup>1029</sup> Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 942 vd.; Riemer, a.g.e., s. 31. *Riemer* daha ileri giderek sınırlı bağlılık kuralının faillik ile şeriklik ayrımına temel oluşturamadığını belirtmiştir. Bu nedenle yazara göre faillik ile şeriklik ayrımının sağlanabilmesi için kusura iştirak teorisine geri dönülmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle iştirak edilebilir bir suç için tipik ve hukuka aykırı fiilin kasten ve kusurlu gerçekleştirilmesi gereklidir (Riemer, a.g.e., s. 31).

<sup>1030</sup> Nitekim katı bağlılık kuralı kapsamında *Maurach* farklılaştırılmış kusur kavramı önerisi getirmiştir. Failin sadece tipik ve hukuka aykırı hareket etmesi yeterli değildir, aynı zamanda fiil sorumluluğu (*Tatverantwortung*) ile hareket etmesi gerekmektedir (Bertschi, a.g.e., s. 30). Fiil sorumluluğunun tespitine yönelik olarak *Maurach* ilk olarak tipik ve hukuka aykırı hareketin ilgisine isnat edilip edilemeyeceği araştırması yapmaktadır. Diğer bir ifadeyle, failin tipik ve hukuka aykırı hareketi gerçekleştirmesiyle hukukun taleplerine uygun olmayan duruma yol açıp açmadığını inceler. *Maurach* burada tipik ve hukuka aykırı hareketin isnat edilebilirliğinin fiil sorumluluğu ve kusur şeklinde iki aşamadan oluştuğunu kabul eder. Failin tipik ve hukuka aykırı hareketine karşı çıkılabilirse ve bu diğerlerinden farklı olarak daha kötü davranması nedeniyle ise, o zaman failin fiil sorumluluğundan söz edilmesi gerekir. (Bertschi, a.g.e., s. 30-31). Bununla birlikte fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde (mazeret nedeni olarak zorunluluk hali ve meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaştan dolayı aşılması) fail mazeretli olmadığından, burada herkesin sorumluluktan muaf tutulduğu bir durumdan söz edilmesi gerekmektedir. Buradan ortaya çıkan sonuç ise, failin fiil sorumluluğunun bulunmadığı durumda iştirakin cezasız kalmasıdır (Kangal, a.g.e. (2010), s. 401 vd.). Yazar, bu görüşün iştirak alanında ulaştığı sonucu inandırıcı bulmamıştır (Kangal, a.g.e. (2010), s. 402). *Bertschi* de *Maurach*'ın yaklaşımını eleştirmiştir. Yazara göre, bir hareketin tipik ve hukuka aykırı olmasına rağmen hukukun taleplerine nasıl uygun olacağı hususu açıklanamaz. Ona göre, *Maurach*'ın fiil sorumluluğu kapsamında karşı çıkma/itirazdan ne anladığı konusuna

alınabilir. *Jakobs* haksızlık isnadiyetinin ancak kusurlu davranış kapsamında mümkün olduğunu belirtir. Bu konuya yönelik olarak *Jakobs* şerikliğin bağlantısını bir başkasının norm ihlalinin isnadında oluşturmaktadır. Kusursuz davranış norma aykırılığın anlamını tam olarak içermediğinden isnat edilebilecek nitelik arz etmez ve sonuç olarak cezalandırılabilir şeriklik de yoktur<sup>1031</sup>. Birden fazla kişinin bir fiile katılımında davranışlarının ceza hukuku bağlamında anlamlı bir bütün oluşturabilmesi hem icra hareketlerini gerçekleştirenin hem de diğerlerinin kusurlu hareket ediyor olmalarına bağlıdır<sup>1032</sup>. *Jakobs*'a göre, katı bağlılık kuralının kabulü ceza boşluklarına sebep olmaz<sup>1033</sup>. *Jakobs*'a göre, suçta iştirak bakımından mutlak şart hem failin hem de şeriklerin kusurunun bulunmasıdır. Bu nedenle kusursuz fiile azmettirmeyi kabul etmez, böyle durumlarda dolaylı failliği kabul etmektedir<sup>1034</sup>. Bu sonuca, kusur kavramına yönelik yaptığı belirlemeden ulaşmaktadır<sup>1035</sup>. Kusurun belirlenmesi bakımından belirleyici olan kusurlu hareket edenin kişiselliği değildir, aksine hukuka aykırı davranışın hukuka uygunluk bakımından bir kınanma ifadesi olup olmadığıdır<sup>1036</sup>. Ayrıca *Jakobs* fiile ilişkin

---

bakılırsa, aslında burada söz edilen hukuka aykırılık değerlendirilmesinin farklı şekilde adlandırılmasından başka bir değildir. Çünkü tipik bir davranış hukuk düzenine karşı çıkmadığı ve hukuka uygunluk sebebi de bulunmuyorsa zorunlu olarak hukuka aykırılık teşkil eder. Bu nedenle fiil sorumluluğu kavramı ceza hukukuna yeni bir şey getirmemektedir. Yazar, bunu sınırlı bağlılığın hatasını ortadan kaldırmak bakımından başarısız bir teşebbüs olarak nitelendirmiş ve ne sınırlı bağlılığın uygulanmasının ne de fiil sorumluluğunun uygulanmasının fail-şerik öğretisini geliştireceğini ileri sürmüştür (Bertschi, a.g.e., s. 31).

<sup>1031</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 254 vd. *Maurach/Gössel/Zipf*, yazarın ulaştığı sonucun dikkate değer olduğunu belirtmişlerdir. Sınırlı bağlılık kuralı ile faillik ve şeriklik arasındaki öngörülen sınırın şeriklik yararına belirlendiği ve bunun sonucunda ya cezasız hareket olarak ya da dolaylı faillik kategorisi olarak ortaya çıkan durumların cezalandırılabilir bağlı şeriklik şeklinde objektif olarak yanlış ele alındığı vurgusuna dikkat edilmelidir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 609).

<sup>1032</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 257.

<sup>1033</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 253. Bu şekilde katı bağlılığı destekleyen diğer yazarlar: Hruschka, a.g.m., s. 603 vd.; Spindel, a.g.m. (FS Lüderrsen), s. 611; Michael Pawlik, "»Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?« -Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht", *Festschrift für Harro Otto*, s. 133; Tonio Walter, *Der Kern des Strafrechts: Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, 2006, s. 208.

<sup>1034</sup> Kusuru bulunmayan kişinin işlediği fiile azmettiren olarak katılmak mümkün değildir. Böyle bir kişinin ceza hukuku bakımından anlamlı bir süreci gerçekleştirdiğinden söz edilemez, aksine sadece doğal bir süreç olarak karşımıza çıkar (*Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 253). Sadece arka plandaki kişi tarafından olay seyrinin ceza hukuku anlamında oluşturulması söz konusu olduğunda arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin kabul edilmesi gerekir. *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 256.

<sup>1035</sup> *Jakobs* tarafından savunulan kusur öğretisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 419 vd.

<sup>1036</sup> *Jakobs*, *Schuld und Prævention*, s. 29'dan aktaran Noltinius, a.g.e., s. 111. Kusurun tespiti bakımından failin kişiselliğinin dikkate alınmamasına yönelik eleştiri için bkz. Noltinius, a.g.e., s. 112. Yazar, böyle bir kabul halinde kişinin artık hukuk süjesi olarak dikkate alınmadığı, dahası sosyal topluma yönelik mekanik veya doğal bir zarar faktörü (*Störfaktor*) olarak ele alınması sonucuna yol açacağını belirtir. Ayrıca araç kişinin insan olma özelliğinden soyutlanarak tamamen doğal veya mekanik bir

şerikliğin tespiti bakımından suça iştirak edenlerin fiilin bütünü bağlamında sübjektif durumundan da vazgeçmiştir. Şerikliğin bağlılığı açısından kasten işlenen fiile kasten gerçekleştirilen katkı bir şey değiştirmez<sup>1037</sup>. *Jakobs*'a göre belirleyici olan yalnızca objektif olarak bütün fiilin paylaşımıdır<sup>1038</sup>. Fiilin icrasından önce gerçekleştirilen katkı bakımından dikkat edilmesi gereken, hareketin suça ilişkin bağlantıda uyumlu olup olmadığıdır. İştirak edenin bu uyumu bilmesi zorunlu değildir<sup>1039</sup>. Bu nedenle *Jakobs*'a göre, kasten işlenen fiile taksirle gerçekleştirilen şeriklik mümkündür<sup>1040</sup>.

Türk hukukunda 765 sayılı Kanun döneminde bağlılık kuralıyla ilgili kanunda açık hüküm bulunmaması<sup>1041</sup> nedeniyle doktrinde farklı yaklaşımlar olmuştur. Bu bağlamda bazı yazarlar katı bağlılık kuralının varlığını arayarak şeriklik için asıl fiili gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğine sahip olması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>1042</sup>. Şeriklerin suça iştirakten dolayı cezalandırılmaları bakımından fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması gerektiğini belirten *Dönmezer/Erman*, esas fail tarafından suçun kusurlu işlenmesini şerikliğin cezalandırılması bakımından aramamışlardır<sup>1043</sup>. Bununla birlikte kastı kusurun unsuru olarak ele aldıklarından, fiilin tipe uygun olmasından anlaşılması gereken fiilin kasten gerçekleştirilmesine yönelik zorunluluğun bulunmamasıdır. Bununla birlikte yazarlar taksirle gerçekleştirilen fiile kasten katılmayı kabul etmediklerinden zımni olarak şeriklik bakımından kastı da aramaktadırlar<sup>1044</sup>. *Önder*, şeriklik hükümlerinin cezayı genişleten niteliğine dikkat çekerek kanunda açıklık bulunmadığı durumlarda bu

---

araç olarak ele alınması durumunda neden arka plandaki kişinin doğrudan faillikinden söz edilemeyeceğine de dikkat etmek gerekir. Noltenius, a.g.e., s. 113.

<sup>1037</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 264.

<sup>1038</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 265. Fiilin tamamı (*Gesamt-Tat*) üzerinden suça iştirak yaklaşımını benimseyen bir diğer yazar da *Dencker* olmuştur. Yazarın konuya ilişkin görüşü için bkz. *Dencker*, a.g.m., s. 535.

<sup>1039</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 263.

<sup>1040</sup> *Jakobs*, a.g.m. (GA 1996), s. 266. Böyle bir kabulün asgari bağlılık kuralını sonuçlayacağı yaklaşımı ve kabule yönelik eleştiri için bkz. *Kleszcewski*, a.g.e., s. 69 vd. *Jakobs* tarafından ileri sürülen yaklaşıma yönelik diğer bir eleştiri için bkz. *Peña/Conlledo*, a.g.m., s. 600.

<sup>1041</sup> Eski Kanunda asli fer'i faillik ayrımının yapılmış olması, şahsi-fiili nedenlerin şeriklere sirayetinin düzenlenmiş olması ve suça katılanların cezalarının işlenen fiile göre belirlenecek olması nedeniyle kanunun iştirakte bağlılık kuralını kabul ettiği sonucuna ulaşıyordu. *Önder*, a.g.e., s. 446.

<sup>1042</sup> *Önder*, a.g.e., s. 450. Nitekim *Mahmutoğlu*'na göre, şerik sorumluluğunun bağlılığına ilişkin olarak katı bağlılık kuralı uygulanmalıdır. Esas fiilin kusurlu işlenmesi gerekir. Kusurun bulunmadığı durumda ise sorun dolayısıyla faillik kapsamında çözümlenmelidir (*Mahmutoğlu*, a.g.m., s. 91). *Mahmutoğlu*, bağlılık kuralına ilişkin madde düzenlemesinde geçen “kastin ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir.” ifadesini katı bağlılık kuralı şeklinde değerlendirmiştir. Böyle bir sonuca ancak kastın kusurun türü olduğu kabulünden ulaşılabilir. Bu yaklaşımı savunan yazarlar için bkz. *Akbulut*, a.g.m., s. 181.

<sup>1043</sup> *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 484.

<sup>1044</sup> *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 485.

hükümlerin daha da genişletilmesinin mümkün olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, kanunda öngörülen tipik hareketi gerçekleştiren fail bakımından her üç unsur da arayıp şerik bakımından daha azını yeterli görmek çelişki arz eder<sup>1045</sup>. Bu konuda *Önder* esas fiilin kusurlu işlenmesi gerektiğini belirterek katı bağlılık kuralını benimsediğini göstermiştir<sup>1046</sup>. Yargıtay şerikliğin failin işlediği fiile bağlılığı konusunda önceleri katı bağlılık kuralına eğilim göstermiştir. Esas fiili gerçekleştiren failde kusurun bulunmasını da aramıştır<sup>1047</sup>. Daha sonraki yaklaşımı ise sınırlı bağlılıktan yana olmuştur. Failin kusurlu bulunmasını aramamıştır<sup>1048</sup>.

### 3. Sınırlı Bağlılık Kuralı

Sınırlı bağlılık kuralı, şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın cezalandırılabilmesi için esas fiilin kasten işlenen hukuka aykırı bir fiil olmasını gerektiren bağlılık şeklidir<sup>1049</sup>. Alman hukukunda katı bağlılık kuralından vazgeçilmesi ile birlikte bugüne kadar geçerli olan sınırlı bağlılık kuralı, bağlılık şekli olarak öncelik kazanmıştır<sup>1050</sup>. Şerik sorumluluğunun asgari gerekliliğini hukuka aykırı ve tipik fiile bağlayan bu bağlılık kuralı şekli, bu unsurlardan birinin bulunmaması halinde arka planda yer alanın şerik sorumluluğunu dışlamaktadır<sup>1051</sup>. Bağlılığın yasal düzenlemesi bağlamında şerikliğin gerçekte işlenen tipik ve hukuka aykırı fiile bağlılığı anlamında dogmatik meşruluğu, diğer niteliksel bağlılık kuralının görünüm şekillerinde olduğu gibi, iştirak öğretisinde ikilik sisteminin benimsenmesi ile mümkündür<sup>1052</sup>. Sınırlı bağlılık

<sup>1045</sup> *Önder*, a.g.e., s. 450.

<sup>1046</sup> Yazara göre, asli failin kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlar bakımından dolaylı faillik uygulama alanı bulur. Kanunda suça katılanların cezalandırılmaları bakımından esas fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı işlenmiş olması şeklinde bir sınırlama yer almamaktadır. Bu şekildeki kabul, iştirake ilişkin genel hükümlerin alanını daha da genişletir. *Önder*, a.g.e., s. 450, 492.

<sup>1047</sup> CGK, 24.02.1936, 31- 33'ten aktaran Kunter, a.g.m., s. 76.

<sup>1048</sup> CGK, 19.02.1945, 81- 78'den aktaran *Önder*, a.g.e., s. 500.

<sup>1049</sup> Herzberg, a.g.e., s. 113 vd.; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 655; Gallas, a.g.e., s. 144; Weißer, a.g.e. (2011), s. 23; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 300; Akbulut, a.g.m., s. 191; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 649; Nydegger, a.g.e., s. 144.

<sup>1050</sup> Heinrich, a.g.e., s. 565. 29.05.1943 tarihli değişiklikten (RGeB. I/339) itibaren sınırlı bağlılık kuralı geçerli olmuştur. Geppert, a.g.m. (1997), s. 300. *Welzel* katı bağlılık kuralı karşısında sınırlı bağlılık kuralının büyük bir gelişme olduğunu belirtmiştir (Welzel, a.g.e., s. 114). *Noltenius* bağlılık türleri kapsamında sınırlı bağlılık kuralına taraftar olduğunu belirtmiştir. Sınırlı bağlılık kuralı salt kanun koyucu tarafından yapılan bir belirleme değildir. Şerikliğin yapısal gerekliliği hukuka aykırı ve kasten işlenen fiili şart koşar (Noltenius, a.g.e., s. 249 vd.). Buna karşılık İtalyan ceza hukuku öğretisinde Alman bağlılık öğretisinin “yapaylığın ve karmaşıklığın eseri (*Meisterwerk an Künstlichkeit und Komplexität*)” olarak kabul edildiğine ilişkin bilgi için bkz. Weißer, a.g.e. (2011), s. 168.

<sup>1051</sup> Maurach, a.g.e., s. 634; Nydegger, a.g.e., s. 145; Horst Schröder, “Grundprobleme des § 49a StGB”, *Juristische Schulung (JuS)*, 1967, ss. 289-295, s. 292.

<sup>1052</sup> Poppe, a.g.e., s. 443.

kuralı, katı bağıllık kuralından esas failin kusurlu hareket edip etmediğinin şeriklerin sorumluluğu bakımından önem taşımaması<sup>1053</sup> noktasında ayrılmaktadır. Şeriklik kusur değil, haksızlık bağıllığıdır<sup>1054</sup>. Bu nedenle iştirak halinde işlenen suçta sınırlı bağıllık kuralı kapsamında, kastın tipikliğin sübjektif unsuru olarak tipiklikte ele alınmasının da etkisiyle, failin tipe uygun ve hukuka aykırı hareket etmesi ve böylece suçun haksızlığının gerçekleşmesi aşamaları incelendikten sonra iştirak incelemesine geçilir<sup>1055</sup>. Suça iştirakin gerçekleşmesi için failin tipik ve hukuka aykırı fiili gerekli olduğundan, unsurların dışında kalan kusurluluk incelemesinde şerikler bakımından failin durumu önem arz etmemektedir<sup>1056</sup>. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, kusurluluğa ilişkin düzenleme (TCK md. 40/1 c.2, ACK md. 29) sınırlı bağıllık kuralının bir ifadesidir<sup>1057</sup>. Dolaylı faillik

<sup>1053</sup> Schulz, a.g.e., s. 132; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 559; Rengier, a.g.e., s. 389; Eryıldız, a.g.e., s. 12.

<sup>1054</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 300.

<sup>1055</sup> Heinrich, a.g.e., s. 565.

<sup>1056</sup> Akbulut, a.g.m., s. 191; Schröder, a.g.m., s. 292. Belirtmelidir ki; Alman hukukunda iştirak öğretisi çerçevesinde kusurluluk bağlamında özel kusur ve genel kusur unsurları ayrımı üzerinden tartışma devam etmektedir. Özel kusur unsurlarının genel kusur unsurları gibi ACK md. 29 kapsamında mı değerlendirileceği noktasında doktrin uzlaşa sağlayamamıştır. Doktrinin çoğunluğu tarafından özel kusur unsurları ACK md. 29 kapsamında kabul edilmemektedir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 349; Roxin, a.g.e. (AT), s. 236; Grünwald, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 566 vd.; Köhler, a.g.e., s. 551. Bu görüşe göre, burada hareketin haksızlığını ilgilendiren durumlar söz konusudur. Tüm bu unsurlar fiilin icrasının türü ve şeklinin herhangi bir formda oluşmasını gerektirir. Çünkü haksızlığın sadece bundan ortaya çıktığı sonucuna varılabilir. Bunlar hukuk normlarına yönelik failin düşüncesiyle ilgili değildir, aksine korunan hukuki durumun kendisiyle ilgilidir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 617). Bu bağlamda söz konusu unsurun varlığı sadece fail bakımından değil, ayrıca şerik bakımından da dikkate alınmalıdır. Fail ilgili suç tipinin gerektirdiği şekilde başkalarının durumuna aldırımsızın (*rücksichtslos*- ACK md. 315c/2), kötü niyetli (*böswillig*- ACK md. 90a) veya meslek haline getirerek (*gewerbsmäßig*- ACK md. 180a/1) hareket ederse, ceza yaptırımıyla karşılaşması gereken bir haksızlık (sosyal zarar verme) ortaya çıkar. Bu suça katılan da tipikliğin gerçekleştirilmesi şeklinde hukuki değere dolaylı (fail üzerinden) etki eder ve cezalandırılması gerekir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 237). Aksi yöndeki görüş ise özel kusur unsurunu münhasıran ACK md. 29 kapsamında kabul eder. Bu görüşe göre, kusur en başından itibaren bağıllığın kapsama alanının dışında kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu görüş sadece genel kusur unsurlarının değil aynı zamanda özel kusur unsurlarının da md. 29 kapsamında ele alınması yönündedir (Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 660; Langer, a.g.m. (FS Lange), s. 252 vd., Hake, a.g.e., s. 161). Başkasının kusurundan dolayı diğer suça katılanların cezalandırılmasının hukuka uygun olmadığı belirtilir (Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 265). Kusur unsurunun genel hükümlerde veya özel hükümlerde düzenlenmiş olmasına göre ayırım yapılamaz. Her iki türü de kusur alanını ilgilendirir ve haksızlık alanını ilgilendirmez. Bu nedenle cezayı gerekçelendiren özel kusur unsurlarının failde bulunması gerektiğine yönelik yaklaşım katı bağıllık kuralına geçişi işaret eder (Kluszczewski, a.g.e., s. 80). Bu iki görüşün sentezi olarak ifade edilebilecek son görüş ise, bu özel kusur unsurlarının gerçekleştirdiği işlev üzerinden değerlendirme yapılması gerektiği yönündedir. Bu nedenle özel kusur unsurları cezayı temellendiren veya cezayı değiştiren bir işlev yerine getirmesi üzerinden tekrar bir ayırma tabi tutulur (Herzberg, a.g.m. (ZStW 1976), s. 70 vd.). Konu 3. bölümde nitelikli hallerin sırayeti kapsamında tekrar ele alınacağından, bu bölümde daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir.

<sup>1057</sup> Bu bağlamda belirtilmelidir ki, TCK md. 40/1 kapsamında 2. cümlede yer verilen kusurluluğa ilişkin düzenleme ilk cümleye ilişkin açıklayıcı nitelik arz eder. Çünkü sınırlı bağıllık kuralı kapsamında şerik sorumluluğu için önem arz eden husus esas fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olmasından ibarettir. Bu husus, aynı zamanda şerikliğin cezalandırılması bakımından dikkate alınan asgari gerekliliği ortaya koyar. Bu nedenle tipe uygunluk ve hukuka aykırılık dışında fail tarafından işlenen

kabul edilmediği sürece haksızlık hatasında (TCK md. 30/4, ACK md. 17/1), kusur yeteneğinin bulunmadığı hallerde (TCK md. 31/1, 32/1, 33, 34; ACK md. 19, 20), meşru savunmada sınırın aşılmasında (TCK md. 27/2, ACK md. 33), ve mazeret nedeni olan zorunluluk halinde (TCK md. 25/2, ACK md. 35) failin cezasızlığına rağmen cezalandırılabilir şerikliğin mümkün olması bu düzenlemeden (TCK md. 40/1) kaynaklanmaktadır<sup>1058</sup>.

Kusurun yanı sıra cezayı kaldıran kişisel nedenler de bağlılığın dışında kalır. Fail bakımından geçerli bir cezayı kaldıran kişisel neden bulunması halinde bunun diğer suça katılanlar bakımından dikkate alınması söz konusu değildir<sup>1059</sup>. Çünkü failde bulunan cezayı kaldıran veya azaltan kişisel sebepler şeriklerin cezalandırılması bakımından ilgisizdir<sup>1060</sup>. Bu nedenle failin cezasızlığına sebep olabilecek gönüllü vazgeçmesi halinde şeriklerin cezalandırılma ihtimali göz ardı edilmemelidir<sup>1061</sup>. Aynı şekilde etkin pişmanlığın söz konusu olması durumunda bu husus sadece ilgili katılan bakımından etki edecektir<sup>1062</sup>. Fail bakımından gerçekleştirilen veya onun sorumluluğuna etki eden bu tür nedenlerin hâlihazırda şeriklerin sorumluluklarını ilgilendirmede sınırlı bağlılık kuralının kendisinden ortaya çıkmaktadır<sup>1063</sup>.

Sınırlı bağlılık kuralı fiil hâkimiyeti düşüncesi ile de uyum arz etmektedir<sup>1064</sup>. Bu bağlamda değinilmesi gereken bir husus, fiilin tipik olması gerekliliği ile ilişkili olarak kasttır. Kastın kusur türü mü, haksızlık unsuru mu olduğuna göre farklı yaklaşımlar söz konusu olmakla birlikte, final hareket teorisinden doğan, kastın tipiklik kapsamında yer aldığı kabulü doktrinde ağırlık kazanmıştır<sup>1065</sup>. Bununla birlikte azmettirme ve yardım etmenin sınırlı bağlılığı, şerikliğin tali karakteri de dikkate alındığında fiil hâkimiyetinin

---

fiile ilişkin sorumluluğuna etki eden unsurların diğer şerikleri etkilemeyeceği sonucuna işaret eder. Buradan hareketle, kusurluluğa ilişkin cümleye TCK'da yer verilmeseydi dahi, sınırlı bağlılık sonucuna ilk cümle ile ulaşılması mümkündür. 2. cümleye yer verilmesini katı bağlılık kuralına yönelik tartışmanın tamamen önünün kesilmesine yönelik olduğu şeklinde değerlendirmek mümkündür. Sınırlı bağlılık kuralı bakımından vazgeçilmez nitelik arz eden esas fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı gerçekleştirilmesidir. Farklı yönde görüş için bkz. Demirel, a.g.e., s. 360 vd.

<sup>1058</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 235.

<sup>1059</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 731.

<sup>1060</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 300. Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 476.

<sup>1061</sup> Rengier, a.g.e., s. 390.

<sup>1062</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 476.

<sup>1063</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 618; Hake, a.g.e., s. 163.

<sup>1064</sup> Şekli objektif teori ve sübjektif teori ile bağdaşmadığı yönünde bkz. Poppe, a.g.e., s. 449.

<sup>1065</sup> Kleczewski, a.g.e., s. 22; Piotet, a.g.m., s. 16; Nydegger, a.g.e., s. 145. *Schlutter* sınırlı bağlılık kuralının ancak final hareket kavramına dayandırıldığında tam anlamıyla tatmin edici sonuçlara ulaşabileceğini belirtmiştir. *Schlutter*, a.g.e., s. 2.



natüralist-fiilî anlamda<sup>1066</sup> mı veya normatif anlamda mı ele alınmasına göre farklılaşmaktadır. Fiil hâkimiyeti kavramının natüralist-fiilî formülasyonunda azmettirme ve yardım etmenin sorumluluk şartı olarak failin kusurundan vazgeçme, şeriklik kavramının tali niteliği ile çelişmez. Bu eski finalist anlayış bağlamında meşru görülmektedir. Finalist anlayışa göre kusuru olmayan ve fakat kasten hareket eden failin varlığı, arka plandaki kişinin dolaylı failliğini dışlamaktadır<sup>1067</sup>. Finalist fiil hâkimiyetinin naturalist-fiilî bakış açısı icra hareketlerini gerçekleştirenin kasten hareket etmesi halinde arka plandakinin her zaman şerik, bununla birlikte kastı bulunmaksızın hareket etmesi halinde ise her zaman dolaylı fail olarak değerlendirilmesini sonuçlamaktadır<sup>1068</sup>. Böyle bir durumda ön planda yer alanın gerçekleştirdiği haksızlık, arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumlu tutulması bakımından yeterlidir. Bu dışlama teorisinin temelinde yer alan öncüller, failliğin fiili gerçekleştiren kişide kusur teorisi anlamında yalnızca kasten gerçekleşen davranışı şart koşması, günümüzde etkisini yitirmiştir<sup>1069</sup>.

Fiil hâkimiyeti kavramının normatif değerlendirmesinin ise günümüz fiil hâkimiyetinin temelinde yer aldığı (ilk olarak *Gallas* tarafından ortaya atılmıştır) kabul edilmektedir<sup>1070</sup>. Bu varyasyon fiil hâkimiyetini failin tipikliği gerçekleştirmesine dayandırır. Doğrudan hareket edenin failliği arka plandakinin fiil hâkimiyetini kaldırmaz. Dolaylı failliğin gerekçelendirilmesi bakımından fiilî-naturalist yaklaşımın aksine neticeye yol açan olay seyrinin doğrudan pozitif ve fiili yönlendirilmesine atıfta bulunmaz. Arka plandaki kişinin dolaylı failliği normatif anlayışa göre sadece, (arka plandaki kişinin) neticeye sebep olan hareketi ile neticenin meydana gelmesi arasında ilgili norma göre cezalandırılabilir başka bir hareketin girmemesi durumunda ortaya

<sup>1066</sup> v. *Weber* niteliksel bağlılık konusunda şerikin cezalandırılabilmesi için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş esas fiilin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca şerikliğin cezalandırılması failin kusurundan bağımsızdır (Poppe, a.g.e., s. 239). *Welzel*'e göre de niteliksel bağlılık konusunda kasten ve hukuka aykırı işlenmiş esas fiilin varlığı gerekli ve yeterlidir. Failin kusuru şerikliğin cezalandırılması bakımından dikkate alınmamalıdır. Poppe, a.g.e., s. 451.

<sup>1067</sup> *Welzel*'e göre fiilin icrasına yönelik motive eden itici güç (*Antriebskraft*) neticeye yol açan nedensel sürecin oluşumunda doğrudan etkili değildir. Bu nedenle akıl hastası veya cebir altında bulunan ya da kaçınılmaz haksızlık hatası içinde yer alan tipikliğe ilişkin tüm durumlar bakımından bilgisi olduğundan ve bu tipikliği gerçekleştirmeye yönelik iradesi bulunduğundan akıl sağlığı yerinde olan veya hareketinin yasaklılığının bilincinde olan kişi gibi fiil seyrini amaca yönelik yönlendirebilir. *Welzel*, a.g.m. (ZStW 1939), s. 547.

<sup>1068</sup> Poppe, a.g.e., s. 457.

<sup>1069</sup> Hoyer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 382; Noltinius, a.g.e., s. 325.

<sup>1070</sup> *Maiwald*, a.g.m. (ZStW 1976), s. 736. *Poppe*, sınırlı bağlılık kuralının özellikle aşamalı ve normatif olarak temellendirilen fiil hâkimiyeti tasavvuruyla meşruluk kazanabileceğini belirtmiştir (Poppe, a.g.e., s. 458).

çıkar. Buna göre suç seyri üzerindeki gerçek yönlendirmeyi gerektirmeksizin, salt normatif ve negatif (araç kişinin sorumlu olmaması ile) şekilde temellendirir. Bunun sonucu olarak, icra hareketlerini gerçekleştiren tarafında hukuken sorumluluğun olmaması ve arka plandaki kişide fiil hâkimiyetinin bulunması birbirini dengeler<sup>1071</sup>. Böylelikle aşamalı fiil hâkimiyetinin *Gallas* tarafından ortaya atılması ve *Roxin* tarafından geliştirilmesiyle birlikte *Welzel*'in yaklaşımında uygulama alanı sınırlı kalan dolaylı faillik, kusur eksikliği bulunan kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde de mümkün kılınmasıyla genişlemiştir<sup>1072</sup>.

Bununla birlikte kusurluluğu kaldıran veya mazeret nedenlerinin varlığı halinde arka plandaki kişinin genellikle dolaylı failliğini kabul eden fiil hâkimiyeti kavramıyla, sınırlı bağlılık kuralının esası kenara itilmektedir. Buna karşılık sınırlı bağlılık kuralının katı şekilde uygulanmasının faillik ve şeriklik esasını zedeleyici nitelikte olacağı da yadsınamaz. Bu bağlamda doktrinde özellikle azmettirme göz önünde bulundurulduğunda, katı bağlılık şeklinin fiil hâkimiyeti öğretisine en uygun olan varyasyon<sup>1073</sup> olduğu ileri sürülmüştür. Buna yönelik argüman olarak sınırlı bağlılık kuralının pratikte büyük bir öneminin bulunmadığı kabul edilmektedir. Zira akıl hastalığı veya mazeret nedeni olarak zorunluluk hali (ACK md. 35) ve kaçınılmaz haksızlık hatası (ACK md. 17) nedeniyle kusuru bulunmayan kişinin suçun işlenmesine yönlendirilmesi halinde dolaylı faillik durumu ortaya çıkar ki, böyle bir durumda arka planda yer alanın şerikliğinden bahsedilemez<sup>1074</sup>. Ancak arka planda yer alanın şerikliğinden faildeki kusuru kaldıran durumu bilmemesi halinde söz edilebilir<sup>1075</sup>.

<sup>1071</sup> Poppe, a.g.e., s. 453. Yazara göre, hukuki belirlilik bakımından da fiil hâkimiyeti kavramının bu yaklaşımla açıklanması faillik ve şeriklik ayrımında dikkate alınacak kriter olarak geliştirilmelidir. Bununla birlikte bu yaklaşım kusuru bulunmayan fail tarafından gerçekleştirilen fiile şerik olarak katılım olanağı vermemektedir. Bu temele dayanıldığında sınırlı bağlılık kuralının uygulanma olanağı ortadan kalkmakta ve azmettirme ve yardım etme sadece kusurlu fail tarafından işlenen fiiller bakımından söz konusu olmaktadır. Poppe, a.g.e., s. 453.

<sup>1072</sup> Poppe, a.g.e., s. 380.

<sup>1073</sup> Poppe, a.g.e., s. 379. Özellikle post finalist fiil hâkimiyeti öğretisinin içinde faillik ve şerikliğin uygulama alanını belirleyen hâkimiyet kuralları bakımından en uygun varyasyon olduğu ileri sürülerek kusurlu esas fiile bağlılığın dikkate alınması gerektiği eğilimi bulunmakla birlikte, fiil hâkimiyeti düşüncesinden kasten işlenen esas fiilin gerekliliği sonucunun çıkıp çıkmadığı ve buna bağlı olarak şerikliğin cezalandırılma şartı olarak bilinçli taksirle işlenen esas fiilin yeterli olup olmadığı belirsiz kalmaktadır (Poppe, a.g.e., s. 382). Bilinçli taksirle gerçekleştirilen suçlarda fiil hâkimiyeti kriterinden hareketle failliğin tespit edilemeyeceği görüşü için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 2007), s. 477.

<sup>1074</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 138; Kühl, a.g.e., s. 830. Yazar azmettirmenin dolaylı faillik karşısında tali niteliğine dikkat çekmiştir.

<sup>1075</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 138.

Sınırlı bağıllık kuralı 5237 sayılı TCK bakımından da benimsenen sistemdir<sup>1076</sup>. Zira 40. maddede suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığını arayarak, failin kusur yeteneğine sahip olup olmamasını suça katılanların sorumluluğu açısından göz önünde bulundurmamıştır. Böylelikle sınırlı bağıllık kuralına açıkça yer vermiştir. Md. 40/1 c. 2'den anlaşılması gereken, failin kusurlu veya kusur yeteneğine sahip olup olmadığına veya kusurluluğu kaldıran nedenin bulunmasının şerikin sorumlu tutulmasına engel olmamasıdır. Cezayı ortadan kaldıran veya azaltan kişisel bir nedenin bulunması da iştirak kurallarının uygulanmasına engel değildir<sup>1077</sup>.

Sınırlı bağıllık kuralının da uygulamada ortaya çıkan zorlukları bulunmakla birlikte asgari bağıllık kuralı ve katı bağıllık kuralına nazaran suça iştirakte şeriklerin ceza sorumluluklarını belirlemek bakımından daha elverişli olduğu belirtilmelidir. Zira özgü suçlara veya bizzat işlenebilen suçlara ilgili niteliği taşımayan kişinin şerik olarak katılımı bakımından esas failin kusurlu hareket etmesi gerekmemektedir. Ayrıca kanunun özel bir nitelik veya yükümlülüğü ya da unsuru (amaç gibi) şart koştuğu bu tür suçlarda kast gerekliliği, yükümlülük sahibinin bilinçli olarak yükümlülük ihlaliyle fiile yönelik hareketinin belirlenmesine veya diğer sübjektif tipiklik unsurunu (amaç) gerektiren suçlarda buna yönelik kesin ayrımı ortaya koymasına hizmet ederek fiil belirliliğini sağlamaktadır<sup>1078</sup>. Bu nedenle sınırlı bağıllığın asıl anlamının özgü suçlarda ve bizzat işlenebilen suçlarda ortaya çıktığı sonucuna varılmaktadır. Çünkü bunlarda suçun gerekli kıldığı özel niteliğe veya yükümlülüğe sahip olmayanın dolaylı failliği ortadan kalkar. Nitekim kaçınılmaz bir haksızlık hatası içinde bulunan veya zorunluluk hali içinde bulunan bir doktoru meslek sırrını açıklamaya yönlendiren kişinin dolaylı failliği değil, azmettiren olarak sorumluluğu ortaya çıkar<sup>1079</sup>. Aynı şekilde bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı failliğin uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda<sup>1080</sup> ortaya çıkan ceza boşluklarını sınırlı bağıllık kuralı büyük ölçüde kapatır. Ancak konuya ilişkin sorun tam

---

<sup>1076</sup> Akbulut, a.g.m., s. 182; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 649; Özkan, a.g.e., s. 59; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 101.

<sup>1077</sup> Erdem, a.g.m., s. 210.

<sup>1078</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 81.

<sup>1079</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 138.

<sup>1080</sup> Geleneksel yaklaşım bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı fail sorumluluğunun mümkün olmadığını kabul ederken yeni yaklaşım bizzat işlenebilen suçlar bakımından da dolaylı failliğin ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Bu durumda failin kendi tipik hareketi gibi araç kişinin hareketinin de ilgili hukuki değeri ihlal edebileceğinden hareket edilir. Bununla birlikte mevcut yasal düzenleme çerçevesinde bu şekilde gerçekleşen dolaylı faillik kabulü söz konusu değildir. Frister, a.g.e., s. 328.

olarak çözüme ulaşmış değildir. Belirtmelidir ki, özellikle arka planda yer alanın sorumluluğunun bu tür suçlar bakımından tespitine yönelik doktrinde süregelen görüş ayrılıkları yer almaktadır. Bu kısımda tartışmaya ayrıca yer verilmeyecek olup, konu bütünlüğünün sağlanması ve sistematik inceleme bakımından daha yerinde olacağı düşünüldüğünden konu detaylı olarak 3. bölümde tekrar ele alınacaktır.

#### 4. Asgari Bağlılık Kuralı (*minimaler Akzessorietät*)

Asgari bağlılık kuralı, şeriklik için suçun kanuni tanımına uygun esas fiilin varlığını yeterli kabul eder<sup>1081</sup>. Bu nedenle suçun diğer unsurlarının fail tarafından gerçekleştirilmesi suça iştirak edenlerin sorumluluğunda belirleyici değildir<sup>1082</sup>. Asgari bağlılık kuralında diğer bağlılık kuralı türlerine göre şerikliğin cezalandırılması bakımından esas fiilin etkisinin daha az olduğunu söylemek mümkündür. Aynı zamanda bağlılığın diğer tüm görünüm şekillerinin asgari bağlılığı kapsadığı söylenebilir. Asgari bağlılıkta aranan tipik fiil şartı diğerleri bakımından da şart niteliğindedir. Bununla birlikte asgari bağlılık kuralı şerik bakımından diğer bağlılık türlerine nazaran daha dar bir cezasızlık alanı içerir. Zira şerikliğin esas fiilden kaynaklanan sorumluluğu ancak esas fiilin tipik olmaması halinde mümkündür. Bu bağlamda ele alınması gereken husus, failin kendine veya kendisine ait bir şeye zarar vermesi halidir<sup>1083</sup>. Böyle bir durumda failin fiili ceza hukuku anlamında cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmediğinden, bu fiile şerik olarak iştirak de sorumluluk ortaya çıkarmaz.

Asgari bağlılık kuralı şerik haksızlığının bağlılığı temeline dayanmakla birlikte bu şekildeki bağlılık kuralı, faillik ile şeriklik ayrımını kabul eden sistemlerde genel bir geçerliliğe sahip bir bağlılık türü olmamıştır<sup>1084</sup>. Nitekim yasal düzenleme bağlamında da

---

<sup>1081</sup> Kluszczewski, a.g.e., s. 21.; Weißer, a.g.e., s. 116 vd.; Riemer, a.g.e., s. 47; Önok, a.g.e., s. 79; Akbulut, a.g.m., s. 180; Evik, a.g.e., s. 85; Özkan, a.g.e., s. 60; Demirel, a.g.e., s. 315; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 96. Türk hukukunda bu kavramı *Kunter, asli failin maddi fiili işlemesi sistemi* olarak adlandırmıştır. Bu sistemin kabulünün ise haksız sonuçları ortaya çıkaracağına da vurgu yapmıştır. Başkasına yönelik saldırıda saldırıya uğrayanın kendisini koruması için saldırganı öldürmesi yönünde azmettiren kişinin ceza sorumluluğu bu sistem üzerinden değerlendirildiğinde, kendini savunanın fiili hukuka uygunluk sebebinden yararlanırken azmettirenin sorumluluğu için aranan bağlantı sadece maddi fiil olduğundan onun fiili öldürmeye azmettirmeden dolayı sorumluluk doğuracaktır. Bu nedenle yazar hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak ele alan yaklaşımın iştirak meselesine ilişkin bu sistemini kabul etmediğini belirtmiştir. Nurullah Kunter, a.g.m., s. 74-75.

<sup>1082</sup> Töngür, a.g.m., s. 239.

<sup>1083</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 392.

<sup>1084</sup> Kluszczewski, a.g.e., s. 49; Önder, a.g.e., s. 448. Önder iştirak edilebilir fiilin hukuka aykırı niteliğe sahip olması gerektiğini ve suç tipinin sadece ihlal edilmiş olmasının iştirak bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir. Önder, a.g.e., s. 449. Klasik suç kavramının kabul edilmesi durumunda fiilin

fail ile şeriklik ayırımına üstünlük tanıyan ceza kanunlarında yer almamaktadır<sup>1085</sup>. Bununla birlikte *Gallas* suç tipi ile ilişkili olarak faillik kavramı üzerinden şerikliğin bağlılığına ilişkin asgari bağlılık kuralına dikkat çekmiştir. Faillik sistematik olarak tipiklik aşamasına ilişkindir. Suç tipi gibi faillik de tipiklik unsurlarını kapsar. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenleri veya kusuru ortadan kaldıran hallerin varlığı, diğer bir ifadeyle tipikliğe rağmen genel suç unsurlarının eksikliği, failliği ortadan kaldırmaz. Aksine failin cezalandırılmasını dışlar. Bu husus şeriklik bakımından da geçerlidir. Kavramsal olarak şeriklik sadece tipik esas fiilin varlığını şart koşar. Diğer tüm durumlar, hukuka uygunluk nedenleri veya kusurluluğa ilişkin olanlar, şerik için de cezalandırma sorununa ilişkindir<sup>1086</sup>.

Asgari bağlılık kuralının suça iştirak öğretisi içinde şerik haksızlığını esas fiilden bağımsız şekilde açıklamaya çalışan yaklaşımlar ile paralellik arz eden niteliksel bağlılık şekli olduğu söylenebilir. Bu yaklaşımlara göre şerikliğin cezalandırılabilmesi için esas fiil bakımından bağlılık kuralının fonksiyonel bir anlamı bulunmamakla birlikte<sup>1087</sup> tipik fiilin varlığı gereklidir. Esas fiilin gerçekleştirilmesi sadece şerikliğin cezalandırma şartı olarak anlam ifade ettiğinden niteliksel bağlılık şekline yönelik tipik hareketin gerçekleşmiş olması yeterli bulunmaktadır<sup>1088</sup>. Bu bağlamda asgari bağlılık kuralının

---

objektif ve sübjektif unsuru şeklindeki ayırım söz konusu olacağı ve kast kusur alanına ait olacağından, cezalandırılabilir şerikliğin asgari bağlılık kuralı kapsamında belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda fiilin objektif şartlarının gerçekleşmesi halinde bağlılığın da asgari şartı gerçekleşmiş olacaktır. Bununla birlikte hukuka aykırılığın bağımsız bir suç unsuru olarak mı ele alındığına dikkat edilmesi gerekmektedir. İtalyan hukukunda konuya ilişkin görüşler için bkz. Weißer, a.g.e. (2011), s. 117.

<sup>1085</sup> Bununla birlikte kanun tasarısı aşamasında ileri sürülen ancak kabul edilmeyen düzenleme örneği bakımından bkz. Kleszczewski, a.g.e., s. 49.

<sup>1086</sup> *Gallas*, a.g.e., s. 96. *Zafer*, bağlılık kuralının genişletilmesinin iştirak kurallarının uygulanabilirliğini zorlaştırdığını belirtmiştir. Yazar ayrıca bağlılık kuralının kapsamının dolaylı faillik ile ilişkisine de dikkat çekmiştir. Bağlılık kuralının kapsamı daraldıkça iştirak kurallarının uygulanabilirliği artacağı için dolaylı faillik kurumuna da gerek kalmayacağına vurgu yapmıştır. *Zafer*, a.g.e., s. 527.

<sup>1087</sup> Şekli tek faillik sisteminin asgari bağlılığına ilişkin bkz. Kleszczewski, a.g.e., s. 28. *Kleszczewski* ayrıca *Schmidhäuser* tarafından ileri sürülen şerik haksızlığının bağımsızlığı teorisinin aslında asgari bağlılık kuralına eğilimi olduğunu belirtmiştir. Kleszczewski, a.g.e., s. 48.

<sup>1088</sup> Nitekim *Höpfner*, esas fiilin gerçekleştirilmesinin şerikliğin cezalandırılma şartından farklı bir anlama gelmediğini belirtir. Diğer bir ifadeyle esas fiilin işlenmesi sadece haksızlık ve kusurun dışında kalan, şeriklik bakımından bir cezalandırma şartıdır. Bununla birlikte *Höpfner* niteliksel bağlılık noktasında bu kabulüne paralel şekilde sadece tipik hareketin gerçekleşmesinin şerikliğin cezalandırılmasının asgari şartını sağlamak bakımından yeterli olduğunu belirtmiştir. Böylelikle aslında asgari bağlılık kuralına vurgu yapmıştır (*Höpfner*, ZStW 1906, s. 611'den aktaran *Poppe*, a.g.e., s. 328). *Höpfner* faillik ve şeriklik normlarını hâlihazırda kaynağından itibaren ayrı tutarken, *Lange* faillik ve şerikliğe ilişkin yasak hükümlerini özel hükümlerdeki suç tiplerine dayandırmıştır. *Lange* için esas fiilin neticesi şerikliğin de neticesidir. Bu nedenle *Lange*'ye göre en azından niceliksel olarak şerik haksızlığının esas fiil haksızlığına bağlılığı söz konusudur. Yazar, sebep olmanın ancak şerik hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağımlı teşkil eden esas fiilin varlığı halinde söz konusu olacağını

benimsenmesi suça iştirak sistemini tek faillik sistemine de yakınlaştırır. Zira iştirakin konusunun içeriğine yönelik talepleri azaltmak örneğin kasten ve hukuka aykırı fiil gerekliliğinin aksine objektif tipikliğin gerçekleştirilmesinin yeterli olması şeklindeki ihtimal, bağlılığın sınırlayıcı etkisinin azalmasına etki eder<sup>1089</sup>. Böyle bir durumda asgari bağlılık kuralı kabulünün, sınırlı bağlılık kuralı karşısında en büyük avantajı doğaldır ki, tipikliğin sübjektif unsurlarına ilişkin gereklilikler bakımından ortaya çıkar<sup>1090</sup>. Sadece objektif tipik hareketin aranması sübjektif tipikliğin aranmaması sınırlı bağlılık kuralında bu sebeple ortaya çıkan ceza boşluklarını ortadan kaldırmak bakımından tercih edilebilir bir çözüm olarak dikkat çekmektedir<sup>1091</sup>. Nitekim arka planda yer alanın, ön planda yer alanın kasten hareket ettiğine yönelik hatasının bulunması durumunun bu bağlamda ele alınması mümkündür. İleride ayrıntılı olarak yer verileceği üzere<sup>1092</sup>, sınırlı bağlılık kuralı kapsamında doktrinde tartışmaya sebep olan bu hususta arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesi güçlük arz etmektedir.

Bu, aynı zamanda esas failin kasten veya taksirle hareket etmesi fark etmeksizin objektif haksızlığın gerçekleşmesinin yeterli olduğu bağlılık şekli bakımından da geçerlidir<sup>1093</sup>. Özellikle kast dışında amaç gibi sübjektif unsurları gerektiren suçlar bu

---

belirtmiştir. *Höpfner* ise hâlihazırda hareket değersizliği üzerine şerik haksızlığını açıkladığından esas fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Niteliksel bağlılık ise her ikisinin görüşüne göre şerik haksızlığının belirlenmesi bakımından ilgisi bulunmayan ve kanun koyucunun belirlemiş olduğu bir ölçüttür. Bu nedenle sadece cezayı sınırlandırma fonksiyonu icra eder (Pope, a.g.e., s. 331). Bu bakış açısı şeriklik bakımından esas fiilin rolünü cezayı sınırlandıran etkiye indirgemıştır. Şeriklik ve işlenen esas fiil arasındaki ilişki kavramsal değildir, aksine kanun koyucunun kararı nedeniyle ortaya çıkmıştır (Bloy, a.g.e., s. 181-182).

<sup>1089</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 178.

<sup>1090</sup> Asgari bağlılık kuralı kapsamında fiilin tipik olmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Kural olarak fiilin tipik olması hem objektif hem de sübjektif unsurun gerçekleşmesi ile mümkündür (Demirel, a.g.e., s. 315, dn. 474). Bununla birlikte doktrinde bir kısım yazar asgari bağlılık kapsamında şerik sorumluluğunun kabulü için fiilin objektif tipikliğinin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Nitekim *Käpernick*, “*şeriklik hareketinin neticeye faille birlikte neden olarak ortaya çıktığı dolayısıyla da bu bağlılık türünün, şeriklik hareketi ile failin fiili arasındaki bağlılık ilişkisini salt netice birlikteliğini esas alarak geliştirilmesi ihtiyacına binaen tezahür ettiğini*” belirtmiştir (Kapernick, *Die Akzessorietät der Teilnahme: und die sog. Mittelbare Täterschaft*, 1932, s. 14 vd.’dan aktaran Demirel, a.g.e., s. 315, dn. 474).

<sup>1091</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 75.

<sup>1092</sup> Konuya ilişkin 3. bölümün ilgili kısmına bakınız.

<sup>1093</sup> Belirtilmelidir ki, asgari bağlılık kuralı Türk ceza hukuku bakımından niceliksel bağlılık ile bağdaşmaz. Çünkü niceliksel bağlılık bakımından aranan suçun en azından teşebbüs aşamasına ulaşmasına yönelik gereklilik TCK kapsamında suç işleme kararının varlığına bağlıdır. Bu nedenle esas failin kastının bulunmadığı durumlar bakımından niceliksel bağlılık incelemesi teşebbüs hükümleri kapsamında sorun arz edecektir.

kapsamdadır<sup>1094</sup>. Her iki ihtimal kapsamında asgari bağıllık şekli, bağıllık kuralının diğer şekillerinin uygulamasında ortaya çıkan boşlukları kaldırmaya elverişli olsa bile bu sonuç, tipikliğin sübjektifliğinden soyutlanmasıyla fiilin belirliliğinin kaybına sebep olabilecektir<sup>1095</sup>.

Asgari bağıllık kuralı kapsamında failin fiilinin hukuka uygun olması şeriklerin sorumlu tutulabilmesi bakımından önem taşımaz. Bu nedenle failin fiilinin hukuka aykırılığı ortadan kalksa bile şeriklerin cezalandırılması mümkündür<sup>1096</sup>. Bununla birlikte gerçekte, sınırlı bağıllık kuralı ile asgari bağıllık kuralı arasında bu noktada ayırım bulunmadığı da ileri sürülmüştür<sup>1097</sup>. Zira eğer esas fiil hukuka aykırı ise ve şerik bunu biliyorsa o zaman bunu bilerek suça katılan şerikin de fiili hukuka aykırıdır. Eğer esas fiil hukuka uygunsa ve şerik bunu biliyorsa yine onun fiili hukuka uygun olur<sup>1098</sup>. Bununla birlikte esas fiile ilişkin hukuka uygunluk sebebi bulunmakla birlikte, şerik bunu bilmiyorsa şerikin kendi hukuka aykırılığının içerdiği haksızlık tamamen ortadan kalkmayacağından<sup>1099</sup> bundan dolayı sorumluluğunun devam edeceğine dikkat edilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda belirli bir ayırım ancak hata hallerinde söz konusu olabilir. Örneğin, hukuka aykırı gerçekleştirilen fiile, şerik bunu bilmeden katkı sağlarsa şerikte sınırlı bağıllık bakımından gerekli olan kast bulunmamaktadır ve bu nedenle cezasızlığı ortaya çıkar. Bununla birlikte asgari bağıllık kuralının geçerli olması halinde ise, şerikin hatası hukuka uygunluk nedenlerinde hata teşkil eder ve kast sorumluluğu (*Vorsatzstrafe*) ortadan kalkar<sup>1100</sup>. Esas fiil hukuka uygunsa ve şerik bunu bilmiyorsa, sınırlı bağıllık kapsamında şerik bakımından teşebbüs aşamasında kalan şeriklik söz konusu olur. Asgari

---

<sup>1094</sup> Nitekim hırsızlık suçu bakımından suç tipinin gerektirdiği sübjektif unsur olarak yarar sağlama amacının ön planda icra hareketlerini gerçekleştiren kişide bulunmaması halinde dahi onu suça sevk eden kişinin azmettiren olarak cezalandırılması mümkün olacaktır. Kleszczewski, FS-Puppe, s. 623'ten aktaran Demirel, a.g.e., s. 320.

<sup>1095</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 75.

<sup>1096</sup> Evik, a.g.e., s. 85; Zafer, a.g.e., s. 527. Buna yönelik olarak *Riemer* tarafından verilen örnek şu şekildedir: (A) doktor (B)'yi kız arkadaşının gebeliğinin sonlanması için çocuk düşürtme suçuna azmettirir. Bununla birlikte (B), gebeliğin sonlandırılması için gerekli olan şartların bulunduğunu fark eder ve müdahaleyi gerçekleştirir. *Riemer*'e göre, asgari bağıllık kuralı kapsamında (A)'nın çocuk düşürtme suçu bakımından tamamlanmış azmettirme söz konusudur. *Riemer*, a.g.e., s. 48.

<sup>1097</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 56.

<sup>1098</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 53.

<sup>1099</sup> Demirel, a.g.e., s. 316.

<sup>1100</sup> Kleszczewski, a.g.e., s. 53. *Freund*'a göre, hukuka uygunluk sebeplerinde hata halinde esas failin kastı ortadan kalksa bile şerikin cezalandırılması mümkündür. *Freund*, a.g.e., s. 374.

bağlılık kuralı kapsamında ise şerik tipikliği gerçekleştirmiş olsa da hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsuru mevcuttur. Burada problem şerik bilgisizliğinin nasıl ele alınacağı ile ilgilidir. Eğer genel yaklaşıma uygun olarak teşebbüs düzenlemesi bağlamında değerlendirilirse aynı sonuç geçerli olacaktır<sup>1101</sup>.

Niteliksel bağlılığın görünüm şekli olarak asgari bağlılık kuralı aynı zamanda niceliksel bağlılık kuralı ile birlikte değerlendirilmelidir. Bağlılık kuralının diğer görünüm şekillerine göre niceliksel bağlılık bakımından sorun ortaya çıkmazken, asgari bağlılık kuralı kapsamında durum farklılaşmaktadır<sup>1102</sup>. Özellikle objektif tipiklik kapsamında netice yer aldığından, esas fiilin teşebbüs aşamasında kalmasının ne şekilde dikkate alınması gerektiği önem arz eder. Niceliksel bağlılık bakımından fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması şerik sorumluluğu bakımından aranırsa, bu durumda fiilin objektif tipikliği kapsamında fiile ilişkin netice yer almakla birlikte asgari bağlılık kapsamında bunun gerçekleşmesine yönelik gereklilik şeklinde anlaşılması gerekir. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan suç söz konusu olduğunda netice gerçekleşmediğinden ötürü şerikliğin teşebbüs aşamasında kaldığı şeklinde bir sonuca varılamaması gerekir<sup>1103</sup>.

### C. BAĞLILIK KURALININ NİCELİKSEL YAPISI

Kural olarak fail tarafından icra edilen suç, tamamı göz önünde bulundurulduğunda bir sürece karşılık gelir. Bu süreç içerisinde fail, suçu işlemeye yönelik karar verir, suça ilişkin icraya başlar ve tamamlar. İşte bu süreç, suç bakımından arz ettiği önem bağlamında farklı aşamalardan oluşmaktadır. Bu bağlamda suça hazırlık aşaması ile suçun icrası aşaması arasındaki ayırım fail bakımından cezalandırılabilirlik sınırının<sup>1104</sup> belirlenmesini sağlar. Bu cezalandırılabilirlik sınırı teşebbüs aşamasında kalan suçu ifade

---

<sup>1101</sup> Kluszczewski, a.g.e., s. 53.

<sup>1102</sup> Kluszczewski, asgari bağlılık kuralının niceliksel bağlılık kapsamında da sürdürülebilir nitelikte olmadığını, Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüs bağlamında benimsenen yaklaşım ile uyumlu olmadığını ancak teşebbüsün esas fiilin objektif tipikliğinin varlığını şart koşması halinde asgari bağlılık kuralı kapsamında dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Kluszczewski, a.g.e., s. 56.

<sup>1103</sup> Verdiği kasten öldürme suçuna azmettirme örneği üzerinden bu sonucu bir ihtimal olarak değerlendiren Demirel, nihayetinde tamamlanmış kasten öldürme suçuna teşebbüs aşamasında kalan azmettirme ile kasten öldürmeye teşebbüse yönelik tamamlanmış azmettirme arasında içtima ilişkisinin bulunduğu hareketle, azmettirmenin teşebbüs aşamasında kalan suç kapsamında ele alınacağını belirtmiştir. Demirel, a.g.e., s. 317.

<sup>1104</sup> Bu konuda failin suçun konusu üzerinde oluşturduğu tehlike veya zarara göre hukuki değer ihlal derecesinin esas alınması gerektiği yönünde Sözüer, a.g.e., s. 45 vd.



etmektedir. Fail tarafından tek başına işlenen suçlarda suça teşebbüsün taşıdığı anlam, iştirak halinde işlenen suçlarda suça iştirak eden şerikler bakımından niceliksel bağlılık şeklini alır. Niceliksel bağlılık kavramı *Maurach* tarafından faillik ile şeriklik arasında ayırım yapan iştirak sistemleri için geliştirilmiş ve dar anlamda sadece şeriklik ile ilişkilendirilmiştir<sup>1105</sup>. Günümüzde de baskın görüş, niceliksel bağlılığı şerikliğin cezalandırılması bakımından esas fiilin hangi aşamaya gelmesi gerektiği sorusuyla ilişkilendirmektedir<sup>1106</sup>. Zira suçun oluşum aşamaları arasında (hazırlık-icra-tamamlanma/sona erme) niceliksel bir farklılık bulunmaktadır. Tamamlanmış bir suç teşebbüs aşamasında kalan suça göre nicelik olarak daha fazla haksızlık içeriğine sahipken,<sup>1107</sup> hazırlık aşamasında kalan fiil cezalandırılabilirlik sınırını aşacak nitelik arz etmez<sup>1108</sup>.

Şeriklerin haksızlığı esas fiilin haksızlığına bağlı olduğundan, şerikliğin cezalandırılması fail tarafından gerçekleştirilmiş haksızlığın ceza altına alınmış olmasını şart koşar<sup>1109</sup>. Haksızlığın ceza altına alınmış olması tamamlanmış suçlar bakımından söz konusu olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da geçerlidir<sup>1110</sup>. Suça teşebbüs<sup>1111</sup> genel olarak işlenmek istenen suça ilişkin icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlansa bile istenilen neticeye ulaşılamamasıdır. Teşebbüs aşamasında kalan suçta gerçekleşmeyen, neticedir. Suça ilişkin netice, hukuki değer ihlali veya tehlikesinde oluşabilir. Teşebbüs, faillik kapsamında işlenen kasten veya taksirli icrai veya ihmali suçların genel yapı unsuruna aittir. Neticenin gerçekleşmesinin failliği temellendiren bir etkiye sahip olup olmadığının cevabı teşebbüs aşamasında kalan suçların cezalandırılabilmesinden açıkça görülebilir. Fail olarak işlenen teşebbüs aşamasında kalan suç, teşebbüs aşamasında kalan faillik kapsamında işlenen suç

---

<sup>1105</sup> Poppe, a.g.e., s. 25.

<sup>1106</sup> Poppe, a.g.e., s. 25; Roxin, a.g.e. (AT), s. 128; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 628; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 689; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 251; Akbulut, a.g.e., s. 635; Evik, a.g.e., s. 172 vd.; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 104; Demirel, a.g.e., s. 334 vd.; Çelen, a.g.e., s. 139.

<sup>1107</sup> Akbulut, a.g.m., s. 192.

<sup>1108</sup> Demirel, a.g.e., s. 335.

<sup>1109</sup> Önok, a.g.e., s. 78; Özkan, a.g.e., s. 59.

<sup>1110</sup> Kühn, a.g.e., s. 825; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 566; Akbulut, a.g.m., s. 192; Çelen, a.g.e., s. 139.

<sup>1111</sup> Ceza kanunlarının (Türk ve Alman Ceza Kanunu temelinde) benimsediği teşebbüs sistemlerine bakıldığında birbirinden farklı olduğu görülmektedir. TCK'da objektif teşebbüs sistemi yer almakla birlikte bunun bağlantılı sonucu olarak elverişsiz teşebbüse ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. TCK kapsamında teşebbüs ancak hukuki değere yönelik tehlikenin bulunması halinde cezalandırılabilir. Buna karşılık ACK'da karma sistem geçerli olup ayrıca elverişsiz teşebbüs de düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözüer, a.g.e., s. 206 vd.

değildir<sup>1112</sup>. Ancak teşebbüs, bağımsız bir suça iştirak şekli teşkil etmez; aksine suça iştirak şekilleri bakımından suçun tamamlanmasından farklı olmayan suçun gerçekleşme aşamalarındandır<sup>1113</sup>. Failliği oluşturan unsur hareket haksızlığı ile ilgili olduğundan burada netice bir tarafa bırakıldığında faillik kavramının yapısında zorluk ortaya çıkmaz. Fiil hâkimiyeti faillğe ilişkin tipik haksızlık isnadı bakımından temeldir. Faillğe ilişkin hareket haksızlığının objektif bileşenlerinin tümü teşebbüs aşamasında tespit edilir<sup>1114</sup>. Fail aracılığıyla sağlandığından dolayı neticenin şeriklik bakımından da anlamı olmaz. Neticenin gerçekleşmemesi ne teşebbüs aşamasında kalan failliği ne de teşebbüs aşamasında kalan şerikliği sonuçlar<sup>1115</sup>.

Gerek Türk ceza hukuku bakımından<sup>1116</sup> gerekse Alman ceza hukuku bakımından<sup>1117</sup> bir fiilin cezalandırılması en azından teşebbüs aşamasına varmayı gerektirir<sup>1118</sup>. Fail fiil tamamlanmasa bile teşebbüs aşamasına varması halinde cezalandırılabilir<sup>1119</sup>. Bu nedenle hem failin hem de şeriklerin cezalandırılabilmesi esas fiilin tamamlanmasını gerekli kılmaz<sup>1120</sup>. Zira teşebbüs aşamasında kalan suç bakımından netice değersizliği gerçekleşmemiş olsa da hareket değersizliği gerçekleşmektedir<sup>1121</sup>. Bu şekilde teşebbüs cezalandırma alanını öne çektiğinden, iştirak gibi cezalandırma alanını genişleten bir ceza hukuku kurumudur<sup>1122</sup>. Suçun teşebbüs aşamasında kalması

<sup>1112</sup> Bloy, a.g.e., s. 265. Yazar, teşebbüsün teşebbüs edilen faillik olarak ele alınması durumunda, ilgili hareketi gerçekleştirenin bu hareketinden dolayı ne faillik ne de şeriklik kapsamında sorumlu tutulabileceği değerlendirmesinde bulunmuştur.

<sup>1113</sup> Bloy, a.g.e., s. 265.

<sup>1114</sup> Bloy, a.g.e., s. 266.

<sup>1115</sup> Bloy, a.g.e., s. 267.

<sup>1116</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Demirel, a.g.e., s. 336, dn. 528.

<sup>1117</sup> Roxin, a.g.e., s. 128; Heinrich, a.g.e., s. 610.

<sup>1118</sup> Türk ceza hukukunda ve Alman ceza hukukunda teşebbüs bakımından benimsenen kriterlerin farklı olması, bu kabulü değiştirmez. Türk ceza hukuku kapsamında geçerli olan objektif teori için bkz. Sözüer, a.g.e., s. 122 vd. Alman Ceza Kanunu bakımından benimsenen yaklaşım için bkz. Sözüer, a.g.e., s. 206 vd.

<sup>1119</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 559; Joecks, a.g.e., s. 1230; Nydegger, a.g.e., s. 147; Riemer, a.g.e., s. 54; Önder, a.g.e., s. 464; Taner, a.g.e., s. 531; Hauf, a.g.e., s. 93; Mitsch, a.g.e., s. 46; Zafer, a.g.e., s. 524. Teşebbüs aşamasında kalan suça şerik olarak katılım için sınırlı niceliksel bağlılık kavramı da kullanılmaktadır. Poppe, a.g.e., s. 26.

<sup>1120</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 104; Helmut Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und „Doppelvorsatz“", *JURA*, 2008, ss. 514-523, s. 524.

<sup>1121</sup> Nydegger, a.g.e., s. 150. Doktrinde bir görüş bağlı haksızlığın azmettiren bakımından sadece netice değersizliğinin değil, ayrıca hareket değersizliğinin de isnat edilebilir olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte yardım eden bakımından sadece netice değersizliği yeterli kabul edilmiştir. Bu ayrımın azmettirenin faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olmasının meşruluğunun bir gereği olduğu belirtilmiştir. Görüş ve görüşe yönelik eleştiri için bkz. Nydegger, a.g.e., s. 150.

<sup>1122</sup> Sözüer, a.g.e., s. 46. Teşebbüsün tamamlayıcı norm niteliğini haiz olduğu genel kabul gören görüş olmakla birlikte, teşebbüsün bağımsız, başlı başına suç şekli olduğu bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözüer, a.g.e., s. 60 vd.

durumunda da korunan hukuki değer ihlal edildiğinden, suça iştirak edenlerin niceliksel bağlılık gereği teşebbüs aşamasında kalan suç kapsamında sorumlulukları gündeme gelecektir<sup>1123</sup>. Suça iştirak edenlerin suçun teşebbüs aşamasında kaldığını bilip bilmemelerinin önemi bulunmamaktadır<sup>1124</sup>. Her durumda, iştirak kurallarının hukuki niteliği ve şeriklik sisteminin bir sonucu olarak icrasına başlanılmış suçun bulunması gereklidir<sup>1125</sup>.

Doktrinde niceliksel bağlılık kavramı faillik şekilleri üzerinden de dikkate alınmaktadır<sup>1126</sup>. Burada bağlılık şeklinin belirleyici karakteri bakımından suça diğer katılanların herhangi bir şekilde oluşturulmuş hukuki nitelikteki katkısının bağlılığı söz konusu değildir. Bu bağlılık boyutu önceleri niceliksel olarak değil, aksine “fiilî”<sup>1127</sup> veya “gerçek”<sup>1128</sup> bağlılık olarak ifade ediliyordu<sup>1129</sup>. Zira şerikliğin fiilî bağlılığı için esas fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmasının gerekli olduğu, böylelikle hukuka aykırı şerik hareketinin söz konusu olabileceği<sup>1130</sup> kabul edilmekteydi. Bu kabul aslında fiilî bağlılık ile niceliksel bağlılığın aynı anlama geldiği şeklinde yanılgıya sebep olabilir. Niceliksel bağlılık bu kavram içeriğine dayandırılırsa *Maurach*'ın belirttiğinden farklı olarak azmettirme ve yardım etme bakımından özellik arz etmeyecektir. Fiilî bağlılık günümüzde suça iştirak edenlerin kendi katkılarından dolayı sorumlu tutulduğu tek faillik sisteminde karşılık bulmaktadır<sup>1131</sup>. Bu bağlılık ile teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin, fail tarafından fiilin teşebbüs aşamasına ulaştırılması gerekmeksizin cezalandırılması mümkün görülmektedir. Bu bağlılık aslında hem tek faillik sisteminde

<sup>1123</sup> Akbulut, a.g.m., s. 200; Töngür, a.g.m., s. 241.

<sup>1124</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 483.

<sup>1125</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 583; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 328; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 647; Özen, a.g.e., s. 863. TCK md. 40/3 düzenlemesi de bu hususu içermektedir: “Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”.

<sup>1126</sup> Nitekim *Hamdorf*'a göre, niceliksel bağlılık iki anlama sahiptir. İlk anlamı bağlamında pozitif olarak, bir katılanın cezalandırılabilirliği tipikliğin tüm şartlarının kendisinde bulunmasına bağlıdır. Negatif olarak ise tipik olarak tanımlanan hareketin kendi eliyle icrasının bizzat gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya başkası tarafından gerçekleştirilmesinin bu fiilin ona isnat edilebilmesi bakımından bir öneminin bulunmamasıdır. İkinci anlamı bağlamında fiilin haksızlığı esas fiilde mevcut değildir, aksine her bir katılanın fiilinde mevcuttur (*Hamdorf*, a.g.e., s. 23). Böylece yazar, niceliksel bağlılığı bir başkasının hareketinin değerine isnadiyetini öngören sorumluluk modeli olarak açıklamaktadır. İcra hareketlerini gerçekleştirenin değerden yoksun hareketinin doğrudan fiilin icrasını bizzat gerçekleştirmeyen diğer kişiye fiilin isnat edilmesidir (*Hamdorf*, a.g.e., s. 21 vd.). Benzer yönde görüş için ayrıca bkz. *Dencker*, a.g.e. (*Kausalität und Gesamttat*), s. 197

<sup>1127</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 25

<sup>1128</sup> Dahm, *Täterschaft und Teilnahme* (1926), s. 66'dan aktaran Poppe, a.g.e., s. 26.

<sup>1129</sup> Poppe, a.g.e., s. 26.

<sup>1130</sup> Haas, a.g.e., s. 138.

<sup>1131</sup> Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 247.

hem ikilik sisteminde suça iştirak etme bakımından söz konusu olur. Ancak iştirak edenlerin sorumlu tutulabilmesi bakımından geçerliliği aynı değildir. Konuyla ilişkili olarak dolaylı faillik<sup>1132</sup> ve müşterek faillik şeklindeki iştirak şekillerini de bu anlamda bağlı kabul etmek mümkündür. Zira faillğin bu diğer görünüm şekilleri de araç kişinin veya diğer müşterek failin suçun icrasını fiilî olarak gerçekleştirmesine bağlıdır<sup>1133</sup>. Bu nedenle ikilik sisteminde şeriklik bağlamında esas fiilin en azından teşebbüs aşamasına ulaşması gerekliliği nedeniyle niceliksel bağlılık fiilî bir yapıya indirgenemez, normatif bir yapı<sup>1134</sup> olarak kabul edilmesi gerekir. Şerikliğin kabulü için aranan niceliksel bağlılık niteliksel anlamda sadece sınırlı bağlılık ile ilişkili değildir. Bağlılığın diğer görünüm şekilleri<sup>1135</sup> bakımından da niceliksel bağlılığın gerçekleşmesi gereklidir<sup>1136</sup>.

İştirakte bağlılığın kabulünün doğal sonucu olarak fail tarafından icra hareketlerine başlanmadığı sürece iştirak edilebilecek bir suçtan söz edilemeyecektir<sup>1137</sup>. İcra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hususu oluşturur. Nitekim TCK icra hareketlerine başlanmış sayılabilmesinin kabulü için, ‘doğrudan doğruya icraya başlama’ ölçütünü kabul etmiştir<sup>1138</sup>. Hazırlık aşamasında<sup>1139</sup> veya düşünce aşamasında kalan fiil ceza hukuku bağlamında

---

<sup>1132</sup> Dolaylı faillik kapsamında gerçekleştirilen fiil için teşebbüs başlangıcı olarak araç kişinin icra hareketlerine başlamasının esas alınması dolaylı faillik bakımından araç kişinin fiiline niceliksel bağlılığının bulunup bulunmadığı sorusunu ön plana çıkarmaktadır. Niceliksel bağlılık şerikliğin kabulü bakımından esas fiile bağlılık kapsamında aranan bir gereklilik olmakla birlikte, niteliksel bağlılık gibi sadece şerikliğe hasredilmesi gereken bir gereklilik olarak kabul edilmemesi gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere, şerik bağlılığını asıl ortaya koyan, niteliksel bağlılıktır. Fiilin teşebbüs aşamasına varması faillik bakımından da cezalandırılabilir bir fiil için aranan bir gerekliliktir. Dolaylı faillğin kendine özgü yapısı sebebiyle ön planda yer alanın gerçekleştirdiği fiile niceliksel bağlılığının bulunduğu kabulü, faillik ile çelişen bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır. Bununla birlikte *Demirel*, arka planda yer alan ile araç kişi arasında herhangi bir bağlılığın kabul edilemeyeceği görüşündedir (*Demirel*, a.g.e., s. 310). Bununla birlikte tekrar vurgulanmalıdır ki, dolaylı faillikte teşebbüs konusu doktrinin üzerinde uzlaşma sağladığı bir konu değildir. Konuya ilişkin ileri sürülen görüşler için bkz. *Ekici Şahin*, a.g.m. (2013), s. 20 vd.

<sup>1133</sup> *Dencker*, a.g.e. (Kausalitat und Gesamttat), s. 195; *Haas*, a.g.e., s. 138.

<sup>1134</sup> *Poppe*, a.g.e., s. 27.

<sup>1135</sup> Asgari bağlılık kapsamında konuya ilişkin açıklama için bkz. yuk. s. 178.

<sup>1136</sup> *Taşkın Kapusuzoğlu*, a.g.e., s. 104. Bağlılık kuralının gelişimi içinde niceliksel bağlılık bakımından teşebbüs aşamasında kalan suçun değil tamamlanmış suçun arandığı süreç için bkz. *Taşkın Kapusuzoğlu*, a.g.e., s. 104.

<sup>1137</sup> *Önder*, a.g.e., s. 447.

<sup>1138</sup> *Özen*, a.g.m., s. 243. 765 sayılı Kanunda işlenmek istenen suçun en azından icrasına başlanmış olmasının gerektiğine açıkça yer verilmemişti. 5237 sayılı kanun, 40. maddesinin 3. fıkrasında, ‘Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir’ ifadesiyle bu konuya yer vermiştir. *Özen*, a.g.m., s. 243.

<sup>1139</sup> *Aydın*, a.g.e., s. 93. Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümler kısmında bazı suç tipleri ile hazırlık hareketleri de yaptırım altına alınmıştır. Nitekim TCK md. 214, 216, 302, 313 buna örnek teşkil eder.

sorumluluğun ortaya çıkmasına uygun, iştirak edilebilir bir fiil değildir<sup>1140</sup>. Bu nedenle fail tarafından suça ilişkin icra hareketlerine başlanamaması veya failin suçu işlemekten vazgeçmesi<sup>1141</sup> durumunda şerik bakımından ceza sorumluluğundan söz edilemez<sup>1142</sup>. Esas fail tarafından cezalandırılabilir bir suça ilişkin en azından teşebbüs aşamasına varılmamışsa, başarısız bir sonuçtan hukuki ifadeyle sadece teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme veya yardım etmeden söz edilir<sup>1143</sup>. Burada azmettirme bakımından diğer ihtimale de değinilmesi gerekir. Eğer azmettirme şeriklik türü olarak değil de, faillik türü olarak kabul edilseydi, cezalandırılabilir bir esas fiil bulunmasa dahi azmettirenin teşebbüs aşamasında kalan fiili cezalandırılabilirdi. Zira bu durumda azmettirenin hareketi dikkate alınan fiil bakımından icranın başlangıcı olarak kabul edilmektedir<sup>1144</sup>.

Azmettiren veya yardım eden suça yönelik şeriklik niteliğindeki katkılarını tam olarak yerine getirmiş olsalar bile fail tarafından teşebbüs aşamasına varılmadığı sürece suça katılanlar bakımından cezalandırılabilir bir esas fiilden bahsedilemez<sup>1145</sup>. Burada azmettirmenin veya yardım etmenin ne zaman gerçekleştiği değil, esas fiil kapsamındaki değerlendirme esastır; kaldı ki yardım etme çoğu zaman, azmettirme ise her zaman için suçun ön aşamasına aittir<sup>1146</sup>. Diğer bir ifadeyle, yardım etme suçun icrasına başladıktan sonra da mümkün olabilir; ancak azmettirme yalnızca suçun icrasından önce bulunabilir<sup>1147</sup>. Anlaşılacağı üzere, tek başına hazırlık hareketi niteliğinde olan bir hareket iştirak halinde işlenen suç kapsamında hareketi gerçekleştirene sorumluluk yüklenmesi bakımından yeterli olmaktadır<sup>1148</sup>. Bununla birlikte suça katılanların ceza sorumluluğunun tespiti bakımından bağıllık kuralı kapsamında fail tarafından suçun

---

<sup>1140</sup> Evik, a.g.e., s. 172.

<sup>1141</sup> Suça iştirak edenlerin suçtan gönüllü vazgeçmesi hem TCK'da hem de ACK'da düzenlenmiştir. Failin suça ilişkin icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü vazgeçmesi halinde bu durum sadece kendisi için dikkate alınacak, suça diğer iştirak edenler bakımından teşebbüs aşamasında kalan suç üzerinden sorumluluk belirlenecektir. Belirtilmelidir ki, gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran kişisel bir sebep olduğundan sadece gönüllü vazgeçen bakımından etki eder (Nydegger, a.g.e., s. 148). Bununla birlikte doktrinde bir görüş, failin icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü vazgeçmesi halinde suça diğer iştirak edenler bakımından cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığını gerekçe göstererek şeriklerin cezalandırılmalarını kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur. Aktaran Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 110.

<sup>1142</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 647.

<sup>1143</sup> Rengier, a.g.e., s. 390; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 599; Riemer, a.g.e., s. 54-55; Zafer, a.g.e., s. 524. TCK bakımından teşebbüs aşamasında kalan azmettirme cezalandırılmamakla birlikte bazı ülkelerde yaptırım altına alınmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

<sup>1144</sup> Ibach, a.g.e., s. 59.

<sup>1145</sup> Jakobs, a.g.e., s. 665; Akbulut, a.g.m., s. 200; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 329; Özkan, a.g.e., s. 91.

<sup>1146</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 727; Akbulut, a.g.m., s. 200.

<sup>1147</sup> Özkan, a.g.e., s. 94.

<sup>1148</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 467.

icrasına başlanmış olma kriterinin kabulü, tipik haksızlığın cezalandırılmasının ön alana (hazırlık aşaması) çekilmesini engeller. Haksızlık oluşumu bakımından suçta katılanlar için ortak bir zemin sağlar<sup>1149</sup>.

Şerikin sorumluluğu bakımından suçun en azından teşebbüs aşamasına varması gerekliliği, suçta teşebbüse azmettirmenin cezalandırılmasını meşru kılmaz. Suçta katılanların iradeleri suçun tamamlanmasına yönelik olmalıdır<sup>1150</sup>. Aksi halde kişilerin üzerinde anlaştığı ya farklı bir suç bulunmaktadır veya suç teşkil etmeyen bir fiil söz konusudur<sup>1151</sup>. Bu aynı zamanda teşebbüs hükümlerinden de ortaya çıkan bir sonuçtur. Zira teşebbüs edilen suçun sübjektif tipikliği suçun tamamlanmasını şart koşar<sup>1152</sup>. Bu bağlamda bir kimsenin öldürülmesini teşebbüs aşamasında bırakmaya yönelik anlaşma kasten yaralama veya tehdit suçu kapsamında değerlendirilmelidir<sup>1153</sup>. Aynı şekilde bir suçun bazı katılanlar bakımından teşebbüs aşamasında kaldığından, diğerleri için ise tamamlandığından söz edilemez. Bu durumda suçun niteliğinde değişiklik olduğu kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak suç, tüm katılanlar bakımından aynı suç sayılamaz<sup>1154</sup>.

---

<sup>1149</sup> Jakobs, a.g.e., s. 597.

<sup>1150</sup> Taner, a.g.e., s. 538. Tek faillik sistemi bakımından da aynı gereklilik hakkında bilgi için bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 251.

<sup>1151</sup> Taner, a.g.e., s. 539; Mitsch, a.g.e., s. 101.

<sup>1152</sup> Mitsch, a.g.e., s. 101.

<sup>1153</sup> Taner, a.g.e., s. 539. "...Sanık Hüseyin'in, mağdur-katılan Ömer'den aldığı nakit paraları faiz karşılığında şahıslara verdiği, faiz gelirlerini de kendi aralarında paylaştıkları, sanık Hüseyin'in faiz karşılığı verdiği bir miktar parayı tahsil edememesine rağmen mağdur Ömer'in paraların kendisine ödenmesi konusunda kendisine psikolojik baskı kurması üzerine, sanık Hüseyin'in mağdura gözdağı vermeye karar verdiği, bu amaçla daha önceden tanıdığı sanık Ali'ye mağdur Ömer'e gözdağı vermek için yaralanması amacıyla kendisine birisini bulmasını istediği, sanık Ali'nin aracılığı ile bu iş için diğer sanık Mehmet Ali'yle 6.000 TL karşılığında anlaştığı, olay tarihinden önce ilçeye gelen Ali ve Mehmet Ali'ye mağdurun işyerlerini gösterdiği, olay günü de sabah mağdurun işyerine gelmesini sağlayarak eşini hastaneye götüreceğinden bahisle olay yerinden ayrıldığı ve sanık Mehmet Ali'ye mağduru gösterdiği, sanık Mehmet Ali'nin de mağdurun işyerine giderek mağdura silahla ateş edip çene ve bacağından yaraladığı olayda, Sanık Hüseyin'in ikrarının tek delil olması ve bu ikrarla olayın ortaya çıkması, hükme esas alınan bu ikrara göre sanık Hüseyin'in diğer sanık Ali aracılığıyla Mehmet Ali ile mağdurun yaralanması konusunda anlaşması karşısında, en lehe yorumla sanıklar Hüseyin ve Ali'nin eylemlerinin Mehmet Ali'yi *silahla yaralamaya azmettirme suçunu oluşturacağı düşünülmeyen, yazılı şekilde tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçundan* hüküm kurulması suretiyle sanıklara fazla ceza tayini..." YCGK, E. 2013/1-283 K. 2014/489 T. 4.11.2014, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>1154</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 483.

## BÖLÜM 2:

### BAĞLI ŞERİKLİK TÜRÜ OLARAK AZMETTİRME VE AZMETTİRMENİN KAPSAMI

#### I. CEZA HUKUKU KAVRAMI OLARAK AZMETTİRME

Suçta iştirak şekli olarak azmettirme dogmatik açıdan geçmişten bugüne kadar sistem içinde farklı konumlarda yer almıştır. Diğer bir ifadeyle her zaman şeriklik statüsü olarak kabul edilmemiştir. Genel hatlarıyla değerlendirilmesi gerekirse öncelikle faillik kapsamında<sup>1155</sup> incelenen kavram, zaman içinde faillikten çözülerek<sup>1156</sup> şeriklik

---

<sup>1155</sup> Ibach, a.g.e., s. 46 vd. Azmettirmenin şerikliğin bağımsız bir şekli olarak oluşturulmasına karşılık *Feuerbach* zamanındaki gibi suça katılanları fail ve yardım eden şeklindeki ayrıma tabi tutma çabası 20. yy'ın başlarında da olmuştur. Bu bağlamda doğrudan icra hareketlerini gerçekleştiren fiziksel fail olarak kabul edilirken, azmettirmenin ve dolaylı failliğin tüm durumları manevi faillik (*intellektuel Urheber*) çatısı altında birleştirilmiştir. Burada özgür iradesiyle hareket etmeyen ön plandaki kişiyi kullanan kişinin özgür iradesiyle hareket eden kişiyi suça yönlendiren arka plandaki kişiye nazaran suça yönelik daha fazla etkisinin mevcut olmasının her iki durumun sistematik olarak farklı şekilde ele alınmasına yol açmayacağı düşüncesi bulunmaktadır (Poppe, a.g.e., s. 183). Ayrıca bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 283 vd.; Nydegger, a.g.e., s. 32 vd.

<sup>1156</sup> Fail ve yardım eden şeklindeki temel ayrıma karşılık olarak ilk defa 1819 yılında *Mittermaier* tarafından doğrudan-dolaylı katılım ayrımı önerilmiştir (Aktaran Bloy, a.g.e., s. 72). *Mittermaier* 1820 tarihinde fiziksel fail ifadesi yerine “Thater” ifadesinin ayrıca manevi fail yerine “Theilnehmer” ifadesinin kullanılmasını önermiştir (Welz, a.g.e., s. 11; Hruschka, a.g.m., s. 595). “Thater” ifadesi 1820 yılından önce uygulama alanı bulmamakla birlikte, 1794 tarihinde Prusya Devletleri için Genel Devlet Yasalarında (Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten) yer verilse de faillik ile şeriklik ayrımını karakterize etmez (Redmann, a.g.e., s. 45). *Mittermaier* manevi faili faillik alanından (dolaylı) şeriklik alanına dâhil ederek yardım edenin yanında ikinci bir alt form olarak kabul etmiştir. Böylelikle yazar sadece yardım edeni niceliksel bağlılığa tabi kılan çağdaşlarının aksine manevi faili (azmettiren) de yardım edenin yanında konumlandırarak niteliksel bağlılığa tabi kılmıştır. Bu durumda manevi fail de sadece esas fiilin teşebbüs aşamasına varması halinde cezalandırılacaktır. Bununla birlikte *Mittermaier* arka plandaki kişi aracılığıyla icrayı gerçekleştirenin manevi olarak etkilendiği tüm durumları dolaylı faillik kategorisine dâhil ederek manevi failin niteliksel bağlılık ilişkisinin oluşturulmasını önemli derecede etkilemiştir (Poppe, a.g.e., s. 105). Fiziksel faillik kurumunu ise doğrudan katılım (günümüzde faillik) kapsamında ele almıştır. Bununla birlikte manevi faillik kapsamında henüz dolaylı faillik ile azmettirme ayrımını ortaya koyabilecek unsurlara değinmemiştir (Aktaran Bloy, a.g.e., s. 72). *Mittermaier* şekli objektif teoriden kopmamakla birlikte, dolaylı failin hareketini icra hareketleri içinde değerlendirir. Dolaylı faillikte netice bakımından doğrudan icrayı gerçekleştirenin hareketi bulunmaz, sadece dolaylı failin hareketi vardır. Azmettirmenin içeriğini ise hem bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullandığı durumları hem de kendi özgür iradesiyle suçu işleyecek olanı suça sevk etmesi durumları ile belirlemiştir (Bloy, a.g.e., s. 72). Belirtilmelidir ki, dolaylı faillik kavramı ilk olarak *Stübel* tarafından kullanılmıştır. Ancak bu kavramı azmettirme ile ayrımını ortaya koymak için ele almamıştır. Sadece manevi failliğin farklı bir ifadesi olarak kullanmıştır (Bloy, a.g.e., s. 72).

kapsamında ele alınmasına kadar uzanan süreç<sup>1157</sup> geçirmiştir<sup>1158</sup>. Bu süreçte azmettirmenin faillik ile şeriklik arasında ara konumda yer alan bir iştirak türü olarak<sup>1159</sup> değerlendirildiği yaklaşımlar<sup>1160</sup> da mevcuttur<sup>1161</sup>. Bununla birlikte doktrinde azmettirmenin fail kavramının tekliği kapsamında onun özgü bir şekli olarak muhafaza edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>1162</sup>. Bu yaklaşım, yakın zamanda *Spendel* tarafından azmettirmenin dolaylı failliğin bir durumu olarak sürdürülmesi görüşüyle

---

<sup>1157</sup> Alman ceza hukuku doktrininde günümüz anlamıyla azmettirmenin fail kavramından ayrılarak bağlı bir şeriklik türü olarak ele alınmasında *Beseler* önemli katkı sağlamıştır. Yazar ayrıca döneminin ceza kanununa ilişkin kaleme aldığı şerhte azmettiren kavramına açıkça yer vermiştir. Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 295.

<sup>1158</sup> Modern ceza hukuku anlayışına uygun olarak azmettirmeye ilişkin tanım ilk *Bauer* tarafından yapılmıştır. Kasten bir başkasında suçun işlenmesine yönelik iradenin oluşturulması şeklinde ifade edilmekle birlikte, “manevi faillik” kapsamında değerlendirilmiştir (Özgenç, a.g.e. (1996), s. 33). 19. yy’ın ilk yarısında sübjektif teorinin önemli bir savunucusu olan *Bauer, Stübel*’in tüm suça katılanların katkılarının objektif olarak ele alınması yaklaşımını eleştirmiştir. Böylece sübjektif teori, tek fail sisteminin karşısında yeni bir alternatif olmuştur. Bununla birlikte kısa bir süre sonra *Hepp* tarafından sübjektif yaklaşım da eleştiriye uğramıştır. Yazar, başkasının menfaati üzerine hareket eden azmettirilenin ne fail ne de yardım eden olarak sorumlu olabileceğini belirtmiştir. *Hepp* buradan hareketle tüm iştirak şekillerinin ister sübjektif ister objektif olsun tek bir sistem altında ele alınamayacağı sonucuna varmış ve fail kavramını 3 farklı yönden açıklamıştır. Taksirli suçlar bakımından tek faillik sistemini objektif esaslar çerçevesinde (*culposer physischer Urheber*) ele almıştır. Kasten işlenen suçun fiziksel failin (*vorsatzlicher physischer Urheber*) yardım eden karşısında sübjektif esaslara göre değerlendirilmesi gerekirken; azmettirilen fail azmettiren (*intellektueller Urheber*) karşısında objektif esaslar kapsamında ele alınmalıdır (Bloy, a.g.e., s. 78). Ayrıca bkz. Hoberg, a.g.e., s. 55.

<sup>1159</sup> Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 291 vd. İtalyan Ortaçağ hukukunda günümüzdeki iştirak şekli olarak azmettirmeye denk gelen, farklı şekilleri bulunmakla birlikte bunlardan sıklıkla kullanılan kavramlar “consilium” ve “mandatum” olmuştur. Farklı anlama gelen kavramlardan “mandatum” bakımından belirleyici olan azmettirenin kendi iradesini gerçekleştirmek için bir başkasına suçu işletmesidir. Bu durumda arka plandaki kişinin nedensel katkısı hukuki olarak, fiil bakımından eşdeğer bir sebep teşkil eder. Buna karşılık düşüncenin açıklanmasıyla gerçekleştirilen iştirak (*Meinungsäußerung*) şeklindeki “consilium” ise azmettirilenin menfaatinin söz konusu olması halinde kabul edilen suça iştirak şeklidir (Hoberg, a.g.e., s. 2-3). Roma hukukunda ve İtalyan Ortaçağ hukukunda azmettirmeye karşılık gelen kavramlar için bkz. Bock, a.g.m. (JR 2008), s. 144 vd.

<sup>1160</sup> *Köstlin*’e göre azmettirme bir yandan fail kapsamındadır, çünkü azmettiren bizzat kendi amacını oluşturmaktadır. Diğer yandan azmettiren özgür iradesiyle hareket eden aracılığıyla oluşturulan nedenselliğe ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle azmettirme bir başkasının katılımına bağlı olmakla birlikte, faillik ile şeriklik arasında orta konumda yer almaktadır. Manevi fail olduğu için esas fiile bağlı olması zorunlu değildir. Bununla bağlantılı olarak teşebbüs aşamasında kalan azmettirme teşebbüs hükümleri kapsamında ele alınabilir. Böylelikle teşebbüs aşamasında kalan şeriklik problem teşkil etmez (Bloy, a.g.e., s. 81; Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 287). Azmettirme bakımından özgür hareket eden fail gerekliliğine yönelik çalışmalar daha önce *Hälschner* tarafından gerçekleştirilmiş olup, sonrasında konu *Langenbeck* tarafından da ele alınmıştır. Özellikle belirli durumların azmettirme kapsamından hariç tutulması 19. yüzyılın ikinci yarısından sonraki incelemeler ile şekillenmeye başlamıştır. Azmettirme kapsamında yer almayan durumlara yönelik olarak doktrinde “görünürde azmettirme” kavramı kullanılmıştır. Burada fail, özgür hareket eden olarak kabul edilemeyecektir ki günümüz dolaylı failliğin kapsamında yer alan durumlara karşılık gelmektedir (Hruschka, a.g.m., s. 597; Nydegger, a.g.e., s. 38).

<sup>1161</sup> Bloy, a.g.e., s. 81.

<sup>1162</sup> Ibach, a.g.e., s. 55.



devam etmiştir<sup>1163</sup>. 19. yüzyıldan itibaren azmettirmeyi faillikten ayırma çabaları, faillik kapsamında kabul edilen durumların azalmasına ve böylece manevi faillik ve fiziksel failliği kapsayan geniş anlamda failliğin dar anlamda faillige indirgenmesine sebep olmuştur<sup>1164</sup>. Böylelikle yeni bir iştirak türü olarak dolaylı failliğin de gündeme gelmesi ile günümüz anlamında faillik ve şeriklik ayrımı ortaya çıkmıştır<sup>1165</sup>.

Günümüz ceza kanunlarında azmettirmeye ilişkin düzenlemelere dikkat edildiğinde, azmettirmeye azmettirme bakımından elverişli olan araçlar yerine azmettiren ve azmettirilen arasındaki ilişkiyi ön plana çıkaran ifadeler ile yer verildiği görülmektedir<sup>1166</sup>. Nitekim TCK bakımından da hem azmettirme<sup>1167</sup> hem de dolaylı faillik benzer şekilde suça katılanların ilişkisi üzerinden tanımlanmıştır. Her iki düzenleme belirlilik ilkesi kapsamında dikkate alındığında soyut ifadeler olarak kalmaktadır. Zira dolaylı faillik bakımından bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişiden<sup>1168</sup>, azmettirme bakımından ise bir başkasının azmettirilmesinden söz edilmektedir. Azmettirilenin hangi araçlarla gerçekleştirileceğine yönelik sınırlamaya gidilmediği görülmektedir. Bu durum azmettirme kavramının açıklanmasında doktrinde yer alan görüşlerin dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

---

<sup>1163</sup> Spendel, a.g.m. (FS Lange), s. 164.

<sup>1164</sup> Azmettirilenin faillik içinde mi yer aldığı yoksa bağımsız bir şeriklik şekli mi olduğuna yönelik geçmişte ileri sürülen yaklaşımların öğretilerde dar fail- geniş fail kavramlarının ortaya çıkmasında da belirleyici olduğuna ilişkin bkz. Hruschka, a.g.m., s. 593 vd.

<sup>1165</sup> Nydegger, a.g.e, s. 41.

<sup>1166</sup> Noltenius, a.g.e., s. 35. Bu şekilde her bir azmettirme aracına kanunda yer verilmemesinin daha uygun olduğu görüşü için bkz. Riemer, a.g.e., s. 38.

<sup>1167</sup> Alman Ceza Kanununda da suça azmettirme kavramına ilişkin yasal düzenlemede bir tanıma yer verilmemiştir. Christmann, a.g.e., s. 19.

<sup>1168</sup> Dolaylı faillik konusunda kanun koyucunun sadece bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan ifadesine yer vermesinin ve bunun şartlarının neler olacağı konusunu doktrine bırakmasının dolaylı faillik konusunun izahını zorlaştırdığı görüşü için bkz. Günter Spendel, "Der Täter hinter dem Täter eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft", *Festschrift für Richard Lange*, ss. 147-171, s. 147. Alman ceza hukukunda yasal düzenlemeler ışığında azmettirme ve dolaylı failliğin ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 283.

Doktrinde suça iştirak konusunda benimsenen yaklaşımların azmettirmenin farklı şekilde tanımlanmasına<sup>1169</sup> yol açtığı söylenebilirse de, genel olarak azmettirme<sup>1170</sup> suç işleme yönünde hiçbir düşüncesi olmayan faile, suç işleme kararını<sup>1171</sup> aldirtmak şeklinde tanımlanmıştır<sup>1172</sup>. Soyut bir kavram olarak azmettirme, bir suçun işlenmesine yönelik

<sup>1169</sup> *Bockelmann*, azmettirmeyi bir başkasında suç kararı meydana getirme şeklinde tanımlarken; *Welzel* ontolojik, kastı amaççılık ile aynı şekilde ele alan, bakış açısı çerçevesinde tipik harekete yönelik suç kararına yol açma olarak tanımlamıştır (Poppe, a.g.e., s. 396). *Welzel*'in kanunda yer alan düzenleme kapsamında azmettirme veya suça sevk etmeyi değerden yoksun salt ontolojik bakış açısıyla karakterize etmesine yönelik eleştiri için bkz. *Nepomuck*, a.g.e., s. 22. Yazar hukuki kavramların anlam içeriğinin, kanun koyucunun ve hukuk sisteminin değer yargılarına dayanan yorumu olmaksızın anlaşılamayacağını, ve bu kavramların bu şekilde tipik olmayan olgulardan ayrımının yapılamayacağını belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 22). Yazar ayrıca bu yaklaşım çerçevesinde suça sevk etme kavramının taşıyacağı anlam ile azmettirmenin diğer katılım türlerinden ayrımına ilişkin bir katkı gerçekleştirmeyeceğini belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 30). *Schild* ise azmettirmenin dolaylı faillik ile ayrımına da vurgu yaparak azmettirmeyi bir başkasını özgür şekilde suç işlemeye sevk etme şeklinde tanımlamıştır (Schild, a.g.e., s. 1259). Benzer yönde bkz. *Sınar*, a.g.m., s. 62.

<sup>1170</sup> Azmettirme kelimesi Arapça kökenli olup, Arapça "azm" isminin, "ettirmek" yardımcı fiili ile türkçeleşmesinden oluşmuştur. Azm; kasıt, niyet, karar, yola çıkma anlamlarına gelmektedir. *Özkan*, a.g.e., s. 5.

<sup>1171</sup> YCGK, bir kararında azmettirmeyi "önceden suç işleme niyet ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etken olarak ona belli bir suçu işletmeyi sağlamaktır." şeklinde tanımlamıştır. YCGK 23.10.1989, 1-235/302'den aktaran *Önder*, a.g.e., s. 462. Yakın tarihli Yargıtay kararına göre de "...azmettirme, suç işleme düşünce ve kastı bulunmayan bir kimseye suç işleme kararı verdirilmesi suretiyle bir suçun işlenmesi halidir. Bunun için üç ana unsur vardır. Bunlar: a- )Suçun işlenmesinden önce suç işleme düşünce ve kararı olmayana suç işleme kararı verdirme, b- )Azmettirilenin suçun yapıcı davranışlarına başlamış olması, c- )Azmettiren, azmettirilenin işlediği suçun cezasıyla sınırlandırılmasıdır." Y. 6. CD, E. 2013/28921, K. 2016/1732, T. 3.3.2016, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 23.05.2020. Aynı şekilde YCGK, E. 2013/1-283, K. 2014/489, T. 4.11.2014.

<sup>1172</sup> *İçel*, a.g.e., s. 497; *Demirbaş*, a.g.e., s. 514; *Koca/Üzülmez*, a.g.e., s. 483; *Özgenç*, a.g.e. (2019), s. 563; *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, a.g.e., s. 665; *Doğan Soyaslan*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bs, *Yetkin*, 2018, s. 501; *Töngür*, a.g.m., s. 241; *Çelen*, a.g.e., s. 237; *Özyüksel*, a.g.e., s. 55. Benzer şekilde *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 524; *Özkan*, a.g.e., s. 88. Bir başkasında kasıtlı ve hukuka aykırı fiile yönelik suç işleme düşüncesi uyandırma şeklindeki tanım için bkz. *Kühl*, a.g.e., s. 841; *Akbulut*, a.g.e., s. 641; YCGK, 06.03. 2012, E. 2011/1-345, K. 2012/73'ten aktaran *Hakeri*, a.g.e., s. 538; *Erdem*, a.g.m., s. 210; *Öztürk/Erdem*, a.g.e., s. 425. Benzer yönde *Muhammed Demirel/Melik Kartal*, "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. *Durmuş TEZCAN*'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, ss. 457-490, s. 460. Azmettirmeye ilişkin madde gerekçesinde de azmettirme bu şekilde açıklanmıştır. Tasarının 38. maddesinin gerekçesinde, "azmettiren" terimi yerine "bir kimseye suç işlemesi için karar verdiren" ibaresinin kullanılmış olduğu belirtilmiştir (*Özgenç*, a.g.m., s. 85). Madde gerekçesinin azmettirmenin tanımına ilişkin yeterli açıklamaya sahip olup tanım bakımından doktrinsel anlamda bir tartışma yapılmasına gerek bırakmadığına ilişkin görüş için bkz. *Demirel/Kartal*, s. 460. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayırım bakımından özgür iradenin varlığına vurgu yapmışlardır (*Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, a.g.e., s. 665). *Özen* ise azmettirmenin kişide suç işleme kararı değil, suç işleme düşüncesi oluşturmak anlamına geldiğini; karar verme şeklinde ifade edilmesi halinde yardım etme ile arasındaki ayırımın belirlenmesinin zorlaşacağını belirtmiştir (*Özen*, a.g.e., s. 869). *Taner*'e göre, bir başkasının iradesi üzerinde etki ederek ona belirli bir suçu işlemeye karar verdirme (Taner, a.g.e., s. 536). Yazar azmettirmeyi bu şekilde tanımlamanın yanı sıra azmettirenin suçun icrasında hâkim olması ve maddi faili adeta bir alet gibi kullanması nedeniyle faille eşdeğer cezaya tabi olmasını isabetli bulmuştur (Taner, a.g.e., s. 536). Yazar tarafından yapılan açıklama günümüz ceza kanunu bakımından dolaylı faillik kapsamında kalmaktadır.

kişide zihinsel yolla oluşturulan etkidir<sup>1173</sup>. Azmettirme, suçun ilk ve etkili sebebinin yaratmak anlamına gelir<sup>1174</sup>. Bu nedenle fikir oluşturmak yeterli değildir<sup>1175</sup>, failin suç kararını almasını sağlayacak manevi bir etkinin oluşturulması gerekmektedir<sup>1176</sup>. Azmettiren failin suça ilişkin karar alma sürecine katılan kişi<sup>1177</sup> olmakla birlikte, azmettirme fail iradesinin etki altına alınması<sup>1178</sup> şeklinde tanımlanamaz. Zira böyle bir tanım, azmettirmenin dolaylı faillik ile ayrımının belirsizleşmesine yol açabilecek niteliktedir. Tüm bu azmettirme tanımlarında ortak olan husus, azmettirenin failde sadece suç kararına yol açtığı ve suça yönelik nihai kararı verenin fail olduğudur. Azmettirenin failde suç işleme kararı oluşturduğu andan suçun icrasına kadar geçen süreçte hangi aşamada failin suça yönelik kesin karar verdiği harici olarak ancak suça yönelik icraya başlaması ile ortaya çıkar. Azmettirilenin azmettirme kapsamında suç kararını alması uzun veya kısa sürede gerçekleşebilir<sup>1179</sup>. Bununla ilişkili olarak, azmettirenin başkası üzerinde yaratmış olduğu bu etkinin zamansal anlamda kapsamının ne olduğuna değinilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle azmettirenin failde oluşturduğu etkinin suç kararı alınma süresince faildeki yoğunluğu incelenmelidir. Bahsedilen, failin suç işlediği bilinci

---

<sup>1173</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 57.

<sup>1174</sup> Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 503; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 352.

<sup>1175</sup> Erem, a.g.m., s. 83; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 503. Türk hukukunda suçun işlenmesiyle elde edilecek yararın kime ait olacağına göre azmettirmenin farklı şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Azmettirmenin şekillerine yönelik ayırım teorik bir ayırım olup Kanunda bunlar arasında fark kabul edilmemiştir. Kanun değişikliği ile birlikte günümüz doktrininde azmettirmenin bu şekilde alt sınıflamasına yer verilmemektedir. Failin azmettiren hesabına suçu işlemesi suçta vekâlet olarak adlandırılmıştır (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 525). Azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişkinin özel hukuktaki vekalet sözleşmesinden doğan duruma benzediğini ifade eden yazarlar, özel hukuktaki vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin hiçbir şekilde suçta vekâlet bakımından uygulanamayacağını, burada batıl bir anlaşma olduğunu vurgularlar (Erem, a.g.m., s. 87; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 504). Suçta vekâlet bakımından azmettiren ile azmettirilene verilecek cezaların aynı olması gerektiğine ilişkin görüş bulunmakla birlikte farklı olması gerektiği yönünde de görüş ileri sürülmüştür. Diğer bir azmettirme şekli olarak ise teşciyi ele almıştır. Burada ise azmettirilenin menfaati ön planda yer almaktadır. Son azmettirme türü olarak Birlik'te (şirket) ise tüm suça katılan azmettiren ve azmettirilenlerin ortak menfaatleri söz konusudur (Erem, a.g.m., s. 88-89).

<sup>1176</sup> Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 503.

<sup>1177</sup> Oliver Harry Gerson, "Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 1\* Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), ss. 183-191, s. 183.

<sup>1178</sup> Eryıldız, a.g.m., s. 40. Benzer şekilde başkasının davranışını yönlendirmesine etkide bulunma şeklindeki tanım da bahsedilen belirsizliğe sebep olabilecek niteliktedir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 301.

<sup>1179</sup> Önder, a.g.e., s. 463. Bu bağlamda azmettirmenin konusunun aranacağı zaman kapsamında *Özkan*, geleceğe azmettirme olarak nitelendirdiği duruma ilişkin henüz doğmamış çocuğun öldürülmesi için failin azmettirilmesi örneğini vermiştir. Azmettirme anında suçun konusu bulunmamakla birlikte, fail tarafından icra hareketlerine başlandığı anda bulunuyor olması azmettirme kabulü bakımından yeterlidir. *Özkan*, a.g.e., s. 84.

üzerine oluşturulan etkiye ilişkindir. Diğer ihtimal, dolaylı failliğin inceleme alanına girmektedir. Azmettirenin failde suç işleme düşüncesi oluşturmuş olması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Bu etkinin suça ilişkin karar alma süresince bulunması aranacaktır. Bu kabul, etkinin mutlaka yoğun olmasının gerektiği anlamı taşımamaktadır. Etkinin asgari düzeyde olsa da var olması, azmettirmenin varlığı için yeterlidir<sup>1180</sup>.

Müşterek failin diğer bir müşterek failde veya yardım edende suç kararı uyandırması veya esaslı bir değişikliğe sebep olması<sup>1181</sup>, failde suç kararı oluşturmanın azmettirmenin karakteristik unsuru olduğu kabulüne aykırılık oluşturmaz. Bu bağlamda azmettiren “başkasının” gerçekleştirdiği suça ilişkin karar oluşturan şekilde karşımıza çıkmaktadır. Başkasının fiilinin hangi faillik şeklinde gerçekleştiğinin (tek başına doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik) bu şartın sağlanması bakımından bir önemi bulunmamaktadır<sup>1182</sup>.

Tüm bunlar ışığında, azmettirme, belli bir hukuka aykırı fiili gerçekleştirme hususunda henüz bir fikri olmayan kişide, fiili gerçekleştirmeye ilişkin kararın oluşması bakımından bir başkası tarafından belirleyici etkinin kasten sağlanmasıdır. Belirleyicilik azmettirme hareketinin suça ilişkin karar oluşum sürecinde muhtemel diğer etkilerden ayrımının sağlanması bakımından önemlidir. Burada dikkat edilmesi gereken, azmettirme hareketi olmasaydı failin suç kararı almayacak olmasıdır. Azmettirme hareketinin bu noktada belirtilmesi gereken ve yardım etme ile ayrımına da katkı sağlayan önemli bir özelliği, suç kararının oluşumu bakımından değiştirilebilir niteliğe<sup>1183</sup> haiz olmamasıdır. Değiştirilebilir olmasından anlaşılması gereken, suça yönelik belirleyici etkinin sadece

---

<sup>1180</sup> Aynı yönde Demirel/Kartal, a.g.m., s. 483.

<sup>1181</sup> Jürgen Baumann, “Täterschaft und Teilnahme”, *JuS*, 1963, S. 4, ss. 125-138, s. 127.

<sup>1182</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 799; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 461.

<sup>1183</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 58. Yazar, bu konuya ilişkin olarak paraya ihtiyacı olan birisine yanında çalıştığı işverenin parasını kendisine mal edinebileceğine yönelik tavsiyenin fiile yönelik değiştirilebilir bir teşvikten (*ersetzbaren Tatanreizes*) ibaret olduğunu belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 58). Yazara göre finansal durumu iyileştirmek için işverenin parasını mal edinme fikri, aynı zamanda günlük, suça yönelik motive edici olmayan fiiller veya koşullardan da kaynaklanabilir. Yazar buna yönelik olarak işlenen suçlara ilişkin medyada yer alan haberlerin de kişide suç işleme düşüncesi uyandırabileceği örneğini verir (Nepomuck, a.g.e., s. 60). Ayrıca tavsiye niteliğindeki hareketlerin suça sevk etmeye nazaran hukuki değer koruması aracı olarak ceza hukuku müdahalesinin uygunluğu için yeterli olmadığının kabul edilmesi gerektiğini belirten yazar, orantılılık ilkesi çerçevesinde hukuka uygun sonucu elde edilemeyeceğine dikkat çekmektedir (Nepomuck, a.g.e., s. 61). Bununla birlikte yazar, arka planda yer alanın suçun işlenmesinde özel bir menfaatinin bulunması durumunda olası failer üzerinde karşı konulmaz bir etkiye sahip olması gereken güçlü bir teşvik sağlayacağını belirtmiştir. Artık suça ilişkin değiştirilmez nitelikteki bir teşvikten söz edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Nepomuck, a.g.e., s. 61).

ilgili sevk etme hareketinden kaynaklanmaması, bunun haricinde farklı olasılıkların da mevcut olması durumudur<sup>1184</sup>. Bu durumda teşvik hareketi salt fikir oluşturma aşamasında kalır, suç kararı alınmasındaki etkisi yeterli değildir.

Fiile sevk etme ve aynı zamanda bir başkasında suç işleme kararı oluşturma ancak failin bu kararı almasında sevk etme hareketinin etkisi varsa başarıya ulaşır. Diğer bir ifadeyle azmettirenin tüm ikna isteği boşunaysa veya azmettirilen, öncesinde suç işleme yönünde kararını vermişse suça sevk etme hareketi başarısızdır. Bu durumlar sadece teşebbüste kalan azmettirmeye imkân tanır<sup>1185</sup>. Bu nedenle hâlihazırda suç işlemeye karar vermiş kişiyi suça yönlendirme bakımından önem taşıyan konu, suça ilişkin karar ve azmettirilenin nedenselliğidir<sup>1186</sup>. Bununla birlikte azmettirme salt neticeye sebep olma olarak mı anlaşılmalı sorusunun olumsuz şekilde cevaplanması gerekir<sup>1187</sup>. Azmettirilenin nedenselliğine dayandırılan bu husus sorun arz eder. Tespit edilmesi gereken, arka plandaki kişiye yani azmettirenin neticesinin bizzat nedensel olarak isnat edilip edilemeyeceği değil, failin suç kararı bakımından azmettirme davranışının nedensel olup olmadığıdır<sup>1188</sup>. Azmettirme esas fiilin işlenmesine yönelik karara sebep olma şeklinde ifade edildiğinde, esas fiil azmettirilenin neticesi olarak gözükmektedir<sup>1189</sup>.

<sup>1184</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 59.

<sup>1185</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 130; Kühl/Lackner, a.g.e., s. 228. “...kişinin faile belli bir fiili işlemesi karşılığında fiilin işlenmesinin ardından belli bir yarar sağlayacağı konusunda vaatte bulunması ve fakat bu teklifini failin henüz teşebbüs aşamasına ulaşmadan, yani tam zamanında, geri alması ve bunu faile bildirmesine rağmen failin çok daha evvelden planlanan başka sebeplerden yola çıkarak fiili işlemesi halinde vaatte bulunan bu kişinin azmettirmeye dair düzenleme (Alm. CK § 26; TCK md. 38) kapsamında cezalandırılması mümkün olmayacaktır”. Demirel/Kartal, a.g.m., s. 471.

<sup>1186</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 148.

<sup>1187</sup> Sebep olma (*verursachung*), azmettirme hareketi ile esas fiil arasındaki ilişkiyi açıklamak bakımından uygun değildir. Çünkü nedensellik, sebep (*der Ursache*) sonuç (*der Wirkung*) şeklinde ortaya çıkan ilişkiyi karakterize eder. Ancak esas fiil, daha önce gerçekleşen sebep nedeniyle zorunlu olarak meydana gelecek sonucu teşkil etmez, aksine failin özgür iradesinden kaynaklanır. Bu nedenle yazarlar burada belirleyici olanın isnadiyet olduğunu belirtirler (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 564). Benzer yönde bkz. Mitsch, a.g.e., s. 69.

<sup>1188</sup> Weßlau, a.g.m., s. 125.

<sup>1189</sup> Eski öğretide azmettirilenin bağlı yapısının azmettirme hareketi ile esas fiile ilişkin netice arasındaki nedensellik ilişkisini ortadan kaldırdığı iddia edilmiştir. İlk hareket (sebep olan veya destekleyen) ile suçun neticesi arasındaki nedenselliğin, kasıtlı olarak hareket eden failin müdahalesiyle kesintiye uğrayacağı varsayımına dayanılmıştır. Öğretiye yönelik eleştiri için bkz. Weßlau, a.g.m., s. 124. Rücu yasağı öğretisi Alman doktrininde iki dünya savaşı arasındaki zamanda hâkim konumda olmuştur (Renzikowski, a.g.e., s. 160). Özgür iradesiyle hareket eden failin bu nedensellik bağımlı düşüncesi günümüzde etkisini yitirmiştir. Bu nedenle kıyas yasağı öğretisi temelli nedensellik bağının kesilmesi düşüncesi devam ettirilemez. Burada söz konusu olan, doğa bilimleri anlamında nedensel bir sürecin oluşmadığı değil, psikik aracılı bir nedenselliğin bulunduğu. Nedensel süreç bilinçli hareket eden bir kişinin araya girmesiyle kesilmez. Nedensellik yalnızca onun fiili aracılığıyla gerçekleşir. Bu nedenle nedensel sürecin kesilmesi, azmettiren ve azmettirilen arasındaki ilişkiye uymamaktadır (Weßlau, a.g.m., s. 124). *Renzikowski*'ye göre ise, rücu yasağı öğretisi objektif

Bununla birlikte azmettirme hareketinin nedenselliği işlenecek suç açısından bakıldığında “önce ve tipiklik dışı” bir nedensel süreci içerir ve bu nedenle suçun icrası sırasında fail tarafından oluşturulan tipiklik kapsamındaki nedensellikten farklıdır<sup>1190</sup>. Bu kapsamda olmak üzere azmettiren hiçbir şeye neden olmaz<sup>1191</sup>. Suçun işlenip işlenmeyeceğine yönelik kararın oluşumunda azmettiren, azmettirilene tabidir<sup>1192</sup>. Azmettirilenin suç kararı her zaman, azmettirenin davranış önerisiyle tamamıyla uyduğu sürece, kendi bilinçli kararına dayanır (aksi takdirde ön planda yer alan araç kişi, arka plandaki kişi de dolaylı fail olurdu)<sup>1193</sup>. Bununla birlikte hukuki değere ilişkin konuya yönelik azmettiren tarafından sebep olunan saldırı dikkate alındığında, manevi açıdan azmettirmenin yönlendirici unsur içerdiği<sup>1194</sup> göz önünde bulundurulmalıdır. Azmettiren esas fiilin işlenmesine yönelik psöşik şartları yaratır. Bu şekilde suçun icrası bakımından belirleyici bir hareket motivi sağlar<sup>1195</sup>.

Azmettirenin failde suç işleme kararını hangi araçla oluşturduğu önem arz etmez<sup>1196</sup>. Önemli olan sadece failin verdiği kararda kalmasıdır<sup>1197</sup>. Doktrinde iradenin etkilenmesi ve böylece azmettirmenin mümkün olabilmesi için yeterli araçlar; ikna<sup>1198</sup>,

---

isnadiyet kapsamında yeniden formüle edilebilir. Şu şekilde açıklamak mümkündür: Netice sadece kendi sorumluluğunda hareket eden faile isnat edilebilir. Şerik olarak esas fiil bakımından birlikte sebep olan kimse kendi katkısından dolayı sorumlu olur. Esas fiil ona kendi eseri olarak isnat edilemez. Onun olay seyrini yönlendirebilme olasılığı bir başkasının (failin) olay seyrini bilinçli olarak kendi planına göre şekillendirdiği noktada sona erer. Diğer bir ifadeyle failin bu davranışı isnadiyet bağımlı keser (Renzikowski, a.g.e., s. 118). Modern isnadiyet öğretisinin sorumluluk alanlarına göre normatif sınırlamayı sonuçlayan kendi davranışından sorumlu olma prensibi ve bilinçli olarak bizzat yaratılan tehlike düşüncesi ile şekillendiğine ilişkin ayrıca bkz. Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 265.

<sup>1190</sup> Leonhard Backmann, “Die Rechtsfolgen der aberratio ictus”, *Juristische Schulung*, 1971, ss. 113-120, s. 119.

<sup>1191</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 124. Ayrıca bkz. Hruschka, a.g.m., s. 591.

<sup>1192</sup> Özgenç, a.g.e., s. 200. Azmettirenin suç kararı bakımından izin verilmeyen risk oluşturduğu görüşü için bkz. Hoyer, a.g.m., s. 384. *Trechsel*, azmettirenin fiilin işlenmesine yönelik kararı faile bırakarak en azından fiilin bir kısmından sorumluluğu reddettiği değerlendirilmesinde bulunmuştur (Trechsel, a.g.e., s. 48). Bununla birlikte burada dikkat edilmesi gereken, suça katılanların gerçekleştirmiş oldukları katkılar kapsamında sorumlu olduklarıdır. Gerçekleştirmiş oldukları katkı ile çelişki arz edecek şekilde sorumluluk reddi beyanının gerçekleşen fiil bakımından geçerliliğinin bulunmadığının belirtilmesi gerekir.

<sup>1193</sup> Weßlau, a.g.m., s. 125.

<sup>1194</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 125.

<sup>1195</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 124.

<sup>1196</sup> Maurach, a.g.e., s. 683; Önder, a.g.e., s. 463; Akbulut, a.g.e., s. 642; Riemer, a.g.e., s. 27; Özkan, a.g.e., s. 104.

<sup>1197</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 125.

<sup>1198</sup> Azmettirmeye elverişli araç olmadığı yönünde bkz. Noltenius, a.g.e., s. 285.

belirli bir istek ve teşvik<sup>1199</sup>, tahrik etme<sup>1200</sup>, kişiyi belli bir beklenti içerisine sokma<sup>1201</sup>, hediye, öğüt, rica<sup>1202</sup>, bir ödül vaadi<sup>1203</sup>, saik hatasına neden olma<sup>1204</sup>, çıkar teklifi<sup>1205</sup> veya ihtirasların tahriki<sup>1206</sup>, tavsiye verme<sup>1207</sup>, talimat verme<sup>1208</sup> vb.<sup>1209</sup> şeklinde

<sup>1199</sup> Önder, a.g.e., s. 463. Açıkça olmasa da gizli bir talebin azmettirme kapsamında değerlendirilmesine ilişkin örnek şu şekildedir: Mağdura karşı gerçekleştirdiği cinsel saldırıdan sonra fail yanındakine dönüp “sen de ister misin?” şeklinde sorar. Yanındaki kişi bunun üzerine mağdura cinsel saldırıda bulunur (Roxin, a.g.e. (AT), s. 155). BGH bu tür durumlarda istek şeklindeki irade üzerinde oluşturulan etkinin azmettirmenin kabulü bakımından yeterli olduğunu belirtmiştir. Soru, durumsal bağlamda ele alınmalıdır. Böyle bir olayda, soruya dayanan talep belirleyicilik kazanmıştır (Welz, a.g.e., s. 111). *Joecks* sadece bir sorunun azmettirme hareketi olarak kabul edilemeyeceğini belirtir (Joecks, a.g.e., s. 1233). Benzer şekilde *Satzger*, burada azmettirme bakımından gerekli olan talepten bahsedilemeyeceğini belirterek, bunun tespitinden sonra azmettirme kastının söz konusu olamayacağını kabul etmiştir (Satzger, a.g.m., s. 518). Bununla birlikte *Amelung*, somut olay kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği ve sorunun talep karakterinin varlığına bağlı bir azmettirmenin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Amelung, a.g.m., s. 170). Benzer yönde Christmann, a.g.e., s. 140; Roxin, a.g.e. (AT), s. 155; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 560.

<sup>1200</sup> *Taner*'e göre, azmettirme genel olarak tahrik kapsamında ele alınabilirse de özel bir anlamının olduğu ve bu nedenle basit tahrik, tavsiye, nasihat verme gibi yardım etme kapsamında kalacak durumlardan ayrılması gerektiği kabul edilmelidir. *Taner*, a.g.e., s. 536.

<sup>1201</sup> Demirel/Kartal, a.g.m., s. 483. Yazarlar yasal düzenlemede yer alan cebir ve tehdit boyutuna erişmemiş olan tehditi de bu kapsamda değerlendirmişlerdir.

<sup>1202</sup> Rıcanın elverişli bir azmettirme aracı olarak değerlendirilmesine yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. *Nepomuck*, a.g.e., s. 181 vd.

<sup>1203</sup> *Nepomuck*, a.g.e., s. 172.

<sup>1204</sup> *Kohlrausch/Lange*, a.g.e., s. 176; *Riemer*, a.g.e., s. 39.

<sup>1205</sup> Belli bir bedel karşılığı suç işleme teklifini doktrinde bir görüş azmettirme kapsamında değil, manevi yardım etme kapsamında ele almaktadır. Bu görüşe göre ödül vaadi veya belli bir çıkar karşılığı suçun işlenmesi tehdit ve zorlama durumlarından farklı olarak failin fiile yönelik karar vermesine ilişkin sınırlama getirmemektedir. Bu nedenle bu durumlarda faillğe eşdeğer cezayı gerektiren azmettirme gerçekleşmiş olmaz (Noltenius, a.g.e., s. 287). Bu kapsamda olmak üzere *Baunack* da benzer yönde görüş ileri sürerek bir fiilin işlenmesine bağlı ödül vaaadinin ancak manevi yardım etme kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir. Yazara göre suçun işlenmesini bir ödül karşılığı olması ile suç aracı olarak silahın temini arasında suça yönelik katkı bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Burada suça yönelik istek arka planda yer alanın hareketine dayanmamaktadır (Baunack, s. 147'den aktaran *Nepomuck*, a.g.e., s. 178). Dolaylı faillik kapsamında değerlendiren görüş için bkz. *Schroeder*, a.g.e., s. 151.

<sup>1206</sup> *Centel/Zafer/Çakmut*, a.g.e., s. 504. *Nepomuck* tehdit durumuna ilişkin şu örneği vermiştir: Evli olan ve evliliğinden dolayı mutsuz olan (F), kendisinden ayrılmak istemeyen eşi (M)'den kurtulmak ister. Sevgilisi (L)'ye kendisine olan sevgisini göstermesinin zamanının geldiğini, (M)'yi öldürmezse ilişkilerinin geleceğinin olmayacağını söyler. (F)'yi kaybetmekten korkan (L), (M)'yi öldürür (*Nepomuck*, a.g.e., s. 175). Yazar burada sorumluluk prensibinden dolayı dolaylı faillik kabul edilemeyeceğini belirtir (*Nepomuck*, a.g.e., s. 176). Diğer bir örnek ise şu şekildedir: (F) uzun bir süre hayat kadını olarak çalışır. Oğlu (S) doğduktan sonra bulunduğu ortamdan kaçmayı başarır ve farklı bir şehirde sekreter olarak çalışmaya başlar. Bir süre sonra eski müşterilerinden (K) ile karşılaşır. (K) ondan zaman zaman uyuşturucu madde ticareti yapmasını ister. Eğer bunu kabul etmezse (S)'ye annesinin daha önce hangi işte çalıştığını söylemekle tehdit eder. Başka hiçbir çaresi olmayan (F) teklifi kabul eder (*Nepomuck*, a.g.e., s. 175).

<sup>1207</sup> Bu kapsamda ayrıca bkz. *Grünwald*, a.g.m. (JuS 1965), s. 313.

<sup>1208</sup> *Özkan*, a.g.e., s. 267 vd.

<sup>1209</sup> Türk Ceza Kanunu'nda azmettirmeye ilişkin düzenlemede araçlara yönelik bir ifadeye yer verilmemiştir. Aynı şekilde Alman Ceza Kanunu'nda da buna yönelik bir ifade bulunmamaktadır. Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme kapsamında değişiklikten önceki haline ilişkin açıklama için bkz. *Welz*, a.g.e., s. 99; *Dieter Meyer*, “Nochmals: Der mißverständliche Bestechungsversuch”, *JuS*, 1970, ss. 529-531, s. 530. Tek faillik sistemi bakımından azmettirme araçlarına ilişkin değerlendirme

örneklendirilmektedir. Bütün bunlar aynı zamanda azmettirmenin manevi bir iştirak türü olduğunu<sup>1210</sup> ve suça iştirakin sadece maddi iştirak ile gerçekleştirilmediğini de göstermektedir<sup>1211</sup>. Doktrinde azmettirme aracı olarak kabul edilen cebir, tehdit ve hata durumları ayrıca dolaylı faillik ile ilişkili olduğundan çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıca ele alınacaktır.

Bu bağlamda son olarak ihmali hareketle azmettirme konusu ele alınmalıdır. Sözü edilen azmettirme hareketleri de göz önünde bulundurulduğunda, azmettirme, azmettirilene yönelik psikolojik bir etki gerektirmektedir<sup>1212</sup>. Bu gereklilik ise azmettirme için sadece ihmalin yeterli olamayacağı<sup>1213</sup>, azmettirmenin aktif hareketle mümkün olabileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Zira tek başına ihmal failin üzerinde zihinsel bir etki gösteremez<sup>1214</sup>. Bu nedenle ihmali hareketle azmettirme söz konusu değildir<sup>1215</sup>. Hareketsiz kalma şeklinde gerçekleşen ihmal istisnai şekilde azmettirme talebinin içeriğine sahip olursa, sonuç doğurmaya yönelik bir hareket olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte hareketsiz kalma bu niteliğe sahip değildir. Ancak fiile yönelik bir teşvik

---

in için bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 249. Tek faillik bakımından özellik arz eden husus doğrudan faillik için suç tipinde yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi olduğundan, her türlü cebir veya hata ile doğrudan failde suç kararı oluşturma azmettirme failliği kapsamında yer alacaktır. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 249.

<sup>1210</sup> Özgenç, a.g.m., s. 85. Bununla birlikte azmettirmenin suça yönelik maddi bir şey ile de mümkün olabileceğine dikkat edilmelidir. Örneğin, aşırı alkollü bir araç sürücüsünün aracı kullanması için ehliyeti olmadığını bildiği birine arabanın anahtarını vermesi ve araçla buldukları yerden ayrılmaları durumunda anahtarını verenin ceza sorumluluğunun azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Charalambakis, a.g.m., s. 639.

<sup>1211</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 469.

<sup>1212</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 288.

<sup>1213</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 288.

<sup>1214</sup> Heinrich, a.g.e., s. 574.

<sup>1215</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 691; Köhl, a.g.e., s. 846; Heinrich, a.g.e., s. 574; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 560; Amelung, a.g.m., s. 178; Schild, a.g.e., s. 1263; Nydegger, a.g.e., s. 132; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250; Önder, a.g.e., s. 462; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 563; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 672; Erdem, a.g.m., s. 211; Özen, a.g.e., s. 871; Zafer İçer, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m.84)", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, ss. 295-347, s. 303; Özkan, a.g.e., s. 101; Töngür, a.g.m., s. 245. *Freund* icraya eşdeğer ihmalle azmettirmenin tamamen dışlanmadığını ancak ihmali hareketle düşünce açıklamasının eksik olması sebebiyle pratik olarak gerçekleşme ihtimalinin çok güç olduğunu belirtmiştir. *Freund*, a.g.e., s. 410; aynı yönde Köhl/Lackner, a.g.e., s. 229. Ayrıca bkz. Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 227. *Önder* de ihmali hareketle azmettirilende suç kararı oluşturulamayacağını, ancak oluşan suç kararının değiştirilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. *Önder*, a.g.e., s. 462.



yaratabilir ki bu da azmettirme hareketinin haksızlığını temellendirmek bakımından<sup>1216</sup> yeterli değildir<sup>1217</sup>.

Görüldüğü üzere azmettirenin suça yönelik iradesinin yoğunluğu ölçütüne göre artış çizgisi, kişiyi suç işlemeye ikna ile sonuçlanan tavsiyeden veya suç işlemeye yönelik tekliften cebre/zorlamaya benzer bir etki ile kişinin suç işlemeye sevk edilmesine kadar<sup>1218</sup> uzanmaktadır. Neticenin gerçekleşme olasılığının derecesine yönelik olarak ise gelişim çizgisi, azmettirenin neticenin gerçekleşmesine yönelik etkisinin tamamen belirsiz olduğu durumdan (tanımadığı kişiyi suçun işlenmesine sevk etmesi halinde), suç işlemeye hazır olduğunu bildiği kişiye verdiği görevle neticenin gerçekleşmesini neredeyse garanti kabul ettiği duruma kadar uzanır<sup>1219</sup>. Bu nedenle bağlı bir şeriklik türü olarak azmettirmenin haksızlık içeriğine göre ceza kapsamının belirlenmesi bir gereklilik olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Zira azmettirmenin mevcut düzenleme çerçevesinde işlenen suçun cezası ile cezalandırılacak olması azmettirmenin tüm durumları bakımından adil bir cezalandırmayı meşru kılamaz.

## II. AZMETTİRMENİN FAİLLE EŞDEĞER CEZALANDIRILMASININ NEDENİNE YÖNELİK GÖRÜŞLER

Azmettirmenin kavramsal olarak faillik alanından ayrılmasına yönelik çabalar 19. yüzyılın ilk yarısından itibaren kendini göstermekle birlikte<sup>1220</sup>, ceza kapsamı bakımından yardım etme için kabul edilenden farklı şekilde faile nazaran daha az ceza ile cezalandırılması olasılığı ön plana çıkmamıştır<sup>1221</sup>. Azmettirmenin faille eşdeğer cezasının makul şekilde açıklanabileceği sistem geniş fail kavramından hareket eden tek faillik sistemidir<sup>1222</sup>. Bununla birlikte ikilik sisteminin benimsendiği sistemlerde de

<sup>1216</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 156.

<sup>1217</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 365. Yazar, ihmali hareketle azmettirmenin, suça sevk etmenin ne şekilde olması gerektiğini açıklayan yaklaşımlardan salt sebep olma görüşü çerçevesinde kabul edilebileceğini belirtmiştir. Geppert, a.g.m. (1997), s. 365.

<sup>1218</sup> Konuya ilişkin ayrıca bkz. Soyaslan, a.g.e., s. 501.

<sup>1219</sup> Schroeder, a.g.e., s. 206.

<sup>1220</sup> Hruschka, a.g.m., s. 595.

<sup>1221</sup> Maiwald, a.g.m., s. 351.

<sup>1222</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 131 vd. Nitekim doktrinde bir görüş tek faillik sistemi ve iştirak şekilleri arasındaki ayrımın pratikte, teorik boyuttaki tartışmaların ulaşmak istediği sonuç kadar önemli olmadığını ileri sürmüştür. Buna argüman olarak, fail ve azmettirenin aynı ceza kapsamına tabi olmasını ve ayrıca şerikin haksızlığını esas fiil haksızlığından türeten bağlılık kuralına aykırı şekilde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bağımsız şekilde cezalandırılmasını göstermiştir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 379). Belirtilmelidir ki, 1958 tarihli Alman ceza hukuku komisyonu çerçevesinde *Eb. Schmidt* tarafından yardım edenin istisna tutularak tek faillik sisteminin

azmettirme faille aynı ceza kapsamında yer alabilmektedir. Azmettiriminin işlenen suçun cezası ile cezalandırılması, azmettiriminin cezalandırılma esasının ne şekilde ele alınması gerektiğine ilişkin iki ihtimali gündeme getirmektedir. Bir yanda şeriklik kapsamında genel bir cezalandırma esasının bulunduğu hareketle, azmettirme ve yardım etmeyi bu bağlamda ayrıma tabi tutma yer alırken; diğer yanda ise, cezalandırılma nedenine ilişkin olarak azmettiriminin ayrıca incelenmesi gerektiği<sup>1223</sup> bulunmaktadır. Azmettirenin özgülenmiş bir ceza nedeni veya yardım eden karşısında esas olarak cezanın artırılmasının nedeni olarak belirlenmesine yönelik tüm çabalar tek bir soruna dayanmaktadır: Azmettiren ne bizzat fiili gerçekleştiren kişi ne de fiili araç kişi aracılığıyla gerçekleştiren kişi olmasına rağmen<sup>1224</sup>, faille aynı ceza kapsamına dâhil olmasının nasıl açıklanabileceği hususudur<sup>1225</sup>. Diğer bir ifadeyle şekli olarak şeriklik olarak kabul edilen bu sorumluluk şeklinin maddi olarak faillik kapsamında ele alınmasının<sup>1226</sup> meşru temelini ne olduğudur. Bu problem, geniş fail kavramından veya dar fail kavramından hareket edilip edilmeyeceği fark etmeksizin, azmettirimin yapısından sürdürülmektedir<sup>1227</sup>.

Azmettirme bir şeriklik statüsü teşkil ederken, azmettirinin niçin hiçbir ceza indirimi olasılığı olmadan fail gibi cezalandırılması gerektiğini sadece faillik-şeriklik ayrımı düzleminde ele almak yetersiz kalır<sup>1228</sup>. Bu bağlamda doktrinde bu hususun

---

benimsenmesi önerisi ileri sürülmüştür. Buna karşılık *Jescheck* yardım etmenin hariç tutulmasının tek faillik sisteminde bir anlam ifade etmediğini belirtmiştir. Ayrıca azmettiriminin suça iştirak bakımından daha az haksızlık değerine sahip olmasına rağmen, neden faillik ile eşdeğer tutulmasının hukuken anlaşılamayacağını eklemiştir. Rotsch, a.g.e., s. 140.

<sup>1223</sup> Gerson, a.g.m., s. 185. *Schulz*, bu durumda yardım edene yönelik ceza indiriminin azmettirenin kapsamamasının nedeninin açıklanması gereğine işaret eder. *Schulz*, a.g.e., s. 133.

<sup>1224</sup> Azmettirme Portekiz ceza hukukuna göre önceleri bağımsız bir iştirak şekli olarak ele alınırken, bugün artık failliğin bir şekli olarak kabul edilmektedir. *Krey/Nuys*, a.g.m., s. 212-213.

<sup>1225</sup> *Schulz*, a.g.e., s. 132.

<sup>1226</sup> *Nydegger*, a.g.e., s. 45.

<sup>1227</sup> *Schulz*, a.g.e., s. 133.

<sup>1228</sup> *Krey/Nuys* azmettirme ile failliği aynı ceza kapsamında değerlendiren kanun koyucunun bu düzenlemede başarısız olduğuna, azmettirmeyi şeriklik şekli olarak kabul etmekle çelişkiye düştüğüne dikkat çekmişlerdir. Bu nedenle azmettiriminin şeriklik şekli olarak kabulü ile fail gibi cezalandırılması arasındaki çelişkiyi gidermek için olması gereken hukuk açısından iki ihtimali ele almışlardır. İlk ihtimal, azmettirme bakımından ceza indiriminin öngörülmesidir. İkinci ihtimal ise Portekiz Ceza Kanunu'nda düzenlendiği gibi azmettiriminin doğrudan, dolaylı ve müşterek failliğin yanı sıra bir faillik türü olarak düzenlenmesidir. Bu durumda şeriklik statüsünde sadece yardım eden kalır. Bununla birlikte yazarlar *Roxin*'in Alman Ceza Kanunu'ndaki azmettirme düzenlemesini iyileştirmek bakımından dolaylı failliğin uygulama alanını genişletmeye yönelik çabasını, failin arkasındaki fail gibi geçerli olan hukukla bağdaşır niteliğe haiz olmadığı nedeniyle eleştirmişlerdir (*Krey/Nuys*, a.g.m., s. 212-213). Benzer şekilde *Hruschka*, failin arkasındaki fail kavramı ile suça iştirak türü olarak faillik ve azmettirme ilişkisi bakımından faillik, azmettirme ve görünürde

azmettirmenin haksızlık içeriği<sup>1229</sup> ile birlikte değerlendirilmesine yönelik çaba ortaya çıkmıştır. Bu noktada ön plana çıkan, azmettirme hareketinin haksızlığının bu niteliğinin esasında fail üzerinde yarattığı bir çeşit irade hâkimiyeti<sup>1230</sup> olmasından kaynaklı olduğu yönündedir. Bununla birlikte bu, dolaylı failliği karakterize eden irade hâkimiyeti olarak anlaşılmalıdır. Failin hâkimiyetinden farklı türde de olsa, yakın olmasından dolayı eş değersizlik olarak ifade edilmektedir<sup>1231</sup>. Dolaylı faillik azmettirenine göre daha fazla bir haksızlık içeriğine sahip olmakla birlikte<sup>1232</sup> azmettiren ile hukuki sonuç bakımından eşdeğerdedir<sup>1233</sup>, zira azmettiren de işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacaktır.

Azmettirenin ceza kapsamı bakımından takdiri bir indirimin tanınması gerektiği konusunda Alman ceza doktrininde bir görüş mevcuttur<sup>1234</sup>. Alman Ceza Kanunu'nda

---

azmettirme=dolaylı faillik şeklindeki tasnifin kabul edilmiş olacağını ve bunun da beraberinde dolaylı faillik aleyhine olumsuz sonuçları getireceğini belirtmiştir (Hruschka, a.g.m., s. 608-609).

<sup>1229</sup> Doktrinde bir görüş, cezalandırılabilir davranışın haksızlık içeriğinin ceza hukukuna ön gelen bir sosyal gerçeklik olmadığını, aksine kanun koyucunun değerlendirmesinin bir ürünü olduğunu belirtmiştir. Böylece örneğin, kanun koyucu belirli davranış örneklerini azmettirme olarak nitelendirmekte ve belirli bir ceza kapsamına tabi kılmakta, sonuç olarak bu davranışın haksızlık içeriğinin nasıl oluştuğunu ifade etmektedir. Azmettirme olarak karakterize edilen davranış şekli haksızlıktır, çünkü kanun tarafından haksızlık olarak nitelendirilmiştir. Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 60.

<sup>1230</sup> *Christmann*, bunu muhatabın irade oluşumu üzerindeki fiili baskınlık şeklinde ifade eder. *Christmann*, a.g.e., s. 133.

<sup>1231</sup> Michael Kahlo, "Bestimmt, wer aufstiftet, zur Tat des schwereren Delikts? –Zugleich ein Beitrag zum Unrecht der Anstiftung-", *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, ss. 159-178, s. 176. Ayrıca bkz. Noltenius, a.g.e., s. 283. *Mitsch*, azmettirenin fail ile aynı ceza kapsamına tabi tutulmasının niceliksel eşdeğerlik olduğunu belirterek bunun, aynı zamanda niteliksel eşdeğerliği sonuçladığı şeklinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir (*Mitsch*, a.g.e., s. 66). Yazar ayrıca azmettirme ile failin eşdeğer haksızlık gerçekleştirdiği görüşünü ileri sürenlere yönelik olarak burada haksızlık kavramının monist haksızlık niteliği esasına dayandırılmasının ne şekilde mümkün olabileceği eleştirisini yöneltmiştir. *Mitsch*, a.g.e., s. 67.

<sup>1232</sup> Doktrinde bir görüşe göre, azmettirme ile failliğin eşdeğer olmaması azmettirenin faile nazaran daha az kriminal enerjiye sahip olmasına dayanır (*Otto*, a.g.m. (JuS 1982), s. 560; *Heghmanns*, a.g.m., s. 483). Bunun nedeni, failin aksine, azmettirenin suçun icrasından uzak olması ve bu nedenle daha az engellenmenin üstesinden gelmek zorunda olmasıdır. *Heghmanns*, a.g.m., s. 483.

<sup>1233</sup> *Köhler*, şerikliğin cezalandırılma nedeni bağlamında azmettirme bakımından farklı bir yaklaşımla hareket ederek ceza kapsamının faille eşdeğer olması argümanına dayanarak azmettirmeyi manevi müşterek faillik (*intellektueller Mit-täter*) olarak nitelemiştir (*Köhler*, a.g.e., s. 521). *Krey/Esser* bu şekilde azmettirmenin açıklanmasının hukuka uygun olmadığını, azmettirenin bir başkasının tipik ve hukuka aykırı fiilini gerektiren bir şeriklik türü olduğunu ve "iradeyi oluşturan güç" şeklindeki tanımlamanın azmettirenine ilişkin bu yanlışlığı düzeltmeyeceğini belirtmişlerdir. *Krey/Esser*, a.g.e., s. 390.

<sup>1234</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 316. Buna yönelik olarak benimsenen yaklaşım doğrultusunda Kanun sistematigi de dikkate alınarak bir eleştiri getirilmektedir. Faillik ile şeriklik ayrimından hareketle faillik-azmettirme-yardım etme kapsamında cezalandırma bakımından da üç aşamalı bir kademelendirme uygulamasının daha yerinde olacağı ileri sürülmektedir. Kanun koyucu, yardım eden bakımından zorunlu bir ceza indirimi öngörüyorsa, azmettiren bakımından da takdiri bir indirim oranı belirlenebileceği ifade edilmektedir (*Gerson*, a.g.m., s. 187). *Schroeder* ise, azmettirme için zorunlu ceza indiriminin öngörülmesi gerektiğini kabul etmektedir (*Schroeder*, a.g.e., s. 215).

azmettiren bakımından ceza indirimini öngörülmesi gerektiğine yönelik yaklaşımlara<sup>1235</sup> karşılık olarak, azmettirenin her ne kadar fiili bizzat gerçekleştirmese bile fiile yönelik esaslı katkısı ile fail gibi cezalandırılmasının meşru temelinin oluştuğunu savunan görüş, azmettirmenin daha az cezayı gerektirdiği durumların somut olayda ortaya çıkması halinde<sup>1236</sup> cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerektiğine dikkat çeker<sup>1237</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nda azmettirmenin ceza kapsamı faille aynı olarak öngörülmesine rağmen, md. 28/2 düzenlemesinde<sup>1238</sup> faile nazaran azmettiren bakımından ceza indirimini olasılığı öngörülmüştür<sup>1239</sup>. Bu azmettirmenin özellikle dolaylı failikten ayrımı bakımından da dikkate değerdir<sup>1240</sup>. Türk hukukunda önceki TCK döneminde azmettirenin cezalandırılması bakımından indirim sebebi öngörülmüştür. Bu düzenlemeye (765 sayılı TCK md. 64/2) göre, “fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa” azmettirenin cezası indirilir<sup>1241</sup>. Bunun gerekçesi olarak ise, failin kişisel menfaatinin bulunması halinde azmettirmenin suçu doğuran tek sebep sayılamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda hem azmettirenin hem de failde önceden bulunan şahsi sebep etken olacaktır<sup>1242</sup>. *Erem* bu düzenlemeye karşı çıkmıştır. Zira azmettirdiği kimsede böyle bir sebebin bulunduğunu bilen kimsenin daha fazla ceza alması gerektiğini, böylelikle azmettirmenin başarıya ulaşma ihtimalinin daha yüksek

<sup>1235</sup> Azmettirmenin fail karşısında ceza indirimine tabi olması gerektiğine yönelik Alman 2. Ceza Hukuku Reformu'nda da öneri getirilmiştir. Ancak kabul görmemiştir. *Johannsen* bunun nedenini suça azmettirmenin, fiili bizzat gerçekleştirmeye eşit görülmesine ve bunun da, Roma hukukuna dayanan fiilin haksızlık içeriğinin azmettirme merkezli olarak açıklamaya yönelik çabanın ürünü olduğunu ileri sürmüştür. Roma hukukunda azmettirmenin kabulü, azmettiren ile azmettirilen arasında sözleşme benzeri bir yükümlülüğü (*Mandatium*/Roma hukukunda vekâlet sözleşmesi) şart koşmasına bağlı tutuluyordu (*Johannsen*, a.g.e., s. 44). Fiili gerçekleştirenin hareketi azmettirenin eseri olarak görülmektedir. Fiilin manevi anlamda yaratıcısı olarak görünmesinin sonucu, fiilin tümüyle azmettirenine isnat edilebilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. *Johannsen*, a.g.e., s. 44.

<sup>1236</sup> Azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılmasını meşru kılmak için getirilen bir diğer çözüm ise, azmettirme kapsamında yer almakla birlikte daha az cezaya layık olan durumların yardım etme kapsamına dâhil edilmesine yöneliktir. Bu yönde getirilen çözüm önerilerine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. *Puppe*, a.g.m. (GA 1984), s. 101 vd.; *Schulz*, a.g.e., s. 140 vd.

<sup>1237</sup> *Noltenius*, a.g.e., s. 35.

<sup>1238</sup> Bu düzenlemeye ilişkin açıklama için 3. bölümün ilgili kısmına bakınız.

<sup>1239</sup> *Schlehofer*, a.g.m. (FS Herzberg), s. 362, dn. 25.

<sup>1240</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 732, dn. 38.

<sup>1241</sup> *Erem*, a.g.m., s. 89. *Özgenç* TCK tasarisına yönelik ele aldığı çalışmasında izlenen suç siyaseti gereği, azmettirenin suçun kanundaki cezası ile cezalandırılacağı kabul edildiğini, ancak bazı durumlarda azmettirenin cezasında takdiri bir indirim yapılması hususunda hâkime yetki verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Azmettirilenin suçun işlenmesinde şahsi bir menfaatinin bulunması halinde hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Tasarıda bu ihtimalde azmettirenin cezasında indirim yapılmasından tamamen vazgeçilmesini isabetli bulmamıştır. *Özgenç*, a.g.m., s. 85.

<sup>1242</sup> *Erem*, a.g.m., s. 89; *Önder*, a.g.e., s. 467.

olduğunu belirtmiştir<sup>1243</sup>. 5237 sayılı TCK'da ise azmettirmenin cezasında indirim öngören bir düzenlemeye<sup>1244</sup> yer verilmemiştir.

Azmettirmenin suça niteliksel anlamda bağlı bir iştirak türü olarak kabul edildiği sistemlerde, azmettirmenin ceza kapsamı bağlamında faille eşdeğer veya işlenen suçun cezası ile cezalandırılması şeklindeki düzenlemelerden hareket edilerek; azmettirmenin haksızlık içeriğini faillğe eşdeğer kılmaya yönelik çabalar, etkisini sadece bu alanla sınırlı olarak göstermemektedir. Sonuçtan yola çıkarak nedene, hukuki dayanak noktasına ilişkin çözümler üretmeye çalışmak<sup>1245</sup> çelişkileri beraberinde getirmektedir. Azmettirmenin haksızlık içeriğini faille eşdeğer olarak ele alma veya azmettirmeyi faillğe yakın bir iştirak türü olarak değerlendirme<sup>1246</sup>, azmettirmenin objektif ve sübjektif tipiklik unsurlarını belirlemede de etkisini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, ceza kanunlarında bağlı bir iştirak türü olan azmettirmenin ceza politikası nedeniyle sözü edilen sonuca bağlı kılınmasını teorik olarak açıklamaya çalışmak, hem azmettirmenin kendi kapsamında hem de diğer suça iştirak şekilleri ile ayrımında sorunların ortaya

---

<sup>1243</sup> Erem, a.g.m., s. 90.

<sup>1244</sup> TCK'da kanun koyucunun azmettirenini suçun asıl sorumlusu olarak gördüğüne işaret eden bir düzenlemeye yer verdiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda azmettirenin belli olmaması halinde kim olduğunu ortaya çıkarmaya yönelik ceza indirimi fail bakımından öngörülmüştür. Doktrinde bu düzenlemeyi isabetli bulmayan görüşler bulunmaktadır. Nitekim *Erdem*'e göre, örgütlü suçlarla daha etkin şekilde mücadele etmek için getirilen bu düzenleme, uygulamada tam tersi bir sonuç da ortaya çıkarabilir. Kaldı ki maddi gerçeğin araştırıldığı ceza muhakemesinde, azmettirenin kim olduğunu ortaya çıkarmak kovuşturma organlarının görevidir (Erdem, a.g.m., s. 215). *Özen* ise bu düzenlemenin, somut dayanaktan yoksun olarak, kişilerin ceza soruşturmasına uğratılma ihtimalini ortaya çıkarabileceğini belirtmiştir. Hatta yazara göre, yasal düzenleme ile durumun dayanak kazanması, bu ihtimali daha da artıracaktır. İlgili düzenlemeye neden sadece azmettiren bakımından yer verildiği ve suça diğer katılanların bu kapsamda öngörülmediğine vurgu yapan yazar, bunun hukuki temelini ne olabileceğini sorgulamıştır. Suça katılan şeriklerin gerçekleştirdikleri katkılarının farklı ağırlık taşımaları mümkün olduğu düşünülse bile düzenleme suçlulukla daha etkin mücadeleye yönelikse, tüm katılanlar bakımından dikkate alınmasının gerçekleştirilmek istenen amaç açısından yerinde olacağını belirtmiştir (Özen, a.g.m., s. 248). *Özgenç* azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan faille cezada indirim öngören madde düzenlemesini cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak nitelendirdikten sonra, bu hususun iştirak ilişkilerinde sorumluluk statüleri ile ilgili olmadığını belirtmiştir. Bu hususun, TCK md. 61/5'te sözü edilen düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Özgenç, a.g.e. (2019), s. 566.

<sup>1245</sup> Nitekim ilk bölümde belirtildiği üzere, şerikliğin cezalandırma nedenini şerik haksızlığının bağımsızlığına dayandırmak isteyen görüşlerin ileri sürdükleri argümanlardan biri, azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılması üzerinedir.

<sup>1246</sup> Azmettirmenin dar anlamda faillik benzeri bir iştirak türü olarak ele alma çabalarının faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı belirsizleştireceği ve bu nedenle kabul edilmemesi gerektiği görüşü için bkz. *Riemer*, a.g.e., s. 119 vd. *Riemer* bunun yanı sıra azmettirme ve dolaylı faillğin diğer faillik türleri ile yardım etme karşısında yer alan bir iştirak türü olarak bir arada değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşe karşı çıkmıştır. Her ne kadar azmettirme ve dolaylı faillğin aynı ceza kapsamında yer alması ve ayrıca özgü suçlar bakımından arka planda yer alanın sorumluluğunun tespitinde güçlük arz eden hususların ortadan kalkacağı argümanları kabul edilebilir olsa bile azmettirme ve dolaylı faillik birbirinden farklı iştirak türleridir. *Riemer*, a.g.e., s. 120 vd.

çıkmasına neden olmaktadır. Her bir iştirak türünün cezalandırılmasının meşruluğu bakımından belirleyici olan fiildir. Bu bağlamda ceza politikası temeline dayalı gerekçeler azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılmasını haklı çıkaramaz<sup>1247</sup>. Bununla birlikte doktrinde azmettirmenin bu kapsamda ele alınmasını meşru kılmaya yönelik görüşler yer almaktadır. Bu görüşlerin çalışmada esas alınan fiil hâkimiyeti çerçevesinde geçerliliğinin olamayacağını vurgulamak adına, esas aldıkları dayanak noktalarına genel olarak yer verilmesi gereklidir.

#### A. AZMETTİRENİN CEZA YÜKSEKLİĞİNİN NEDENİ OLARAK FAİLİ KUSURA VEYA HAKSIZLIĞA BULAŞTIRMASI

İkilik sisteminde azmettirmenin ceza yüksekliğini meşru kılmaya yönelik ilk olarak şerikliğin cezalandırma nedeni kapsamında ileri sürülen kusura iştirak teorisine yer verilmelidir. *Mayer* kanunda fail ve şerikler bakımından aynı ceza kapsamının öngörülmesinin (yardım eden bakımından teşebbüs hükümlerine göre cezanın azaltılması söz konusu) objektif şeriklik teorisinde bir gerekçesinin olmadığını belirtmiştir. Zira objektif olarak azmettirenin fiil karşısında failden daha uzak bir konumda bulunması aynı ceza kapsamında ele alınması bakımından tutarlı değildir. Aynı zamanda diğer subjektif teorilerin bu noktada ayrımı ortaya koymak bakımından tatmin edici olmadığını belirterek bunların da azmettiren ve yardım edene aynı şekilde *animus socii* olarak<sup>1248</sup> sorumluluk isnat ettiklerine dikkat çekmiştir. Bununla birlikte kusura iştirak teorisi kapsamında bu ayrımı net şekilde ele almanın mümkün olduğunu, zira azmettirenin yardım edene nazaran daha ağır kusurunun bulunduğunu, bunun nedeninin ise azmettirenin tek başına failin suç işlemeye yönelmesinde tam sorumlu olmasından kaynaklandığını ifade etmiştir<sup>1249</sup>. Bu kapsamda azmettirmenin haksızlığı faili suça bulaştırmasında görülür<sup>1250</sup>. Azmettiren sadece özel hükümlerde normlar aracılığıyla korunan hukuki değere fail üzerinden dolaylı olarak saldırıda bulunmaz, aynı zamanda faile karşı saldırı

<sup>1247</sup> Noltenius, a.g.e., s. 278. *Nepomuck*, konuyu ceza hukuku ilkesi olan orantılılık ilkesi kapsamında ele alarak, azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olmasının bu ilke bağlamında meşru bir zeminde bulunamayacağını belirtmiştir. *Nepomuck*, a.g.e., s. 38.

<sup>1248</sup> Kavram hakkında açıklama için birinci bölümün ilgili kısmına bakınız.

<sup>1249</sup> *Mayer*, a.g.m., s. 261-262.

<sup>1250</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 133; *Mitsch*, a.g.e., s. 77. Bu yaklaşıma benzer bir görüş *Riemer* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar, şerikliğin cezalandırılma nedenini öncelikle esas fiile ilişkin neticeye sebep olunmasına dayandırır. Bunun yanı sıra şerik tarafından, failin cezalandırılabileceğinin göze alınmasında görülür. Diğer bir ifadeyle şerikin şeriklik katkısı ile asıl amacı faili kusura bulaştırmak değildir. *Riemer*, a.g.e., s. 32.

gerçekleştirir<sup>1251</sup>. Mayer'in formülasyonunda ifade edildiği üzere, azmettirenin hukuki değere yönelik saldırısının bizzat suçu işleyecek yoğunlukta olduğu söylenemezse de faili ortaya çıkardığı muhakkaktır<sup>1252</sup>. Bu nedenle yardım edenden daha fazla cezalandırılmasının gerekeceği düşüncesinden hareket edilmelidir<sup>1253</sup>. Kusura iştirak teorisi bağlamında azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olması nedeniyle azmettirmede eksik olan fiil hâkimiyetinin failin kötüleştirilmesi unsuruyla dengelenmeye<sup>1254</sup> çalışıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Kusura iştirak teorisine benzer şekilde haksızlığa iştirak yaklaşımı kapsamında azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılmasının temel nedeni, azmettirenin başkasının fiiline sebep olmak suretiyle onu ilk olarak fail yapması ve onu toplumla çatışmasında desteklemesidir<sup>1255</sup>. Diğer bir ifadeyle, azmettirenin faille eşdeğerde cezalandırılması

---

<sup>1251</sup> Bu durumda azmettirmenin hem faille yönelik bir saldırısı bulunduğu hem de fail aracılığıyla ceza hukuku normlarıyla korunan hukuki değere yönelik bir ihlalin söz konusu olduğu esasına dayanan bu yaklaşıma göre hukuki değere yönelik bir ihlalin gerçekleşmediği ve fakat faille yönelik bir saldırının olduğu durumlarda "fiile uzak duran" olarak azmettirenin daha az ceza ile cezalandırılması gereklidir (Schulz, a.g.e., s. 135). Bu teori çerçevesinde mağdurun kendisine zarar vermesine azmettirme bağlamında bilgi için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 91.

<sup>1252</sup> H. Mayer, AT, s. 334'ten aktaran Schulz, a.g.e., s. 133.

<sup>1253</sup> Schulz, a.g.e., s. 133. Azmettirenin fail ile aynı ceza ile cezalandırılmasının, şerikliğin cezalandırılmasının esasını açıklayan teorilerden kusur teorisine örtüştüğü yönünde bkz. Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 248.

<sup>1254</sup> Trechsel, a.g.e., s. 48 vd.; Mitsch, a.g.e., s. 78. *Önder 765* sayılı TCK'da yer alan azmettirmeye (asli manevi iştirak) ilişkin düzenlemeden azmettirmenin cezalandırma nedeninin hem suça sebep olma hem de kusura iştirak teorisi çerçevesinde ele alındığı sonucuna ulaşılabileceğini belirtmiştir. Azmettirenin faille aynı cezaya tabi kılınmasının sebep olma teorisinin bir sonucu olduğunu, bununla birlikte failin suçu işlemede şahsi menfaatinin bulunması halinde azmettirenin cezasında indirim yapılacak olmasının ise kusura iştirak teorisinin bir sonucu olduğunu belirtir. Bazı durumlarda azmettiren tam bir suçlu yaratmasa da azmettiren olarak kabul edilir ancak cezasında indirime gidilir (Önder, a.g.e., s. 462). Azmettirenin cezasında indirime gidilmesine ilişkin gerekçe olarak ise, failin suça ilişkin şahsi menfaatinin bulunması halinde azmettirenin suçun ilk ve etkili yaratıcısı olarak kabul edilemeyeceği gösterilmiştir. Azmettirenin telkinlerinden başka azmettirilenin şahsi menfaatine yönelik manevi etkisi de bulunmaktadır. Suçun işlenmesinde azmettirenin manevi etkisi ile failin maddi katkısı göz önünde bulundurulduğunda, failin şahsi çıkarının olmadığı ihtimalde, aralarında eşitlik bulunmaktadır ve azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması meşrudur. Bununla birlikte failin çıkarının bulunması halinde suçun işlenmesindeki etkisi daha büyük olur ve bu nedenle azmettirenin cezasında indirime gidilmesi gerekir (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 526). Failin şahsi menfaatinin bulunmasının cezada indirimi gerektirip gerektirmediğine yönelik tartışma için bkz. M. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. bs, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 541-542. Azmettiren bakımından ceza indirimi öngören düzenleme daha sonra "...başkasını suça azmettirmek hali layihada muhafaza etmekle beraber, azmettirenin suçu işlemek için kendisinde böyle bir hal mevcut olan kimseyi seçmesi onun ahlaki redaatinin ne derecede ağır olduğunu göstermesine rağmen, cezasının tahfifi haklı görülemeyeceğinden..." kaldırılmıştır. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 527.

<sup>1255</sup> Trechsel, a.g.e., s. 12, 32.

azmettirmenin çifte haksızlık içeriğine sahip olması ve bunun faillik iradesinin eksikliğini dengelemesi nedenine dayanır<sup>1256</sup>.

Bu yaklaşıma benzer bir görüş *Amelung* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar, kanun koyucunun suça sebep olma yerine suça azmettirme/sevk etme ifadesinin bilinçli bir tercih olduğunu belirtmiş ve suça sevk etmenin belirlenmesi bakımından azmettirmenin sistematik yerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekmiştir. Özellikle yardım etmeye nazaran azmettirmenin ceza kapsamının faille eşdeğerde olmasının kanun koyucunun azmettirmeyi failin fiili gibi tehlikeli ve aynı şekilde cezaya layık olarak kabul etmesinden kaynaklandığını belirtmiştir. Yazara göre, eğer ki azmettiren buna rağmen şeriklik şekli olarak kabul ediliyorsa bu özel tehlikeliliğini gerektiren bir unsura ihtiyaç vardır ki, bu da azmettirilenin azmettiren tarafından yoldan çıkarılmasıdır<sup>1257</sup>.

Artık azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılmasının psikolojik gerekçelere veya failde kötülük oluşturulmasına yönelik temele dayandırılmasının meşru zemini bulunmamaktadır<sup>1258</sup>. Fail ve şerik ayrımına ilişkin fiil hâkimiyeti kriterinin esas alındığı durumda azmettirmenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılmasının kabulü çelişki oluşturur. Azmettirmenin faillik şekli olmamasına rağmen, bu şekilde cezalandırılmasına yönelik meşru zemin arayışı azmettirme bakımından ayrı kriterlerin dikkate alınmasına sebep olmaktadır. Ancak bu azmettirenin şeriklik niteliğine zarar vermektedir.

## B. AZMETTİRENİN ÖZEL TEHLİKELİLİĞİ

Doktrinde bir görüş azmettirmenin faille yönelik etkisinin özel tehlikeliliğine<sup>1259</sup> dikkat çeker. Bu tehlikelilik suçun neticesine yol açan olayların başlatıcısı, suç seyrini

---

<sup>1256</sup> Trechsel, a.g.e., s. 51; Less, a.g.m., s. 47.

<sup>1257</sup> Amelung, a.g.m., s. 152.

<sup>1258</sup> Maiwald, a.g.m., s. 351.

<sup>1259</sup> Azmettirenin yardım eden karşısında artan tehlikeliliğini faille eşdeğer cezalandırılmasının gerekçelendirilmesinde dikkate alan diğer bir görüş, *Stein* tarafından ileri sürülmüştür. Azmettirenin yardım eden karşısında daha fazla cezalandırılmasının sebebi, ön planda yer alanın ceza hukukuna ilişkin davranış normlarında yer alan yükümlülüğe uymasına ilişkin motivasyon gücüne daha fazla zarar vermesine dayanmaktadır (Stein, a.g.e., s. 242 vd.). Farklı bir görüşe göre, azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılmasını meşru kılmak amacıyla azmettirme dar yorumlanmalı ve yardım etme karşısında daha fazla tehlikeliliğe sahip olduğu kabul edilmelidir (Amelung, a.g.m., s. 153, 163 vd.). Azmettirmenin suçun işlenmesine yönelik tehlikeyi oluşturmakla birlikte, yardım etmenin suçun işlenmesine yönelik tehlikeyi sadece artırmasının azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamında ele alınmasının geçerli sebebi olarak kabul edilmesine yönelik bkz. Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 363.



harekete geçirici güç olmasından ortaya çıkar<sup>1260</sup>. Azmettirenin fail gibi cezalandırılmasının ve yardım eden karşısında farklı ceza kapsamına sahip olmasının nedeni olarak azmettirenin baskın karakterine dayanan bu yaklaşımın çıkış noktası nedensellik teorisidir<sup>1261</sup>. Aslında azmettiren suça ilişkin neticeye yol açan nedensellik zincirinin başlatıcısıdır. Suça iştirak şekilleri arasındaki ayrım ve farklı ceza kapsamalarının meşruiyeti nedensellik zinciri karşısındaki maddi pozisyonuna göre veya sübjektif alanda kabul edilebilir. Azmettiren, fail ve yardım eden saldırının yönüne göre değil, saldırının yoğunluğuna göre ayrılır<sup>1262</sup>. Aslında azmettiren zarara ve fiile uzak konumdadır<sup>1263</sup> ve fiilin başlatıcısı olması fiilin icrası karşısında cezaya liyakat bakımından daha az olsa bile azmettiren nedensellik zincirinin baş halkası olarak fiilin manevi kurucusu kabul edilir<sup>1264</sup>. Suça ilişkin saldırının dolaylılığına yönelik bir kıyaslama yapıldığında, failin fiiline daha uzak olması davranışının failinkiyle aynı türde olmasa da aynı değerle görünmesiyle dengelenebilir<sup>1265</sup>. Bu zaman kesitinde azmettiren baskın bir rol düşer<sup>1266</sup>. Azmettirenin daha tehlikeli olduğunun bir nedeni de fiile uzak olan olarak suçun seyrinin başlatılmasına ilişkin eşiği fiili bizzat icra etmesi gerekenden daha kolay aşmasıdır<sup>1267</sup>.

Suçta iştirakte nedensellik teorisinin önemini kaybetmesi ve fiil hâkimiyetinin ön plana çıkması bu kapsamda da etkisini göstermiştir. Azmettirenin başlatıcılığı/öncülüğü en başından itibaren faille olan kişisel nitelikteki birlikte etkisi (*zusammenwirken*) anlamında bağlı şeriklik teşkil eder. Burada azmettirenin başlatıcı olması bağlamında

<sup>1260</sup> Bloy, a.g.e., s. 337; Koch/Wirth, a.g.m., s. 203. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Ibach, a.g.e., s. 47. Benzer şekilde *Ingelfinger*, azmettirenin suça baskın katılan olarak faili yönlendiren ve fiile yönelik faili harekete geçiren şeklinde ifade etmiştir. *Ingelfinger*, a.g.e., s. 125 vd.

<sup>1261</sup> Azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılmasını meşru kılmak bakımından nedenselliğin tek başına yeterli bir gerekçe oluşturmadığı, ayrıca azmettirenin cezaya liyakat içeriğini belirleyen farklı faktörlerin bulunduğuna yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. *Ingelfinger*, a.g.e., s. 132.

<sup>1262</sup> Schulz, a.g.e., s. 136.

<sup>1263</sup> *Mitsch*, hukuki değeri ihlal eden hareketlerin haksızlık içeriklerinin nitelendirilmesine ilişkin neticeye yakın veya uzak olmanın yeterli bir kriter oluşturmayacağını belirtir. *Mitsch*, a.g.e., s. 69.

<sup>1264</sup> Esser, a.g.m., s. 325.

<sup>1265</sup> Schulz, a.g.e., s. 132; Christmann, a.g.e., s. 2.

<sup>1266</sup> Schulz, a.g.e., s. 136. *Mitsch*, azmettirenin özel tehlikeliliğine dikkat çekerek, faille eşdeğerde ceza kapsamına tabi tutulmasının kabul edilmesini psikolojik esasa dayanan bir argüman olarak kabul etmiştir. Burada önem arz edenin kriminolojik olarak azmettirenin cezalandırılmasına dayanak oluşturmanın değil, maddi hukuk açısından konunun ele alınması olduğuna dikkat çekerek korunan hukuki değere yönelik azmettirme hareketinin hangi değerlendirme ile fail tarafından gerçekleştirilen fiille kıyaslanabilir olduğunun incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. *Mitsch*, a.g.e., s. 67.

<sup>1267</sup> Schulz, a.g.e., s. 136. Bu kapsamda *Schulz*, azmettirenin özel tehlikeliliğinin faildeki kararsızlığı yok etmesine ve bizzat suçun seyrinin başlatılmasında daha düşük engel eşiğini aşmak zorunda olmasına dayandırılmasını eleştirmiştir. *Schulz*, a.g.e., s. 136.

azmettirme, geleneksel anlamıyla manevi faillik kapsamında dolaylı faillik ile aynı bağlamda yer alan bir kavram olarak düşünülmemelidir<sup>1268</sup>. Bunun sonucu olarak netice bakımından sadece bir sebep oluşturduğu veya gerekli bir şart olması şeklinde de ele alınmamalıdır. Zira bunlar yardım edenden ayrımını sağlayacak hususları barındırmamaktadır<sup>1269</sup>. Azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması azmettirme fiili olmaksızın hukuki değer ihlalinin tehlikeye düşmeyecek olmasındandır<sup>1270</sup>. Burada fiil hâkimiyetine eşdeğerde, azmettirenin baskınlığından hareket edilmelidir<sup>1271</sup>. Bu baskınlık fail üzerinde suça ilişkin karar oluşum sürecindedir<sup>1272</sup>. Azmettirme hareketinin spesifik şekli failde suç kararının bilişsel ve/veya iradi bileşenini oluşturması şeklinde etki etmesinde ortaya çıkar<sup>1273</sup>. Suç kararının iradi ve bilişsel unsurları birbirini tamamlayan eşdeğer nitelikteki unsurlar olarak dikkate alınmalıdır<sup>1274</sup>. Bu nedenle azmettiren sadece manevi olarak değil, bilişsel anlamda suça sebep olan olarak faille eşdeğer cezayı kazanır. Bu bağlamda azmettiren aslında fiilin fikri/düşünsel yönünü oluşturan olarak sorumludur<sup>1275</sup>. Failin icra aşamasında olduğu gibi azmettiren de kararın oluşumu aşamasında baskın konumdadır<sup>1276</sup>. Ancak bu azmettiriminin şeriklik şeklinden faillik şekline geçişi şeklinde yorumlanmamalıdır. Azmettirme hareketinin değersizliğini ifade eden azmettirenin karar oluşumundaki baskınlığı, bir nevi faillik bakımından gerekli olan fiil hâkimiyeti ile benzeşmektedir<sup>1277</sup>.

---

<sup>1268</sup> Bloy, a.g.e., s. 337.

<sup>1269</sup> Bloy, a.g.e., s. 337.

<sup>1270</sup> Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 425.

<sup>1271</sup> Bloy, bilişsel açıdan bu baskınlık prensibini somutlaştırmak adına *Schulz* tarafından ileri sürülen plan hâkimiyeti kriterine dayanmıştır. Bloy, a.g.e., s. 340 vd.

<sup>1272</sup> Bloy, a.g.e., s. 338. Benzer yönde bkz. Ingelfinger, a.g.e., s. 144.

<sup>1273</sup> Bloy, suç kararını iradi ve bilişsel unsur şeklinde iki alt unsura ayırarak incelemiştir. Bununla birlikte doktrinde bir görüş yazarın suç kararının iradi unsurundan ne anlaşılması gerektiğine yönelik tam bir açıklama yapmadığı eleştirisinde bulunmuştur. Nepomuck, a.g.e., s. 138.

<sup>1274</sup> Bloy, a.g.e., s. 338.

<sup>1275</sup> Bloy, a.g.e., s. 337. Yazara göre, failin üstesinden gelmek zorunda olduğu suçun önündeki pratik engellerden ziyade zihinsel engeller, hukuki değeri ihlallerden korumaktadır. Bloy, böyle bir zihinsel engelin sadece ahlaki bir engel değil, aynı zamanda bir suç planı eksikliği olduğunu ileri sürmüştür (Bloy, a.g.e., s. 338). Benzer yönde bkz. Renzikowski, a.g.e., s. 125. Bu nedenle karar aşamasındaki baskınlık hem karar oluşumu bakımından gerekli olan iradi enerji ile hem de suç planı ile ilişkilidir (Bloy, a.g.e., s. 339). Bu yaklaşımın azmettirme ile yardım etme arasındaki ayrımı belirlemek bakımından elverişli olmadığı eleştirisi için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 138, 142.

<sup>1276</sup> Bloy, a.g.e., s. 338.

<sup>1277</sup> Bloy, a.g.e., s. 339. Azmettirimin özel tehlikeliliğine yönelik farklı bir bakış açısı *Christmann* tarafından getirilmiştir. Haksızlığın çifte yapısını (hareket değersizliği-netice değersizliği) dikkate alarak fiile ilişkin neticenin isnadiyet yapısının azmettirme bakımından ne şekilde oluştuğunu incelemiştir. Şerik, şerikliğin haksızlığını temellendiren esas fiil ile sadece dolaylı bir bağlantıya sahiptir. Bununla birlikte şerikin faile nazaran bu uzak etkisi şerikliğin diğer bir netice isnadı ile dengelenmektedir. Şerike ayrıca faili fiile sevk etmesi veya fiili gerçekleştirmesi esnasında yardım

## C. ÜSTÜN MENFAAT TEORİSİ

Doktrinde, azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılmasına ve yardım eden karşısında daha fazla cezayı gerektirmesine dayanarak, azmettirmenin kabul edilebilmesinin azmettirenin fiilin işlenmesinde üstün gelen menfaatinin (*übergeordnetes Tatinteresse*) bulunması gerektiği sonucuna varan görüş de bulunmaktadır<sup>1278</sup>. Bu görüşe göre, suça sevk edene karşı ceza hukuku müdahalesinin gerekliliği suça ilişkin menfaatinin derecesi ile orantılı olarak değerlendirilmelidir<sup>1279</sup>. Üstün gelen menfaat ile hareket eden suça sevk eden kişi ceza hukuku kapsamında korunan hukuki değerlerin bütünlüğü bakımından nispeten büyük bir tehlike teşkil eder<sup>1280</sup>. Fiile yönelik üstün gelen menfaati ile hareket eden ve bu şekilde faili suça sevk eden kişiye ceza hukuku müdahalesinin zorunluluğu fiile yönelik daha az menfaati bulunana göre daha gereklidir<sup>1281</sup>. Ayrıca suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirene nazaran bir kimseyi suç işlemeye sevk etmede hukuki değerlerin korunmasına yönelik ihtiyaç daha az değildir. Diğer bir ifadeyle, fiili bizzat gerçekleştirememesi durumu, suça sevk edene yönelik ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğini zorunlu olarak azaltmaz<sup>1282</sup>.

Bu yaklaşım çerçevesinde özellikle azmettirme ile dolaylı failliğin arasında ayırım yapıp yapılamayacağı hususu da önem taşımaktadır. Zira azmettirmeye ilişkin yaklaşımın dayandığı temel çerçeve, dolaylı failliği de kapsar niteliktedir. Bu noktada dolaylı faillikte üstün gelen menfaat bakımından arka planda yer alanın tehdit, cebir veya

---

etmesine yönelik ikinci bir neticenin isnat edilmesi gereklidir (Christmann, a.g.e., s. 89). Yazara göre, suç kararında gerçekleşecek tehlikenin gerekliliği azmettiren tarafından failin kastında da yaratılan tehlike ile tamamlanır. Esas fiile ilişkin neticenin azmettirene isnat edilebilirliği bu ilk isnat şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Ayrıca esas fiile ilişkin neticenin bizzat failde de isnat edilebilir olması gerekir. Azmettirmeye ilişkin yasal düzenleme gereği bir başkası tarafından kasten işlenen hukuka aykırı fiil bulunması gerekir. Bunlardan birinde eksiklik söz konusu ise ancak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden bahsedilebilir. Her iki şartın gerçekleşmesi durumunda ise artık azmettiren tarafından baştan itibaren yaratılan her bir tehlike neticede gerçekleşmiş olur. Bunun sonucunda azmettirene ikinci netice olarak esas fiil, bu fiilin birlikte sebep olanı olarak isnat edilir. Böylece azmettirene fail haksızlığına eşdeğer bir haksızlık isnadı söz konusu olur (Christmann, a.g.e., s. 91). Benzer görüş için bkz. Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 267.

<sup>1278</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 66.

<sup>1279</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 66. Anayasal temelde orantılılık ilkesinden hareketle ileri sürülen bir diğer görüş ise azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması bakımından faille eşdeğer haksızlığa sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Christmann, a.g.e., s. 15 vd.

<sup>1280</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 67.

<sup>1281</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 68.

<sup>1282</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 81. Yazar bu bağlamda failde olduğu gibi azmettirenin de kriminal enerjinin somut olay bağlamında değişebileceğini buna yönelik olarak her durumda azmettirenin daha az kriminal enerjiye sahip olduğundan söz edilemeyeceğini ve bunun ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek bir husus olduğunu belirtmiştir. Nepomuck, a.g.e., s. 82.

hata araçlarını kullanarak ön planda yer alanı suçun işlenmesinde kullanması sebebiyle azmettiren nazaran ceza ihtiyacının artması söz konusudur<sup>1283</sup>. Azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki fark sadece yapısal türdedir. Dolaylı faillığe ilişkin klasik durumlar, ön planda yer alanda bulunan ceza hukuku kapsamındaki eksiklidir<sup>1284</sup>. Aynı ceza gerekliliğine dayanan bu iki iştirak türü bakımından ön planda yer alanın araç kişi olarak değerlendirilmesi bakımından da bir engel bulunmamaktadır<sup>1285</sup>.

Arka planda yer alanda üstün gelen menfaatin bulunmadığı durumlar ise faille eşdeğer cezalandırmayı gerektirmez ve bunlar manevi yardım etme kapsamında yer alır<sup>1286</sup>. Sonuç olarak bu yaklaşıma göre, doktrinde faili suça sevk etme kapsamında kabul edilen durumlar ayrıma tabi tutularak ele alınmalıdır. Ceza hukuku müdahalesinin arka planda yer alanda üstün gelen menfaat nedeniyle faille eşdeğer nitelikte olması, azmettirimin aslında bir dolaylı faillik türü olduğunun kabulü anlamına gelir. Bu nitelikte olmayan suça sevk etme ise ancak yardım etme kapsamında değerlendirilebilir.

#### D. TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

Eski TCK döneminde suça iştirak bakımından ikili bir ayırım yapılmakta ve faillik kapsamında asli faillik ve fer'i faillik kabul edilmekteydi<sup>1287</sup>. Eski Kanun döneminde kanun sistematığı gereği suç tiplerinde öngörülen ceza kapsamında asli faillik kabul edilmiş iken, ceza indiriminin öngörüldüğü iştirak statüsü fer'i faillik olarak dikkate

---

<sup>1283</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 83.

<sup>1284</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 83. Yazar dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki farklılığın neticeye sebep olmaya yönelik olasılık derecesinin belirleyici olmadığını, çünkü kasten gerçekleştirilen hareketler alanında ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğinin neticeye yönelik yüzde üzerinden bir oranlamaya bağlı olmadığını belirtmiştir. Bunun üzerine hem dolaylı faillikte hem de azmettirmede suça ilişkin değiştirilmez nitelikteki teşvikte üstün gelen menfaatlerinin bulunduğu sonucuna varan yazar, benimsediği yaklaşım çerçevesinde her iki katılım türünün eşdeğerliğini gerekçelendirmiştir. Nepomuck, a.g.e., s. 83.

<sup>1285</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 111.

<sup>1286</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 84.

<sup>1287</sup> Bu ayırımın 5237 sayılı TCK'ya alınmayışının nedeni Kanun gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: *"Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhli yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Hâlbuki örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişini üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir."*

alınmıştır<sup>1288</sup>. Bu bağlamda azmettiren asli manevi fail<sup>1289</sup> olarak kabul edilmekte idi. Bu durumda eski TCK bakımından azmettiren yardım eden gibi ceza indiriminin kabul edildiği iştirak türü olarak değil, faillik şekli olarak değerlendirilmekteydi<sup>1290</sup>. Nitekim *Dönmezer/Erman* azmettirmenin kanundaki tanıma uygun olarak asli fail kapsamında değerlendirilmesi gereken bir iştirak türü olduğunu kabul etmişlerdir<sup>1291</sup>. Azmettirenin daha önce suç işleme düşüncesi bulunmayan kişide bu düşüncüyü oluşturarak ahlaki yönden kötüleşmesine sebep olmasından dolayı asli fail gibi cezalandırılmasını meşru zemine yerleştirmişlerdir. Azmettiren suçun işlenmesindeki sebepler serisinde etkili bir şekilde yer almaktadır<sup>1292</sup>. Benzer şekilde *Erem*, azmettirenle failin aynı ceza kapsamında yer almasının kanuni bir varsayım olmadığını, aksine azmettirenin hareketi ile neticenin meydana gelmesi arasında nedensellik bağının bulunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle azmettiren aslında failden başka bir şey sayılamaz<sup>1293</sup>. Bu konuda *Önder* ise azmettirmenin kanunda asli manevi iştirak kapsamında değerlendirilmesine rağmen fer'i manevi iştirak türü olduğunu kabul etmektedir<sup>1294</sup>.

5237 sayılı TCK bağlamında fail-şerik ayrımında fiil hâkimiyeti esasının benimsenmesi ve azmettirmenin şeriklik şekli olarak kabulü, faille eşdeğerde cezalandırılmasına yönelik<sup>1295</sup> gerekçeyi gündeme getirmiştir. TCK md. 38 gerekçesine

---

<sup>1288</sup> Özgenç, a.g.e., s. 123.

<sup>1289</sup> Taner, manevi hemfiillik terimini de kullanmıştır. Taner, a.g.e., s. 536.

<sup>1290</sup> Aydın, a.g.e., s. 131.

<sup>1291</sup> Bu sonuca azmettirenin fiilin işlenişi üzerinde maddi olmasa da manevi bir egemenlik kurduğu kabulünden hareketle ulaşan *Hakeri*, azmettirme ile dolaylı failliği kıyaslamıştır. Yazara göre, azmettirmenin bir başka fiile bağlılığı nedeniyle asli faillik olarak kabul edilemeyeceği düşünülebilirse de, dolaylı faillikte de asli failin hareketine bağlılık söz konusu olmasına rağmen, dolaylı faillik faillik içinde değerlendirilmektedir. *Hakeri*, a.g.m., s. 97.

<sup>1292</sup> *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 523. Azmettirmenin suçun oluşumundaki itici kuvveti ve suç yoluna girmede faili tetiklemesi nedeniyle faille eşdeğerde cezayı gerektirdiği görüşü için bkz. *Özkan*, a.g.e., s. 11.

<sup>1293</sup> *Erem*, a.g.m., s. 83.

<sup>1294</sup> *Önder*, a.g.e., s. 463.

<sup>1295</sup> Bu bağlamda doktrinde bir görüş, azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması hususunda fiil hâkimiyeti teorisi ile çelişir nitelikte argümanlar ileri sürmüştür. Öncelikle suç kararı oluşturulmasının fiilin icrası kadar büyük bir önem arz ettiğini belirten yazar, faille azmettirenin karşılaştırarak failin sadece işlediği fiil söz konusuysen, azmettirenin azmettirme hareketiyle hem fiile hem de failin suç yoluna girmesine neden olduğu sonucuna varmıştır. Öldürme suçuna azmettiren kişinin hem faili suçlu bir kişilik haline getirmiş olduğu hem de mağdurun ortaya çıkmasına sebep olduğu şeklindeki kabul aslında azmettirenin faille karşı da haksızlık gerçekleştirdiği görüşünü akla getirmektedir. Yazar bu şekilde azmettirenin faille eşdeğer hale geldiğini belirterek, fiilin icrasını gerçekleştirilmemesinden kaynaklanan eksikliğin bu sayede telafi edildiğini ileri sürmüştür (*Demirel*, a.g.e., s. 249). Öncelikle faillik ile şeriklik ayrımı bakımından esas alınan fiil hâkimiyeti teorisi suçun merkezi konumunda yer alan ve dolayısıyla suç seyri üzerinde hâkimiyeti elinde bulunduran kişinin fail olmasını mümkün kılar. Bu noktada azmettirenin suçun icrası bakımından gerçekleştirdiği katkı ile hâkimiyetinden

bakıldığında azmettirenin faille aynı cezayı alması kanun koyucu tarafından “izlenen suç politikası gereği” uygun görülmüştür. Fail ve şerik ayırımına ilişkin benimsenen fiil hâkimiyeti teorisi çerçevesinde fiilin gerçekleştirilmesi üzerinde maddi veya manevi katkısı fiil hâkimiyetini sağlayacak yoğunluğa erişmemiş şerikin faille eşdeğer cezalandırılmasının kabulü teori ile çelişki arz edecektir. Teoriye yönelik şekli objektif teori gibi failliğin tespiti bakımından net bir kriter kabul etmediğinin ileri sürülebileceği açık olmakla birlikte, faillik ile şeriklik ayırımının ortadan kalkmasına zemin hazırlayabilecek düzenlemelere yer verilmesinin<sup>1296</sup> arz ettiği tehlikeye dikkat edilmesi gerekir.

Bu bağlamda 5237 sayılı TCK'nın md. 38 düzenlemesinde yer verilen bir hükümle azmettirenin failden daha fazla ceza ile cezalandırılması<sup>1297</sup> olanağı tanınmıştır<sup>1298</sup>. Maddenin 2. fıkrası, “Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına

---

bahsedilemez. Azmettirenin katkısı failde suç kararı oluşturmakla sınırlıdır. Azmettirenin bu aşamada bir baskınlığı bulunduğu kabul edilse bile, bunun suçun tümüne sirayet ettiği kabul edilemez. Aksi halde dolaylı faillik ile aralarındaki ayırımın belirlenmesi sorun teşkil eder.

<sup>1296</sup> Nitekim doktrinde bir görüş, yardım etme niteliği arz eden bazı katkılarını haksızlık içeriğinin faille eşdeğer nitelikte olabileceğini belirtirken, bunu söz konusu katkının fiilin işlenmesi bakımından elzem nitelikte olduğu argümanına dayandırmıştır. Buradan hareketle yazar kanunda yardım etme bakımından öngörülen zorunlu ceza indiriminin ortadan kaldırılması ve hâkime takdir yetkisi sunan ve yardım etmenin bazı halleri bakımından uygulanabilir olması amacıyla yardım edenin cezasının failin cezasına göre indirilebilir olabileceği önerisinde bulunmuştur (Demirel, a.g.e., s. 251 vd.). Burada sorun arz eden husus, suçun işlenmesi bakımından elzem kabul edilen ve objektif olarak bakıldığında yardım etme teşkil eden hareketin tabi olacağı ceza kapsamı değildir. Nitekim, İspanyol doktrininde de tartışmalı olmakla birlikte, İspanyol Ceza Kanunu md. 14/3 düzenlemesinden hareketle yardım etme teşkil eden bu tür durumlar ayrıca ele alınmakta ve esas yardım etme kapsamında failin ceza kapsamına tabi olduğu kabul edilmektedir (Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 929). Önemli olan haksızlık içeriği bakımından bu yoğunluğa ulaşmamış olan yardım etme niteliğindeki katkı için faille eşdeğer cezalandırma tehlikesini ortaya çıkaran ve hâkime takdir yetkisi veren bir ceza kapsamının kabul edilmesidir. Hâlihazırda azmettirenin de faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olduğu göz önünde bulundurulduğunda bütün yardım etme türleri bakımından bu olasılığın meşru zemine kavuşturulması ikilik sistemine temelden zarar verecek nitelik arz eder. Her ne kadar iştirak statülerine ilişkin yasal düzlemde ayırımın korunduğu ileri sürülse de bu ayırımın içinin boşalmasına ve kavramsal bir ayırımdan öte anlam taşımamasına sebep olur. Böylelikle artık fonksiyonel tek faillik sisteminin etkisinden söz edilebilir.

<sup>1297</sup> YCGK., E. 2014/593 K. 2016/269 T. 24.5.2016.

<sup>1298</sup> Özkan, bazı durumlarda azmettirenin failden daha fazla ceza almasını azmettirenin toplum için bireysel olarak suç işleyenlerden daha büyük tehlike arz etmesine dayandırmıştır. Yazarın hırsızlık çetesi örneğinde soygunu tüm ayrıntıları ile planlayan kişi olarak azmettirenin hırsızlık suçunu gerçekleştiren failden daha fazla ceza almasını bu kapsamda açıklamıştır (Özkan, a.g.e., s. 179). Suçu tüm ayrıntıları ile planlama kriteri arka planda yer alanın failliğini gerekçelendirebilmek için yeterli bir argüman teşkil etmez. Suçun icra aşamasında yer almayan kişinin failliği ancak fonksiyonel hâkimiyetinin bulunması halinde veya irade hâkimiyetinin söz konusu olması halinde mümkün olabilir. Azmettirenin faile göre daha fazla tehlikeli olması cezanın faile göre belirlenmesi sisteminin iştirak sistemi olarak benimsenmesi halinde gündeme gelebilir. Bununla birlikte ikilik sisteminde fail-şerik ayırımını fiil hâkimiyetini esas alarak belirleyen yaklaşım bu kabulde çelişir.

kadar arttırılır. Çocukların<sup>1299</sup> suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın arttırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz” şeklinde düzenlenmiştir<sup>1300</sup>. Bu düzenleme ile kan hısımlığı yoluyla elde edilen nüfuz hakkının

---

<sup>1299</sup> İlgili düzenlemenin uygulanması bakımından failin yaşının hangi duruma göre belirlenmesine yönelik görüş için bkz. Özen, a.g.e., s. 877. Konuya ilişkin farklı değerlendirme için bkz. Soyaslan, a.g.e., s. 510.

<sup>1300</sup> İlgili düzenleme Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’nde incelenmekle birlikte şu gerekçe ile Anayasaya aykırı bulunmamıştır: “...Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları ile ceza hukukunun temel ilkeleri başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırmada güdülen amacı, suçların niteliği, işlenme biçimi, işlenme oranındaki artış, azalma ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi, suçluların özelliklerini de gözeterek toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Anayasa’nın 10. ve 41. maddelerinde, çocuklara yönelik koruyucu hükümlere yer verilmiş, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı, her çocuğun korunma hakkına sahip olduğu, Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı öngörülmüştür. Yaşamının ilk anından itibaren korunmaya ve yardıma muhtaç olan çocuk, erişkinden farklıdır. Erişkinlerden farklı fiziksel, fizyolojik, davranış ve psikolojik özelliklerinin olması, henüz kişiliklerinin, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş bulunması, bireysel kavrama, karar verme, ahlaki ve toplumsal sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesi, çocuk ve çocuk haklarının, ulusal ve uluslararası alanda özel olarak korunmasını gerektirmiştir. Çocuğun korunmasını toplum artı bir değer olarak kabul etmektedir. Modern hukuk sistemleri çocuğun korunmasını, 'kamu yararına koruma' şeklinde geliştirmiştir. Bu nedenle, çocuk kamu yararına korunacaktır ve bu ise çıkarılacak yasalarla sağlanacaktır. İtiraz konusu kuralda, çocukların suça azmettirilmesi halinde, üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmasa da, azmettirenin cezasının artırılması öngörülmüştür. Suçun, kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması göz önünde bulundurularak daha ağır bir yaptırım öngörülmesi anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri kapsamındadır. Kuralla korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği ile öngörülen cezanın tür ve miktarı gözetildiğinde kuralda yer alan cezanın adaletsiz ve ölçsüz olduğundan söz edilemez. Cezanın artırımlı uygulanması, gerekçede belirtildiği gibi, işlenen haksızlığın ağırlığıyla ilgilidir. Bir suçun işlenmesine çocuğun daha kolay azmettirilebileceği gözetildiğinde, söz konusu düzenlemenin bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması, toplumsal barışın ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Herhangi bir çocuğu suça azmettiren kişinin, kamu düzenine karşı gelme ve toplum huzurunu bozma iradesinin, çocuğun maddi ve hukuksal durumu gözetildiğinde, suç ve ceza politikaları yönünden, erişkini azmettirenin farklı olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Çocuklar, temyiz kabiliyeti, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli, ruhi ve fiziki olgunluğa sahip olma, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumdadırlar.

Öte yandan, başvuru kararında belirtildiği gibi, artırımın süreli cezalarda uygulanıp, süresiz cezalarda uygulanamaması şeklinde bir eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Yasa koyucunun, suç ve ceza siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak düzenlediği kuralın Anayasa’nın 2. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir.(...)” Anayasa Mahkemesi, E: 2009/87, K: 2011/30, 03.02.2011, (çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-30-nrm.pdf>. Erişim tarihi: 26.10.2019.

kötüye kullanılmasının cezalandırıldığı görülmektedir<sup>1301</sup>. Akrabalık ilişkisinin güç/yetki kullanımının en kolay olduğu alanlardan biri olması sebebiyle bunun kötüye kullanılması cezalandırılmak istenmiştir<sup>1302</sup>.

Şerikliğin cezalandırılma nedenini temellendiren yaklaşımlar çerçevesinde değerlendirildiğinde ancak, günümüzde geçerliliği bulunmayan kusura iştirak teorisi ile izah edilebilir olan bu düzenlemenin fiil hâkimiyeti teorisi ve bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı yaklaşımı ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Azmettiren fail değildir, bu nedenle failden daha ağır bir cezayla cezalandırılmasının da mümkün olmaması gerekir<sup>1303</sup>. Kaldı ki TCK md. 61’de suçun işlenmesindeki özelliklerin de göz önünde bulundurulacağına ilişkin açık hüküm vardır<sup>1304</sup>.

Sonuç olarak azmettirmenin haksızlığını faillik niteliğindeki haksızlığa benzer şekilde dikkate alma, faillik ile şeriklik arasında bulunması gereken niteliksel ve niceliksel ayrıma zarar verme sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Zira azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılmasını meşru göstermeye yönelik çabalar aslında azmettirme haksızlığını fail haksızlığına eşdeğer kılmaya yönelik çabalardır. Özellikle azmettirmenin özel tehlikeliliğinin faillğe eşdeğer cezalandırmanın sebebi olarak görülmesi, şeriklik şekli olarak azmettirmenin faillikten niteliksel farklılığının göz ardı edilmesine zemin hazırlamaktadır. Bu nedenle faillik ile şerikliğin birbiriyle ilişkisinde çift yönlülük dikkate alınmalıdır. Eğer bu şekilde farklı türdeki haksızlık yapıları aynı ceza kapsamına tabi kılınyorsa, bunun ancak söz konusu hareketin maddi içeriğini, diğer bir ifadeyle değer yönünü ilgilendirmeyen ceza politikası ile mümkün olacağı kabul edilmelidir<sup>1305</sup>. Aksi halde azmettirmenin dolaylı faillik benzeri bir iştirak türü olarak kabul edilmesi ihtimali, maddi içeriği bu boyuta varmayan azmettirme hallerinin kapsam dışı kalmasına

---

<sup>1301</sup> Akbulut, azmettirme ve dolaylı faillikte cezanın artırım nedeni olarak kabul edilen bu hususun yardım etme ve müşterek faillik bakımından niçin dikkate alınmadığına yönelik eleştiri getirmiştir. Ayrıca yazar, dolaylı faillik ile azmettirme bakımından da uygulamada adaletsiz sonuçların ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Nitekim dolaylı failin kusur yeteneği bulunan çocuğu suç işlemede araç olarak kullanması durumunda cezası arttırılmayacak fakat kusur yeteneği bulunan çocuğun suça azmettirilmesinde azmettirenin cezası artacaktır. Akbulut, a.g.e., s. 646.

<sup>1302</sup> Özen, a.g.m., s. 247. Yazar bunun yanı sıra başka güç/yetki kullanımının kolay olduğu yerlerin bulunduğu belirterek, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların belli bir hiyerarşik ilişkiye göre hareket ettiği örneğini vermiştir. Bu gibi yerlerde, amir konumunda olan kişiler de, yetkilerini kötüye kullanabilirler. Yazara göre, bu durumları da kapsamına alacak bir ifadenin kanunda yer alması mümkün olabilirdi (Özen, a.g.m., s. 247). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Hoyer, a.g.m., s. 386.

<sup>1303</sup> Erdem, a.g.m., s. 212; Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 431.

<sup>1304</sup> Erdem, a.g.m., s. 212.

<sup>1305</sup> Bloy, a.g.e., s. 206.



yol açar. Yukarıda ifade edildiği üzere, azmettirme kapsamında ele alınabilecek durumlar kendi içinde de farklılaşmaktadır. Bunların tümünün faillığe eşdeğer cezaya tabi kılınması kabul edilemez. Buna ilişkin olarak bir yandan belli kriterleri sağlamayan azmettirme kapsamındaki durumların yardım etme kapsamında görülmesi azmettirme ile yardım etme arasındaki ayrıma, diğer yandan azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayrıma zarar verici nitelik taşımaktadır. Son olarak azmettirenin fail ile eşdeğer cezasını meşru kılmak adına azmettirmede faillikte olduğu gibi kriminal süreci başlatıcı gücün kendini gösterdiği iddiasının fiil hâkimiyeti kapsamında bir geçerliliğinin bulunduğu izahı zordur.

### III. AZMETTİRMENİN TEORİK YAPISI

Çalışma kapsamında şerikliğin cezalandırma nedeni olarak benimsenen bağıllığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı teorisi çerçevesinde soyut olarak şerik haksızlığının belirlenmesi yetersiz olup ayrıca şeriklik niteliğindeki katkının bağımsız yönünün temellendirilmesi için aranan somut gerekliliklerin de izahının yapılması şarttır. Çalışmanın kapsamı gereğince sadece azmettirme bakımından konu ele alınacak olup, azmettiriminin objektif ve sübjektif unsurları detaylı şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

#### A. AZMETTİRMENİN OBJEKTİF UNSURU OLARAK FAİLDE SUÇ İŞLEME KARARINA SEBEP OLMA

##### 1. Kavram

Azmettiriminin objektif tipikliği kapsamında azmettiriminin belirleyici olan hareket haksızlığı azmettirilenin fiile sevk edilmesidir<sup>1306</sup>. Sevk etmenin anlamı, objektif olarak failde belirli hukuka aykırı bir fiil açısından suç kararı oluşturmaktır<sup>1307</sup>. Diğer bir

<sup>1306</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 130; Hoberg, a.g.e., s. 62; Mitsch, a.g.e., s. 140; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 266. *Puppe*, azmettiriminin objektifliği kapsamında ele alınması gereken unsurların bir kişinin suç işlemeye sevk edilmesi ve azmettirme hareketiyle neticesi (fail tarafından oluşturulan ve fiilde sürdürülen suç kararı) arasındaki ilişki olduğunu belirterek, azmettirme hareketinin nedenselliğine ayrıca vurgu yapar (Ingeborg Puppe, “Der Objektive Tatbestand der Anstiftung”, GA, 1984, ss. 101-123, s. 103). Yazar bu ilişkinin belirlenmesine yeterince dikkat edilmediğine dikkat çeker. Nedenselliğin harici bir neticenin objektif sorumluluğunun temel şartı veya başka türde bir ilişkiyi gerektirmesi gibi bir anlama gelip gelmediği açıklanmadan genel olarak “suç kararına sebep olma” olarak kabul edilemeyeceğini belirtir (Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 103).

<sup>1307</sup> Doktrinde bir görüş suça sevk etmenin izahına farklı bir bakış açısı getirmiştir. Suça sevk etme hareket nedenlerinin sağlanmasıdır. Hareketler hareket nedenleriyle açıklanır. Bu noktada davranışın anlamının belirlenmesi (*Sinndeutung des Verhaltens*) söz konusudur. Azmettiren faile bir hareket nedeni sağlar ve fail azmettiren tarafından kendisine sağlanan neden kapsamında fiili işlediğinde,

ifadeyle, azmettirmenin objektif tipikliğini bir başkasını kasıtlı işlenen hukuka aykırı bir fiile sevk etme oluşturur<sup>1308</sup>. Azmettirme kapsamında suç işleme kararı, suça ilişkin azmettirmenin ilk aşaması, azmettirenin elde ettiği ilk neticedir<sup>1309</sup>. Daha sonra (tamamlanan veya teşebbüs aşamasında kalan) fiilin icrası ile dolaylı olarak ikinci aşama gerçekleşir ve burada azmettirenin sorumluluğu bakımından ikinci neticeden söz edilebilir<sup>1310</sup>. Suç işleme kararı, failin tipik ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmeye yönelik aldığı karardır. Suç kararı suçun işlenmesine ön gelen aşamaya ait olup, failin suçu gerçekleştirmeye yönelik varmış olduğu düşünsel aşamadır. Bu nedenle sübjektif yönü ağır basan bir unsur olarak ortaya çıkar. Suç kararının da bilmeye ilişkin/bilişsel yönü (*intellektuelle Seite*) ve istemeye ilişkin yönü bulunmaktadır<sup>1311</sup>. Failin amaca yönelik planını gerçekleştirme doğrultusunda çalışmaya başlaması, alınan suç kararının somutlaşması niteliğindedir<sup>1312</sup>.

Failde suç işleme kararı oluşturma şeklindeki tanım, esasında azmettirenin failde sadece bir karar=kast yarattığında<sup>1313</sup> azmettirmenin mevcut olabileceği sonucunu ortaya

---

azmettirme hareketi ile suç kararı arasındaki zorunlu bağın bulunduğu kabul edilmelidir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 565.

<sup>1308</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 301.

<sup>1309</sup> Puppe, azmettirmenin neticesi olarak suç işleme kararına neden olmayı reddeder. Yazara göre suç işleme kararı, failin cezalandırılabilirliği bakımından önemsizdir. Çünkü suç işleme kararı sadece failin iç iznidir. Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 118.

<sup>1310</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 152. Doktrinde azmettirmenin çift neticesinin bulunduğu kabulünün klasik suç öğretisi döneminde ileri sürülen görüşlerin ürünü olduğu ileri sürülmüştür. Failde suç kararı oluşturma fail açısından henüz dış dünyaya yansımış bir durum bulunmaması sebebiyle azmettirme neticesi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca sırf hareket suçları bakımından netice bulunmaması nedeniyle sorun arz edeceği ileri sürülmüştür. Bu nedenle azmettirmenin farklı bir sınıflandırma yapılarak üç boyuttan oluştuğu kabul edilmiştir. (Demirel, a.g.e., s. 343). Öncelikle azmettirme suça iştirak türleri içerisinde ele alındığında, suça yönelik katkısının manevi niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Buradan hareketle, failde suç işleme kararının oluşturulmasının dış dünyaya yansıyan bir karşılığının bulunmadığı sonucu ancak fail açısından kabul edilebilir. Ancak burada azmettiren açısından konu irdelenmektedir. Failde suç kararı oluşturma, azmettirmenin karakteristik özelliğidir. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bazı durumlarının cezaya layık haksızlık teşkil ettiği kabul edilmekle birlikte, failde suç kararı oluşturma soyut anlamda kavramsal bir ifadeden öte geçemeyeceği yaklaşımı ikna edicilikten uzaktır. Ayrıca azmettirmenin hem failde suç kararı oluşturma ile doğrudan, hem de suçun gerçekleştirilmesi ile dolaylı şekilde gerçekleşen neticelerin klasik suç öğretisi döneminde ileri sürülen görüşler olduğu eleştirisi de yerinde değildir. Burada azmettirme suça sebep olan şekilde açıklanmamakta ve doğrudan esas fiile ilişkin netice ile ilişkilendirilmemektedir. Azmettirmenin failde suç kararı oluşturma aşamasındaki katkısına dikkat çekilmekte ve esas fiile ilişkin dolaylı etkisi ortaya konulmaktadır.

<sup>1311</sup> Welz, a.g.e., s. 148.

<sup>1312</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 150.

<sup>1313</sup> Bockelmann, a.g.e., s. 122. Bununla birlikte *Uthmann* suç kararı ile kast kavramının birbirine karıştırılmaması gerektiğini; suç kararında failin sadece herhangi bir şeyi istemesi söz konusuysen, kastta amaçlılığın suç tipine yönelik olduğunu belirtmiştir. Uthmann, a.g.e., s. 28.

çıkartır<sup>1314</sup>. Bu bağlamda suç kararı ile failin tipiklik kastı arasındaki ilişki de ele alınmalıdır. Kast tipikliğin gerçekleştirilmesi esnasındaki bilme ve isteme şeklinde ortaya çıkarken, suç kararı onu önceleyen bir süreci içerir<sup>1315</sup>. Failde azmettiren tarafından oluşturulan suç kararı ile kastın teknik olarak aynı şekilde alınmasının gerekliliği<sup>1316</sup> şeriklik şekillerinin birbirinden ayrılmasının zorunluluğundan ortaya çıkan bir sonuç değildir. Zira azmettirme ile yardım etme arasındaki ayrım failde belirli bir amaca yönelik kararın varlığına bağlıdır, kararın hukuki nitelendirmesinin fiile yönelik kast olmasına bağlı değildir<sup>1317</sup>. Azmettirme hareketi bağlamında amaç, hareketin failde suç kararına yol açabilecek belirli bir etki mekanizmasını tetiklemesini şart koşar. Böyle bir durumda azmettirme hareketinin objektif olarak amaca yöneliminden söz edilebilir<sup>1318</sup>.

Bununla birlikte suç kararının teşebbüs düzenlemesi bakımından da değerlendirilmesi gerekir. Zira suç kararı aynı zamanda teşebbüs alanına ait olan bir kavramdır. Bu nedenle aynı sistem içerisinde suç kararının farklı anlamlara gelecek şekilde kullanımı sistem içindeki anlam birliği bakımından uygun değildir. Zira neticenin meydana gelmemesi (teşebbüs) halinde suç kararını tipiklik kastı ile eşdeğer tutarken, azmettirme bakımından neticeye sebep olmaya yönelik suç kararının kasttan mahrum bırakılması kavramın içerik olarak birbiriyle uyuşmayan kullanımını sonuçlar. Bu nedenle azmettirme kapsamındaki suç kararı teşebbüs kurumundaki anlamı ile değerlendirilmelidir<sup>1319</sup>. Bu bağlamda azmettirmede karar, teşebbüste olduğu gibi tipikliğin subjektif unsurlarının tamamını kapsar<sup>1320</sup>. Bu nedenle bir suçun işlenmesine yönelik bir başkasını harekete geçirdiğini veya desteklediğini bilmeyen kimse taksirli

---

<sup>1314</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 132.

<sup>1315</sup> Christmann, a.g.e., s. 90-91.

<sup>1316</sup> Buna karşılık olarak *Lange* ise icra hareketlerini gerçekleştiren sebep olunan suç kararının teknik anlamda tipiklik kastı ile aynı olması gerektiği yaklaşımına karşı çıkmıştır (Rudolphi, a.g.m. (GA 1970), s. 363). Suç kararının oluşturulması bakımından sebep olanın icra hareketlerini gerçekleştiren bilinçli olarak bu davranışa sevk etmesi yeterlidir. Bu bakımdan harici hayat durumlarına yönelik bilgi ile ifade edilen doğal kasta (*natürlichen Vorsatz*) indirger ve burada tipiklik kastının ifade edilmediğine vurgu yapar. Doğrudan hareket eden tipiklik unsurlarını gerçekleştirmeye yönelik bilgiye sahip olmak zorunda değildir. *Lange* böylece azmettirme bakımından kasttan mahrum bırakılan (*vorsatzentkleideten*) karar türüne ulaşmıştır. Poppe, a.g.e., s. 397.

<sup>1317</sup> Poppe, a.g.e., s. 398.

<sup>1318</sup> Christmann, a.g.e., s. 112-113.

<sup>1319</sup> Poppe, a.g.e., s. 399.

<sup>1320</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 253.

şeriklik<sup>1321</sup> nedeniyle cezalandırılmaz<sup>1322</sup>. Azmettirilenin fiili, azmettirenin azmettirilenin iradesi üzerindeki kasıtlı etkisinin sonucudur<sup>1323</sup>. Azmettiren azmettirilende suç işlemeye yönelik düşünceyi oluşturması için azmettirilenin iradesi üzerinde bilişsel bir etki ortaya çıkarması gerekir<sup>1324</sup> ki, bu taksir kapsamında ele alınamaz<sup>1325</sup>. Bir suça taksirle azmettirme kanun gereği de hariç bırakılmıştır<sup>1326</sup>. Azmettirenin taksirle bir başkasını suça yönlendirmesi halinde ortaya çıkan durumun inceleme alanı taksirli şerikliğin olup olmadığı değil, söz konusu fiilin objektif olarak azmettirene isnat edilemeyecek olmasıdır<sup>1327</sup>. Taksirle işlenen suçlarda ise taksirli azmettiren, taksirli faildir<sup>1328</sup> ve taksirli suçun cezasıyla doğrudan muhataptır. Bu, taksirli suça iştirak eden kişilerin kendi taksirinden sorumlu olmasının gereğidir<sup>1329</sup>.

## 2. Suç İşleme Kararına Sebep Olmanın Belli veya Belirlenebilir Kişiye Yönelik Olması

<sup>1321</sup> Hâkim görüş taksirli şerikliğin cezasızlığına taksirli suçlardaki geniş fail kavramı yardımıyla ulaşmaktadır. Ceza sorumluluğunu geniş şekilde belirleme dar fail kavramıyla bağdaşmaz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 537.

<sup>1322</sup> Türk hukukunda *Erem* taksirli şerikliğin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte yazar kanunda azmettirilenin taksirli hali tipik olarak düzenlenmediğinden, failin cezalandırılmasının da söz konusu olamayacağına dikkat çekmiştir (Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 444). Taksirli azmettirilenin taksirli suçlar bakımından mümkün olduğunu savunanlar için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 524. Buna karşılık *Önder* taksirli şerikliğin kabulünün toplum hayatını katlanılmaz hale getireceğini ve ceza hukukunun kişilerin hayatına sınırsız şekilde girmesi tehlikesini barındırdığını belirterek taksirli şerikliği kabul etmemiştir. Böyle bir durumda her ne kadar nedensel bir katkı bulursa dahi iştirak bakımından kabulü sonuçlamaz. Önder, a.g.e., s. 444.

<sup>1323</sup> Hoberg, a.g.e., s. 18; Riemer, a.g.e., s. 42.

<sup>1324</sup> Hoberg, a.g.e., s. 19.

<sup>1325</sup> *Riemer*, kasten işlenen fiile taksirle azmettirmeye ilişkin şu örneği vermiştir: (A), bir toplantıda milyoner (X)'in evinde sayısız tablo ve halı bulunduğundan ve iki hafta boyunca (X)'in evde olmayacağından bahseder. Bunu öğrenen misafirlerden biri (B), bir sonraki gün konutta hırsızlık suçunu gerçekleştirir. Riemer, a.g.e., s. 43.

<sup>1326</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 285; Maurach, a.g.e., s. 674; Kühl, a.g.e., s. 754.

<sup>1327</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 9.

<sup>1328</sup> Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 602; Maurach, a.g.e., s. 674; Akbulut, a.g.e., s. 643; Önok, a.g.e., s. 84.

<sup>1329</sup> Uthmann, a.g.e., s. 29; Özen, a.g.e., s. 872. *Dönmezer/Erman*, kanunda taksirli hareketlerin gerçekleştirilmesinin ceza yaptırımına tabi olması durumunda taksirli azmettirme olarak kabul edilen hareketlerin de bu kapsamda ele alınabileceğini fakat bunun iştirak probleminin dışında kaldığını belirtirler. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 525.

Soyut kavramlar içinde kişinin azmettirilmesi söz konusu olamayacağından, belli bir fiilin<sup>1330</sup> gerçekleştirilmesinin dikkate alınması gerekir<sup>1331</sup>. Bunun yanı sıra önem arz eden diğer bir husus, azmettirme belli veya belirlenebilir fail bakımından söz konusu olur<sup>1332</sup>. Azmettirme bakımından azmettirilenin belirli veya belirli bir çevre içinde belirlenebilir nitelikte olması gerektiği bugün için doktrindeki hâkim görüşü oluşturmaktadır<sup>1333</sup>. Bununla birlikte eskiden bir suçun işlenmesine yönelik tahrik etmenin, diğer bir ifadeyle muhatabının belli olmadığı kişi alanı bakımından da azmettirilenin özgü bir durumu olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar<sup>1334</sup> bulunmaktadır<sup>1335</sup>.

Bu bağlamda bireysel olarak belirlenebilir insan çevresinden<sup>1336</sup> ne anlaşılması gerektiğine yönelik olarak fiile sevk edenin faili büyük bir güçlük arz etmeksizin tespit edebilmesi ve fiili işlemekten alıkoyma olasılığının bulunabilmesi durumunda azmettirme kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>1337</sup>. Ayrıca fail, yapmış olduğu suçun işlenmesine yönelik çağırını kendisi için bireyselleştirilebilir nitelikte olan birden fazla kişiye yöneltmişse, somutlaştırılabilir bir insan topluluğu olduğu sürece, azmettirme için uygun olduğu sonucuna varmak gerekir<sup>1338</sup>. Bu nedenle

<sup>1330</sup> Bu bağlamda *Joecks*, belli bir dini inanca sahip olan kişinin öldürülmesine veya bir cadde üzerindeki mağazalardan birine zarar verilmesine sevk etme durumunda esas fiile ilişkin yeterince somutlaştırılmış tasavvurdan söz edilebileceğini kabul etmiştir. Suçun işleneceği zaman ve yerin belirlenmemiş olması haksızlık isnadına engel olmaz. Yazar bu bağlamda en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerlere ilişkin suçlar bakımından hukuki değer taşıyıcısının kimliğine yönelik tasavvuru da azmettirilenin somutlaştırılması için gerekli görmemektedir. *Joecks*, a.g.e., s. 1242.

<sup>1331</sup> Önder, a.g.e., s. 462; Taner, a.g.e., s. 537.

<sup>1332</sup> Kühn, a.g.e., s. 851; *Joecks*, a.g.e., s. 1241; Plate, a.g.m., s. 303; Lothar Kuhlen/Frank Roth, “Der praktische Fall- Strafrecht: Ein Experiment in der U-Bahn”, *JuS*, 1995, ss. 711-717, s. 712; İçel, a.g.e., s. 497; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 563; Özen, a.g.e., s. 871; Akbulut, a.g.e., s. 643; Özkan, a.g.e., s. 85. Tek faillik sistemi bakımından da azmettirilenin belirli veya belirlenebilir muhatap alanına yönelmesi gerektiği hakkında bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 249.

<sup>1333</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 359; Murmann, a.g.e., s. 246; Rogall, a.g.m., s. 11.

<sup>1334</sup> *Halschner, Binding, Olshausen*'den aktaran Bloy, a.g.e., s. 324.

<sup>1335</sup> Günümüz için bu yaklaşımın *Dreher* tarafından sürdürüldüğü kabul edilmektedir (Fahl, a.g.m., s. 437 vd.). *Bloy, Dreher*'in argümanının, azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişkinin fail tarafında karar oluşumu için azmettirme hareketinin nedenselliği yönüne indirgenmesi ile aynı sonuca ulaşacağını ileri sürmüştür (Bloy, a.g.e., s. 324). *Bloy*'a göre, bu görüş şerik haksızlığının temellendirilmesinde bağlılığın hangi role sahip olacağından bağımsız olarak sürdürülemez. Bu sadece, kişisel fail-azmettiren ilişkisini göz ardı eden salt neden olma teorisi temelinde kabul edilebilir (Bloy, a.g.e., s. 324).

<sup>1336</sup> *Özkan*, bir aile meclisinde bulunanlara yönelik ailenin hasmının öldürülmesi görevini kimin üstleneceği şeklindeki soru bakımından azmettirilenin belirlenebilir çevrede yer aldığını belirtmiştir (Özkan, a.g.e., s. 85).

<sup>1337</sup> Rogall, a.g.m., s. 11.

<sup>1338</sup> *Joecks*, a.g.e., s. 1242.

bir toplulukta politikacının öldürülmesi veya zengin insanların soyulmasını isteme gibi<sup>1339</sup> birisi tarafından internette veya bir konuşmada genel olarak suç işlenmesinin talep edilmesi azmettirmenin kabulü için yeterli değildir. Bu ihtimallerde belirsiz bir insan topluluğuna yapılan çağrı söz konusu olduğundan azmettirme için aranan, azmettirilenin belirli veya en azından belirlenebilir olması kriteri sağlanamaz<sup>1340</sup>.

Suç politikası gereği, oluşan bu boşluğun suç işlemeye tahrik kapsamında<sup>1341</sup> (diğer şartları da oluşmuşsa) değerlendirilmesi mümkün olabilir<sup>1342</sup>. Nitekim şeriklik niteliğindeki bazı hareketler kanun koyucu tarafından bağımsız suç olarak düzenlenmiştir<sup>1343</sup>. Suç işlemeye tahrik suçunda soyut tehlike suçu olarak suça ilişkin belirsiz bir muhatap alanına yönelik talebi gerektirmesi<sup>1344</sup> ve böylece suçun işlenmesi tehlikesinin kontrol edilemez oluşu şeklinde ortaya çıkan özel tehlike yaptırım altına alınmıştır<sup>1345</sup>. Bu tip hareketler genel şeriklik düzenlemelerinin aksine teşebbüs kapsamında da cezalandırılabilir<sup>1346</sup>. Bu suç tipiyle ayrıca azmettirme kapsamında ortaya çıkan ceza boşlukları da ortadan kalkmış olmaktadır<sup>1347</sup>. TCK'da suç işlemeye tahrik suçu kapsamında tahrik edilen kişilerin söz konusu suçu işlemeleri durumunda tahrik edenin işlenen suçlara azmettiren olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir (md. 214/3)<sup>1348</sup>.

<sup>1339</sup> Rengier, a.g.e., s. 396. Ayrıca bkz. Amelung, a.g.m., s. 154.

<sup>1340</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 311; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 601; Nydegger, a.g.e., s. 176; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 666; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 486.

<sup>1341</sup> Alman Ceza Kanunu md. 111 düzenlemesi bu kapsamdadır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 178; Maurach, a.g.e., s. 685). Bu kapsamdaki suç düzenlemeleri için bkz. Riemer, a.g.e., s. 37 vd. Nitekim TCK md. 214 gerekçesinde bu suç tipine yönelik şu açıklamaya yer verilmiştir: “Suç işlemek için tahrik, aslında tahrik konusu suça bir hazırlık hareketi niteliğindedir. Ancak aleni olarak gerçekleştirilen bu tür fiillerin, kamu barışı açısından ifade ettiği tehlike nedeniyle, zararlı neticenin doğmasını beklemeden ve iştirak kurallarından bağımsız olarak ceza yaptırımını altına alınması gerekmektedir. Burada önemli olan, belirli olmayan kimselerin suç işlemeye tahrik edilmesidir. Eğer muayyen kişiler, belli bir suçu işlemek için teşvik veya azmettirilmiş ise, meselenin iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.” Belirtilmelidir ki, tahrik veya teşvikin suça ilişkin tipik hareket olarak yer verildiği başka suçlar da bulunmaktadır. TCK md. 219/2, 220/8, 227/2, 298/1, 304/1, 313/1, 318/1, 319/1 bu kapsamdadır.

<sup>1342</sup> Kühl, a.g.e., s. 851; Geppert, a.g.m. (1997), s. 303; Koch/Wirth, a.g.m., s. 206; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 564; Akbulut, a.g.e., s. 644; Özkan, a.g.e., s. 85, 260.

<sup>1343</sup> Kanun koyucu bu suç tiplerinde azmettirme kavramı yerine teşvik etme, yönlendirme, tahrik etme kavramlarını kullanmıştır. Rimer'e göre, bu kavramlar arasında hukuki anlamda farklılık bulunmaktadır. Rimer, a.g.e., s. 37.

<sup>1344</sup> Suç işlemeye tahrik suçu ile suça azmettirme arasındaki ilişkinin alternatif ilişki şeklinde anlaşılması gerektiğine yönelik bkz. Fahl, a.g.m., s. 437.

<sup>1345</sup> Warneke, a.g.e., s. 145.

<sup>1346</sup> Rimer, a.g.e., s. 37.

<sup>1347</sup> Warneke, a.g.e., s. 145.

<sup>1348</sup> “TCK m. 214/3 hükmü nedeniyle suç işlemeye tahrik eden, faili hedef suçu işlemesi halinde sui-generis bir azmettiren olarak karşımıza çıkmaktadır. Adı geçen hüküm nedeniyle suç işlemeye tahrik eden kişinin sorumluluğu iştirak teorisinin benimsediği genel ilkelere göre değil kanunda geçen ifade

Azmettirenin cezalandırılması için, azmettirilenin azmettirenini tanımasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>1349</sup>. Azmettirenin azmettirileni tanımaması halinde de sorumluluğuna etki eden bir durum bulunmamaktadır. Azmettirmenin cezalandırılma nedeni belli bir kişinin suça bulaştırılması veya belli bir kişiye karşı (azmettirilen) gerçekleştirilen haksızlık değildir<sup>1350</sup>. Bu nedenle dolaylı azmettirme mümkündür. Bu kapsamda olmak üzere üçüncü ve bilinmeyen bir kimseyi azmettirmek için aracı kişinin azmettirilmesi<sup>1351</sup> kabul edilmektedir<sup>1352</sup>. Şeriklik hareketi azmettirmeye elverişli esas fiil olamayacağından, diğer bir ifadeyle şeriklik hareketi esas fiil teşkil etmediğinden<sup>1353</sup>, dolaylı azmettirme söz konusu olur. Bu durumda zincirleme azmettirme mevcuttur<sup>1354</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, aracı yoluyla azmettiren kimse ile azmettirilen bakımından suçun aynı olmasıdır<sup>1355</sup>. Suçun aynılığına ilişkin zincirin azmettirme

---

*nedeniyle belirlenen statüsüne göre yapılacaktır.*” Bayraktar, Tahrik Cürmü, s. 80-81’den aktaran Özkan, a.g.e., s. 262. Ayrıca bkz. Zafer, a.g.e., s. 545. *Özkan* bu düzenlemeyi genel azmettirme şartlarını bertaraf etmesi nedeniyle isabetli bulmamıştır. Özkan, a.g.e., s. 262.

<sup>1349</sup> Heinrich, a.g.e., s. 572; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 479; Zafer, a.g.e., s. 530; Önok, a.g.e., s. 83; Rengier, a.g.e., s. 392; Aydın, a.g.e., s. 115; Özkan, a.g.e., s. 86; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 547.

<sup>1350</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 317.

<sup>1351</sup> Azmettirmeye azmettirme de suça iştirak kapsamında cezalandırılabilir niteliktedir. Buradaki hareketin nedensellik değerinin doğrudan doğruya olmaması onun nedensel değere sahip olduğu gerçeğini değiştirmez (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 474). Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Özkan, a.g.e., s. 200. *Özkan*, azmettirmeye azmettirme ve zincirleme azmettirme arasında ayırım yaparak azmettirmeye azmettirmeyi çekirdek zincirleme azmettirme olarak nitelendirmiştir. Özkan, a.g.e., s. 203 vd.

<sup>1352</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 525; Heinrich, a.g.e., s. 568; Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 297; Riemer, a.g.e., s. 72. Buna yönelik olarak BGH verdiği bir kararda, azmettirenin talebinin yöneldiği azmettirileni tanımasının azmettirmenin oluşması bakımından gerekli olmadığını, nihayetinde esas fiili kimin işleyeceğini bilmenin zincirleme azmettirmenin bir parçası olmadığını belirtmiştir. Azmettirenin kasıtlı olarak belli bir kişiyi, suçu işleyecek kişiyi azmettirmek üzere, sevk etmesi yeterlidir. Ancak aracı kişinin belirli bir kişi olarak azmettirilecek kişiyi yeterince iyi tanımlanmış bir fiili gerçekleştirmeye yönlendireceğini öngörerek hareket etmesi gerekir. İlk azmettirenin suçun icra edileceği yeri, zamanı ve suçu icra edecek kişiyi bilmesi gerekmez. BGHSt 6, 359, 361 vd.’dan aktaran Warneke, a.g.e., s. 163.

<sup>1353</sup> Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 599.

<sup>1354</sup> Heinrich, a.g.e., s. 568; Murmann, a.g.e., s. 245; Kühl, a.g.e., s. 853; Nydegger, a.g.e., s. 167; Maurach, a.g.e., s. 681-682; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 364; Schünemann, a.g.e., s. 2024; Schröder, a.g.m., s. 290; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250; Taner, a.g.e., s. 539; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 568; Hakeri, a.g.e., s. 539; Özkan, a.g.e., s. 200. Bununla birlikte doktrinde zincirleme azmettirme bakımından da etki edecek şekilde azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişkinin doğrudan doğruya olması veya birbirlerini tanımaları şartıyla azmettirmenin kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüş bulunmaktadır. Özellikle azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılması nedeniyle azmettirmenin kapsamının dar belirlenmesi gereğinden hareket eden bu görüş, zincirleme azmettirmeyi reddetmektedir. *Schünemann* yasal düzenlemede (ACK md. 30/1) zincirleme azmettirmenin meşru zemininin bulunduğunu belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır. Schünemann, a.g.e., s. 2024.

<sup>1355</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 667. Azmettirmeye ilişkin yasal düzenlemede suça azmettirmenin yer alması ve buna karşılık azmettirmeye azmettirmenin yer almamasına ilişkin değerlendirme için bkz. Nydegger, a.g.e., s. 162 vd.

sürecinde bozulmamasıdır<sup>1356</sup>. Böylelikle zincirde yer alan tüm azmettirenler suça azmettiren olarak sorumlu tutulacaklardır<sup>1357</sup>. Sadece ilk azmettirenin azmettiren olarak, diğerlerinin ise yardım eden olarak sorumlu tutulacağı kabul edilemez<sup>1358</sup>. Bununla birlikte faile yardım etmesi için bir kişinin azmettirilmesi halinde azmettiren kişi yardım eden olarak sorumludur. Zira fiile yönelik katkısı sadece yardıma yöneliktir<sup>1359</sup>. Azmettirme müşterek (birlikte) etki şeklinde de mümkün olabilir. Bu durumda birden fazla azmettiren tarafından ortak suç planı nedeniyle faili suç işlemeye sevk etmeleri söz konusu olacağından, müşterek azmettirme<sup>1360</sup> kabul edilmektedir<sup>1361</sup>. Bu konuda müşterek faillerden birinin azmettirilmesinin gerçekleşmesi halinde de azmettirme mümkün olacaktır. Azmettirenlerin birbirinden habersiz şekilde aynı faili suça azmettirmeleri halinde yan yana azmettirme bulunduğu<sup>1362</sup> kabul edilmektedir. Bununla birlikte burada azmettirilende suç işleme kararına ilk hangi azmettirenin sebep olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Zira ilk azmettirenin aynı fiil bakımından failde suç işleme kararına sebep olması halinde, diğer azmettiren bakımından ancak suç kararını kuvvetlendirme anlamında yardım etmenin oluşacağını kabul etmek gerekir<sup>1363</sup>.

### 3. Failde Suç İşleme Kararına Neden Olmanın Belirlenmesine Yönelik İleri Sürülen Teoriler

Esas fiille birlikte, azmettiriminin objektif unsuru olarak failin suça sevk edilmesinin bulunması gerekliliği<sup>1364</sup> bu bağlamda ne zaman failin bir suça sevk

<sup>1356</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 526; Kühl, a.g.e., s. 853.

<sup>1357</sup> Özen, a.g.e., s. 873; Özkan, a.g.e., s. 201. Bununla birlikte tek faillik sistemi bağlamında belirsiz sayıda kişiye yönelik sevk etme aracılığıyla suçun işleme tehlikesinin kontrol edilemez nitelik arz edebileceği soyut tehlike suçları bakımından sınırlandırmanın gerekli olduğu yönünde görüş için bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250.

<sup>1358</sup> Yardım etmeye azmettirme maddi içerik olarak yardım etme kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nydegger, a.g.e., s. 164 vd.

<sup>1359</sup> Hakeri, a.g.e., s. 537.

<sup>1360</sup> “(...) maktülenin erkek arkadaşı ile Antalya iline kaçtıktan sonra ağabeyi Y. ve dayısı H. tarafından bulunup geri getirildiğini, maktülenin babası sanık M. ve amcası sanık A.'nın, maktülenin evden kaçarak namuslarına leke getirdiğini, bu nedenle öldürülerek namuslarının temizlenmesi gerektiğini söyleyip, maktüleyi öldürmesi konusunda sanık H.'yi azmettirdiklerini anlatması; (...) sanıkların yakın akrabası olan tanıkların sanıklara suç atmasını gerektirecek bir neden bulunmaması karşısında; sanık A.'nin, maktülenin öldürülmesi olayına sanık M. ile *birlikte azmettiren* olarak katıldığı, sanıkların, öldürme suçunu tasarlayarak ve töre sakiyle işledikleri anlaşıldığından; (...)” Y1.CD, E. 2009/8861, K. 2010/605, T. 1.2.2010, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 10.12.2017.

<sup>1361</sup> Schild, a.g.e., s. 1259; Kühl, a.g.e., s. 854; Schünemann, a.g.e., s. 2023; Riemer, a.g.e., s. 69; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 568; Hakeri, a.g.e., s. 539; Özkan, a.g.e., s. 207 vd.; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 462.

<sup>1362</sup> Özgenç, a.g.e. (2019), s. 568; Riemer, a.g.e., s. 70; Akbulut, a.g.e., s. 643; Özkan, a.g.e., s. 210.

<sup>1363</sup> Selter, Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe, s. 39 vd.'dan aktaran Özkan, a.g.e., s. 211.

<sup>1364</sup> Rengier, a.g.e., s. 390



edildiğinin mevcut olacağı<sup>1365</sup> sorununu ön plana çıkarır. Suç kararı oluşturmanın kapsamının belirlenmesi, suça sevk edenin hangi hareketlerinin bu kapsamda kabul edileceği tartışmalıdır. Özellikle bir başkasının fiiline salt nedensel bir sebep olmanın yeterli olup olmayacağı, daha açık ifadeyle azmettirme hareketi ile fiil arasındaki her bir nedenselliğin ve bunun için buna yol açan her bir davranışın tipik anlamda azmettirme için yeterli olup olmadığı doktrinin üzerinde uzlaşa sağlayamadığı bir husustur. Bununla ilişkili olarak, azmettirenin davranışının belirli bir fiile uyan hedefe yönelik olmasının gerekip gerekmediği veya en azından iletişimsel şekilde etkinin sağlanmasının azmettirme için gerekli olup olmadığı<sup>1366</sup> tartışmanın merkezini oluşturmaktadır. Bu kapsamda ileri sürülen görüşlerin, esas olarak üç kriter etrafında yoğunlaştığını söylemek mümkündür.

#### ***a. Salt Sebep Olma Teorisi (Verursachungstheorie)***

Sebep olma teorisini savunanlar, azmettirme düzenlemesi (ACK md. 26) kapsamında suç işlemeye sevk etmenin tipiklik unsurunun sağlanması<sup>1367</sup> bakımından sadece esas suçun işlenmesine nedensel bir sebep olmanın şart olduğu ve bunun da yeterli olduğu<sup>1368</sup> görüşündedirler<sup>1369</sup>. Zira suç işleme kararına her bir sebep olma, hukuki değer bakımından aynı şekilde tehlikelidir<sup>1370</sup>. Nedensellik teorisi, suça yönlendirilen koşulların

<sup>1365</sup> Suça azmettirmenin dar yorumlanması gerektiğine yönelik görüş için bkz. Matthias Krüger, “Zum »Bestimmen« im Sinne von §§ 26, 30 StGB”, *JA*, 2008, ss. 492-498, s. 493.

<sup>1366</sup> Heinrich, a.g.e., s. 570.

<sup>1367</sup> Alman ceza hukuku doktrininde bu yaklaşım bağlamında argüman olarak eski azmettirme düzenlemesine de atıfta bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca kanunda yer verilen azmettirme araçlarının sınırlayıcı şekilde belirlenmesi nedeniyle yeni azmettirme düzenlemesinin değerlendirilmesinde bu hususun göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte *Nepomuck* kanun koyucunun azmettirme araçlarına kanunda yer vermekten vazgeçmesinin sebebi olarak söz konusu araçlardan bazılarının tipik dolaylı faillik araçları olduğunu belirtmiştir. Azmettirme ve dolaylı failliği sonuçlayan ortak araçların bulunması ve kanun ifadesine göre “ve diğer araçlarla” azmettirmenin mümkün olması aslında faille eşdeğer cezayı meşru kılacak araçların kabul edildiği sonucuna uygundur. Bu nedenle salt sebep olma teorisi kapsamında azmettirme bakımından her türlü aracın yeterli olduğu kabulü eski kanun atfıyla temellendirilemez (*Nepomuck*, a.g.e., s. 99-100). Benzer yönde görüş için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 270.

<sup>1368</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 125. Sevk etme kavramının değerden yoksun bir kavram olmadığı ve bu nedenle herhangi bir şekilde suça sebep olmanın yeterli olmayacağı görüşü için bkz. Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 114. Azmettirmeyi kabul etmeyen diğer bir görüş için bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304; Welzel, a.g.e., s. 111; Dieter Meyer, a.g.m., s. 530.

<sup>1369</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 127; Kuhlen/Roth, a.g.m., s. 712; Widmaier, a.g.m., s. 242; Mitsch, a.g.e., s. 71; Heghmann, a.g.m., s. 487; Bloy, a.g.e., s. 329; Hilgendorf, a.g.m., s. 10 vd.; Herzberg, a.g.e., s. 146; Hauf, a.g.e., s. 94; Christmann, a.g.e., s. 81. Yaklaşımın kapsamını izin verilen risk veya sosyal uygunluk durumları ile sınırlamaya yönelik çaba için bkz. Herzberg, a.g.e., s. 53.

<sup>1370</sup> Kuhlen/Roth, a.g.m., s. 712. Yazarlar bu konuda doktrinde ileri sürülen kısıtlayıcı görüşlerin yasal düzenleme bağlamında reddedilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Kuhlen/Roth, a.g.m., s. 712.

kasıtlı olarak oluşturulmasının önemli ölçüde bir suç enerjisi gösterdiği düşüncesine ve lafzi anlama dayanır<sup>1371</sup>. Azmettirme failin sadece zihinsel olarak etkilenmesi halinde de söz konusu olabilecektir<sup>1372</sup>. Bu yüzden suç işleme dürtüsünün sağlanmasına yönelik durum yeterlidir. Azmettiren ve failin iletişimsel bir etkileşime girmeleri şart değildir. Hangi şekilde ve hangi araçla azmettirmeye ilişkin tipik hareketin olduğu önem arz etmez<sup>1373</sup>. Çünkü azmettiriminin cezalandırılma nedeni sadece bir başkasının suç işlemesine sebep değildir<sup>1374</sup>.

Bu sebep olmanın tarzı veya aracı önemli değildir<sup>1375</sup>. Salt fiilî olaylara ilişkin haberler, genel bilgi verme<sup>1376</sup>, ipuçları, düşünce açıklamaları, kişide suç işleme düşüncesinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek herhangi bir sorunun sorulması<sup>1377</sup>, bir kimseyi fiile teşvik edici fiilî durumların oluşturulması<sup>1378</sup> bu kapsamda yer

<sup>1371</sup> Rengier, a.g.e., s. 392.

<sup>1372</sup> Heinrich, a.g.e., s. 572.

<sup>1373</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 88.

<sup>1374</sup> Konuya ilişkin Alman yargı kararları için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 88. BGH her ne kadar azmettirme bakımından belirleyici bir harekete geçirmenin (*entscheidenden Anstoß*) varlığını arasa bile verdiği karar ile sevk etme kavramından basit bir bilginin veya salt tahrikin de anlaşılabilmesi sonucuna vararak salt sebep olma teorisi ile uyumlu bir perspektife atıfta bulunmuştur. Nepomuck, a.g.e., s. 89.

<sup>1375</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 125. Hırsızlığı teşvik etmek ve suçtan sonra mağdur olarak sigorta tazminat hakkını talep edebilmek için, sigortalı şeyleri hırsızlığın gerçekleşmesi için girişe bırakan ayrıca balkon kapısını açık bırakan ve arabasını kilitlemeden kontak anahtarını üzerinde bırakan kişi bu teori kapsamında azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir (Rengier, a.g.e., s. 391). Ayrıca bürodaki hırsızlık suçlarını kimin gerçekleştirdiğini öğrenmek amacıyla çantasını açık şekilde bırakan kişi gerçekleşen hırsızlık suçu bakımından azmettiren olarak kabul edilebilecektir (Dennis Bock, "Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)", JA, 2007, ss. 599-604, s. 601). Diğer örnekler için bkz. Roxin, a.g.e. (AT), s. 153. Böyle bir durumda azmettiriminin daha az haksızlık içeriğine sahip durumları için olması gerekenden daha fazla (faille eşdeğer) cezalandırma tehdidinin olduğu görüşü için Hilgendorf, a.g.m., s. 10.

<sup>1376</sup> Yazarlar bir konuda bilgi vermenin, ilgilisi bu bilgidan hareketle suç işlese dahi, azmettirme olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 249.

<sup>1377</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 303.

<sup>1378</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 99. Yazar konuya ilişkin şu örneği verir: (F), sevgilisi (L) ile eşi (M)'yi aldatır. (L), (F)'nin evine geldiğinde, komşu (N), (F)'nin bu gidişatına bir son vermeye karar verir. (M)'yi arayarak acil olarak eve gelmesini söyler. Eve gelen (M), (F) ve (L)'yi birlikte görür. Öfkelenen (M), (N)'nin de düşündüğü gibi (F)'yi döver (Nepomuck, a.g.e., s. 216). Bu şekilde gerçekleştirilen suça sevk etme için ayrıca bkz. Hilgendorf, a.g.m., s. 9 vd. *Widmaier* şu örnek bakımından arka planda yer alan teşebbüs aşamasında kalan azmettirme sorumluluğunu kabul etmektedir: (A), (B)'ye karşı açtığı tazminat davasının bir an önce sonuçlanmasını istemektedir. Bu nedenle avukatına, dosyaya bakan hâkime bir kutu şarap gönderirse davaya bir faydasının olup olmayacağını sorar. Avukat, (A)'ya rüşvete karşı olan hâkimin böyle bir durumda ters tepki vereceğini belirtir. Bir ay sonra (A) davayı kazanır. Avukata bu sonuçta şarabın etkisinin olduğunu belirtir. Çünkü şarabı (B)'nin adına gönderdiğini söyler. Bununla birlikte gerçekte hâkim hiçbir etki altında kalmaksızın kararını vermiştir (Widmaier, a.g.m., s. 242). Fiilî durumların oluşturulması ile azmettirme ilişkisinin anayasal prensipler çerçevesinde değerlendirilmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Christmann, a.g.e., s. 14 vd.

alabilecektir<sup>1379</sup>. Bu durumda bir suçun ne şekilde işlenebileceğini etrafındakilere anlatan veya işlediği suça ilişkin sürekli olumlu konuşarak bir başkasının suç işlemesine neden olan kişinin gerçekleştirdiği hareket azmettirme aracı olarak değerlendirmeye elverişlidir<sup>1380</sup>. Zira suç fırsatlarına yönelik basit bilgilerin verilmesi<sup>1381</sup> veya fiile teşvik eden durumların oluşturulması şeklindeki suça sevk etme hareketleri, suçun konusu üzerinde somut duruma göre genel kabul gören azmettirme şekillerinden daha fazla tehlike arz edebilir<sup>1382</sup>. Failin böyle bir ihtimalde azmettirme hareketi olarak bilmesinin önemi bulunmamaktadır. Azmettiren ile azmettirilen arasında belli bir iletişimin aranması gerçeğe uygun değildir<sup>1383</sup>. Azmettiren ile azmettirilen arasındaki zihinsel temas (*geistigen Kontakts*) kriteri öncelikle uygun durumun sağlanmasıyla fiile yönelik provokasyonun azmettirme alanından dışlanmasına<sup>1384</sup> yol açar. Provoke edilen durumu oluşturan kişi de aslında faili psikik olarak etkiler. Bu bağlamda failin oluşturulmasına yönelik tahrik edilen durum<sup>1385</sup> azmettirme aracı olarak yeterlidir<sup>1386</sup>. Azmettirme perspektifinden bakıldığında, her bir suç kararına yol açma kavramsal anlamda zihinsel etkileme olarak kabul edilir. Çünkü azmettirilenin iradesi, psikolojik olarak veya fiziksel gerçeklik olarak başka türlü elde edilemez<sup>1387</sup>. Provoke edilen durumların yaratılmasında eksik olan zihinsel etki değildir, aksine azmettirilenin azmettirildiğine ilişkin duruma yönelik eksikliği söz konusudur<sup>1388</sup>.

<sup>1379</sup> Heghmann, a.g.m., s. 487; Widmaier, a.g.m., s. 243. Benzer yönde Hilgendorf, a.g.m., s. 13. *Kretschmer*, bu şekilde gerçekleşen suça sevk etme hareketinin objektif olarak isnat edilebilirliğinin bulunmadığını, sevk etme hareketinin içermesi gereken tehlikelilikten söz edilemeyeceğini ve bu nitelikteki hareketlerin sosyal uygunluk kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir (Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 266). Benzer yönde Satzger, a.g.m., s. 517.

<sup>1380</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 153.

<sup>1381</sup> Gerçek olmakla birlikte, muhatabına bildirilmesi halinde suç işlemesine sebep olabilecek nitelikteki bilgilerin verilmesinin azmettirme hareketini oluşturmayacağı yönündeki görüş için bkz. Hilgendorf, a.g.m., s. 10; Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 113.

<sup>1382</sup> Herzberg, a.g.e., s. 146. Benzer yönde bkz. Widmaier, a.g.m., s. 242 vd.

<sup>1383</sup> Bloy, a.g.e., s. 328; Widmaier, a.g.m., s. 242; Michael Heghmanns, “Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung”, *GA*, 2000, ss. 473-489, s. 485 vd.; Herzberg, a.g.e., s. 53, 146.

<sup>1384</sup> *Baumann*, bu bağlamda suça ilişkin fırsatlara yönelik bilgilendirmeyi azmettirme bakımından elverişli bir hareket olarak kabul etmektedir. Örneğin, evin sahibinin tatilde olduğunu bilen kişinin, bu bilgiyi hırsızlık yapması için bir başkasına vermesi ve bu kişinin de bu bilgi üzerine yakalanmayacağına olan güvenle hırsızlığı gerçekleştirmesi durumunda azmettirilenin kabul edilmesi gerekir. *Baumann*, a.g.m. (JuS 1963), s. 126. Aksi yönde görüş için bkz. Noltenius, a.g.e., s. 283.

<sup>1385</sup> Sigortalı araç sahibi aracın çalınmasını sağlamak amacıyla aracı geceleri kötü mahallede yer alan otoparka bırakır ve araç çalınır. Yazar, burada azmettirilenin objektif tipikliğinin gerçekleşmediğini belirterek bu sonucu kendi sorumluluğunda olma prensibine dayandırmıştır. *Fahl*, a.g.m, s. 433.

<sup>1386</sup> Bloy, a.g.e., s. 328. Aksi yönde Stein, a.g.e., s. 271.

<sup>1387</sup> Bloy, a.g.e., s. 329. Aksi yönde Koch/Wirth, a.g.m., s. 205.

<sup>1388</sup> Bloy, a.g.e., s. 329.

Bu yaklaşım davranışsal olarak sevk etmenin iletişimsel unsurun hangi türüne göre sınırlanacağına her zaman anlaşılamayacağına dikkat çeker. Bu yaklaşımın savunucuları, her şeyden önce şerikliğin cezalandırılması bakımından bir başkasının hukuki değer ihlaline birlikte neden olmanın gerekliliğinden hareket ederek<sup>1389</sup>, burada belirtilen türden kısıtlamaları tanımak için bir neden olmadığını, bu sınırlandırmaların ceza boşluklarına yol açabilme ihtimalinin bulunduğunu ifade ederler<sup>1390</sup>.

Bununla birlikte yaklaşım doktrinde bazı yazarlar tarafından ikna edici bulunmamıştır. Bu yaklaşım esas alınırca, azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin genişlemesine neden olacağı<sup>1391</sup> ileri sürülmüştür. Bu yaklaşıma göre, fiilin gerçekleştirilmesini kışkırtan bir durumun yaratılmasının (ki bu, sadece sosyal anlamda uygun olmayan bir durum niteliği taşır) yeterli olduğu düşünülmektedir. Bu ise cezalandırılabilir azmettirme haksızlığının sınırının izin verilen risk için uygun olan sınırı aşacağı anlamına gelmektedir<sup>1392</sup>. Ancak bu yaklaşım, azmettirmenin objektif tipikliğinin belirsizliği sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>1393</sup>. Uygun somutlaştırma gerekliliğiyle azmettirmenin cezalandırılmasının sınırlandırılması hâlihazırda azmettirmenin objektif tipikliği üzerinde oluşturulmalıdır. Yeterince belirli olmayan davranış önerisinin bulunması halinde azmettirmenin tipikliği gerçekleşmez, zira bu tür somut olmayan ifade veya davranışlar azmettirme ile suç arasında bağlantı oluşturmak bakımından yeterli

---

<sup>1389</sup> *Christmann*, şerikliğin cezalandırma nedeni olarak bağlılığa dayanan sebep olma teorisi kapsamında azmettirme araçlarına ilişkin bir sınırlama getiren yaklaşımların geçerli olamayacağını belirtmiştir. Teoriye göre, azmettiren failde suç işlemeye yönelik kastı harekete geçirerek esas fiile ilişkin neticeye nedensel bir katkı sunmaktadır. Bu katkıya yönelik nedensellik vurgusunun, azmettirmenin kapsamı bakımından dikkate alınması gereğinden hareketle, azmettirme hareketinin kapsamını daraltacak kabullerin isabetli olmadığını belirtmiştir. Burada önem arz eden husus ve bu nedenle dikkate alınacak gereklilik, esas fiile ilişkin neticeye birlikte sebep olma kriteridir. Bunu aşar nitelikteki her bir gereklilik teori ile çelişki arz edecektir. *Christmann*, a.g.e., s. 59-60.

<sup>1390</sup> *Baumann*, a.g.m. (JuS 1963), s. 125 vd.; *Bloy*, a.g.e., s. 329; *Widmaier*, a.g.m., s. 242. *Meyer*, azmettirme kavramının genişletilmesi ile boşlukları ortadan kaldırmaya yönelik çözümün isabetli bir yaklaşım olmadığını belirtmiştir. *Dieter Meyer*, a.g.m., s. 531.

<sup>1391</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 153; *Kühl*, a.g.e., s. 844; *Heinrich*, a.g.e., s. 572; *Töngür*, a.g.m., s. 248; *H. Sefa Eryıldız*, “Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (Alm. CK m. 26)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 120, 2016, ss. 38-49, s. 40. Bu şekildeki genişlemenin azmettirmenin, kendisine benzer olan suçta iştirak şekilleri ile olan arasındaki ayrımı belirsizleştireceği tehlikesini beraberinde getireceği eleştirisi için bkz. *Lampe*, a.g.m. (ZStW 1965), s. 272.

<sup>1392</sup> *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 304; *Joecks*, a.g.e., s. 1229.

<sup>1393</sup> *Oliver Harry Gerson*, “Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 2\* Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, ss. 295- 306, s. 297; *Welz*, a.g.e., s. 103.

değildir<sup>1394</sup>. Nitekim herhangi bir tavsiye veya sadece bilgi verme<sup>1395</sup>, içerdiği saf nedensellik bağlantısı nedeniyle daha sonra gerçekleşecek olan hukuki değer ihlali ile azmettirme alanında isnadiyet yaratmak<sup>1396</sup> için uzak bir ihtimaldir (bu durum psikolojik yardım etmeye daha yakındır)<sup>1397</sup>. Bu gibi durumlarda hukuki değer bakımından oluşturulan riskten<sup>1398</sup> söz edilemez<sup>1399</sup>. Burada korunan hukuki değer için fiile yönelik teşvik/tahrik (*Anreiz*) ile oluşturulan rizikonun derecesi<sup>1400</sup> önemlidir<sup>1401</sup>. Failin kararının

<sup>1394</sup> Weßlau, a.g.m., s. 128.

<sup>1395</sup> Bu bağlamda hukuki bilginin verilmesinin failde suç işleme kararı uyandırması durumunda diğer bir ifadeyle müvekkilin öğrendiği hukuki bilgi sonucunda suç işleme kararı olarak suç gerçekleştirilmesi halinde bilgiyi veren bakımından cezalandırılabilir azmettirme bulunmadığı genel kabul gören görüştür (Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 889). Bu yönde Schumann, a.g.e., s. 52. *Schumann* bu bakımdan suçun işlenmesine ilişkin talebin düşünsel bir içeriğe sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda hukuki bilgiyi, alan kişinin buna bağlı olarak suç işleme kararı alabileceğini öngörerek verse bile cezalandırılabilir bir azmettirme bulunmaz. Bununla birlikte yanlış hukuki bilginin verilmesi suretiyle kişide suç işleme kararının alınmasına sebep olunması ihtimalinde farklı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu durumda danışanına hukuki bilgiyi onun bu bilgi sonucunda suç işleme kararı alabileceğini göze alarak yanlış vermesi halinde azmettiren olarak cezalandırılması bakımından yeterlidir (Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 546). Aynı yönde bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 249. Ayrıca bkz. Eryıldız, a.g.m., s. 41. (K) hakkında dolandırıcılık suçundan hapis cezasına hükmedilir. Polis gözetiminde evlerinde ailesini ziyaret etmesine izin verilir. Bu ziyaret sırasında, (K)'nin eşi ve oğulları polis memurunun dikkatini dağıtır, bu fırsattan istifade eden (K) kaçır. (K)'nin ailesi daha önce avukat (R)'den planlanan teşebbüs için kendilerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacakları konusunda tavsiye istemiştir. Akrabalar lehine özel düzenlemenin varlığını belirten (R), böyle bir ihtimalde cezalandırılmayacaklarını belirtmiştir. Nepomuck, a.g.e., s. 231.

<sup>1396</sup> *Christmann* objektif isnadiyet öğretisinin yardımıyla bu konuya ilişkin olarak azmettirmeye eşdeğer azmettirme hareketini gerekçelendirmeye yönelik çaba göstermiştir. Salt neden olma teorisi kapsamında esas fiile ilişkin öngörülebilirliğin eksikliği nedeniyle azmettirmenin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. *Christmann*, a.g.e., s. 61.

<sup>1397</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 287. Benzer yönde *Schild*, a.g.e., s. 1263; *Özkan*, a.g.e., s. 258. *Schulz*, bu yaklaşım çerçevesinde yardım etme kavramının içinin boşalması sonucunun ortaya çıkacağına dikkat çekmiştir. *Schulz*, a.g.m., s. 933-934.

<sup>1398</sup> Bu kıstas, *Wolfgang Frisch* tarafından objektif isnadiyet öğretisinin yardımıyla geliştirilmiştir. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 154.

<sup>1399</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 153.

<sup>1400</sup> Yazar, riziko incelemesinin nedensellik aşamasında yapılması gerektiğini belirtmiştir. Azmettirme hareketi ile esas fiilin işlenmesi arasındaki psikik nedensellik incelemesi sadece *Conditio sine qua non* formülü ile gerçekleştirilemez. Azmettirme hareketi ile esas fiilin işlenmesi arasındaki yasallık bağlantısının da bulunması gereklidir. *Eric Hilgendorf*, "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB", *JURA*, 1996, ss. 9-13, s. 13.

<sup>1401</sup> *Hilgendorf*, a.g.m s. 10. *Hilgendorf*, *Roxin* tarafından geliştirilen rizikonun artırılması öğretisini (*Risikoerhöhungslehre*) farklı bir bakış açısı ile azmettirme bakımından dikkate almıştır. Cezalandırılabilir azmettirme ile cezalandırılmayan azmettirme arasındaki ayrımı ilgili azmettirme hareketinin riziko potansiyeline göre belirleme eğilimi göstermiştir (*Hilgendorf*, a.g.m., s. 9 vd.). *Hilgendorf* azmettirme hareketinin günlük yaşam risklerini aşan bir riski yaratması gerektiğini belirtmiştir (*Hilgendorf*, a.g.m., s. 9). Günlük yaşamda insanları suç işlemeye yönlendirecek durumların varlığına dikkat çeken yazar, kişide suç işlemeye yönelik uyarı yoğunluğunun günlük yaşamdaki sınırı aşması durumunda azmettirmeden söz edileceği sonucuna varır. Onun öğretisine göre bu risk, iletişimsel veya iletişimsel olmayan etkilerle ortaya çıkabilir (*Hilgendorf*, a.g.m., s. 10, 13). Bu nedenle cezalandırılabilir azmettirme ile cezasız kalan azmettirme arasındaki sınır iletişimsel etki veya iletişimsel nitelikte olmayan durumsal etki arasındaki sınırla aynı değildir. İletişimsel nitelikte olmayan durumsal etki de günlük hayattaki teşvik/ tahrik yoğunluğunu aşan düzeyde olabilir

herhangi bir şekilde bir başkasının ifadeleri veya davranışları sonucu oluşup oluşmamasına bağlı değildir, aksine bu tür ifadelerin veya davranış tarzının somut içeriği bakımından duruma ilişkin tehlike oluşumundan söz edilebilip edilemeyeceğine bağlıdır<sup>1402</sup>. Bu nedenle bu yaklaşım azmettirme kapsamına girebilecek durumların sınırlarını çok fazla genişleterek azmettirmenin uygulama alanını artırmaktadır<sup>1403</sup>. Bu husus, kanun koyucu tarafından azmettiren için fail ile eşdeğer bir cezanın kabul edilmesi nedeniyle endişe oluşturmaktadır<sup>1404</sup>. Nitekim böyle bir halde azmettiren esas fiilin haksızlığına salt objektif olarak etki etmek isterse, onun davranışı yine de azmettirme ile failiği eşit konuma getiren hareketin değersizliğinden yoksundur<sup>1405</sup>. Zira azmettirme ve failiğin davranışın haksızlık içeriği bakımından belli bir karşılaştırabilirliğe sahip olmaları<sup>1406</sup> gereklidir<sup>1407</sup>. Diğer bir ifadeyle, faille eşdeğer ceza öngörüsü, azmettirme tipikliğinin kanunda yer alan ifadesiyle kasıtlı işlenen hukuka aykırı fiile sevk etme olarak tanımlanan azmettirme hareketinin sadece suç kararına sebep olmada bulunamayacağını sonuçlar<sup>1408</sup>. Bu kapsamda suç kararına herhangi bir şekilde sebep olmanın işlenen suçun cezası ile cezalandırılması suç ve cezanın orantılılığı ilkesi ile örtüşmemektedir<sup>1409</sup>.

Bu yaklaşım ayrıca azmettirme ile yardım etme arasındaki ayrımı belirsiz kılacağı eleştirisi ile karşılaşmıştır. Suç kararına veya suçun işlenmesine sadece zihinsel etki etme,

---

(Hilgendorf, a.g.m., s. 10). Benzer yaklaşım için bkz. Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 620. Söz konusu yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Roxin, a.g.e. (AT), s. 154; Nepomuck, a.g.e., s. 132; Christmann, a.g.e., s. 107.

<sup>1402</sup> Weßlau, a.g.m., s. 129.

<sup>1403</sup> Welz, a.g.e., s. 103.

<sup>1404</sup> Koch/Wirth, a.g.m., s. 205. Bu yaklaşım ile azmettirmenin dar faillik anlayışını esas alan ikilik sistemi içinde yer alan bir şeriklik şekli olması itibariyle eşdeğer ceza kapsamına tabi olmasının açıklanmasının şüphe içerdiğini belirten *Demirel/Kartal*, azmettirme için kanunda takdir indirimi olasılığı bulunsaydı azmettirmenin farklı yorumlanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu ihtimalde, suç işleme kararına sebebiyet veren her türlü nedensel hareketin azmettirme kapsamında yeterli addedilebileceğini kabul etmişlerdir. *Demirel/Kartal*, a.g.m., s. 481.

<sup>1405</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 304. Azmettiren ile azmettirilenin ilgili suça yönelik kast uyumunun bulunması gerekliliğinin, taraflar arasında anlaşma şartını aramadığı eleştirisi için bkz. Christmann, a.g.e., s. 35.

<sup>1406</sup> *Joecks*, azmettirmenin objektif tipikliğinin belirlenmesi bakımından üst sınır olarak failliğe ilişkin düzenlemelerin alt sınır olarak ise yardım etmeye ilişkin sınırın dikkate alınması gerektiğini belirtir. *Joecks*, a.g.e., s. 1232.

<sup>1407</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 287. Bu teorinin haksızlığa iştirak teorisi ile bağdaşabilir nitelikte olmadığına yönelik görüş için bkz. Heghmanns, a.g.m., s. 482.

<sup>1408</sup> Kahlo, a.g.m., s. 177; Amelung/Boch, a.g.m., s. 263; Amelung, a.g.m., s. 154 vd. Benzer yönde bkz. Dieter Meyer, a.g.m., s. 530. *Christmann*, salt sebep olma teorisinin benimsenmesinin azmettirmenin sadece netice değersizliğini dikkate almayı gerektirdiğini, bununla birlikte burada hareket değersizliğinin göz ardı edildiğini belirtmiştir. Suç kararına belirli bir şekilde sebep olma azmettirme hareketinin değersizliğini (*Handlungsunwert der Anstiftung*) ifade eder. Christmann, a.g.e., s. 3.

<sup>1409</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 221.

azmettirmenin asgari içeriğini oluşturmakla birlikte, gerekli olan azmettirme davranışını karşılamaz. Yardım etmede de suçun işlenmesine etki etme durumu söz konusudur. Bu ise asgari içeriğin, azmettirmenin yardım etmeden ayrımını sağlamaya yeterli olmadığını gösterir<sup>1410</sup>.

Azmettirmenin objektif tipikliği için diğer bir ifadeyle bir başkasını suç işlemeye sevk etmek için salt nedensel olarak sebep olmayı yeterli kabul edenler, azmettirmenin subjektif tipikliği alanında sınırlandırmalar yapmak zorunda kalacaktır. Bununla birlikte, bir başkasını belirli bir suça sevk etmenin objektif tipiklik unsurunda tam olarak bir sınırlandırma tercih edilirse, bu problem artık azmettirmenin subjektif tipikliğinde ortaya çıkmayacaktır<sup>1411</sup>.

### ***b. İletişim Teorisi (Kommunikationstheorie)***

Doktrinde hâkim görüş<sup>1412</sup> olarak kabul edilen iletişim teorisi, suça sevk etmenin tipiklik unsuru için en azından failde iletişimsel etkinin azmettiren tarafından sağlanmasının şart olduğu görüşündedir<sup>1413</sup>. Azmettirme hareketi en azından esas fiilin işlenmesine yönelik bir teşviki/teklifi içeren zihinsel bir iradi etkiyi gerektirmelidir ve azmettirilende suç kararının temeline ilişkin azmettiren tarafından aracılık yapılan etki onda suç işleme olasılığını ortaya çıkarmalıdır<sup>1414</sup>. Bunu sağlayacak olan herhangi bir

<sup>1410</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 100. Benzer yönde Christmann, a.g.e., s. 3.

<sup>1411</sup> Heinrich, a.g.e., s. 580.

<sup>1412</sup> Otto, a.g.e., s. 313; Schmidhäuser, a.g.e., s. 310; Freund, a.g.e., s. 409; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 266; Rogall, a.g.m. (GA 1979), s. 10; Stein, a.g.e., s. 271; Plate, a.g.m., s. 295; Krüger, a.g.m., s. 492, 498; Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 198; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304; Ingelfinger, a.g.e., s. 132; Beulke, a.g.m., s. 119; Noltenius, a.g.e., s. 274; Krey/Esser, a.g.e., s. 405; Welz, a.g.e., s. 111; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 544. *Cramer/Heine*, iletişimsel etkiyi şart koşar. Buna gerekçe olarak ise, şerikliğin cezalandırılma nedenini göstermektedir. Şeriklik her ne kadar başkasının haksızlığına bağlı bir yapıya sahip olsa bile hukuki değere yönelik dolaylı bir saldırı da gerçekleştirmektedir. Bu nedenle esas faille iletişimsel etkinin bulunması gerekir. Alman yargısında eğilimin bu yaklaşım yönünde olduğu görüşü için bkz. Joecks, a.g.e., s. 1232. Bu yaklaşıma benzer yönde bkz. Özkan, a.g.e., s. 31.

<sup>1413</sup> Roxin, a.g.e., s. 153 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 301; Bringewat, a.g.e., s. 315; Rogall, a.g.m. (GA 1979), s. 12; Welzel, a.g.e., s. 116; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304; Jakobs, a.g.e., s. 666; Dieter Meyer, a.g.m., s. 530; Töngür, a.g.m., s. 248; Eryıldız, a.g.m., s. 47.

<sup>1414</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 288; Rengier, a.g.e., s. 392; Geppert, a.g.m. (1997), s. 304. Bu bağlamda *örneğin kocası kan davalıları tarafından öldürülen kadının sandıktan silahı çıkartıp, tüm ailenin önünde oğluna vermesi halinde araç sağlama değil azmettirme söz konusudur*. Özkan, a.g.e., s. 250. Benzer bir örnek ise Yargıtay kararına konu olan olay bağlamında ele alınabilir. “Sanıkla maktulün ortak tavuk çiftliği işlettikleri, gelir paylaşımı nedeniyle aralarında husumet bulunduğu, bu nedenle sanığın maktülü gıyabında öldürmekle tehdit ettiği, olay günü sanığın diğer sanıklarla birlikte maktulün yanına giderek tartışmaya başladığı, diğer sanıkların da kavgaya katılarak sopayla maktule vurdukları, sanığın kendisine ait av tüfeğini alarak olay yerine geldiği ve tüfeği diğer sanığa verdiği, bu sanığın da elindeki tüfekle kaçmaya çalışan maktülü takip edip, tarla içerisinde yakın mesafeden

şekilde suç işleme kararına neden olma değildir. Bunun yerine faille azmettiren arasındaki iletişimi içeren bir ilişki ağı yardımıyla iradenin yönlendirilmesi gerekir<sup>1415</sup>. Bu nedenle azmettiren ancak herhangi bir şekilde fail ile iletişimsel etkileşime giren kişi olabilir<sup>1416</sup>. Bu teori kapsamında eski Alman Ceza Kanunu'nda yer alan azmettirme düzenlemesinin bu görüşe argüman sağladığı kabul edilmektedir. İlgâ edilmiş olan ACK md. 48'in lafzından<sup>1417</sup> hareketle iletişimsel bir etkileşimin şart olduğu<sup>1418</sup> ve bu nedenle yeni md. 26 düzenlemesi ile maddi bir değişiklik yapılmasının amaçlanmadığı<sup>1419</sup> sonucuna ulaşılmıştır.

Buna göre fail azmettirenin gelen etkileme karakterini bilmeli, tanınmalıdır<sup>1420</sup>. Manipülatif nitelikteki bu unsur, suça sevk etme bakımından azmettirenin esas olarak

---

ateş ederek karın bölgesinden vurarak öldürdüğü olayda, olay öncesi ve sırasındaki eylemleri birlikte dikkate alındığında (...)" Y1.CD, E. 2014/309, K. 2014/2551, T. 21.4.2014, (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi): 18.11.2019. Bu olay kapsamında Yargıtay öldürme suçu bakımından faille tüfeği getiren kişiyi yardım eden olarak nitelendirse de bu kişinin azmettiren olarak kabul edilmesi gerekir. Kasten yaralama suçu bakımından suça iştirak edenlerin müşterek fail oldukları açıktır. Buna karşın sanığı öldüren kişide arka planda yer alanın ona tüfeği verinceye kadar öldürme suçuna ilişkin düşüncesi ve bu yönde alınmış bir kararı bulunmamaktadır. Tüfeği getirmesini kendisi de istememiştir. Hâlihazırda kasten yaralamaya yönelik suç işleme kararı bulunmakla birlikte öldürme suçu kasten yaralama suçu karşısında bağımsız suç niteliğindedir. Tüm bunlar ışığında arka planda yer alanın öldürme suçu bakımından iştirak statüsü azmettiren olarak dikkate alınması gerekir. Aynı yönde Çelen, a.g.e., s. 244-245.

<sup>1415</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 296.

<sup>1416</sup> İletişimsel etkinin gerekliliğine yönelik diğer bir argüman ise teşebbüs aşamasında kalan azmettirme ile ilişkilidir. Çünkü Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme düzenlemesinin (md. 30/1) benzer şekilde bir suça sevk etme unsurunu içerdiğinden söz etmek gerekir. Bunun yanı sıra md. 30/2'nin lafzından hareketle (hazır olduğunu açıklama, teklifi kabul etme) iletişimsel bir etkileşimin şart olduğu ve buna göre, 1. fıkrada olduğu gibi aynı şekilde cezalandırılacağı için, 1. fıkradaki suç işlemeye sevk etme de iletişimsel etkileşimi gerektirmek zorundadır (Heinrich, a.g.e., s. 572). Bu bağlamda ayrıca bkz. Krüger, a.g.m., s. 497.

<sup>1417</sup> Eski ACK (StGB 1870) azmettirme araçlarını örnek niteliğinde göstermiştir. Hediye veya vaat, cebir, tehdit, itibarın kötüye kullanılması (*mißbrauch des Ansehens*), amaca yönelik olarak bir hataya sebep olma veya destekleme bu kapsamdadır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 303). Ayrıca bkz. Krüger, a.g.m., s. 495. Bununla birlikte eski Alman Ceza Kanunu'nda yer alan azmettirme düzenlemesinin yeni Alman Ceza Kanunu'na alınmamasının nedenleri olarak söz konusu düzenlemenin kazuistik biçimde ele alınması ve faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın sağlanması noktasında yanlış anlamaya elverişli olması ve özellikle halihazırda dolaylı faillik kapsamında değerlendirilen suç işlemeye yönlendirme araçlarının (cebir, tehdit gibi) azmettirme kapsamında gösterilmesine değinilmiştir. Welz, a.g.e., s. 99.

<sup>1418</sup> Dieter Meyer, a.g.m., s. 530. Yazar, azmettirenin artık suça sebep olma şeklinde karakterize edilemeyeceğini ve eski düzenlemede yer alan ifadenin söz konusu azmettirme araçlarına benzer şekilde failin suç işleme kararına yönelik motivasyonuna etki edecek diğer durumlar şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Buna yönelik olarak eski kanun ifadesinde geçen diğer azmettirme araçları bakımından gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde kabul edilen durumların ortak özelliğinin azmettirenin azmettirilenin iradesi üzerindeki etkisinin doğrudan olduğuna dikkat çekmiştir. Meyer, a.g.m., s. 530.

<sup>1419</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 298; Rogall, a.g.m., s. 12.

<sup>1420</sup> Dieter Meyer, a.g.m., s. 530.



okunur ve ayrıca gerekli nedensellik unsurunu da korur<sup>1421</sup>. Bu teori kapsamında olmakla birlikte iletişim, açık zihinsel etkileşim (*offenen geistigen Kontakt*), psişik etkileşim (*psychischen Kontakt*), zihinsel etki (*geistige Beeinflussung*)<sup>1422</sup> gibi farklı şekilde ifade edilse de kavramlar arasında temelde fark bulunmamaktadır<sup>1423</sup>. Belirtmelidir ki, azmettiren ile azmettirilen arasındaki iletişim sözlü veya sözlü olmayan şekilde gerçekleştirilebilir<sup>1424</sup>. Önemli olan kişilerin düşüncelerinin anlaşılabilirliği<sup>1425</sup>.

İletişimsel etkileşimin gerekliliğiyle sınırlandırma kriterinin sağlanması, azmettirmenin özel yapısını hem faillikten hem de yardım etmeden ayırmada işlev görür. Zira faillik bakımından iletişimsel etki olmaksızın da fiil hâkimiyeti mümkündür. Bunun yanı sıra yardım etme hareketinin daha fazlasını teşkil eder, yardım etme için esas fiile yönelik herhangi bir şekilde gerçekleştirilen yardım etme hareketi yeterli kabul edilmektedir<sup>1426</sup>. Nitekim fiili provoke eden durumların yaratılması şeklindeki katkı yardım etme kapsamında değerlendirilebilir niteliktedir<sup>1427</sup>. Bu nedenle iletişimsel etkiye yönelik böyle bir gereklilik azmettirme ile yardım etme arasındaki sınırın belirlenmesine yönelik de güvence sağlar.

Bu teori kapsamında ayrıca azmettirmenin ceza kapsamına ilişkin argüman ileri sürülmüştür. Azmettiren fail ile aynı ceza kapsamına tabi olduğundan, böyle bir karşılıklı zihinsel bağın bulunması gerekli olmalıdır. Böylece ilgili davranış şekli hareketin haksızlığında da belirli bir karşılaştırılabilirliğe sahip olmalıdır<sup>1428</sup>. Teorinin merkezini oluşturan iletişimsel etkinin, azmettirmenin esas ve cezalandırma sebebi ile bağlantılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç vardır<sup>1429</sup>. Bu bağlamda azmettiren ile azmettirilen arasındaki iletişim azmettirmeye ilişkin yasal düzenlemenin dayanağını oluşturan şerikliğin bağlılığı bakımından da gereklidir. Zira bağlılık kuralı esas fiil ile şerik

<sup>1421</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 296.

<sup>1422</sup> Plate, a.g.m., s. 294. Fiilî durumların oluşturulması suretiyle suça sevk etme bakımından, azmettirilen üzerinde zihinsel etkinin yaratıldığı kabulü için bkz. Christmann, a.g.e., s. 32.

<sup>1423</sup> Welz, a.g.e., s. 106.

<sup>1424</sup> Bu teori kapsamında kitle iletişim araçları ile fiile sevk etme durumlarının azmettirme bakımından yeterli olup olmadığına yönelik netlik bulunmadığı görüşü için bkz. Fahl, a.g.m., s. 433.

<sup>1425</sup> Welz, a.g.e., s. 111.

<sup>1426</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 298.

<sup>1427</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 804.

<sup>1428</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 304.

<sup>1429</sup> Gerson, a.g.m., s. 184. *Amelung/Boch*, bu yaklaşımın şerikliğin bizzat hukuki değere yönelik saldırısının kabul edildiği bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı teorisi ile uyumlu olduğunu belirtmişlerdir (*Amelung/Boch*, a.g.m., s. 262). Bu bağlamda azmettirmenin cezalandırma nedeninin dikkate alınmasının isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 105.

davranışı arasında bağıllığı aramaktadır. Bununla birlikte bu bağıllık sadece objektif kapsamda bulunamaz. Ayrıca şerikin esas fiilin gerçekleşmesine yönelik iradesi bulunmalıdır (*voluntativ Element*). Bu unsur ancak esas fail üzerinde oluşturulacak etki ile mümkündür. Fail azmettirildiğini ve azmettirmenin hangi fiile yönelik olduğunu bilmelidir<sup>1430</sup>.

Teori, herhangi bir nedensel etkinin suç kararı oluşturmak bakımından yeterli olmayacağı kabulü ile kapsam itibariyle salt sebep olma teorisinden daha dardır<sup>1431</sup>. Bu anlamda salt sebep olma teorisine göre azmettirme hareketinin belirliliğini güvence altına aldığı söylenebilir. Bu özelliğin teorinin güçlü yanını teşkil ettiği söylenebilirse de, teoriye yönelik doktrinde eleştiri ileri sürülmüştür. Teori, özellikle iletişimin niteliği bakımından istenilen içeriğin belirlenmesi noktasında tutarlı cevaplara sahip olmaması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>1432</sup>. Ayrıca teori kapsamında azmettirme için sadece iletişimsel anlamda etkileme yeterli görülerek, bunun ötesinde gizli bir anlaşmanın dikkate alınmaması durumunda yardım etmenin de oluşabileceği göz ardı edilmiştir. Böylelikle azmettirme ile yardım eden arasındaki ayrımın belirlenmesinin zorlaşacağı iddia edilmiştir<sup>1433</sup>. Bu nedenle iletişim kriteri azmettirmeyi tam olarak karakterize etmek bakımından yeterli değildir<sup>1434</sup>. Salt sebep olma kriterine göre azmettirmenin kapsamını iletişim kriteri ile daraltan bu teori esas olarak benimsenmekle birlikte, bazı görüşler iletişimin yanı sıra farklı gereklilikleri de dikkate alarak teoriye sınırlama getirmişlerdir<sup>1435</sup>.

---

<sup>1430</sup> Welz, a.g.e., s. 109. Yazar ayrıca bu gerekliliğin taksirle azmettirmenin kanun koyucu tarafından yaptırım altına alınmamış olmasının da bir sonucu olduğunu belirtir. Suç kararına herhangi bir şekilde sebep olmayı yeterli gören sebep olma teorisi ile bu durumun açıklanmasının güç olduğunu belirtir. Welz, a.g.e., s. 109.

<sup>1431</sup> Fahl, a.g.m., s. 433.

<sup>1432</sup> Rengier, a.g.e., s. 392.

<sup>1433</sup> Heinrich, a.g.e., s. 573; Özkan, a.g.e., s. 28 vd.

<sup>1434</sup> *Kahlo*'ya göre, faille eşdeğer cezalandırma bakımından azmettirme hareketinin "faille iletişimsel etki" olarak tanımlanması yeterli değildir. Faile yönelik iletişimsel etki anlamıyla azmettirme tipikliğinin dar yorumlanması gerekliliğine dikkat çekilmiş olmakla birlikte bundan, iletişim unsurunun neden failin hareketinin haksızlığına eşdeğer olması gerektiği sonucu çıkarılamamaktadır (Kahlo, a.g.m., s. 177). Diğer bir görüşe göre, salt iletişimin yeterli kabul edilmesi, örneğin, faile fiilin işlenmesi bakımından zaruri bilgi veren kimsenin azmettirme kapsamında değerlendirilmesine yol açabilir ki burada azmettirme kabul edilemez (Nepomuck, a.g.e., s. 235 vd.).

<sup>1435</sup> Teoriye getirilen bu sınırlamaların soyut nitelikte olması ve azmettirenin diğer suça iştirak türlerinden ayrımını sağlamaya katkısının olmayacağı eleştirisi için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 103.

### c. Gizli Anlaşma Teorisi (*Kollusionstheorie*)

Gizli anlaşma teorisi temelde iletişim teorisine dayanır. Bununla birlikte azmettirmenin kapsamını iletişim teorisine nazaran daraltır. Bu yaklaşımı haksızlık anlaşması yaklaşımı ile iletişim yaklaşımı arasında konumlandırmak mümkündür<sup>1436</sup>. Burada da azmettirmenin faile yönelik psikik etki özelliği ön plana çıkar. Bununla birlikte gizli anlaşma (*Kollusion*) teorisi esas olarak bir talebe (*Aufforderung*) dayanır<sup>1437</sup>. Özellikle yardım edenle arasındaki sınırlama bakımından<sup>1438</sup> azmettirme hareketinin talep karakterine<sup>1439</sup> (*Aufforderungscharakter*) sahip olması gerekir<sup>1440</sup>. Konuşma dilinde sevk etme (*bestimmen*) birisinden talepte bulunmak, ona bir hedef vermek, bir şey emretmek anlamına gelmektedir<sup>1441</sup>. Bu nedenle suça yönelik belirlenen özellikler bakımından sadece bilgi veya önerilerin iletilmesi yeterli değildir. Aynı şekilde fiilin oluşturulmasına yönelik tahrik edilen durumun azmettirme aracı olarak karşılığı olamaz<sup>1442</sup>. Suç işlemeye sevk etme unsuru, doğrudan doğruya azmettirenin failin iradesi üzerinde etkide bulunmasını aramaktadır<sup>1443</sup>. Azmettiren ile azmettirilen arasındaki zihinsel temas (*geistigen Kontakts*) kriteri öncelikle uygun durumun sağlanmasıyla fiile yönelik provokasyonun, azmettirme alanından dışlanmasına hizmet eder. Bununla birlikte azmettirme kabulü için iletişim teorisi temelinde her türlü zihinsel iletişim yeterli değildir.

<sup>1436</sup> Krüger, a.g.m., s. 492.

<sup>1437</sup> Schumann, a.g.e., s. 51-52; Maurach, a.g.e., s. 685; Satzger, a.g.m., s. 515. Aynı yönde Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 131; Weßlau, a.g.m., s. 129; Bemann, a.g.m. (FS Gallas), s. 278; Amelung, a.g.m., s. 163 vd.; Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 363; Schild, a.g.e., s. 1260. Ayrıca bkz. Christmann, a.g.e., s. 131-132. Bu kapsamda olmak üzere *Nepomuck*, talebin gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte, yeterli olmadığını belirtmiştir. Yazara göre, fiile yönelik üstün gelen menfaatten hareketle failde oluşturulan değiştirilmez nitelikteki fiile yönelik sevk etme şarttır. Yazar bunu nitelikli talep (*qualifizierte Tataufforderung*) olarak nitelendirmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 186).

<sup>1438</sup> Heinrich, a.g.e., s. 573.

<sup>1439</sup> Çalışmanın kapsamı sebebiyle kavramın içeriğine yönelik doktrinde ileri sürülen tüm görüşlere yer verilemeyecektir. Görüşler hakkında ayrıca bkz. *Nepomuck*, a.g.e., s. 112.

<sup>1440</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 154; Roxin, a.g.m. (1993), s. 377; Amelung, a.g.m., s. 176; Murmann, a.g.e. (Komm), s. 244; Heinrich, a.g.e., s. 573; Kühl, a.g.e., s. 852; Schröder, a.g.m., s. 292; Dieter Meyer, a.g.m., s. 530; Schumann, a.g.e., s. 52; Fahl, a.g.m., s. 433; Joachim Kretschmer, "Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?", *JURA*, 2008, ss. 265- 271, s. 266.

<sup>1441</sup> Jan C. Joerden, "Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten", *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, s. 563-580, s. 568 vd.

<sup>1442</sup> Bloy, a.g.e., s. 328; Dieter Meyer, a.g.m., s. 530

<sup>1443</sup> Bu bağlamda doktrinde bir görüş azmettirmeyi failde doğrudan ve amaca yönelik etki anlamında gizli işbirliği şeklinde tanımlamıştır. Azmettirme hareketi faildeki suçu işlememeye yönelik içsel engelin üstesinden gelmesini sağlaması nedeniyle yardım etmenin aksine suç kararına ilişkin manevi unsurun ağırlığını ön plana çıkarır. Baunack, s. 146 vd.'dan aktaran *Nepomuck*, a.g.e., s. 113.

Nitekim önemsiz şekilde ifade edilen bir tavsiye ya da sadece bir bilgilendirme<sup>1444</sup>, azmettiren ile failin zihinsel iletişimine dayansa dahi, yeterli değildir<sup>1445</sup>.

Teori, azmettiren ile fail arasında oluşan birlikte hareket etme bakımından daha yüksek şartlar konulmasını savunmaktadır<sup>1446</sup>. Daha açık ifadeyle, azmettirme bakımından provoke edici durumun oluşturulması<sup>1447</sup> veya psişik veya zihinsel etkinin oluşturulmasından daha fazlasına ihtiyaç vardır. Yardım etmeye karşılık, azmettirmede “azmettiren ile fail arasındaki gizli zihinsel iletişim” gereklidir<sup>1448</sup>. Sevk etme hareketi bu niteliğe sahip olduğu sürece, azmettiren ile azmettirilenin doğrudan temasa geçmesi şart değildir. Diğer bir ifadeyle azmettirenin bir başkası aracılığıyla faili suça sevk etmesi mümkündür<sup>1449</sup>.

Suçta sevk etmeye yönelik talepten ne anlaşılacağı noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim *Roxin*'e göre, azmettirenin davranışı sadece hedefe uygun talebe yönelik olduğunda<sup>1450</sup> kanuna göre gerekli olan azmettirenin bağımsız olarak taşıdığı haksızlık ile failin haksızlığının eşkonumu muhafaza edilir<sup>1451</sup>. *Roxin* bu bağlamda şerikliğin cezalandırma nedeni olarak bağlı hukuki değere yönelik saldırı kabulünden de hareket ederek bu sonuca varmıştır<sup>1452</sup>. *Joerden* ise bunu bağlılık unsuru ile

<sup>1444</sup> Sohbet sırasında açıklanan düşünceler bir suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterici nitelikte olsa bile azmettirmeden bahsedilemez. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 155.

<sup>1445</sup> Krüger, a.g.m., s. 492; Heinrich, a.g.e., s. 573. Bu nitelikteki suça sevk etme şekillerinin nötr azmettirme (*neutralen Anstiftung*) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Schild, a.g.e., s. 1267. Bu probleme ilişkin azmettirme kapsamında normatif bir sınırlandırmanın gerekli olduğuna yönelik görüş için bkz. Murmann, a.g.e. (Komm), s. 244; Kühl, a.g.e., s. 844.

<sup>1446</sup> Schild, a.g.e., s. 1263; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 254; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 560.

<sup>1447</sup> Doktrinde suça provoke eden şartların oluşturulmasını azmettirme bakımından yeterli kabul etmemekle birlikte garantörlük durumu bakımından istisna tanıyan görüş için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 118.

<sup>1448</sup> *Roxin*, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 377; Hünerfeld, a.g.m., s. 248; Dieter Meyer, a.g.m., s. 531. Yazar, bu gerekliliği gizli işbirliği (*kollusives Zusammenspiel*) şeklinde ifade etmiştir (Meyer, a.g.m., s. 531). Suça yönlendiren ile fail arasında gizli işbirliğinin ortaya çıkarılmasının her durumda mümkün olmayacağı eleştirisi için bkz. Hilgendorf, a.g.m., s. 10.

<sup>1449</sup> Schild, a.g.e., s. 1260.

<sup>1450</sup> Hakeri, a.g.e., s. 535.

<sup>1451</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 304; *Bloy*, gizli anlaşma şeklinde belirlenen kriterin azmettirmeyi faille eşdeğer cezalandırma nedeniyle müşterek faillığe yakın bir yapıya tabi kılma çabasının ürünü olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde ceza kapsamını meşrulaştırmaya yönelik girişim kabul edilemez (*Bloy*, a.g.e., s. 329). *Hilgendorf*, *Roxin* tarafından belirlenen kriterin provoke edici durumun oluşturulması durumunda da bulunduğu, bu nedenle şerikliğin cezalandırılma nedeninden hareketle söz konusu tartışmaya netlik kazandırılmayacağı eleştirisini getirmiştir (Hilgendorf, a.g.m., s. 9).

<sup>1452</sup> *Roxin*, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 376 vd. Suça motive edebilecek bilgi veya durumlar insanların günlük yaşam tecrübelerine aittir. Bu tür durumların tesadüfi veya amaca yönelik olup olmadığı fark etmez. Bunlar bakımından, azmettirme için gerekli olan amaca yönelik fiil talebi mevcut değildir. *Roxin*, a.g.m., s. 377.

ilişkilendirerek pozitif veya negatif, maddi veya maddi olmayan bir yaptırım sözü verme veya bu şekilde tehdit etmeyi bu kapsamda ele almıştır<sup>1453</sup>. Bu, somut bir isteğin ifade edilmesi veya hediye verme sözünün yarattığı teşvik aracılığıyla olabileceği gibi, ast-üst ilişkisinin kullanılması, daha doğrusu tehditle de olabilir<sup>1454</sup>. Belirleyici olan azmettirenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak esas fiilin işlenmesi gerektiğini ifade etmesidir<sup>1455</sup>. Talebin özelliği bir şeyden kaçınma durumunda onu yapmaya yönelik zorlama tehdididir. Otorite-bağlılık ilişkisi bu bağlamda düşünülebilir<sup>1456</sup>. *Jakobs* bu durumu bir adım daha öteye taşıyarak şu şekilde ifade etmiştir: Azmettiren ile azmettirilen arasında *gerçekleşebilir* hareketlere yönelik iletişim değil, *gerçekleşmesi gereken* hareketlere yönelik iletişim azmettirme kapsamında değerlendirilmelidir. Azmettirilenin kastı, azmettirenle kurduğu iletişim aracılığıyla fiilin işlenmesinin gerekliliğine ilişkindir<sup>1457</sup>. Bu noktada dolaylı faillik ile ayırım sorun teşkil edebilir. Dolaylı faillik kapsamına giren durum cebir nedeniyle zorunluluk halidir. Bunun dışındaki tüm zorlamalar azmettirmeyi temellendirir<sup>1458</sup>. Bu husus sadece olumsuz yaptırım olarak anlaşılmalı, bunun yanı sıra ödül gibi olumlu yaptırımların mümkün olabileceği<sup>1459</sup> göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun koyucu değil, azmettiren olumlu veya olumsuz yaptırımı vaatte bulunarak (*in aussicht stellen*) failin davranışının üst seviyesini önceden belirler. Böylelikle azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması meşru şekilde açıklanabilir<sup>1460</sup>. Böylece azmettirilen olumlu veya olumsuz belli bir karşılık

---

<sup>1453</sup> Joerden, a.g.m., s. 563 vd.

<sup>1454</sup> Heinrich, a.g.e., s. 573.

<sup>1455</sup> Joerden, a.g.m., s. 568. Bu yönde Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 804. Yazarlar savdukları bu yaklaşım çerçevesinde ihmal hareketle azmettirmenin de mümkün olmayacağını belirtmişlerdir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 805.

<sup>1456</sup> Joerden, a.g.m., s. 571; Nepomuck, s. 174 vd.

<sup>1457</sup> Jakobs, a.g.e., s. 666. *Gallas* da fail üzerindeki psikik etkinin, failin suç işleme kararının azmettirenin eseri olarak belirecek ağırlıkta olması gerektiğini belirtmiştir. *Gallas*, JR 1956, s. 226'dan aktaran Nepomuck, a.g.e., s. 103.

<sup>1458</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 567. Benzer yönde *Amelung*, azmettirmenin talebe ilişkin gerekliliğini bir nevi azmettirmeyi dolaylı faillığe yakınlıştırarak ele almıştır. Yazara göre, talep kavramı sonuç olarak sosyal normlara ilişkin (itaat yükümlülüğü, minnet borcu (*Dankespflicht*), belli yönde davranış beklentisi, karşı gelme zorluğu) yaptırımı gerektiren bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda suça azmettirme azmettirilenin özgür hareket etmemesi ile uyum arz eder. Azmettirme sadece azmettirmenin gerçekleştiği andaki baskıyı değil, ayrıca baskı sonrasında ilgilinin bundan dönememesi durumunu da içerir. İlgili kişinin benimsediği emir ve yasaklara yönelik sebepler oluşturarak norm karşıtı bir uyarı oluşturur. Böylelikle kişide bir iç çatışmanın oluşmasına sebep olur. Kişiden fiile hazır olduğuna yönelik beklenti ve oluşturulan baskı ile bunu sağlar. *Amelung*, a.g.m., s. 163 vd.

<sup>1459</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 568.

<sup>1460</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 567.

nedeniyle bir nevi kendisini azmettirenin yükümlü kılmaktadır. Ancak bunun sözleşme benzeri bir yükümlülük şeklinde anlaşılması gerekir<sup>1461</sup>.

Görüldüğü üzere farklı şekillerde ifade edilmekle birlikte talep ortak paydasında buluşan azmettirmenin bağıllığı yaklaşımı son zamanlarda artarak daha fazla taraftar bulmaktadır<sup>1462</sup>. Bu görüş, sadece böyle sınırlı bir yorumla azmettirenin cezada indirim olanağı olmaksızın faille aynı şekilde yüksek ceza tehdidi içermesinin haklı kılınabilmesi nedeniyle benimsenebilir ki, görüşe ilişkin gerekçe olarak genellikle buna vurgu yapılmıştır. Her durumda gizli bir işbirliğini gerektiren müşterek faillikle yapılacak kıyaslamada da bu sonuç ortaya çıkar. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, fiilin işlenmesine yönelik talebin temelini oluşturan zihinsel iletişimin hareket anlamında içeriğinden ne anlaşılması gerektiği sorusu hala tatmin edici şekilde açıklanamamıştır.

#### *d. Baskın Etki Teorileri*

Suçta sevk etme kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin daha katı sınırlamalar içeren diğer yaklaşımların dayandıkları temel argüman, azmettiren ile failin aynı ceza kapsamına tabi olmasıdır. Bu bağlamda haksızlık anlaşması (*Puppe*), plan hâkimiyeti (*Schulz*), iradeyi oluşturan güç<sup>1463</sup> (*Köhler*) öne çıkmaktadır<sup>1464</sup>. Bu

<sup>1461</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 124. Yazar azmettirilenin otonomluğu nedeniyle azmettirenin etkisinin de yoğun olması gerektiğini belirterek ancak bu şekilde faille eşdeğer cezayı meşru kılacak bir azmettirme hareketinin haksızlığından söz etmenin mümkün olabileceği sonucuna varmıştır. Renzikowski, a.g.e., s. 124.

<sup>1462</sup> Nitekim yaptırma değer talep (*sanktionsbewehrte Aufforderung*) ifadesi *Nepomuck* tarafından kullanılmaktadır (Nepomuck, a.g.e., s. 85 vd.). *Jakobs* tarafından bağlayıcı bir fiil talebi (*verbindliche Tataufforderung*) şeklinde kullanılmaktadır (Jakobs, a.g.e., s. 666 vd.). Benzer yönde görüş için ayrıca bkz. Amelung, a.g.m., s. 176.

<sup>1463</sup> Köhler, a.g.e., s. 525. Azmettiren faille suçun işlenmesi durumunda gerçekleşecek avantajları ve suçun işlenmemesi durumunda ortaya çıkacak dezavantajları vaad ederek her iki durum bakımından azmettirileni kendi iradesine bağlı hale getirir. Yazar böylelikle arka planda yer alan faili kendi iradesine bağlı hale getirmediği, diğer bir ifadeyle fiilin işlenmesine bağlı avantajları veya dezavantajları faille karşı bir araç olarak kullanmadığı durumları azmettirme kapsamında ele almamaktadır. Aile içi veya kurumsal otorite ilişkisinin kullanılması azmettirme örneği teşkil eder. Yazar buna karşılık yardım etmeyi, failin fiile ilişkin amacı üzerinde etkisi bulunmayan karar veya tavsiye yardımı ile karakterize etmiştir. Yardım etme durumlarında failin karar özgürlüğüne yardım edenin müdahalesi bulunmaz. Bu nedenle tavsiye, istek, suçun işlenmesine yönelik akıl, öğüt verme azmettirme kapsamında yer alamaz (Köhler, a.g.e., s. 525 vd.). Benzer yönde *Kahlo*, azmettirmeyi iradeyi belirleyen güç ekseninde kabul ederek azmettirmeyi dolaylı failliğin bir türü olarak ele almaktadır (Kahlo, a.g.m., s. 159 vd.). Ayrıca bkz. Amelung, a.g.m., s. 157.

<sup>1464</sup> Bu tür kriterlerin somut olayda ispat güçlüğü ortaya çıkaracağı ve ceza boşluklarına sebep olacağı eleştirisi için bkz. Hilgendorf, a.g.m., s. 10.

yaklaşımlar genel olarak ele alındığında, suça sevk etme bakımından dikkate alınan kriterlerin azmettirmeyi dolaylı faillığe yaklaştırdığı söylenebilir<sup>1465</sup>.

### (1) Haksızlık Anlaşması Teorisi

*Puppe*, azmettirimin haksızlığını haksızlık anlaşması temelinde açıklarken, haksızlık anlaşmasının müşterek failliğin varlığı için de gerekli olduğu iddiasında bulunmuştur. Müşterek failin ceza sorumluluğunun tek fail gibi olmasının sebebi olarak sadece ortak suç kararının yeterli olmayacağını, bunun dışında her bir müşterek faili diğerine karşı yükümlü hale getirecek bir bağın bulunması gerektiğini belirtmiştir. Her bir suç ortağı suçun icrasına yapacağı katkıyla haksızlık anlaşmasındaki kısmını gerçekleştirmiş olur. Böylelikle müşterek failin etkisi suç ortağının suça ilişkin katkısının üzerindedir ki bu, suçun ona isnadına olanak sağlar<sup>1466</sup>.

İşte bu düşüncenin azmettirmeye de sirayeti sağlanmalıdır<sup>1467</sup>. Azmettiren fail gibi cezalandırabilmenin hakkaniyete uygun olması için sadece suç işleme kararını oluşturma yeterli olmamalı, bununla birlikte aralarında yükümlülük bağı oluşturulmalıdır. Bu da haksızlık anlaşması ile mümkündür, burada bahsedilen fiilî bir bağlılıktır<sup>1468</sup>. Böyle bir haksızlık anlaşması ise sadece iletişim yoluyla mümkün olabilir. Burada öncelik, fail üzerindeki azmettirenin psikik etkisi değil, aksine suçun işlenmesine yönelik anlaşmadadır<sup>1469</sup>. Bu yaklaşım çerçevesinde azmettirme bir yandan hem haksızlık

<sup>1465</sup> Schild, a.g.e., s. 1262.

<sup>1466</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 112.

<sup>1467</sup> Bu yaklaşıma yönelik olarak kanun lafzından hareket ederek azmettirenin bir başkasını suç işlemeye yönlendirmesinin esas olduğu, bununla birlikte müşterek faillik bakımından failin ortaklaşa gerçekleştirilmesinin arandığı eleştirisi getirilmiştir. Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 296.

<sup>1468</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 112. *Hünerfeld*, yazarın haksızlık anlaşması şeklinde fiile yönelik plan ortaklığı üzerine şekillendirdiği yaklaşımının, aynı zamanda azmettirimin tipikliğini nedensellik bakış açısı çerçevesinde açıklarken kapsamın sınırlandırılmasına yönelik çabasının sonucu olduğuna dikkat çeker. *Hünerfeld*, yazarın azmettirme tipikliğini psikik nedensellik temelinde açıklamanın ortaya çıkardığı zorlukları ve belirsizlikleri bu şekilde ortadan kaldırmaya çalıştığı iddiasındadır (Hünerfeld, a.g.m., s. 249).

<sup>1469</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 296. Doktrinde bu yaklaşıma paralel bir görüş *Hoyer* tarafından savunulmuştur. Azmettirenin dolaylı faillığe ve müşterek faillığe eşdeğer haksızlığını gerektirecek için motivasyon hâkimiyetine yönelik değerlendirme yapan *Hoyer*, failin fiili azmettirenin talep ettiği görevi yerine getirmek için işlediği sonucuna varmıştır. Yazara göre, sadece tavsiye veya suçun işlenmesine yönelik ortaya çıkarılan fırsatlar azmettiren ile azmettirilen arasındaki anlaşma için yeterli olamaz. Bununla birlikte suçun işlenmesi bakımından söz konusu karşılığın muhakkak maddi nitelikte olmasının gerekmediği, maddi olmayan nitelikte de olabileceğini belirten yazar suçun gerçekleştirilmemesi durumunda arkadaşlığın veya ilişkinin sona erme tehdidini örnek olarak göstermiştir (Hoyer, SK, § 26 Rn. 14'ten aktaran Nepomuck, a.g.e., s. 162). Benzer yönde bkz. Joecks, a.g.e., s. 1233. *Joecks* azmettirme hareketi olarak, *Roxin*'in ileri sürdüğü şekilde, sadece talepte bulunmanın faillığe eşdeğer cezayı meşru kılmadığını belirtmiştir. *Joecks*'e göre, fiile ilişkin

anlaşmasının gerekliliği hem de ortak suç planı ile müşterek faillğe yakın bir iştirak türü olarak ele alınmaktadır<sup>1470</sup>. Diğer yandan ise müşterek faillğe nazaran fiile ilişkin netice ile daha zayıf bir bağlantıya sahip olması ve azmettirilenin belli bir ölçüde azmettirenin iradesine tabi olması nedeniyle dolaylı faillğe benzemektedir<sup>1471</sup>. Böylelikle *Puppe*, azmettiren ile failin eşdeğer cezalandırılmasına makul bir gerekçe oluşturmak isterken, aynı zamanda azmettirilenin kapsam alanını yardım etme lehine daraltmıştır. Diğer bir ifadeyle, her türlü suça sebep olmanın azmettirme bakımından yeterli olamayacağı ve benimsenen kritere uygunluk sağlamayan durumların yardım etme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır<sup>1472</sup>.

Böylelikle suç kararının bir unsur olarak anlaşılması gerektiği sonucunun ortaya çıktığı ileri sürülmüştür. Anlaşma, hâlihazırda suç işleme kararı vermiş kişiyle de fiilin işlenmesine ilişkin ortak bir üstlenmeyi sonuçlayabileceğinden, bu kişi azmettirme hareketi bakımından elverişli fail kabul edilir<sup>1473</sup>.

Bu yaklaşıma yönelik getirilen asıl eleştiri, yaklaşımın kapsamının bu şekliyle çok dar olduğuna<sup>1474</sup> ve azmettirmeye ilişkin normun anlam ve amacına, azmettirilenin sistematik konumuna uygunluk taşımadığına<sup>1475</sup> yönelik olmuştur. Zira azmettirilenin objektif tipikliği bakımından en fazla gerekliliği haksızlık anlaşması öğretisi barındırmaktadır. Bu gerekliliğin fazla olması nedeniyle yaklaşım, azmettirme

---

ilk harekete geçiren kişi olarak azmettiren, talimatı sayesinde fiil üzerinde önemli bir etki oluşturmaktadır (Joecks, a.g.e., s. 1233).

<sup>1470</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 113.

<sup>1471</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 113. *Puppe*, ileri sürdüğü görüşün büyük ölçüde müşterek hukuk kurumu olan *mandatum* ile benzediğine dikkat çekmiştir. Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 101.

<sup>1472</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 110.

<sup>1473</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 295. *Ingelfinger*'e göre, *Puppe* tarafından ileri sürülen bu teori kapsamında azmettirenin kastının somutlaştırılması noktasında dar bakış açısından hareket edilmesi gerekir. Azmettirme hareketinin belirliliği bakımından fiile yönelik her türlü unsur (fiilin gerçekleşme zamanı, yeri, suçun konusu gibi) azmettirilenin kastının somutlaştırılmasında dikkate alınmalıdır (Ingelfinger, a.g.e., s. 135).

<sup>1474</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 157; Krüger, a.g.m., s. 493; Hilgendorf, a.g.m., s. 10; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 601. *Koch/Wirth*'in, azmettirilenin çete liderliği, kiralık katil gibi durumlar ile sınırlanmasına sebep olacağı görüşü için bkz. Koch/Wirth, a.g.e., s. 205.

<sup>1475</sup> Rogall, a.g.m. (GA 1979), s. 12. Benzer eleştiri için bkz. Amelung/Boch, a.g.m., s. 263. Söz konusu yaklaşımın azmettirilenin şartlarına ilişkin belirliliği sağlayamadığı eleştirisi için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 157. Yazar ayrıca şu örneği vererek konuya açıklık getirmek istemiştir: (A), (T)'ye öldürme suçunu 10000 Euro karşılığında gerçekleştirmesi için yazılı teklifte bulunur. (T), (A)'nın yazılı teklifine cevap vermeksizin suçu gerçekleştirir. Daha sonra (A)'dan söz verdiği parayı ister ve alır. Bu olayda her ne kadar (A) açısından, öldürme suçunun gerçekleştirilmesi için belli bir miktar para teklifinde bulunması nedeniyle, azmettirme kabul edilebilirse de (T) açısından aynı sonuca ulaşılması şüphelidir. (T), (A)'ya karşı ne suç işleme yükümlülüğü altındadır ne de suçu gerçekleştirmeye yönelik söz vermiştir.



kapsamındaki cezaya layık diğer durumları dışlar ve böylelikle azmettirenin özel tehlikeliliğini meşrulaştıramaz<sup>1476</sup>. Sadece iletişimsel yöntemle failde suç işleme kararının oluşması durumunun neden azmettirme kapsamında değerlendirilemeyeceği makul şekilde izah edilememektedir<sup>1477</sup>.

Azmettirmeye ilişkin madde düzenlemesinde azmettirilenin sadece sevk edilmesine yer verildiğinden<sup>1478</sup>, bu yaklaşım, faillik ile azmettirme arasındaki ayrımı belirsizleştireceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>1479</sup>. Zira cezanın belirlenmesi bakımından fail için belirlenen cezanın esas alınmasının ancak haksızlık anlaşması ölçütünün kabulüyle makul hale gelebileceği kabulü, azmettirenin müşterek failden ayrımına yönelik sınırı belirsizleştiren bir özellik arz eder<sup>1480</sup>. Karşılıklı yükümlülük müşterek failliğin karakteristik özelliği olması nedeniyle, azmettirilenin kabulü bakımından azmettiren ile fail arasında bir anlaşmanın bulunması zorunluluğunun aranması her durumda azmettirme yapısına uygun bir durumu sonuçlamayacaktır<sup>1481</sup>. Ayrıca dolaylı faillik ile arasındaki sınır da belirsizleşir<sup>1482</sup>. Bu yaklaşımın azmettirilenin tarihsel gelişimi çerçevesinde asli manevi fail olarak kabul edildiği zamanların bir yansıması olabileceği ileri sürülmüştür<sup>1483</sup>.

Azmettirmeye ilişkin düzenlemede yer alan ifadeden anlaşılacağı üzere, tek taraflı sevk etme olan azmettirme hareketi böyle bir karşılıklı sözleşme anlamına uygun olmaması nedeniyle kanun ifadesini ihlal edici niteliktedir<sup>1484</sup> ve eğer anlaşmanın yasal bağlılık gücü bulunuyorsa sözü edilen bağlayıcı etkisinin nerede olduğu çözümlenememektedir<sup>1485</sup>. Ayrıca sözleşmesel bir bağlılığın aranması kanunda temelini

<sup>1476</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 158; Stein, a.g.e., s. 172 vd.; Heghmanns, a.g.m., s. 482.

<sup>1477</sup> Hilgendorf, a.g.m., s. 9.

<sup>1478</sup> Suça sevk etme kavramının yükümlülüğü gerektirmediği eleştirisi için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 157.

<sup>1479</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 152; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 802.

<sup>1480</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 296; Christmann, a.g.e., s. 45. Aynı yönde Bloy, a.g.e., s. 329. *Bloy* burada faillik ve azmettirilenin aynı ceza kapsamında ele alınması argümanına karşılık olarak ceza kapsamalarının pozitif hukuka ilişkin belirlenmeler olduğunu, buna karşılık iştirak türleri bakımından normatif gerçek tipikliğin (*normative Realtypen*) dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bloy, a.g.e., s. 329.

<sup>1481</sup> Gerson, a.g.m. (teil 2), s. 297; Schild, a.g.e., s. 1258; Krüger, a.g.m., s. 497.

<sup>1482</sup> Demirel/Kartal, a.g.m., s. 480. *Christmann*, bu yaklaşımla azmettirilenin müşterek faillik ile dolaylı faillik arasında bir konuma yerleştirildiğini belirtmiştir. Christmann, a.g.e., s. 44.

<sup>1483</sup> Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 601.

<sup>1484</sup> Aynı yönde Roxin, a.g.e. (AT), s. 152; Nepomuck, a.g.e., s. 158; Hilgendorf, a.g.m., s. 10; Koch/Wirth, a.g.m., s. 205. Ayrıca bkz. Schulz, a.g.m., s. 939 vd. *Demirel/Kartal*, TCK kapsamında azmettirme ifadesinden de böyle bir yükümlülük gereğinin şart olduğu sonucunun çıkarılamayacağını belirtirler. Demirel/Kartal, a.g.m., s. 479.

<sup>1485</sup> Kahlo, a.g.m., s. 177; Roxin, a.g.e. (AT), s. 157.

bulan bağıllık kuralı ile de bağdaşır nitelik arz etmemektedir<sup>1486</sup>. Fail suçun işlenip işlenmeyeceğine ve ne şekilde işleneceğine karar veren kişidir. Failin azmettirenine bağıllığı anlamına gelebilecek bu teori bu anlamda çelişki arz eder. Failin suçun işlenmesine yönelik kararı yönlendirilmiş olsa da kendi iradi kararıdır ve bu nedenle bir başkasına karşı yükümlülüğe tabi kılınmaz<sup>1487</sup>.

## (2) Plan Hâkimiyeti Teorisi

*Schulz* tarafından geliştirilen plan hâkimiyeti teorisine göre azmettirenin hâkimiyet ilişkisi sadece suç seyriyle bizzat ilişkili olması gereği değildir, bilakis suça ilişkin plan<sup>1488</sup> bakımındandır. Diğer bir ifadeyle esas olan, azmettirenin fiilin icrası üzerindeki etkisi değildir<sup>1489</sup>, plan üzerindeki hâkimiyettir<sup>1490</sup>. Böylece azmettirenin baskınlığı fail üzerindedir<sup>1491</sup>. Azmettirmenin faillik ile aynı değerde olması gerekli olmakla birlikte,

<sup>1486</sup> Welz, a.g.e., s. 105.

<sup>1487</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 158.

<sup>1488</sup> Azmettirenin plan üzerinde hâkimiyete sahip olması kriterinin azmettirmeye ilişkin her durumla uyuşmadığını ileri süren *Nepomuck*, kiralık katil örneğinde olduğu gibi arka planda yer alanın sadece mağdurun kimliğine yönelik bilgi vermesi ve suç planına ilişkin diğer ayrıntıları faile bırakması durumunda da azmettirmenin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Nepomuck*, a.g.e., s. 164.

<sup>1489</sup> Schulz, a.g.e., s. 144.

<sup>1490</sup> Doktrinde plan hâkimiyetine benzer şekilde motiv hâkimiyeti (*Motivherrschaft*) üzerinden taraflar arasındaki bağlantının neyi gerektirdiğine yönelik görüş de ileri sürülmüştür (Aktaran Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600). *Joecks*, azmettirenin motivasyon üstünlüğüne sahip olmasını esas almıştır. Azmettirmenin yüksek ceza tehdidini, azmettirenin fiil bakımından ilk girişimde bulunan kişi olarak fiil kendisinin talimatı ile gerçekleşeceğinden, fiilin gerçekleşmesi bakımından etkisinin büyük olmasına bağlamıştır (*Joecks*, a.g.e., s. 1233). Bu bağlamda benzer bir görüş ileri süren *Renzikowski* failin otonomluğu nedeniyle fail üzerindeki azmettirenin etkisinin yoğun bir etki olması gerektiğini belirtmiştir. Böylelikle azmettirme hareketinin değersizliği faillğe eşdeğer cezalandırmayı meşru kılacak derecede olur (*Renzikowski*, a.g.e., s. 124). *Renzikowski* buradan hareketle azmettirenin, fiili gerçekleştirmesi için faile belirleyici motivi sağlayan kişi olarak tanımlamıştır (*Renzikowski*, a.g.e., s. 123). Azmettiren failin suçu işlemesi bakımından daha iyi sebepler oluşturarak onun hukuki değeri ihlal etmeye yönelik içsel engellerini ortadan kaldırır (*Renzikowski*, a.g.e., s. 125). *Lampe*, failin özgür şekilde alacağı suç kararına neden olan motivi oluşturmak suretiyle irade belirlemesi olarak azmettirmeyi tanımlamıştır. Böylelikle *Lampe* de suç kararı bakımından motivi dikkate almıştır (*Lampe*, a.g.m. (ZStW 1965), s. 268). Her türlü motivin azmettirme bakımından yeterli olmayacağına vurgu yapan yazar bu bağlamda söz konusu azmettirme aracının failin motivasyonunda üstün ağırlığa sahip olması gerektiğini belirtmiştir (*Lampe*, a.g.m. (ZStW 1965), s. 262). Farklı bir yaklaşım ise azmettirme hareketini karar hâkimiyeti (*Entscheidungsherrschaft*) üzerinden ele almıştır. Yazara göre azmettiren, iradesine uygun karar oluşumunu fail üzerindeki baskınlığı ile sağlamaktadır. Azmettiren suçun işlenmesine yönelik kararı faile bırakmadığından aslında failin azmettirenin tasavvuruna bağıllığı söz konusu olur (*Nepomuck*, a.g.e., s. 85). Yazar bu şekilde suça katılanlar arasındaki bağıllık ilişkisine farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Yazar ayrıca azmettirme hareketine yönelik hâkimiyet üzerinden yapılan açıklamalarda failin fiil hâkimiyetinin argüman olarak ileri sürülmesini eleştirmiştir. Azmettirenin fiil hâkimi olamadığından suça ilişkin başka bir aşama üzerinde kurduğu hâkimiyet üzerinden yapılan açıklamaları teorik temellerinin bulunmaması nedeniyle isabetsiz bulmuştur (*Nepomuck*, a.g.e., s. 86).

<sup>1491</sup> Schulz, a.g.e., s. 140; aynı şekilde Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 933.

aynı türde olması aranmaz<sup>1492</sup>. Burada söz konusu olan, plan hâkimiyeti düşüncesinin faillik öğretisinin eğilimini değiştirmesi değil, bunun yerine ona uyması, dâhil olması gerektiğidir<sup>1493</sup>. Azmettirenin suç iradesi üzerinde hâkimiyeti bulunmadığı gibi fiilin işlenip işlenmeyeceği üzerinde de hâkimiyeti bulunmaz. Bununla birlikte azmettiren suç planına şeklini veren kişidir, suçun icrasına ilişkin kararı ise faile bırakır<sup>1494</sup>. Böylelikle suç seyri kapsamındaki hususlar bakımından azmettiren faile bağlıdır<sup>1495</sup>. Bununla birlikte suç planı azmettirenin eseri olarak kabul edilmelidir<sup>1496</sup>.

*Schulz* plan hâkimiyeti düşüncesini somutlaştırmak için suça ilişkin anlam ilişkisi kriterini kullanır. *Schulz* plan hâkimiyetinin değerlendirmesini sosyal yaşam ilişkilerine bağlamıştır<sup>1497</sup>. Buna göre, tavsiye veren suça ilişkin anlam ilişkisi (*deliktischen Sinnzusammenhang*) oluşturuyor<sup>1498</sup> veya var olan anlam ilişkisini değiştiriyorsa azmettirme kabul edilmelidir<sup>1499</sup>. Buna karşılık fail tarafından oluşturulan anlam ilişkisine bağlı ise yardım edendir<sup>1500</sup>. Bu şekilde plan hâkimiyetinin içeriğini somutlaştırmıştır<sup>1501</sup>.

---

<sup>1492</sup> Schulz, a.g.e., s. 140.

<sup>1493</sup> Schulz, a.g.e., s. 142. *Maurach /Gössel/Zipf*, *Schulz* tarafından önerilen, azmettirmenin faillik ve yardım etme karşısında esasını oluşturduğunu belirttiği plan hâkimiyeti düşüncesini, failliği temellendiren fiil hâkimiyeti ile ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda isabetli olmaması sebebiyle eleştirmişlerdir. *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (6. bs), s. 300

<sup>1494</sup> Schulz, a.g.e., s. 143. *Schulz* tarafından ileri sürülen plan hâkimiyetine benzer yaklaşımı *Bloy* kabul etmiştir. O da azmettirmeyi karar aşamasındaki baskınlığının karakterize ettiğini belirtir. Hem suçun işlenmesine yönelik faildeki son şüpheyi ortadan kaldırdığından ahlaki sebep olan olarak hem de suç planını hazırlayarak manevi sebep olan olarak azmettirenin faille eşdeğer cezalandırılması meşruluk kazanır (*Bloy*, a.g.e., s. 338).

<sup>1495</sup> Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 938.

<sup>1496</sup> Schulz, a.g.e., s. 145. Yazar ayrıca eski kanun düzenlemesi kapsamında aranan azmettirme araçlarının niteliğinden hareket ederek benimsemiş olduğu yaklaşımla paralellik arz ettiğine dikkat çekmiştir. Kanun düzenlemesinde örnek olarak sayılan azmettirme araçları bakımından ön plana çıkan özellik, azmettirenin azmettirilen karşısında iradî üstünlüğü elinde bulundurmasıdır. Bu nedenle yeni düzenleme kapsamında azmettirmenin yorumlanmasında bu konuya ilişkin hatalı kabullerden kaçınılması gerekir. *Schulz*, a.g.e., s. 141.

<sup>1497</sup> Schulz, a.g.e., s. 145.

<sup>1498</sup> Tipik azmettirme hareketini suça ilişkin anlam ilişkisini oluşturma üzerinden ifade eden diğer bir görüş için bkz. *Christmann*, a.g.e., s. 118. Yazar buna yönelik olarak azmettirmenin olumlu menfaat yaptırımını (*positive Interessensanktionierung*) veya olumsuz menfaat yaptırımını gerektirmesi taraftarıdır (*Christmann*, a.g.e., s. 122).

<sup>1499</sup> *Schulz*'un plan hâkimiyeti yaklaşımından *Ingelfinger* kendi yaklaşımını oluştururken kısmen yararlanmış. *Ingelfinger* de *Schulz* gibi ağırlık düşüncesini ele almıştır. Bununla birlikte suç kararının oluşumunda sadece bilişsel bileşeni değil, iradî bileşeni de dikkate almıştır. Bilişsel yönünü plan hâkimiyetine ilişkin baskınlık çerçevesinde açıklarken; iradî yönünü ise karar almadaki baskınlık ile açıklamıştır. Fiilin icrasına yönelik hareket iradesini fail bağımsız olarak oluşturuyorsa burada arka planda kalan kişinin karar almadaki baskınlığından söz edilemez ve burada artık azmettirme bulunmaz. *Ingelfinger*, a.g.e., s. 130 vd.

<sup>1500</sup> Schulz, a.g.e., s. 150.

<sup>1501</sup> Schulz, a.g.e., s. 150. Belirtilmelidir ki, suça ilişkin anlam ilişkisi oluşturmasa bile, ihlal edilecek hukuki değerini değişimine yönelik tavsiyeler de azmettirme kapsamında kabul edilmelidir. Böyle bir durumda normatif baskınlık ortaya çıkmakta ve söz konusu kriter ile durum ele alınamamaktadır

Bu bağlamda anlam ilişkisini kimin oluşturduğu, esas fiil kapsamında araç-amaç ilişkisi gözetilerek belirlenmelidir<sup>1502</sup>. Tavsiye, fail tarafından öngörülen amaca ulaşmaya yönelik araç niteliğini taşınamaması şartıyla azmettirme kapsamında değerlendirilebilir. Tavsiye, hâlihazırda failde var olan suça yönelik tasavvurun daha geniş düşünülmesine yol açıyorsa burada artık yardım etme kapsamında kaldığını kabul etmek gerekir<sup>1503</sup>. Hâlihazırda hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş bununla birlikte bu suçu nasıl ve nerede gerçekleştireceğine dair hiçbir tasavvuru bulunmayan faile verilecek tavsiyenin baştan itibaren var olan kararın genişletilmesi olarak anlaşılması gerekir<sup>1504</sup>. Tavsiye veren suça ilişkin seyri yaratıyorsa veya değiştiriyorsa plana hâkimdir ve bu şartlar altında azmettiren olarak kabulü gerekir<sup>1505</sup>. Buna karşılık aynı suça ilişkin alternatif suç planlarını somutlaştıran kişi yardım eden olabilir. Yalnızca suç planının değil, onunla ulaşılacak istenen amacın da değiştirilmesi ise azmettirme nedeniyle cezalandırmaya neden olur<sup>1506</sup>.

Plan hâkimiyeti teorisi de diğer baskın etki teorileri gibi eleştiriye maruz kalmıştır. Faile yönelik iletişimsel etkinin gerekliliğini aşan sınırlamaların azmettirmeye ilişkin kanun lafzına ve amacına aykırılık taşıdığı<sup>1507</sup> ileri sürülmüştür. Ayrıca azmettirmenin belirlenmesinde azmettirmenin sadece bilişsel (*intellektuelle*) yönü bağlamında suç planının dikkate alınarak iradi (*voluntativ*) yönünün göz ardı edildiğine dikkat çekilmiştir. Zira fiile yönelik azmettirmenin belirlenmesinde iradi unsur önemli bir unsur olarak yer almaktadır<sup>1508</sup>. Son olarak plan hâkimiyeti kriterinin yardım eden karşısında

---

(Schulz, a.g.e., s. 162). Buna karşılık suç planını değiştirmeksizin sadece faildeki saikin değiştirilmesi azmettirmeyi karakterize eden baskınlığın eksikliği anlamına gelir. Tek başına failde bir saikin oluşturulması veya var olan saikin değiştirilmesi de azmettirme için yeterli olmaz. Örneğin, başkasına satmak için araba çalmayı düşünen kişiyi, uzun zamandır hayalini kurduğu tatile o arabayla çıkması konusunda ikna eden kişi azmettiren olarak sorumlu tutulamaz. Burada bahsedilen sadece motiv değişikliği olduğundan salt hırsızlık suçuna ilişkin bir etkisi yoktur (Schulz, a.g.e., s. 151 vd.). Bununla birlikte yazar, hırsızlık yapmak için bir elektronik mağazaya gireceğini öğrendiği arkadaşına kendisi için de telefon çalması için arkadaşını ikna etmesi halinde, bu hususun fail tarafından oluşturulan suça ilişkin kapsamı aşar nitelikte olduğundan, azmettirme olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Schulz, a.g.e., s. 156).

<sup>1502</sup> Schulz, a.g.e., s. 145 vd.; Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 938.

<sup>1503</sup> Schulz, a.g.e., s. 149.

<sup>1504</sup> Schulz, a.g.e., s. 149.

<sup>1505</sup> Schulz, a.g.e., s. 150. Bununla birlikte sadece tavsiye vermenin azmettirmeyi tam anlamıyla karakterize etmek bakımından yeterli olmadığı eleştirisi için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 566.

<sup>1506</sup> Schulz, a.g.e., s. 162.

<sup>1507</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 406.

<sup>1508</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 136; Christmann, a.g.e., s. 51. Eleştiri için ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 300.

azmettirmeye yönelik ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğini nasıl artırdığının meşruluk kazanamadığı<sup>1509</sup> eleştirisi getirilmiştir.

### *e. Değerlendirme*

Azmettirmenin objektif tipikliği çerçevesinde suça sevk etme kavramının açıklanmasına yönelik yukarıda sözü geçen teorilere bakıldığında ya kavrama çok geniş bir uygulama alanı bırakıldığı veya azmettirmeyi sonuçlayacak durumları oldukça sınırlandırdığı görülmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, azmettirme hareketinin belirlenmesine ilişkin olarak herhangi bir etkinin yeterli olacağına yönelik yaklaşım isabetli değildir. Suça sevk etmeye yönelik her bir nedensel etkinin azmettirme kapsamında değerlendirilmesi azmettirmenin yasal dayanağına ve anayasal nitelikteki ceza hukuku ilkelerine aykırılık arz eder. Bu bağlamda taksirle gerçekleşen sevk etme hareketlerinin kanun hükmü gereği hariç tutulması, kasten gerçekleştirilen her türlü sevk etme hareketinin azmettirme kapsamında değerlendirilmesini makul kılmaz. Zira azmettirmenin karakteristik özelliği belirli bir suça yönelik olmasıdır. Bu belirliliği sağlayamayan sevk etme hareketinin azmettirme bakımından dayanağı bulunmaz. Azmettirmenin ceza kapsamının faille eşdeğer olmadığı ihtimalinde dahi bu yaklaşım geçerlilik kazanamaz. Zira burada önem arz eden husus, azmettirmenin diğer şeriklik şekli olan yardım edenle arasındaki ayrımı belirsizleştirecek nitelikte durumların gündeme gelecek olmasıdır. Diğer bir ifadeyle azmettirmenin yardım etme ile sınır çizgisi ile ilişkili olarak ceza kapsamını genişletmektedir. Bir hareketin hem azmettirme hem de yardım etme teşkil etmesi durumunda cezalandırma azmettirmenin yardım etmeye önceliği gereği azmettirme üzerinden dikkate alınacaktır. Bu nedenle azmettirme kapsamında yer alan durumların net şekilde tespit edilmesi önem taşır. Ayrıca azmettirme ve yardım etmenin tipikliği kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı bulunmadığı sürece şeriklik öğretisinde anlam ifade etmez. Bağlılığın bu kurucu niteliği sadece şerik hareketi ile fail hareketi arasındaki objektif bağ için değil, ayrıca buna ek olarak iç ilişki üzerinden fail ile şerik arasındaki bağ bakımından önem arz eder. Bu iç ilişki failin suç kararına yönelik şerikin etkisidir. Azmettiren, suç kararı ve suçun icrasının şekillenmesinde kendini gösterir. Bağlılığın bir gereği olarak azmettiren ile azmettirilen arasında iletişimsel bir etkinin varlığı aranır. Bu şekilde bir gereklilik, azmettirmenin kapsamının

---

<sup>1509</sup> Stein, a.g.e., s. 176.

daraltılması anlamına gelmez. Zira bu, suça iştirak bakımından sözü edilen iştirak türleri arasındaki ilişkinin ortaya çıkardığı bir sonuçtur. Doktrinde iletişim ölçütünü benimsemekle birlikte faille eşdeğer cezalandırma argümanına dayanılması isabetli değildir. Burada azmettirmenin azmettiren ile azmettirilen arasındaki iletişimi gerektirmesi, azmettirmeye ilişkin yasal düzenlemeden ve bağlılık kuralı esasından kaynaklanmaktadır.

Buna karşılık azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırmaya tabi olması üzerinden azmettirmeyi suç teorisi kapsamında meşru kılmaya yönelik çabalar kendi içinde azmettirmenin dolaylı faillik ile ayrımını belirsizleştirme veya azmettirmeyi şeriklikten koparma tehlikelerini de barındırmaktadır. Özellikle azmettirmeyi failliğe eşdeğer cezası nedeniyle failliğe benzer bir iştirak türü olarak ele alan görüşler<sup>1510</sup> azmettirmeyi plan hâkimiyeti, motivasyon hâkimiyeti şeklindeki ifadelerle karakterize etmeye çalışmışlardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, azmettirme için aranan yüksek gerekliliklerin bir şeriklik türü olarak azmettirmenin her durumunu kapsamıyor oluşudur. Bu bağlamda hiçbir talep, menfaat veya yaptırım şartı olmaksızın ya da plan ya da motivasyon hâkimiyeti bulunmaksızın bir nevi eşitler arasındaki suça sevk etmelerin azmettirme kapsamındaki yerinin ne olduğu sorunlu hale gelmektedir. Azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamında değerlendirilmesi suç politikası kapsamında kanun koyucunun tercihi olarak ele alınması gereken bir husustur. Bu nedenle bu ölçütün esas alınarak azmettirmenin objektif tipikliğinin belirlenmesi azmettirmenin şeriklik statüsüne zarar verecek nitelikte sonuçları ortaya çıkarır. Nihayetinde azmettirme bir şeriklik şeklidir ve bu anlamda nitelik olarak faillik statüsüne eşdeğer değildir. İştirak öğretisi bakımından azmettirme hareketinin somutlaştırılmasına yönelik ölçüt belirlemeleri bu durum göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.

Azmettirme hareketinin somutlaştırılması bağlamında azmettirmenin faille eşdeğer cezalandırılması argümanından hareketle azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişkinin bağlayıcı nitelik arz etmesi veya belli bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği yönündeki belirlemeler isabetli değildir. Böyle bir kabul dikkate alınan kriterin sadece

---

<sup>1510</sup> *Nepomuck*, failliğe eşdeğer cezalandırmayı meşru kılmanın da bir gereği olarak bağlılık ilişkisinin veya otorite ilişkisinin kullanılmasından kaynaklanan suç için görevlendirmenin azmettirme olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Nepomuck*, a.g.e., s. 184 vd.). Yazar burada failliğe eşdeğer cezalandırmayı temel argüman olarak ele almaktadır.

bazı azmettirme durumları bakımından uygulanabilme sonucuna yol açar. Böylece azmettirme kapsamına giren bazı durumlar açısından bu kriterin elverişli olmaması bunların azmettirme kapsamında izahını güçleştirmektedir. Bu halde söz konusu sevk etme hareketlerinin yardım etme kapsamında ele alınması ihtimali güç kazanacaktır. Bununla birlikte yardım etme kapsamında kabul edilmesine yönelik öneriler<sup>1511</sup> isabetli değildir. Zira ne kanundaki düzenleme ile ne de yardım etmenin karakteristik özelliği ile örtüşmektedir. Azmettirme kapsamında kabul edilmesi halinde ise belirlenen yüksek gereklilikleri sağlamamasına rağmen faillğe eşdeğer ceza öngörüsü anayasal temele sahip olan suç ve cezanın orantılılığı ilkesine açık bir aykırılık teşkil edecektir.

## B. AZMETTİRMENİN SÜBJEKTİF UNSURU OLARAK ÇİFTE AZMETTİRME KASTI

Azmettirme hareketi sadece objektif durumlar dikkate alınarak incelenemez, bunun yanı sıra aranan somutlaştırma gerekliliği azmettirenin kastı çerçevesinde ele alınmalıdır<sup>1512</sup>. Azmettirmenin suça iştirak öğretisi kapsamındaki konumunun tarihsel süreç içinde değişimi, etkisini azmettirme kastının açıklanmasına yönelik çabalar bakımından da göstermiştir. Nitekim 19. yüzyıla kadar faillik alanında kabul edilen azmettirme kapsamında kastın içeriği salt netice ile ilişkili olarak ele alınmıştır ve konuya yönelik ayrıntılı inceleme yapma gereği duyulmamıştır<sup>1513</sup>. Bununla birlikte netice bakımından manevi faillik olarak azmettirmenin nedenselliğinin reddedilmesi, azmettirme kastına yönelik çalışmalara ağırlık verilmesini sonuçlamıştır<sup>1514</sup>.

Azmettirmenin bağlı yapısının dikkate alınması sonucu şeriklik kastı kapsamında fail tarafından gerçekleştirilen esas fiile yönelik azmettirmenin manevi unsurunun ne şekilde ele alınması gerektiği şerikliğin cezalandırılma esası göz önünde bulundurularak irdelenmiştir. Diğer bir ifadeyle, şerikin cezalandırılması temelinde yer alan sebep, şerik kastının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bunun nedeni azmettirme ve yardım etmenin bağlılığındadır. Şeriklik, haksızlık içeriğini esas fiilden türetir. Bu nedenle belirli

---

<sup>1511</sup> Noltenius, a.g.e., s. 287.

<sup>1512</sup> Satzger, a.g.m., s. 519. Yazar konuya ilişkin şu örneği vermiştir: (V) uzun zamandır komşusu (N)'nin kedisine, çok sevdiği ve baktığı bahçesine sürekli zarar vermesi nedeniyle sinirlidir. (V), kediyi sinirlendiğinde oğlu (S), kediyi öldüreceğini umarak (V)'ye silahı verir. (V), (N)'yi öldürür. Satzger, a.g.m., s. 519.

<sup>1513</sup> Hoberg, a.g.e., s. 23.

<sup>1514</sup> Hoberg, a.g.e., s. 23.

bir fail tarafından işlenen somut esas fiil haksızlığı dikkate alınır ve fail tarafından işlenen esas fiil, ölçütü oluşturur<sup>1515</sup>.

Şerik haksızlığının esas fiil haksızlığına bağlı olması halinde şerik kastının somut, haksızlığı temellendiren durumları da kapsamı gerekir. Haksızlığı temellendiren durumlara ilişkin bilgi fiilin icrasına ilişkin ayrıntılara ilişkin bilgi değildir. Haksızlık tipik fiille tespit edilir<sup>1516</sup>. Bu bağlamda, doktrinde genel kabul gören görüşe göre azmettirme çifte kasta sahiptir<sup>1517</sup>. Azmettirme kastının içeriği kasten işlenen hukuka aykırı fiile ilişkin kast ve sevk etme hareketine yönelik kasttır<sup>1518</sup>. Bağlı bir şeriklik türü olarak azmettirmenin esas fiille objektif ilişkisinin dikkate alınması gereği, aynı zamanda bağımsız azmettirme suçunun kabul edilmemesinin bir sonucudur<sup>1519</sup>.

Azmettirme kastının içeriğine yönelik olarak azmettirmeye ilişkin yasal düzenlemede bir belirleme yer almamaktadır<sup>1520</sup>. Konuya ilişkin genel kast

---

<sup>1515</sup> Bloy, a.g.e., s. 360.

<sup>1516</sup> Warneke, a.g.e., s. 156.

<sup>1517</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 172; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 687; Kühn, a.g.e., s. 854; Mitsch, a.g.e., s. 47; Satzger, a.g.m., s. 516; Joecks, a.g.e., s. 1230; Schröder, a.g.m., s. 290; Amelung/Boch, a.g.m., s. 267; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 549; Koch/Wirth, a.g.m., s. 208; Weißer, a.g.e. (2011), s. 24; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 225; Winkelbach, a.g.e., s. 114; Murmann, a.g.e., s. 245; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Schild, a.g.e., s. 1265; Özkan, a.g.e., s. 115; Eryıldız, a.g.m., s. 47; Çelen, a.g.e., s. 146. Önder bunu şeriklikte kastın karma nitelik taşıdığı şeklinde ifade etmiştir. Yazar eski kanun döneminde fer'i faillik kapsamında sadece yardım etme kabul edildiğinden açıklamayı yardım etme üzerine yapmıştır (Önder, a.g.e., s. 442). Şeriklerin sahip olması gereken bu çifte kast kapsamında şerikin faille ve fiile yönelik kastının içeriği bakımından farklı görüşler için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 481 vd. Azmettirenin subjektif unsurunun ancak amaç olabileceği görüşünü savunan yaklaşımın (Kohler tarafından ileri sürülen amaç teorisi- *Absichtstheorie*) günümüzde savunucusu bulunmamaktadır (Nepomuck, a.g.e., s. 164 vd.). *Nepomuck* bu yaklaşımın özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından azmettirmenin kapsamını çok daralttığını belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 165). Bu bağlamda doktrinde farklı bir görüş ise, azmettirmenin subjektif tipikliğinin azmettirme hareketi bakımından kast kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtirken; esas fiilin gerçekleşmesine ilişkin ise amaç kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini kabul eder. Daha açık ifade ile azmettirmenin subjektif tipikliğini kast-amaç şeklinde açıklar (Nydegger, a.g.e., s. 172).

<sup>1518</sup> Mitsch, a.g.e., s. 47; Joecks, a.g.e., s. 1240; Schröder, a.g.m., s. 290; Kuhlen/Roth, a.g.m., s. 712; Zafer, a.g.e., s. 529. Azmettirmenin bağlı yapısının ortaya çıkardığı özellik olarak burada çifte neticeden söz edilmesi gerekir. Azmettirmede öncelikle ara netice olarak adlandırılan failde suç işleme kararına sebep olma söz konusudur (dar anlamda azmettirme tipikliği). Failde sadece suç işleme kararına sebep olma azmettirmenin cezalandırılması bakımından yeterli değildir. Bunun yanı sıra fail tarafından suçun icrasına başlanması gerekir. Azmettirmenin ara neticesi ile son neticesi (esas fiilin gerçekleştirilmesi) arasında cezalandırma gündeme gelir. Bu şekilde ara netice üzerinden bağlantılandırılan süreç sonucunda geniş anlamda azmettirme tipikliği gerçekleşir (Nydegger, a.g.e., s. 170). Tekrar vurgulanmalıdır ki, burada sözü edilen netice, esas fiile ilişkin netice değildir. Azmettirme bakımından önem arz eden, tipik fiilin gerçekleştirilmesidir.

<sup>1519</sup> Nydegger, a.g.e., s. 170.

<sup>1520</sup> Şerikliğe ilişkin düzenlemelerde açıkça kasta yer verilmesinin kanunilik ilkesine uyumun sağlanması bakımından gerekli olduğu görüşü için bkz. Çelen, a.g.e., s. 147.



düzenlemesinin<sup>1521</sup> dikkate alınması gerekir<sup>1522</sup>. Diğer bir ifadeyle, azmettiren hem kasten bir başkasını suça sevk edecek ve bu bağlamda hareketinin nedensel değerini bilecek<sup>1523</sup> hem de kastı, fail aracılığıyla esas fiilin gerçekleştirilmesine yönelik olacaktır<sup>1524</sup>. Şerikin kastı esas fiilin fail tarafından gerçekleştirildiği esnada değil, kendi hareketini gerçekleştirdiği esnada bulunmalıdır<sup>1525</sup>. Her iki durumda da olası kast<sup>1526</sup> yeterlidir<sup>1527</sup>. Bununla birlikte failde suç kararı oluşturma bakımından olası kast ile hareket edilmesinin,

<sup>1521</sup> TCK md. 22’de kast, *suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi* şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>1522</sup> Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 129. Genel kast düzenlemesinin şeriklik halleri bakımından geçerli olmadığı yönünde bkz. Çelen, a.g.e., s. 147.

<sup>1523</sup> Önok, a.g.e., s. 83. *Kurt Loewenheim*, azmettirme kastının azmettirilende sadece suç kararını oluşturmayı kapsamaması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü azmettiren sadece bağlı bir şeriklik türüdür. Fail tarafından işlenecek suç hiçbir şekilde azmettirenin fiili olarak görülemez (Hoberg, a.g.e., s. 25). Dolayısıyla azmettirilenin fiiline yönelik bilme ve isteme, azmettirme kastının unsuru olamaz. Sonuç olarak yazar için azmettirilen tarafından işlenen esas fiil sadece objektif cezalandırılma şartı olarak kabul edilmiştir (Mitsch, a.g.e., s. 47-48). Buna karşılık diğer bir görüş, azmettirme hareketi ile fail hareketi arasındaki nedensel bağlantının azmettirilenin bağlı yapısı ile çelişmediğini ve bu nedenle azmettirme kastının suça ilişkin tipikliğin tamamını ve böylelikle failin kastını da kapsamaması gerektiğini belirtmiştir. Azmettirilenin bağlı yapısı suça ilişkin neticeye yönelik doğrudan kast ile bağdaşmaz. Azmettirme faillik şekli teşkil etmez. (Hoberg, a.g.e., s. 27).

<sup>1524</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 289; Maurach, a.g.e., s. 667, 684; Geppert, a.g.m. (1997), s. 358; Hauf, a.g.e., s. 95; Hünerfeld, a.g.m., s. 248; Kindhäuser, a.g.e., s. 351; Roxin, a.g.e. (AT), s. 178; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 547; Kühl/Lackner, a.g.e., s. 229; Mitsch, a.g.e., s. 102, 141; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 602; Riemer, a.g.e., s. 42; Hardtung, a.g.m., s. 428; Schild, a.g.e., s. 1265; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 563; Özgenç, a.g.m., s. 85; Akbulut, a.g.m., s. 209; Akbulut, a.g.e., s. 643. Suça iştirak kastı, eski TCK’da yer almamaktaydı. 5237 sayılı kanunda, bu unsura bağlılık kuralının bir gereği olarak yer verilmiştir. 765 sayılı kanunda, suça iştirak kastına yer verilmemiş olması ne öğretide ne de Yargıtay içtihatlarında bir eksiklik olarak kabul edilmekteydi. Bu şartın, iştirak kurumunun niteliği gereği, kendiliğinden ortaya çıktığı kabul edilmekteydi. Mustafa Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, ss. 239-253, s. 241.

<sup>1525</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 536; Warneke, a.g.e., s. 135.

<sup>1526</sup> BGH vermiş olduğu bir kararda fiilin icrasına ilişkin detaylara yönelik bilginin faile verilip verilmediğinin azmettirilenin gerçekleşmesi bakımından belirleyici olmadığını, suça ilişkin fiili durumlara yönelik azmettirenin olası kastla hareket etmesinin dahi yeterli olduğunu belirtmiştir. BGH, 12.01.2005–2 StR 229/04, s. 10’dan aktaran Warneke, a.g.e., s. 164. Olası kastın yeterli olmadığını savunan görüşler için bkz. Hoberg, a.g.e., s. 28 vd. *Maurach* ise azmettirme hareketi bakımından olası kastın yeterli olduğunu, bununla birlikte esas fiile ilişkin kanun koyucu tarafından aranan kast gerekliliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Maurach, a.g.e., s. 673.

<sup>1527</sup> Rengier, a.g.e., s. 395; Heinrich, a.g.e., s. 579; Kühl, a.g.e., s. 854; Mitsch, a.g.e., s. 48; Nydegger, a.g.e., s. 171; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 255; Geppert, a.g.m. (1997), s. 358; Widmaier, a.g.m., s. 243; Riemer, a.g.e., s. 42; Satzger, a.g.m., s. 517; Joecks, a.g.e., s. 1240; Kuhlen/Roth, a.g.m., s. 712; Murmann, a.g.e., s. 245; Kindhäuser, a.g.e., s. 351; Roxin, a.g.e. (AT), s. 172; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 602; Önder, a.g.e., s. 463; Özkan, a.g.e., s. 114; Töngür, a.g.m., s. 244. Buna yönelik olarak *Aydın* olası kastla azmettirilenin kabulünün objektif sorumluluk sonucunu doğurabileceğine işaret etmiştir. Verdiği örnekte, (B)’ye bir miktar para vererek, “Bu parayı al, bir suç işlersen kullan.” diyen kişinin, (B)’nin işlediği bir suçun iştirakçisi olarak sorumlu tutulamayacağını çünkü hangi suçun işleneceği konusunda söz konusu kişiler arasında bir irade birliği bulunmadığını belirtmiştir (Aydın, a.g.e., s. 256). Söz konusu ifadenin azmettirme teşkil etmemesinin nedeni azmettirenin olası kastının bulunmasına ilişkin değildir. Burada azmettirilenin objektif tipikliğinin gerçekleşmediğine dikkat edilmesi gerekir. Bu örnekte belirli bir fiilin işlenmesine yönelik suça sevk etmeden söz edilemez.

failde suçun işlenmesine yönelik sadece tahrik edici nitelikteki durumları kapsamadığına dikkat edilmesi gerekir<sup>1528</sup>. Diğer bir ifadeyle, failde sadece suç işleme olasılığı yaratmamalıdır. Azmettiren tarafından, failde ortaya çıkacak suç işleme kararı göze alınmalıdır<sup>1529</sup>. Olası kastla azmettirme değerlendirmesi azmettirmenin kastının somutlaşması hususu<sup>1530</sup> da göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Azmettirenin tasavvuru somut fiile ilişkin olmadığı sürece olası kastı bulunduğundan hareketle azmettirme kabulü söz konusu değildir<sup>1531</sup>.

Şeriklik zorunlu olarak birden fazla kişinin iştirak ettiği suçları gerektirdiğinden ve şerikin tasavvuru ile fiilî olarak gerçekleşen olaylar arasında sapsmalar olabileceğinden, şerikin tasavvuru ile esas fiile ilişkin olaylar arasındaki olgusal ilişki failinkinden daha karmaşıktır<sup>1532</sup>. Bu sadece şerikler için değil aynı zamanda suça ilişkin icra hareketlerini

---

<sup>1528</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 172.

<sup>1529</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 172. *Özen* tarafından verilen örnek şu şekildedir: “(A), (B)’nin paraya çok ihtiyacı olduğunu bilmektedir. Ancak (B), bazı düşünce, inanış, toplumsal baskı veya mahalle ya da arkadaş baskısı nedeniyle hırsızlık yapmamaktadır. (A), (B)’nin içinde bulunduğu durum ve düşüncüyü bilmektedir. (A), (B)’ye hırsızlık yapmanın bazı durumlarda meşru olduğuna ilişkin konuşma yapar. (A), bu konuşmasının (B)’de hırsızlık yapma düşüncesi oluşturabileceğini öngörür ve kabullenir. Yani göze alır. Gerçekten de (A)’nın öngörüp kabullendiği durum meydana gelir. (B), (A)’nın yaptığı konuşmadan etkilenerek hırsızlık yapmaya karar verir ve yapar. Bu olayda (A), (B)’nin işlemiş olduğu hırsızlık suçuna olası kastla azmettirmiştir.” *Özen*, a.g.e., s. 872-873. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin vermiş olduğu bir karar şu şekildedir: “sanık Ahmet’in sanık Ali ile anlaşip eniştesi maktulü iyice dövmesini gerekirse öldürmesini söylediği, sanık Ali’nin adam öldürmek benim işim olmaz deyince o zaman döv ve korkut dediği, sanık Ali’nin maktulü hayatı bölgesine sert bir cisimle vurması üzerine mağdurun öldüğü olayda, sanık Ahmet’in TCK m. 87/4’e TCK m. 38’e göre azmettirme nedeniyle sorumlu olduğunu belirtmiştir. 1.CD, 04.12.2012, 2651/9006” Aktaran *Özen*, a.g.e., s. 873. Burada azmettiren ile azmettirilen üzerinde anlaşma sağlanan suç kasten öldürme suçu değildir. İştirak kapsamında suça katılanların üzerinde anlaştıkları fiil kasten yaralama suçu kapsamındadır. Azmettiren ilk olarak öldürmeye yönelik kararından suçun işlenmesinden önce vazgeçmiş ve azmettirilen ile yaralama suçu bakımından karara varmışlardır. Bu nedenle gerçekleşen ağır netice bakımından azmettirenin iştirak anında kastının yöneldiği fiil bakımından değerlendirme yapılmalıdır (Aynı yönde *Doğan*, a.g.e., s. 286). Yargıtay 1. Ceza Dairesi verdiği diğer bir kararda ise, sanığın, annesinin ‘bazen kendisine o kızgınlıkla ve hırsıyla şunu öldür de kurtulalım derdim. Demek ki Musa bunları kafasına yazmış. Oğlum neden yaptın ben sana o lafları kızgınlıkla söyledim neden elini kana buladın’ sözlerinin azmettirme olarak değerlendirilmesi sonucuna varmıştır. *Yaşar/Gökcan/Artuç*, 2014, C.1, s. 1146’dan aktaran *Özen*, a.g.e., s. 875. *Özen* burada sanığın annesinin ifadelerinin olası kastla azmettirme çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Özen*, a.g.e., s. 875.

<sup>1530</sup> Azmettiren faili kahvehane sahibini öldürmek amacıyla kahvehaneyi taraması için azmettirirse, o sırada kahvehane sahibinin yanında bulunan kişilerin ölebileceğini göze almış olur. Bu nedenle gerçekleşecek yaralanma ve ölümleri kabullenen azmettiren, bu neticelerden olası kastı kapsamında sorumludur. *Özkan*, a.g.e., s. 122; *Özen*, a.g.e., s. 872.

<sup>1531</sup> *Warneke*, a.g.e., s. 164. Doktrinde bir görüş “Neye mal olursa olsun (A)’dan o parayı al” sözü üzerine harekete geçen failin hırsızlık ve öldürme suçları arasında gerçekleşecek her suç bakımından azmettirenin olası kastla hareket ettiği sonucuna varmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (6. bs), s. 310.

<sup>1532</sup> *Warneke*, a.g.e., s. 140.

gerçekleştirmeyen veya suçun işlendiği anda orada bulunmayan katılanlar bakımından da geçerlidir. Özellikle şerikler faillik niteliğinde olmayan etkileri nedeniyle sadece suçun bir kısmı üzerinde bilişsel olarak etki edebilir konumdadır<sup>1533</sup>. Ayrıca esas fiile ilişkin kastın oluşum zamanı şerik hareketine göre gelecekte yer alır. Bu nedenle şerikin algılaması bakımından suç kapsamındaki olaya ilişkin durumlar failine nazaran daha sınırlıdır<sup>1534</sup>. Azmettirme kastının sınırlarının, doğrudan veya birlikte faillik kastının sınırlarından daha geniş çizilmesi önemlidir. Çünkü azmettirmenin karakteristik özelliği, azmettirenin fiilin icrasına ilişkin ayrıntılar konusundaki kararı faile bırakmasıdır<sup>1535</sup>. Azmettiren birden fazla olasılık içerisinde somut fiil seçimini faile bıraktığında failin planına tabi olur. Somut fiile yönelik düşünce yalnızca failde başlangıç kazanır<sup>1536</sup>. Failin işlemeyi düşündüğü suç bakımından kastının yeterli kabul edilebilmesi için ilgili suç tipinde tanımlanan fiilin türüne yönelik olması yeterlidir<sup>1537</sup>. Buna karşılık azmettirme kastının failin kastından yapısal anlamda farklı olmasının sonucu olarak azmettirme kastının içeriğinin ne olması gerektiği hususu, özellikle esas fiile ilişkisinin ele alınmasını gerektirir. Bu nedenle ayrıca yer verilecektir.

### 1. Suçun İşlenmesine İlişkin Kast

Burada her şeyden önce bir suça azmettirmeden söz edilebilmesi için, azmettirenin tasavvurunda kasıtlı hukuka aykırı esas fiile nasıl sevk edileceği ele alınmalıdır. Azmettirmeye ilişkin düzenleme başkasını suç işlemeye sevk etmeyi gerektirmektedir. Bu nedenle bir başkasının suç teşkil eden bir hareketi bulunmalıdır<sup>1538</sup>. Sevk edilecek suç aynı zamanda azmettirenin kastı bakımından da belirleyicidir. Zira azmettirmenin tipiklik bağlantısını oluşturmaktadır<sup>1539</sup>. Azmettirme kastı azmettirme hareketinin dışında esas fiile ilişkili olmak zorunda olduğundan, bunun için en azından esas fiilin tipik kapsam bilgisine ulaşılabilmelidir<sup>1540</sup>. Failde gelecekte işlenmesi muhtemel suçlar bakımından

<sup>1533</sup> Warneke, a.g.e., s. 148.

<sup>1534</sup> Warneke, a.g.e., s. 148; Satzger, a.g.m., s. 519. *Satzger*, azmettirenin fiil hâkimiyetine sahip olmaması nedeniyle suça ilişkin olay seyri bakımından faile nazaran geri planda kaldığına dikkat çeker. Satzger, a.g.m., s. 519.

<sup>1535</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 291; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 690.

<sup>1536</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 138.

<sup>1537</sup> Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 313.

<sup>1538</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561.

<sup>1539</sup> Warneke, a.g.e., s. 118.

<sup>1540</sup> Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 617; Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 129. Yazarın konuya ilişkin örnek olarak verdiği RG (RGSt 1, 110) kararı için bkz. a.g.e., s. 129.

genel bir hazırlık halinin ortaya çıkarılması azmettirmeyi oluşturmaz<sup>1541</sup>. Bu bağlamda azmettiren failin kasıtlı bir fiili işleyeceğinin bilincinde olmalıdır<sup>1542</sup>. Azmettirmeye konu suç kapsamında dikkate alınan, failin hukuka aykırı fiili olup, bunun fail tarafından kasten gerçekleştirilmesi gerekir<sup>1543</sup>. Zira failin ve azmettirenin belli bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için tasavvurlarının fiilin objektif ve sübjektif tipikliğiyle uyumlu olması gerekir. Böylelikle azmettirme kastı fail tarafından icra edilen suçun objektif<sup>1544</sup> ve sübjektif unsurlarını kapsamalıdır<sup>1545</sup>. Doktrinde hâkim görüş azmettirme kastının esas failin kastını ve esas failin fiilinin hukuka aykırılığını da kapsamaması gerektiği yönündedir<sup>1546</sup>. Esas fiilin hukuka aykırılığı şerik bakımından normatif tipiklik unsurudur. Bu nedenle şerikin bizzat, fiili hukuka aykırı olarak değerlendirmesi gerekmez. Sadece hukuk düzeninin bu fiili hukuka aykırı olarak kabul ettiğine ilişkin durumu bilmesi yeterlidir<sup>1547</sup>. Belirtmelidir ki, şerikin esas fiilin hukuka uygun olduğuna ilişkin tasavvuru söz konusu ise artık fiilin hukuka aykırılığına yönelik tasavvurundan bahsedilemez<sup>1548</sup>.

Ayrıca azmettiren bizzat gerçekleştirmesi gerekme bile suça ilişkin diğer sübjektif tipiklik unsurlarının bulunması durumunda failin bunlara sahip olduğunu

<sup>1541</sup> Esser, a.g.m., s. 322.

<sup>1542</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561.

<sup>1543</sup> Alman Ceza Kanunu'nda azmettirmeye ilişkin düzenlemede kasten ve hukuka aykırı fiil ifadesine açıkça yer verilmiştir. Buna karşılık Türk Ceza Kanunu'nda azmettirmeye ilişkin düzenlemede sadece "bir başkasını suça azmettiren" ifadesine yer verilmiştir. Belirtmelidir ki, bağlılık kuralına ilişkin düzenleme açıkça suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı fiilin işlenmesini gerektirdiğinden azmettirme için de kasten işlenen fiil şartına kanun kapsamında ulaşılması mümkündür.

<sup>1544</sup> Nitelikli haller de suçun objektif unsurları kapsamındadır. Konuya ilişkin YCGK'nın 24.10.1995 tarihli kararı için bkz. Hakan Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.1, S. 1, 2006, ss. 75-109, s. 86.

<sup>1545</sup> Heinrich, a.g.e., s. 580; Roxin, a.g.e. (AT), s. 179.

<sup>1546</sup> Joecks, a.g.e., s. 1240; Schünemann, a.g.e., s. 2005; Murmann, a.g.e., s. 246; Beulke, a.g.m., s. 122. *Beulke*, bu hususun azmettirmeye ilişkin yasal düzenlemede bulunmasa bile genel esaslar çerçevesinde kabul edilmesi gereken bir sonuç olduğu görüşündedir (Beulke, a.g.m., s. 122). Bu nedenle *Roxin* tarafından ileri sürülen azmettirenin bilgisinin esas failin kastını kapsamamasının gerekli olmadığı yönündeki düşüncesine karşı çıkmıştır. *Roxin*'in şerikliği tali bir kavram olarak alması ve bunun sonucunda şerikliği fiil hâkimiyeti olmaksızın hareket eden kişi olarak kabul etmesi nedeniyle özel bir şeriklik iradesi gerekli olmadığı kabul edilse bile her fiil hâkimiyeti bulunmadan hareket eden kişinin de şerik olarak kabul edilmesini meşru kılmaz (Beulke, a.g.m., s. 122). Azmettirme kastının kapsamı konusunda *Schild*, kastın fiili gerçekleştirecek failin özgür iradesiyle hareket ettiğini de kapsamaması gerektiğini ileri sürmüştür (Schild, a.g.e., s. 1266). Azmettirenin kastının failin kastını kapsamaması gerekir gerekmediğine yönelik olarak doktrinde bir görüş, yasal düzenlemede açıkça yer verilmemiş olsa bile şerike isnat edilen haksızlığın kasten gerçekleştirildiğini bilmesi veya en azından göze alması gerektiğini ve ancak bu şekilde esas fiile ilişkin ceza kapsamının şerik bakımından uygulanmasının meşru kılınabileceğini belirtmiştir (Nydegger, a.g.e., s. 172).

<sup>1547</sup> Joecks, a.g.e., s. 1240.

<sup>1548</sup> Joecks, a.g.e., s. 1240; Kühn, a.g.e., s. 855.

bilmelidir<sup>1549</sup>. Nitekim azmettiren dolandırıcılık suçunda ayrıca azmettirilenin dolandırıcılık suçunun objektif tipikliğini kasıtlı olarak gerçekleştireceğini bilmelidir ve aynı zamanda kendisine veya üçüncü kişiye hukuka aykırı bir haksız kazanç sağlayacağı amacıyla hareket ettiğini de bilmelidir. Bununla birlikte bizzat zenginleşme amacına sahip olması gerekmez. Azmettiren bu tür bir durumu bilmiyorsa veya kasıtlı işlenen hukuka aykırı fiile ilişkin hataya düşmüşse<sup>1550</sup>, bu durumda tipiklik hatası (ACK md. 16/1) kapsamında buna ilişkin azmettirme kastından söz edilemez<sup>1551</sup>. Tipiklik hatası failin kastında olduğu gibi şerikin kastını da kaldırır. Kastının kalkması durumunda taksiri söz konusu olsa bile iştirak çerçevesinde cezalandırılması mümkün olmaz<sup>1552</sup>. Buna karşılık azmettiren esas fiile ilişkin tüm unsurları bilmesine rağmen hatalı bir değerlendirme sonucu tipik olmadığını veya hukuka aykırı olmadığını sanıyorsa haksızlık hatası içindedir<sup>1553</sup>. Azmettirenin fiilin hukuka uygunluk şartlarında hataya düşmesi halinde esas faildeki gibi kasten işlenen haksızlık kalkar. Nitekim azmettirenin olayda meşru savunmanın bulunduğunu zannederek sözde savunma hareketini gerçekleştirmeye sevk etmesi ve esas failin bunun sonucunda birini yaralaması halinde durum böyledir<sup>1554</sup>.

Azmettirilenin suça ilişkin saikinin ne olduğu ise önem taşımaz. Zira suça katılanların saiki, suçun işlenmesi bakımından kurucu niteliği haiz değildir<sup>1555</sup>. Bu nedenle azmettirenin de suça yönelik saiki, faili kimin menfaati için suça sevk ettiği azmettirilenin tipikliği bakımından gerekli değildir<sup>1556</sup>. Aynı zamanda sadece failin kusuru açısından etki eden tipiklik dışı durumları azmettirme kastının kapsamı gerekli değildir. Bu durumlar kasten ve hukuka aykırı işlenen esas fiil kapsamında dikkate

---

<sup>1549</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 179; Köhl, a.g.e., s. 854 vd.; Satzger, a.g.m., s. 518; Hoberg, a.g.e., s. 63; Nydegger, a.g.e., s. 174; Schünemann, a.g.e., s. 2005. Bu bağlamda belirtilen sübjektif tipiklik unsurunun failde değil de sadece azmettirenin bulunması halinde fail tarafından tipiklik gerçekleştirilmiş olmayacağı için ancak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden söz edilir (Riemer, a.g.e., s. 59). Tek faillik sistemi kapsamında azmettirenin de bu unsurlara sahip olması gerektiği yönünde açıklama için bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 254.

<sup>1550</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 179.

<sup>1551</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 290.

<sup>1552</sup> Akbulut, a.g.e., s. 644.

<sup>1553</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 809; Akbulut, a.g.e., s. 644.

<sup>1554</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 548.

<sup>1555</sup> Özen, a.g.e., s. 864; Riemer, a.g.e., s. 42.

<sup>1556</sup> Riemer, a.g.e., s. 44. Ayrıca bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 297.

alınmaz<sup>1557</sup>. Bu bağlamda sadece somut cezanın belirlenmesi bakımından ilgili olan tipiklik dışı durumlar da azmettirme kastı kapsamında kabul edilemez<sup>1558</sup>.

Azmettirenin kastı, esas fiilin tamamlanmasına yönelik olmalıdır. Ancak o zaman hukuki değere yönelik cezaya layık azmettirenin dolaylı saldırısının bulunduğu kabul edilir<sup>1559</sup>. Bu nedenle azmettiren failin tipik hukuki değer ihlalini gerçekleştirmeyeceğinden hareket ediyorsa, onun davranışı hukuki değer ihlaline yönelik değildir<sup>1560</sup>. Teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, failin kastının hukuki değer ihlaline yönelik olması gereklidir. Böyle bir durumda hukuki değer ihlali oluşmasa bile, teşebbüs için gerekli olan hukuki değere yönelik hareketin değersizliği kalır<sup>1561</sup>. Buna karşılık fiilin sadece teşebbüs aşamasında kalmasını ve tamamlanmamasını isteyen kişiye, bu hareketin değersizliği öne sürülemez. Arka plandaki kişi sadece esas fiilin teşebbüs aşamasında kalmasını istiyorsa, azmettirme kastı tipikliğin gerçekleştirilmesini kapsamaz<sup>1562</sup>. Örneğin, arka planda yer alanın, failin elverişsiz araç kullanması veya elverişsiz bir objeye saldırması şeklinde müdahalede bulunmak suretiyle fiilin tamamlanmasına ilişkin iradeye sahip olmaması durumunda azmettiren olamaz<sup>1563</sup>.

Doktrinde azmettirme kastının fiilin tamamlanmasına yönelik olması gerektiği ile ilişkili olarak dikkate alınan ve önem arz eden husus, ajan provokatörlük kapsamında suça sevk edenin ceza sorumluluğunun tespitidir. Ajan provokatörün cezalandırılmasının meşru bir zemini bulunup bulunmadığı tartışmasının yanında, cezasızlık kabulü halinde bunun sınırının ne şekilde belirlenmesi gerektiğine ilişkin doktrinde çok fazla görüş bulunmaktadır. Azmettirme kastının ne ölçüde somutlaştırılması gerektiği konusundan önce bu konunun incelenmesi daha yerinde olacaktır.

## 2. Azmettirme Kastı Bağlamında Ajan Provokatörün Durumu

---

<sup>1557</sup> Bernhard Hardtung, “»Aufstiftung« bei Unrechtsintensivierung und Unrechtsverknüpfung”, *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, ss. 411-441, s. 421.

<sup>1558</sup> Hardtung, a.g.m., s. 421.

<sup>1559</sup> Satzger, a.g.m., s. 523.

<sup>1560</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Geppert, a.g.m. (1997), s. 360.

<sup>1561</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 360.

<sup>1562</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 360; Satzger, a.g.m., s. 523.

<sup>1563</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 133; Rengier, a.g.e., s. 400; Mitsch, a.g.e., s. 102.

### a. Ajan Provokatör Kavramı

Ajan provokatörlükten<sup>1564</sup> anlaşılması gereken, suç işlediğinden şüphelenilen kişinin, hakkında ceza kovuşturması yapılabilmesi için suçüstü yakalanması amacıyla suça sevk edilmesidir<sup>1565</sup>. Ajan provokatör<sup>1566</sup>, bir kimsenin suçüstü yakalanmasını sağlamak için kişiyi suç işlemeye sevk edendir<sup>1567</sup>. Diğer bir ifadeyle ajan provokatör, bir başkasının suçuna iştirak eder<sup>1568</sup>. Burada ajan provokatörün faili suça sevk etmeye ilişkin kastı bulunmakla birlikte suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmesine yönelik isteği<sup>1569</sup> bulunmamaktadır<sup>1570</sup>. Ajan provokatörlüğün spesifik unsuru olarak zarardan

<sup>1564</sup> Bu müessese ilk olarak Fransa'da gelişmiş ve devlet aleyhinde faaliyet gösteren casusların yakalanması bakımından bir cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir (Önder, a.g.e., s. 465; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 497; Erem, a.g.m., s. 6; Akar, a.g.m., s. 134 vd.). Alman ceza hukukunda ajan provokatöre karşılık gelmek üzere *Lockspitzel*, *Provokateure*, *V-Manner* terimleri de kullanılmaktadır (Mitsch, a.g.e., s. 33).

<sup>1565</sup> Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 427; Zafer, a.g.e., s. 559; Özen, a.g.e., s. 879; Kazaker, a.g.e., s. 276. Geniş anlamda ajan provokatörlükten yardım edenin de anlaşılması gerektiğini belirten *Plate*, bu kapsamda faile görünürde yardım edene yönelik olarak suç için elverişsiz aracın temin edilmesi örneğini vermiştir (Plate, a.g.m., s. 294). Ayrıca bkz. Eidam, a.g.m., s. 774. *Mitsch* ise ajan provokatör kavramını sadece teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından geçerli kabul etmiş bunun yanı sıra suçun tamamlanmasına yönelik provokasyonu gerçekleştireni ise provokatör olarak nitelendirmiştir (Mitsch, a.g.e., s. 37). *Seelmann*, ajan provokatörlüğün suça diğer iştirak şekilleri kapsamında da ortaya çıkabileceğini belirtmekle birlikte, azmettirme şeklinin tipik görünüm şekli olduğunu kabul etmiştir (Kurt Seelmann, "Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes Die Strafbarkeit des Lockspitzels und des Verlockten", *ZStW*, 1983, ss. 797-833, s. 798). Ajan provokatörün ön planda yer alan fiilin tamamlanacağı konusunda hataya düşürmesi nedeniyle dolaylı faillik kapsamında ele alınıp alınmayacağına ilişkin değerlendirme için bkz. Nydegger, a.g.e., s. 179.

<sup>1566</sup> Ajan provokatör, CMK md. 139'da düzenlenen gizli soruşturmacıdan farklıdır. Gizli soruşturmacının görevi işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etme ve yetkili makamlara bildirmeden ibarettir (Özen, a.g.e., s. 880). Aralarındaki farka yönelik açıklama için bkz. Zafer, a.g.e., s. 559; Akar, a.g.m., s. 136. *Erem*, kışkırtıcı faaliyeti gerçekleştiren kişinin kamu görevlisi olması halinde "kışkırtıcı ajan"; buna karşılık kamu görevlisi dışındakilerin bu tür faaliyette bulunması halinde "kışkırtıcı" olarak nitelendirmiştir (Faruk Erem, "Kışkırtıcı Ajan", *AÜHFD*, 1975, C. 32, S. 1-4, s. 5).

<sup>1567</sup> Yargıtay ajan provokatör için, "suçun işlenmesini isteyen ve bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimse" şeklinde tanımlama yapmıştır. YCGK, E. 1986/6-497, K. 1987/118, T. 16.03.1987'den aktaran İbrahim Akar, "Tahrikçi Ajan", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, 2018, ss. 132-148, s. 133.

<sup>1568</sup> Konuya ilişkin verilen örnek şu şekildedir: Ajan provokatör (R), hayatını konut hırsızlığı ile geçindiren (T)'yi bir sonraki hırsızlığını (V)'nin konutunda gerçekleştirmesi konusunda yönlendirir. (T) mutfak penceresinden içeri girdiğinde, (R) tarafından yönlendirilen polisler onu orada beklemektedir. (T) teşebbüs aşamasında kalan hırsızlık suçunu gerçekleştirmiştir. (R) ise azmettiren konumundadır. Heinrich, a.g.e., s. 564.

<sup>1569</sup> *Mitsch*, ajan provokatörün bu yöndeki iradesinin aynı zamanda saldırılan hukuki değer korunması bakımından hazırda bulunmayı içerdiğini belirtmiştir. Yazara göre zarara engel olma iradesi esas fiilin tamamlanmasını istemeden daha fazlasını kapsar. Esas fiile sevk eden, fiilin tamamlanmayacağı umuduyla olayı akışına bırakırsa fiilin tamamlanmasına yönelik olası kast ile hareket etmiş olur ve bu durumda cezasız kalan ajan provokatörlükten bahsedilemez. Mitsch, a.g.e., s. 133.

<sup>1570</sup> *Dönmezer/Erman*'a göre ajan provokatör bir kimseyi suç işlemeye sevk etse bile bu suçun işlenmesinden doğan zararlı neticeye yönelik isteği bulunmamaktadır. Aksine ajan provokatör bakımından suçun kendisinin dışında kalan ve suça yabancı olan çıkarlar söz konusu olmaktadır. Bu nedenle ajan provokatör azmettireninden ayrılmaktadır. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 497; Özen, a.g.e., s. 879. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Erem, a.g.m. (1975), s. 6.

kaçınma iradesi ön plana çıkmaktadır<sup>1571</sup>. Bu noktada klasik bir iştirak şeklinden ayrıldığını söylemek gerekir<sup>1572</sup>. Ajan provokatörlüğe ilişkin yasal bir düzenlemeye yer verilmemesinin yanı sıra ajan provokatörün sorumluluğu bakımından şerikliğe ilişkin mevcut düzenlemelerde de cevap bulunamamaktadır. Bunun sonucu olarak bu katılımın cezalandırılabilir bir davranış olup olmadığı konusu önem taşır. Ajan provokatörlük<sup>1573</sup> ceza politikası gereklilikleri üzerine uygulamada belirli suçlar bakımından gündeme gelmekle birlikte<sup>1574</sup> çalışmada ajan provokatörlük kapsamında yer alan davranışlar, maddi hukuk boyutuyla incelenecektir. Ajan provokatör tarafından gerçekleştirilen haksızlığın nerede ortaya çıktığı hususu, diğer bir ifadeyle şerikliğin cezalandırma nedeni önem taşımaktadır<sup>1575</sup>.

### ***b. Ajan Provokatörün Cezalandırılması Gerektiğine Yönelik Yaklaşım***

Ajan provokatörün esas olarak suçun teşebbüs aşamasına gelmesini istemesi ve teşebbüsün cezalandırılabilir hareket haksızlığını içermesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir<sup>1576</sup>. Nitekim bu çıkarıma ilişkin olarak *Stratenwerth*'in<sup>1577</sup> hâlihazırda ileri sürdüğü argüman ön plana çıkmaktadır<sup>1578</sup>. Ajan provokatör suçun sadece teşebbüs aşamasında kalmasını istemesi halinde, netice değersizliğini olmasa bile en azından teşebbüs aşamasında kalan suç kapsamında hareketin değersizliğini istemektedir. Bu bakımdan ajan provokatörün cezalandırılmasındaki belirleyicilik

---

<sup>1571</sup> Mitsch, a.g.e., s. 37.

<sup>1572</sup> Mitsch, a.g.e., s. 35.

<sup>1573</sup> Ajan provokatör yerine tahrikçi ajan kavramı için bkz. Centel vd. ,a.g.e., s. 511; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 496; Önder, a.g.e., s. 465; Akar, a.g.m., s. 133.

<sup>1574</sup> Bu bağlamda bkz. Muhammed Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, *CHD*, S. 36, 2018, ss. 101-159.

<sup>1575</sup> *Mitsch*, ajan provokatörlüğün cezalandırılma sorununun şerikliğin cezalandırılma gerekçesine dayandırılmasının yanlış bir metodolojik yaklaşım olduğunu belirtmiştir. Mitsch, a.g.e., s. 61.

<sup>1576</sup> Aktaran Hartwig Plate, a.g.m., s. 296. Bununla birlikte *Jescheck* daha sonra 1969 tarihli eserinde belirttiği bu görüşünü değiştirerek ajan provokatörün cezasız kalması yaklaşımını benimsemiştir (Mitsch, a.g.e., s. 35).

<sup>1577</sup> MDR, 1953, s. 720'den aktaran Plate, a.g.m., s. 296.

<sup>1578</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 324 vd.



hareketin değersizliği<sup>1579</sup> ile neticenin değersizliği arasındaki farktır<sup>1580</sup>. Burada en başından itibaren fail esas alınmaktadır. Bununla birlikte hareketin (neticenin) değersizliğinin tespiti bakımından azmettiren hareket edilip edilmeyeceği sorgulanmamaktadır<sup>1581</sup>.

Arka planda yer alan faili suç kasten sevk etmesinin kabulü halinde bunu hangi amaçla veya saikle gerçekleştirdiğinin önem arz etmediğini ileri süren diğer bir görüş, azmettirilenin suçu işleminde kusurunun bulunduğu kabulünden hareketle, suça yönlendirenin azmettiren olarak cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>1582</sup>. Zira arka planda yer alanın bu şekilde hareket etmesi gerçekleştirilen hareketin cezaya layık olduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>1583</sup>. Azmettirenin hareketi olmasaydı suç işlenmeyecekti ve failde buna yönelik bir düşünce bulunmamaktaydı<sup>1584</sup>. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan suç söz konusu olduğundan, azmettirilenin gerçekleşmiş olduğu sonucu kabul

---

<sup>1579</sup> *Küper*, tüm azmettirme haksızlığının sadece azmettirme hareketinin değersizliği ile ilişkilendirilmesinin diğer bir ifadeyle faili suç sevk etme hareketinin azmettirilenin cezalandırılması bakımından yeterli kabul edilmesinin, azmettirilenin esas fiilin gerçekleşmesine yönelik iradesinden vazgeçilmesi anlamına geleceğine vurgu yapmıştır. Böyle bir sonucun ise *Stratenwerth* tarafından ileri sürülen yaklaşım ile çelişeceğini, bu kabulün esas fiilin objektif cezalandırma şartı olarak ele alınmasını ortaya çıkaracağını belirtmiştir. Böylelikle esas fiil, şerik haksızlığının içeriğinin belirlenmesi bakımından esaslı bir unsur olmaktan çıkıp, salt cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulacak bir unsur olacaktır. *Küper*, a.g.m. (GA 1974), s. 327.

<sup>1580</sup> Aktaran Hartwig Plate, a.g.m., s. 296. Ayrıca bkz. Hans-Joachim Rudolph, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalen Unrechtslehre", *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, 1972, ss. 51-73, s. 54, 66.

<sup>1581</sup> Plate, a.g.m., s. 296. Yaklaşımına yönelik eleştiri için bkz. *Küper*, a.g.m. (GA 1974), s. 326.

<sup>1582</sup> Bu görüşü savunanlar için bkz. Önder, a.g.e., s. 465; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 338. Önder kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı sürece genel kuralların uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Ajan provokatörün icra hareketleri bitmeden olaya müdahale edip durdurabildiği sürece cezalandırılmaması gerektiğini belirtmiştir. Önder, a.g.e., s. 465.

<sup>1583</sup> *Taner*, a.g.e., s. 539. Bununla birlikte yazar failde bulunan suç eşyasını ortaya çıkarmak ve faili yakalamak amacıyla suç eşyasını satın almaya yönelik hareket eden kişinin azmettiren olarak cezalandırılmayacağına, burada kanun hükmünün yerine getirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husus olduğuna dikkat çekmiştir (*Taner*, a.g.e., s. 540).

<sup>1584</sup> *Taner*, a.g.e., s. 540. İhmal nedeniyle ajan provokatörün cezalandırılmasının söz konusu olabileceği görüşü için bkz. *Mitsch*, a.g.e., s. 130 vd. Ajan provokatörlüğü hukuki değere yönelik tehlikenin özel bir durumu olarak ele alan *Küper*, ajan provokatörün başlangıçtaki planını daha sonra değiştirerek neticeye engel olmaması halinde kasten işlenen ihmal suç nedeniyle cezalandırılmasının mümkün olabileceğini belirtmiştir (*Küper*, a.g.m. (GA 1974), s. 333). *Mitsch* de ajan provokatörün esas fiilin tamamlanmasını engelleme yükümlülüğünün bulunduğunu belirterek, esas fiil aracılığıyla saldırılan hukuki değere karşı garantör niteliğine sahip olduğunu kabul etmiştir. Çünkü ajan provokatör, faili esas fiile sevk etme ile hukuki değer bakımından tehlikeyi temellendirmektedir (*Mitsch*, a.g.e., s. 131). Bununla birlikte tehlikeye sebep olma durumunun tek başına garantörlük durumunu oluşturmak bakımından yeterli olup olmadığı, bunun haricinde, tehlike oluşturan hareketin yükümlülüğe aykırılık değerlendirmesinin gerekip gerekmediği tartışmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. *Mitsch*, a.g.e., s. 131 vd.

edilmelidir. Cezasızlığını sağlamaya yönelik düzenlemeyi kanun koyucu oluşturmalıdır<sup>1585</sup>.

Ajan provokatörlük konusunda *Erem*, suçluyu yakalamak amacıyla suç işletmenin kamu görevlisinin görev kapsamına dâhil olmadığını<sup>1586</sup> ve böyle bir durumun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>1587</sup>. Ayrıca ajan provokatörün ileride fail olacak kişiye suç işletebileceğine ilişkin hiçbir kuralın bulunmadığına dikkat çeken yazar, böyle bir suça sevk etme halinde arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumlu olacağını kabul etmiştir. Kanunda konuya ilişkin bir mazeret sebebinin kabul edilmesinin ise hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olacağını vurgulamıştır<sup>1588</sup>.

Son olarak şerikliğin cezalandırılma nedenine ilişkin ileri sürülen yaklaşımlar ele alındığında, bir kısmına göre ajan provokatörlüğün cezasızlığı sonucuna ulaşmak, benimsedikleri yaklaşım esası ile çelişki arz etmektedir. Nitekim kusura veya haksızlığa iştirak teorileri bu kapsamdadır. Kusura iştirak teorisi bakımından bu aşamada suça yönlendiren, (cezalandırılabilen bir teşebbüs söz konusu ise) faili haksızlığa veya kusura bulaştırmaktadır<sup>1589</sup>. Fail kusura ve cezaya (teşebbüs aşamasına ulaştığı durum için) bulaştığından, arka plandaki kişinin azmettiren olarak kabulü gerekir<sup>1590</sup>, suçlu kişiyi o

<sup>1585</sup> Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 603. Benzer yönde Riemer, a.g.e., s. 45. Yazar suçun tamamlanması durumunda ajan provokatör bakımından etkin pişmanlık kapsamında değerlendirme yapılabileceğini belirtmiştir. Yazar ayrıca esas olarak azmettirmeden farklı olduğunu belirterek, bu kapsamda özgü bir düzenlemeye yer verilebileceği önerisinde bulunmuştur. Riemer, a.g.e., s. 45.

<sup>1586</sup> Doktrinde ajan provokatörlük bakımından kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilirliği ihtimaline yönelik olarak bkz. *Erem*, a.g.m. (1975), s. 12. Ajan provokatörlüğün kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi olarak şartları gerçekleştirdiğinden bahsedilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Akar, a.g.m., s. 142.

<sup>1587</sup> Benzer şekilde *Hafizoğulları/Özen*, kimsenin kanunun suç saydığı bir fiili tahrik etmeye yönelik erkinin bulunmadığını ve bu nedenle suç işlemeye azmettiren kimsenin TCK md. 24 düzenlemesinden yararlanamayacağını belirtmişlerdir. *Hafizoğulları/Özen*, a.g.e., s. 336.

<sup>1588</sup> *Erem*, a.g.m. (1975), s. 14-15. Aynı yönde Akar, a.g.m., s. 146-147.

<sup>1589</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 180; Heinrich, a.g.e., s. 564; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 306; Mitsch, a.g.e., s. 77. *Nikolidakis* kusura iştirak teorisi çerçevesinde ajan provokatörün cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir (*Nikolidakis*, a.g.e., s. 22). Bununla birlikte kusura iştirak teorisinin savunucuları bu teorisinin hukuki değeri ihlal eden esas fiile katılımı şart koştuğundan hareketle ajan provokatörlüğün cezalandırılmasını reddetmektedir. (*Plate*, a.g.m., s. 297). Nitekim kusura iştirak teorisinin savunucusu olarak *H. Mayer* bu teoriye göre hukuki değeri ihlal eden esas fiile birlikte etkinin gerekli olduğu ve fakat ajan provokatör bakımından bunun kabul edilemeyeceğini, şerikliğin neticeye yönelik iradeyi gerektirdiğini ileri sürerek ajan provokatörlüğün cezasızlığını gerekçelendirmeye çalışmıştır (*Plate*, a.g.m., s. 297).

<sup>1590</sup> *Rudolphi* de ajan provokatörlüğün cezalandırılması sonucuna, azmettirmenin faili karşı suç teşkil ettiği esasına dayanan tek yönlü kusura iştirak teorisi çerçevesinde yapılacak değerlendirme ile ulaşılabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte yazar, bu sonucun şeriklik hükümleri ile korunan değerlerin herhangi bir hukuki değer değil, failin kendisine ilişkin bir değer olması halinde geçerli olabileceğini, mevcut düzenlemeler çerçevesinde bir geçerliliğinin bulunmadığını ifade etmiştir. Ceza

yaratmaktadır<sup>1591</sup>. Böylece teori kapsamında ajan provokatörlüğün cezasızlığı sonucuna ulaşmak güçlük arz etmektedir. Teori, ayrıca ajan provokatörün hukuki değer ihlalini gerçekleştirmeyi istememesi durumunu göz ardı etmesi nedeniyle cezasızlığını açıklamak noktasında yetersiz kalmaktadır<sup>1592</sup>. Benzer şekilde haksızlığa iştirak teorisi kapsamında ajan provokatörün cezalandırılması sonucuna ulaşmak gerekir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi failin sosyal ayrışmasını sonuçlayan bir sevk etme hareketi bulunmaktadır ve bu azmettirmenin cezalandırılması bakımından yeterlidir<sup>1593</sup>. Bağlılığa dayanan sebep olma teorisi kapsamında da cezasızlık gerekçelendirilemez. Zira hukuka aykırı ve tipik bir fiile kasten sebep olma ve cezalandırılabilir bir esas fiil vardır<sup>1594</sup>. Diğer bir ifadeyle, failin teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde arka planda yer alan bakımından bu teori kapsamında ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Buna yönelik olarak şerikte suçun tamamlanmasına ilişkin kastın bulunması gerekliliği ileri sürülmektedir. Bu noktada ise, eğer bir başkasının fiilini destekleme veya fiiline sebep olma şeklindeki cezalandırma nedeni yeterli kabul ediliyorsa neden teşebbüs aşamasında kalan esas fiilin yeterli olmadığı sorusu cevapsız kalmaktadır<sup>1595</sup>. Bu durumda teorinin gerekleri çerçevesinde ajan provokatörün cezalandırılmaması için bir gerekçe ileri sürülemez<sup>1596</sup>. Teşebbüs de bir neticedir ve şerik bağlı şekilde buna sebep olmakta veya sebep olmak istemektedir<sup>1597</sup>. Böyle bir netice şerikin cezalandırılması bakımından

---

hukukunun görevi yalnızca hukuki değerlerin korunmasına yöneliktir. Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 66.

<sup>1591</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 133; Esser, a.g.m. (GA 1958), s. 323; Nikolidakis, a.g.e., s. 61; Joecks, a.g.e., s. 1219; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 810; Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 323.

<sup>1592</sup> Welz, a.g.e., s. 24.

<sup>1593</sup> Mitsch, a.g.e., s. 82; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 306; Roxin, a.g.e. (AT), s. 134; Redmann, a.g.e., s. 27. Bununla birlikte haksızlığa iştirak teorisine göre ajan provokatörlüğün cezalandırılmaması sonucuna da ulaşılmıştır. Ajan provokatörün bu davranışı sadece kusura iştirak teorisi kapsamında değil, haksızlığa iştirak teorisi kapsamında da cezaya layık haksızlık kapsamında ele alınabilir, çünkü teşebbüs de ceza hukukuna ilişkin haksızlığı içerir. Bununla birlikte bu haksızlık sadece hareketin değersizliğinde oluşur (Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 256). Böylece şerik açısından bakıldığında, hukuki değere yönelik bir saldırı olmaz, bu da şerikliği karakterize eder. Hareketin haksızlığı gerçekleşmiş olsa bile neticenin haksızlığı gerçekleşmemiştir (Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 257). Ayrıca bkz. Roxin, a.g.m. (1993), s. 372-373. Haksızlığa iştirak teorisinin savunucusu olan *Trechsel* de ajan provokatörlüğün cezasızlığını ajan provokatörün saldırısının sadece azmettirilene yönelik olmasına dayandırır. Ajan provokatörün esas fiile ilişkin bir saldırısı bulunmamaktadır (Trechsel, a.g.e., s. 100). Burada fiilin tamamlandığı durumlarda bu kabulün geçerli olmayacağına dikkat etmek gerekir. Bu ihtimalde ajan provokatörün cezasızlığı sadece, esas fiilin tamamlanmasına yönelik kastının bulunmaması ile gerekçelendirilebilir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 810.

<sup>1594</sup> Schünemann, a.g.e., s. 2006.

<sup>1595</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 270. Benzer açıklama için bkz. Hake, a.g.e., s. 50.

<sup>1596</sup> Schumann, a.g.e., s. 49; Roxin, a.g.e. (AT), s. 136 vd.; Demirel, a.g.m., s. 146.

<sup>1597</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 180.

yeterlidir<sup>1598</sup>. Yaklaşım bu açıdan ele alındığında ajan provokatörün cezalandırılması sonucuna ulaşılması gerekir.

### ***c. Ajan Provokatörün Cezalandırılmaması Gerektiğine Yönelik Yaklaşımlar***

Doktrinde hâkim görüş, ajan provokatörün cezasızlığını savunmakla birlikte bunun gerekçesi ve kapsamının ne olması gerektiği yönünde görüş birliğine ulaşamamışlardır<sup>1599</sup>. Fail tarafından teşebbüs edilen veya tamamlanan suç bakımından ajan provokatörün ulaşılmasını istediği farklı zamansal aşamalar ajan provokatörün cezalandırılmasında farklı sonuçlara yol açar. Ajan provokatörün kastı sadece hazırlık önlemi niteliğinde olabilir veya tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik doğrudan doğruya icra ile ilişkili olabilir veya fiilin tamamlanması ancak sona ermemesi ile ilişkili olabilir. Son olarak yakalamanın gerçekleşmesinden önce fiilin tamamen sona ermesiyle ilişkili olabilir<sup>1600</sup>.

Ajan provokatörün ceza sorumluluğunun bulunmadığını savunanlar konuyu genel olarak azmettirme için gerekli olan çifte kastın ajan provokatörlük durumunda gerçekleşmediği<sup>1601</sup> üzerinden ele almaktadırlar. Açık ifade ile azmettirenin subjektif tipikliğini çifte kastın oluşturduğu, azmettirenin hem bir başkasını suç işlemeye yönlendirme kastının hem de suçun işlenecek olmasına yönelik kastının<sup>1602</sup> bulunması gerektiği<sup>1603</sup>; bununla birlikte ajan provokatörlükte suçun tamamlanmasına yönelik

---

<sup>1598</sup> Roxin, a.g.m. (1993), s. 373; Warneke, a.g.e., s. 158.

<sup>1599</sup> Plate, a.g.m., s. 295.

<sup>1600</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 810.

<sup>1601</sup> Bir görüşe göre ise, ajan provokatörün suçun tamamlanmasına yönelik kastının bulunmaması nedeniyle cezalandırılmayacağı yaklaşımı isabetli değildir. Çünkü kanunda azmettirenin esas fiil bakımından tamamlanma kastı ile hareket etmesi gerektiğine yer verilmemiştir (Eidam, a.g.m., s. 778-779). Mitsch, bu bağlamda kanun üstü bir argümana dayanıldığını ileri sürmüştür (Mitsch, a.g.e., s. 50). İddia edildiğinin aksine kanunda kast bakımından daha fazlasına ihtiyaç duyulmamıştır (Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 322).

<sup>1602</sup> Bu kapsamda suça sevk edende hukuka aykırılık bilincinin eksikliği nedeniyle cezasız kalması gerektiği görüşü için bkz. Hoberg, a.g.e., s. 91.

<sup>1603</sup> Ajan provokatörlük ile azmettirme arasındaki cezalandırma sınırı bakımından kriter olarak tehlike iradesini (*Gefahrdungswille*) esas alan Küper, cezalandırılabilir azmettirmenin ancak bu hukuki değere yönelik oluşturulan tehlikeye ilişkin iradenin hukuki değeri ihlal etmeye yönelik kast (*Verletzungsvorsatz*) ile aynı olması halinde söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür. Yazar bu yaklaşımının ajan provokatörlük bakımından doktrindeki hâkim görüş ile de uyumlu olduğuna vurgu yapmıştır. Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 334.

kastın<sup>1604</sup> bulunmadığı savunulmaktadır<sup>1605</sup>. Burada failin kastı fiilin tamamlanmasına<sup>1606</sup> yönelik olmak zorunda iken, ajan provokatörün kastı fiilin tamamlanmamasına<sup>1607</sup> yöneliktir<sup>1608</sup>. Her ne kadar azmettirmenin objektif tipiklik unsuru burada gerçekleşmiş olsa bile, sübjektif tipiklik unsurunun gerçekleştiğinden söz edilemez<sup>1609</sup>. Sadece

<sup>1604</sup> *Schlehofer*, ajan provokatörlüğü kanunda düzenlenmeyen, bağlılığın esnetilmesini ortaya çıkaran bir mesele olarak değerlendirmiştir (Schlehofer, a.g.m., s. 310). Bağlılık kuralının katı şekilde uygulanması halinde ajan provokatörün cezasızlığının maddi ceza hukuku bağlamında kabul edilememesi gerekirdi. Tipik olarak azmettirmenin şartlarının gerçekleştiğini belirten yazar, şeriklik kastının bağlılığı konusunda esnekliğin söz konusu olduğunu ileri sürmüştür (Schlehofer, a.g.m., s. 310). Benzer yönde bkz. Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 146. Ajan provokatörün suça ilişkin tamamlanma kastının bulunmamasını *Erem*, bu kişinin suçun işlenmesinden ortaya çıkacak zarar ve tehlikeleri istememesi şeklinde ifade etmiştir. Ajan provokatörün isteği, suçun dışından kalan ve suça yabancı hususlara ilişkindir. *Erem*, a.g.m. (1975), s. 7.

<sup>1605</sup> Rengier, a.g.e., s. 400; Nikolidakis, a.g.e., s. 71; Weißer, a.g.e. (2011), s. 24; Schröder, a.g.m., s. 290; Kuhlen/Roth, a.g.m., s. 712; Hauf, a.g.e., s. 95; Mitsch, a.g.e., s. 102, 138; Kindhäuser, a.g.e., s. 352; Letzger, a.g.e., s. 26; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 548; Geppert, a.g.m. (JURA 97), s. 362.

<sup>1606</sup> BGH, tamamlanmaya yönelik iradenin gerekliliğinin teşebbüsün kurucu unsuru olduğunu belirtmiştir. Böylelikle teşebbüs aşamasında kalan suça yönelik şerikliğin cezalandırılması bakımından da aynı gereklilik geçerlidir (Wilfried Küper, "Der "agent provocateur" im Strafrecht", GA, 1974, ss. 321-335, s. 323). Bununla birlikte *Küper*, BGH'nin ileri sürdüğü bu hususun şeriklik bakımından geçerli olmadığını sadece fail bakımından dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle teşebbüs bakımından failin iradesinin fiilin tamamlanmasına yönelik olması gerekir (Küper, a.g.m., s. 323). Buna karşılık *Mitsch* ise suça sevk edenin esas fiilin tamamlanmasına yönelik iradesinin bulunmaması durumunda, teşebbüs için gerekli olan sübjektif tipiklikten sapmanın söz konusu olacağını belirtmiştir. Bu nedenle bu davranış, teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirme şeklinde değerlendirmek bakımından elverişli değildir. Çünkü fiile sevk edenin, suça teşebbüs edilmesinin neticenin gerçekleşmesine ilişkin tehlikeyi oluşturacağı bilincine sahip olması yeterli değildir. Azmettiren olarak cezalandırma bakımından (zarar suçları kapsamında) hukuki değerin ihlal edilmesi gerekir, suçun konusunun sadece tehlikeye atılması cezalandırma nedeni oluşturmaz. Tehlike suçları bakımından ise teşebbüs aşamasında kalan tehlike durumu (*Gefahr einer Gefährdung*) azmettirmeyi sonuçlamaz (Mitsch, a.g.e., s. 101).

<sup>1607</sup> Ajan provokatörlükte kast, fiilin tamamlanmasına yönelik kastın eksikliği ile değil aksine fiilin tamamlanmamasına ilişkin kastın varlığı ile ifade edilmelidir. Buna göre tamamlanmamaya yönelik kast, sadece fiilin tamamlanmasının iradi olarak reddine dayanmaz. Ayrıca tamamlanmayı engelleyen durumların bilincinde olmaya da dayanır. Mitsch, a.g.e., s. 133.

<sup>1608</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 414; Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 66; Schild, a.g.e., s. 1265; Joecks, a.g.e., s. 1243; Heinrich, a.g.e., s. 564; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 809; Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 321. Bununla birlikte ACK'da azmettirme kastının esas fiilin tamamlanmasına yönelmesi gerektiğine ilişkin ifadenin yer almadığı görüşü için bkz. Warneke, a.g.e., s. 158. Şerikin kastının suçun tamamlanmamasına yönelik olması kapsamında *Herzberg*, kastın bağlı olmayan bir unsur olduğuna yönelik açıklamada bulunmuştur. Failin kasta sahip olması ve şerikin bunu bilmesi şerikin cezalandırılması bakımından yeterli değildir. Şerik, failin kastından bağımsız ve bağımsız şerik haksızlığının bir parçasını teşkil eden kendi kastına sahip olmalıdır (Herzberg, a.g.e., s. 131). *Herzberg*'e göre, kast değer ilişkili bir kavram olarak ACK md. 28 anlamında özel kişisel unsurdur. *Herzberg*, kastın bağlı olmamasını, diğer bir ifadeyle şerikin kendisinde suçun tamamlanmasına yönelik bağımsız bir kastın bulunması gerekliliğini ileri sürmüştür (Herzberg, a.g.e., s. 131; Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 153). Aksi yönde Küper, a.g.m. (GA 1974), s. 332. Kastın yapısıyla birlikte bunu md. 28/1 anlamında özel kişisel unsur olarak açıklamasının ajan provokatör bakımından sadece ceza indirimine sebep olacağı eleştirisine yönelik ise *Herzberg* bunun katı, (tam bağımsız) özel kişisel unsur olduğunu belirterek şerikte eksik olması halinde tam cezasızlığa ulaşmaktadır (Herzberg, a.g.e., s. 131).

<sup>1609</sup> Mitsch, a.g.e., s. 46.

teşebbüse yönelik kastta hukuki değer ihlaline yönelik iradeyi içeren kast eksiktir<sup>1610</sup>. Azmettirilenin sadece hazırlık hareketlerini gerçekleştirmesi gerektiği veya azmettirenin azmettirilenin sadece teşebbüs aşamasına ulaşmasını istediği durumlarda, azmettirenin suçun tamamlanmasına ilişkin kastı eksiktir<sup>1611</sup>. Böylece azmettirmeye ilişkin düzenleme kapsamında suça sevk eden kasten hareket etmemektedir<sup>1612</sup>. Bununla birlikte teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırma bakımından yeterli olduğundan<sup>1613</sup> ajan provokatör bakımından farklı bir gerekçelendirmeye ihtiyaç bulunduğu<sup>1614</sup> gündeme getirilmiştir. Ayrıca failin kasten hareket etmesi, şerik bağlılığının bir gereği olarak kabul

<sup>1610</sup> Rogall, a.g.m., s. 13; Murmann, a.g.e., s. 246. Bununla birlikte *Mitsch*, suça sevk edenin kastının sadece, suçun teşebbüs aşamasında kalmasına yönelik olması durumunda sübjektif tipikliğin tek başına cezasızlığı gerekçelendireceğini belirtmiştir. Yazara göre, teşebbüse azmettirmenin suç tipinde korunan hukuki değere objektif olarak etkisi bulunmadığından ajan provokatörlüğün cezasızlığı böyle bir hukuki değer ihlalinin eksikliği ile gerekçelendirilemez (*Mitsch*, a.g.e., s. 149).

<sup>1611</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 811; Otto a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Plate, a.g.m., s. 306; Letzger, a.g.e., s. 24. *Joecks*, azmettirenin neticenin meydana gelmeyeceğine ilişkin beklentisinin aksine neticenin gerçekleşmesi durumunda taksirli suçtan dolayı cezalandırmanın söz konusu olacağını kabul etmiştir (*Joecks*, a.g.e., s. 1243). Ayrıca bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 811; Hoberg, a.g.e., s. 93; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 253. Ajan provokatörün suçun tamamlanması halinde taksirli sorumluluğu gündeme gelir ki taksirle azmettirme söz konusu olamayacağından, ajan provokatörün cezalandırılmaması gerekir (Öztürk/Ertem, a.g.e., s. 428). Aynı yönde Erdem, a.g.m., s. 211. *Mitsch*, taksirli azmettirme cezalandırılmadığı için ajan provokatörün taksirli suçun faili olarak cezalandırılacağını kabul etmiştir (*Mitsch*, a.g.e., s. 128). Taksir sorumluluğunun iştirakteki birliği ortadan kaldıracığı, böyle bir ihtimalde failin kasten, suça sevk edenin ise taksirli sorumluluğunun söz konusu olacağı eleştirisi için bkz. Erem, a.g.m. (1975), s. 8.

<sup>1612</sup> *Mitsch*, a.g.e., s. 104. Azmettirmenin faillik kapsamında değerlendirildiği ihtimalde, çözümün sorun arz etmediğini belirten *Hoberg*, bu durumda azmettirenin fail olarak suçun tamamlanmasını değil teşebbüs aşamasında kalmasını istemesi nedeniyle cezasız kalacağı sonucuna ulaşılacağına dikkat çeker. Hoberg, a.g.e., s. 91.

<sup>1613</sup> Teşebbüs aşamasında kalan suçun ajan provokatörlük için elverişli bir esas fiil teşkil etmeyeceği görüşü için bkz. RGSt 15, 317'den aktaran *Mitsch*, a.g.e., s. 40. *Mitsch*, teşebbüs aşamasında kalan suçun esas fiil teşkil etmeyeceğine yönelik bu görüşe azmettiren ile failin eşdeğer cezalandırılması argümanından hareketle karşı çıkmıştır. Yazara göre, teşebbüs aşamasında kalan suçun fail için cezalandırılabilir azmettiren için cezalandırılmaz olduğu kabulünün hukuka uygun bir sonuç ortaya çıkarmayacağını belirtir. Ayrıca gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükme dayanarak farklı bir argüman daha ileri sürmüştür. Gönüllü vazgeçme kapsamında suça katılanın cezasızlığı ancak esas fiilin tamamlanmasını engellemesi halinde mümkün olur. Bunun tersi anlamından ortaya çıkan sonuç, katılan gönüllü vazgeçmesine rağmen suçun tamamlanmasına engel olamaması halinde teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı cezalandırılacak olmasıdır (*Mitsch*, a.g.e., s. 43-44). Burada azmettiren ile failin eşdeğer cezalandırılması argümanından ziyade azmettirmenin bağlı bir şeriklik türü olduğu esasından ve buna yönelik olarak cezalandırılabilir bir şeriklik için fiilin hukuka aykırı ve kasten işlenmesi gereğinden ve bu fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmasının yeterli olmasından hareket edilmesi gerekmektedir.

<sup>1614</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 128. İştirak sistemine ilişkin yaklaşımını fiilin bütünlüğü esası üzerine inşa eden *Dencker*, bu yaklaşımı kapsamında ajan provokatörlük durumunu da ele almıştır. Burada ajan provokatör ile failin suça ilişkin gerçekleştirdikleri katkılar arasında niceliksel ayrımın bulunduğu hareket eden yazar, provoke edenin müşterek fail olarak suçun tamamlanmasına yönelik kastının bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür. *Dencker*, a.g.e., s. 273.

ediliyorsa ajan provokatörün cezasızlığının bu noktada başarısız olacağına<sup>1615</sup> dikkat çekilmiştir.

Özellikle ceza dogmatığı bakımından sakınca teşkil eden durum, eğer ajan provokatör neticenin gerçekleşmesini engellemek istemiyorsa veya engelleyemiyorsa ve sonuç olarak fiil teşebbüs aşamasında kalmaz ve fail tarafından tamamlanırsa ne olacağıdır<sup>1616</sup>. Bununla birlikte failin tasavvuruna göre, suçun bir kısmının tamamlanması gerektiği durumlar ya da hukuken korunan yarara yönelik başka tehlikelerin de bulunabileceği durumlar tartışmalıdır. Burada tipik olarak bir azmettirme kabul edilirse, en azından ajan provokatörlükte bir hukuka uygunluk sebebinin olup olmayacağı<sup>1617</sup> açıklanmalıdır<sup>1618</sup>. Örneğin, failin bir market soygunundan sonra mallarla birlikte kaçmayı başarması halinde, ajan provokatörün cezalandırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya atılmıştır<sup>1619</sup>. Bu yaklaşımlar ajan provokatörlüğün cezasızlık alanının kapsamı esas alınarak değerlendirilecektir. Zira yaklaşımların ajan provokatör bakımından dikkate aldıkları cezasızlık alanları ve buna ilişkin şartları farklılaşmaktadır<sup>1620</sup>.

---

<sup>1615</sup> Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 152.

<sup>1616</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 361.

<sup>1617</sup> Ajan provokatörlük bağlamında ayrıca ajan provokatörün mağdurla anlaşması suretiyle suçun işlenmesi durumlarında hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızası da gündeme gelmiştir. Hukuka uygunluk sebebi kapsamında ihlal edilecek hukuki değer sahibinin söz konusu ihlale izninin bulunması halinde cezasızlık sonucu üzerinde durulmuştur (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 307). Ajan provokatör, mağdurun rızasını bilerek faili suça yönlendirmesi halinde tamamlanmış suça ilişkin azmettirmenin hem subjektif hem de objektif tipikliğini gerçekleştirmekle birlikte hukuka aykırı davranmamaktadır (Mitsch, a.g.e., s. 157). Hatta aynı sonucun ajan provokatörün failin aksine hukuka uygunluk nedeni içinde bulunduğunu bilmesi halinde de geçerli olacağı, bununla birlikte azmettirenin de fail lehine uygulanacak hukuka uygunluk nedenini bilmiyorsa ve bu nedenle tamamlanmış suçtan hareket ederse bu durumda teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirmeden dolayı cezalandırılacağı ileri sürülmüştür (Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.g.e., s. 811). Bununla birlikte rızanın bölünmezliğinden hareket edildiğinde bu rızanın fail tarafından gerçekleştirilen fiil bakımından dikkate alınması gerekeceğinden failin mağdurun rızasının varlığını bilmemesinin tipik hareketin hukuka aykırılığını ne şekilde etkileyeceğine yönelik doktrinde görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Söz konusu tartışmaya yönelik bkz. Mitsch, a.g.e., s. 154 vd. Belirtilmelidir ki, hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın ajan provokatör lehine değerlendirilmesi bakış açısı önemini kaybettiğinden, ajan provokatörlüğün cezalandırma sorunu kast çerçevesinde ele alınmaktadır (Plate, a.g.m., s. 310). İlgilinin rızasının ajan provokatörün cezasızlığı bakımından gerekçe teşkil etmeyeceğine yönelik görüş için bkz. Erem, a.g.m. (1975), s. 14.

<sup>1618</sup> Heinrich, a.g.e., s. 585.

<sup>1619</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 361.

<sup>1620</sup> Plate, a.g.m., s. 295.

## (1) Elverişsiz Teşebbüs Çözümü

Ajan provokatörün cezasızlığını gerekçelendirmek bakımından ileri sürülen ve cezasızlık alanına ilişkin dar bir çerçeve belirleyen çözüm şekli, elverişsiz teşebbüstür<sup>1621</sup>. Ajan provokatörlüğe ilişkin durum ceza hukuku anlamında kast problemi çerçevesinde değil, elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi gereken bir meseledir<sup>1622</sup>. Ajan provokatörün yönlendirdiği suçun işlenmesi ya konunun bulunmayışı ya da suç aracının elverişli olmaması<sup>1623</sup> veya alınan tedbirler<sup>1624</sup> kapsamında mümkün değildir<sup>1625</sup>.

Bu bağlamda ajan provokatörlüğün cezasızlığı sadece, en başından itibaren suçun işlenmesinin elverişsizliğinin bulunması ile sınırlı olmayıp, suçun icrasına başlandıktan sonra da ajan provokatör tarafından fiile ilişkin durumların bu şekilde düzenlenmesi ile de mümkündür<sup>1626</sup>. Örneğin, kolluk tarafından gözetim altında olan eve hırsızlık yapılması için kişinin azmettirilmesi halinde ortada işlenemez suç bulunmaktadır<sup>1627</sup>. Bu tür durumlarda azmettirmenin cezalandırma nedeni gerçekleşmez. Fiile sebep olan fiilin başarısız olacağını veya elverişsiz teşebbüs aşamasında kalacağını biliyor veya istiyorsa cezalandırılmaz<sup>1628</sup>.

<sup>1621</sup> Erem, a.g.m. (1975), s. 10. Yazar bu bağlamda zorunlu iştirakin söz konusu olduğu suçlar bakımından bu iştirak kapsamında yer alan kişinin suça yönelik kışkırtmasının işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Erem, a.g.m., s. 11). Ayrıca yazar bu nitelikte olmasa dahi olayın özelliğinden kaynaklanan bir zaruret varlığı halinde de işlenemez suç sonucuna ulaşmaktadır. Buna yönelik verilen örnek, “kokain imalini bilmeyen bir kimseyi suçlu olarak yakalayabilmek için birlikte imal etmeye kokain imalini bilen bir şahsı zabitanın kışkırtıcı ajan olarak kullanması” şeklindedir. Erem, a.g.m., s. 11.

<sup>1622</sup> Freund, a.g.e., s. 412.

<sup>1623</sup> Maaß, a.g.m., s. 516.

<sup>1624</sup> Suçun konusunun bulunması durumunda alınan tedbirlere rağmen suçun işlenmesinin mümkün olabileceği eleştirisi için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 502.

<sup>1625</sup> “Yargıtay’ın önüne gelmiş ve karşı oy yazısı yazan başkan ve diğer bazı üyeler ortada bir işlenemez suç olduğu tespitinde bulunmuşlardır. Olayda, vize sorusu çalmak için çilingir arayan öğrencinin durumunu öğrenen polis kendisini sanığa çilingir olarak tanıtmış ve iki kapıyı açtıktan sonra üçüncü kapıyı açarken polis sanığı yakalamıştır. Yargıtay, eylemi, anahtar uydurmak suretiyle hırsızlığa kalkışma olarak nitelendirmiştir. Ancak karşı oy yazısında, gerekli tüm önlemlerin alınmasından dolayı esasen suçun işlenmesinin mümkün olmadığı yani işlenemez suçun söz konusu olduğu, polisin müdahalesi olmasaydı sanığın suçu işlemeye kalkışmayacağı, polisin tahrikçi ajan konumunda olduğu belirtilmiştir.” YCGK, 21.12.1987-6-446/620’den aktaran Akar, a.g.m., s. 141.

<sup>1626</sup> Mitsch, a.g.e., s. 106.

<sup>1627</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 501.

<sup>1628</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 179. Mitsch, ajan provokatörün davranışının ihmal kapsamında da değerlendirilemeyeceğini, hukuki değere yönelik gerçekte bir tehlike durumunun eksikliği nedeniyle garantörlük durumunun ortaya çıkmamasının sonucu olarak gerçek olmayan ihmali suç bulunmadığını belirtmiştir. Mitsch, a.g.e., s. 106.



Ayrıca ajan provokatör en başından itibaren failin sadece elverişsiz teşebbüsü gerçekleştireceğini biliyorsa her durumda tamamlanma kastı eksik olur<sup>1629</sup>. Nitekim düşman olduğu kişinin, yaşamamasına rağmen, hala hayatta olduğuna inandırarak onu öldürmeye yönlendiren kişinin hareketi, bakıldığında şeklen tipik azmettirme hareketi olarak kabul edilebilir. Ancak burada esas fail tarafından gerçekleştirilen elverişsiz teşebbüs söz konusu olur<sup>1630</sup>. Bununla birlikte aslında hayatta olmayan birine yaşadığını zannederek onu öldürmesi için kişiyi azmettiren kişi bakımından elverişsiz teşebbüse azmettirmenin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>1631</sup>. Suça yönlendirenin suçun konusu bakımından elverişsiz bir aracı belirlemesi halinde de ajan provokatörün cezasızlığı gündeme gelir<sup>1632</sup>. Örneğin; (A), (B)'ye bir silah vererek öldürmeye teşebbüs için yönlendirir. Bununla birlikte (B), silahın boş olduğunu bilmemektedir. Bu durumda (B) tarafından gerçekleştirilen öldürme suçuna yönelik fiil elverişsiz teşebbüs aşamasında kalmıştır. Burada (A) yönlendirdiği fiilin işlenmesinde tamamlanmanın meydana gelmeyeceğini bildiği ve gerçekleşmemesini istediği için cezasız kalır<sup>1633</sup>.

Bu tür durumlarda hukuki değer taşıyıcısı bakımından ortaya çıkan bir tehlike bulunmadığından hukuki değere yönelik bir ihlalden söz edilemez<sup>1634</sup>. Ancak bunun fail bakımından da söz konusu olacağı unutulmamalıdır<sup>1635</sup>. Diğer bir ifadeyle, suçun ajan provokatör bakımından işlenemez suç, buna karşılık fail bakımından işlenebilir suç olarak kabulü mümkün değildir<sup>1636</sup>.

<sup>1629</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 810.

<sup>1630</sup> Freund, a.g.e., s. 412.

<sup>1631</sup> Freund, a.g.e., s. 412.

<sup>1632</sup> Burada elverişsiz teşebbüsün söz konusu olduğu ve suçun tamamlanmasından söz edilemeyeceği ve böylelikle suça yönlendiren ajan provokatörün cezasızlığı bakımından sorun ortaya çıkmadığı yaklaşımı için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 307; Seelmann, a.g.m., s. 807.

<sup>1633</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 360; Plate, a.g.m., s. 308.

<sup>1634</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 180; Küper, a.g.m. (GA, 1974), s. 321; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 256.

<sup>1635</sup> Özbek vd., a.g.e., s. 533. “20.09.2008 tarihli yakalama ve zapt etme tutanağına ve sanık savunmasına göre; sanığın olay günü uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan mahkum olan diğer sanık S.Ü'den kullanmak amacıyla uyuşturucu temin etmek için cep telefonu numarasından aradığında, bu sırada S.Ü'yü yakalamış bulunan görevliler tarafından telefona cevap verildiği, sanığın S.Ü ile görüştüğü düşüncesi ile uyuşturucu alımı ve randevu yerinin tespitine ilişkin konuşmayı gerçekte görevliyle yapmasının ardından, kararlaştırılan yere geldiğinde, güvenlik görevlilerince yakalandığı; suç konusu uyuşturucu maddeye daha önce görevliler tarafından elkonulmuş olduğundan, sanığın zaten almasına olanak bulunmadığı, bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olduğu ve buna bağlı olarak sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanık hakkında beraat yerine mahkumiyet hükmü kurulması... yasaya aykırı bulunmuştur” Y. 10. CD, 29.04.2010-15018/10017'den aktaran Zafer, a.g.e., s. 560, dn. 97.

<sup>1636</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 502.

Azmettirmenin cezalandırılması bakımından cezalandırılabilir bir esas fiil haksızlığının gerçekleşmesi gerekir. Bunun için de niceliksel bağlılık anlamında teşebbüsün varlığı aranmaktadır. Eğer suç teşebbüs aşamasına varmamış ise iştirak edilebilir ve cezalandırılabilir bir fiilden söz edilemeyecektir. Yaklaşım bu şekilde gerçekleşen ajan provokatörlük durumları bakımından kabul edilse bile, hâlihazırda icra hareketlerinin başlaması durumunda ajan provokatörlüğün cezasızlığı bakımından meşru bir temel oluşturmamaktadır<sup>1637</sup>. Bu çözüm, iştirak ve teşebbüs düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuçtur.

## (2) Suçun Gerçekleşme Aşamasını Esas Alan Yaklaşımlar

### i. Şekli Tamamlanma Kriteri

Ajan provokatörlükte cezasızlık alanını şekli tamamlanma aşamasını esas alarak belirleyen yaklaşımda başkasının haksızlığına şerik olarak iştirak edebilmek için, bağlılık kuralı kapsamında esas fail bakımından cezalandırılabilir bir teşebbüs durumunun oluşması gerekir<sup>1638</sup>. Dolayısıyla yaklaşım azmettirme kastı bakımından da teşebbüs edilen bir esas fiilin varlığını aramaktadır. Bu bağlamda genel hatlarıyla benzerlik taşıyan iki yaklaşımdan hukuki değere yönelik tehlike sınırı teorisine<sup>1639</sup> göre, azmettirme kastı ancak azmettiren sadece suçun konusuna yönelik bir tehlikeyi hariç tutarak esas fiilin teşebbüs aşamasına gelmesini istiyorsa ortadan kalkar<sup>1640</sup>. Zira tamamlanmış bir fiilin işlenmesine yönelik tehlike ajan provokatör bakımından gerçekten dışlanamazsa veya azmettirenin tehlikeyi önlemeye hazır olmasına rağmen suçun şekli tamamlanması zorunlu ise, icra hareketinin hukuki değeri ihlal eden karakteri kalır. Hukuki değer

<sup>1637</sup> Bu durumda *Dönmezer/Erman*'a göre, eğer ajan provokatör faili suçun icrasına başlamasından sonra ve fakat tamamlanmasından önce durdurmuş veya hareketin devamına engel olabilmişse, sorumluluğu gönüllü vazgeçme hükümleri kapsamında belirlenmelidir (*Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 503). Aynı yönde bkz. *Artuk/Gökçen/Aışahin/Çakır*, a.g.e., s. 694; *Özkan*, a.g.e., s. 277. Ajan provokatörlüğün cezasızlığının ancak gönüllü vazgeçme kapsamında gerekçelendirilebileceğini kabul edenlere göre bu durumda gönüllü vazgeçme hükümleri kıyasen uygulanmalıdır (*Hakeri*, a.g.m., s. 103. Aynı yönde *Özbek vd.*, a.g.e., s. 532; *İçel*, a.g.e., s. 500; *Centel/Zafer/Çakmut*, a.g.e., s. 514; *Erem*, a.g.m. (1975), s. 9; *Zafer*, a.g.e., s. 562; *Demirbaş*, a.g.e., s. 528; *Toroslu/Toroslu*, a.g.e., s. 340). Yazarlar TCK'daki gönüllü vazgeçme düzenlemesinin konu bakımından uygun olduğunu belirtirler. O zamana kadar fail tarafından gerçekleştirilen hareketler bağımsız bir suç ortaya çıkarıyorsa ajan provokatörün de bu suçtan dolayı cezalandırılması gerekir. Bununla birlikte ajan provokatör hiç harekete geçmemiş ve fail de neticeyi gerçekleştirmişse bu durumda artık azmettiren olarak cezalandırılması gerekir (*Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 503).

<sup>1638</sup> *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 688.

<sup>1639</sup> *Heinrich*, a.g.e., s. 585.

<sup>1640</sup> *Plate*, a.g.m., s. 306 vd., *Baumann*, a.g.m. (JuS 1963), s. 133 vd.; *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 687 vd. Ayrıca bkz. *Küper*, a.g.m. (GA 1974), s. 335; *Rudolphi*, a.g.m. (FS Maurach), s. 65 vd.

taşıyıcısının zararına yol açacak nitelikteki cezasız hareket serbestisi sınırlandırılmak zorundadır<sup>1641</sup>. Bu nedenle hukuki değere yönelik tehlike hariç tutulmadığı sürece, diğer bir ifadeyle suçun tamamlanması mümkünse veya suçun şekli olarak tamamlanması zorunluysa her zaman azmettirme vardır<sup>1642</sup>. Bu durumda sadece hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmesi söz konusu olabilir<sup>1643</sup>. Ayrıca, ajan provokatör hukuki değer tehlikesi kapsamında suça ilişkin netice bakımından kural olarak bilinçli taksirle hareket ederse, sadece ilgili fiile ilişkin kast sorumluluğu ortadan kalkmalıdır<sup>1644</sup>. Bu yaklaşım çerçevesinde esas fiil tamamlanmadığı sürece kişisel cezasızlık sebebi olarak gönüllü vazgeçme<sup>1645</sup> de göz önünde bulundurulmuştur<sup>1646</sup>.

<sup>1641</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 361.

<sup>1642</sup> Plate, a.g.m., s. 316.

<sup>1643</sup> Heinrich, a.g.e., s. 585-586. Bu bağlamda kanun üstü hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirdiği zorunluluk hali kapsamında değerlendirme yapan *Plate*, somut olay bakımından başka türlü engel olunamayan mevcut bir tehlikenin ajan provokatör tarafından ortadan kaldırılması ve çatışan hukuki değerlerin kıyasında korunmak istenen hukuki değer ihlal edilen hukuki değerden önemli ölçüde önemli olması kriterleri çerçevesinde cezasızlık sonucuna ulaşmaya çalışır (*Plate*, a.g.m., s. 311). Yazar buna ilişkin doktrinde *Lüderssen* tarafından ileri sürülen ajan provokatörün fiile uzak kalarak sadece azmettirmek suretiyle hareketini gerçekleştirmesi nedeniyle hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin şartlarının fail bakımından geçerli olduğu gibi katı dikkate alınmaması gerektiği şeklindeki görüşüne de karşı çıkmıştır. Her ne kadar azmettiren (ajan provokatör) hukuki değer ihlali üzerindeki etkisinin dolaylı olması nedeniyle yoğunluğunun faile nazaran az olduğu kabul edilebilirse de haksızlığın yoğunluğuna ilişkin ölçüt haksızlığın bulunup bulunmadığı bakımından önem arz etmez. Bu nedenle zorunluluk hali bakımından, haksızlığın bulunup bulunmadığına göre, her zaman aynı şartların gerçekleşmesi beklenir. *Plate*, a.g.m., s. 312.

<sup>1644</sup> Heinrich, a.g.e., s. 586. Ajan provokatörün olası kastının bulunmasına ilişkin değerlendirme için bkz. *Plate*, a.g.m., s. 313. Yaklaşım isabetli bulunmayarak eleştirilmiştir. Azmettiren hırsızın kaçmasını engelleyebileceğini öngörüyorsa bununla birlikte beklentinin aksine fiil tamamlanmışsa şeriklik bakımından tipik taksir sorumluluğu söz konusu olacağından azmettirenin böylece sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda azmettirenin kastını kabul eden görüş, kanunda hiçbir şekilde ceza altına alınmamış olmasına rağmen bir tür taksirli azmettirme teşkil eden bir davranışı cezalandırır. *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 361. Bu durum ayrıca tüm suçlar bakımından taksir sorumluluğunun kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle sorun arz eder.

<sup>1645</sup> Gönüllü vazgeçme kapsamında fiilin tamamlanmasına ilişkin hareketlerin engellenmesiyle, tipik neticenin ortadan kaldırılması fail bakımından cezasızlık sebebi olarak kabul ediliyorsa, bu ayrıcalık daha ziyade en başından itibaren fiilin tamamlanmasını istemeyen azmettiren için geçerli olmalıdır (*Geppert*, a.g.m. (1997), s. 360). Ajan provokatörlük bakımından gönüllü vazgeçme çözümüne yönelik eleştiri için bkz. *Seelmann*, a.g.m., s. 814. *Mitsch*, ajan provokatörde teşebbüs aşamasında kalan suça ilişkin azmettirmenin sübjektif tipikliğinin gerçekleşmemesinden dolayı gönüllü vazgeçme hükümlerinin ne doğrudan ne de kıyasen uygulanabilirliğinin bulunduğunu belirtmiştir (*Mitsch*, a.g.e., s. 102). Kıyasen uygulanmasının mümkün olmaması ise gönüllü vazgeçmenin ceza politikası gereği cezasızlık nedeninin ajan provokatörlükte gerçekleşmemesine dayanır. Gönüllü vazgeçmede suça katılan hukuk karşıtlığını (*rechtsfeindliche Einstellung*) tekrar gözden geçirmesi ve bundan vazgeçmesi nedeniyle cezasızlıktan yararlanmaktadır. Ajan provokatör ise hukuk temelinden ayrılmamaktadır. *Mitsch* bununla birlikte gönüllü vazgeçme hükmünün ajan provokatörlüğün cezasızlığını temellendirmek bakımından değil, ancak cezasızlığı desteklemek bakımından dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, ceza hukuku kapsamında ajan provokatörün durumunun, teşebbüs aşamasına kadar ulaşan suça faili sevk eden ve gönüllü vazgeçen azmettirenin durumundan daha kötü olamaması gerekir (*Mitsch*, a.g.e., s. 103-104).

<sup>1646</sup> *Plate*, a.g.m., s. 314.

Tamamlanma kriteri üzerinden sınır belirleyen diğerk bir yaklaşım ise, şekli tamamlanma sınırı teorisi (*die Theorie der formellen Vollendungsgrenze*) olmuştur<sup>1647</sup>. Bu yaklaşıma göre, eğer azmettiren sadece fiilin teşebbüs aşamasına gelmesini istiyorsa, azmettirme kastı reddedilir<sup>1648</sup>. Aslında ajan provokatör tehlike kastı bulunmaksızın hareket etmektedir. Zira ajan provokatör hareketinin korunan hukuki değer bakımından sonuçsuz kalacağını bilmektedir. Bununla birlikte ajan provokatör teşebbüs aşamasında kalan fiilin haksızlığına katılmakta ve bunu bilmektedir. Ancak ajan provokatörün davranışı hukuki değere yönelik saldırı olarak değerlendirilemez. Çünkü arka planda yer alan, hukuki değer bakımından tehlikenin bulunmadığı tasavvuru ile değil, aksine en başından itibaren hukuki değeri zarardan koruma tasavvuru ile hareket etmektedir. Hukuki değere yönelik tehlike eksikliği nedeniyle, azmettirmede yasaklanan davranış normunu ihlal etme bulunmamaktadır<sup>1649</sup>. Diğerk bir ifadeyle, ajan provokatör zamanında müdahale ederek neticenin gerçekleşmesine engel olursa cezalandırılması gündeme gelmeyecektir<sup>1650</sup>. Bu sonuç, azmettirenin suçun konusuna ilişkin tehlikeyi duruma göre gerçekten dışlayamazsa da geçerlidir<sup>1651</sup>. Böylece azmettirenin diğerk tehlikeleri hesaba katabilmesi önem taşımaz. Ancak ajan provokatör suçun şekli tamamlanmasını kastı kapsamında tutmuşsa azmettirme mevcuttur<sup>1652</sup>. Buna rağmen ajan provokatör neticenin gerçekleşmesine engel olamamış ise taksirli sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir<sup>1653</sup>. Söz konusu durum şu şekilde gerekçelendirilebilir: Azmettiren için neticenin meydana

<sup>1647</sup> Heinrich, a.g.e., s. 586.

<sup>1648</sup> Welzel, a.g.e., s. 117; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 256 vd.; Eryıldız, a.g.m., s. 48.

<sup>1649</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 129. Aynı yönde Warneke, a.g.e., s. 158.

<sup>1650</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 499.

<sup>1651</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 361. Şekli tamamlanma sınırı teorisine yöneltilen eleştiri, cezasızlık sonucunun suç politikası bakımından failin suçunun kanıtlanabilmesi için suçun tamamlanmasının gerekli olduğu ve hukuki değer ihlali gerçekleşmediği sürece kabul edilebilir olmasına ilişkindir (Heinrich, a.g.e., s. 586). Bununla birlikte şekli tamamlanma teorisine yönelik ayrıca suçun ajan provokatör bakımından şeklen bununla birlikte suçu işleyen fail bakımından hem şeklen hem de maddi olarak tamamlanmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Faili hırsızlık suçuna yönlendirenin daha sonra malı sahibine teslim etmesi halinde sadece suçun maddi olarak tamamlanmasını istemediği ve böylece suçun sadece onun bakımından şeklen tamamlandığı ileri sürülemez (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 498).

<sup>1652</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 129. *Schünemann*, buna yönelik olarak kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirme yapmıştır. Failin yakalanması amacına yönelik olsa bile, mağdura karşı yaralama suçuna azmettiren kişi bu suçun tamamlanması ile birlikte azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Çünkü hukuki değer ihlali gerçekleşmiştir. Suça yönelik amacının ne olduğu ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek bir husus olarak ortaya çıkar. *Schünemann*, a.g.e., s. 2006.

<sup>1653</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 499. Bu kabule göre ilgili suçun taksirle gerçekleştirilmesi kanunda suç tipi olarak yer almıyorsa ajan provokatör bakımından cezasızlık sonucu ortaya çıkar. Mitsch, a.g.e., s. 128.

gelmesi bakımından kasıtlı davranış zorunludur. Netice göze alınabiliyorsa, kast da mevcuttur. Ancak sadece tehlike kastı varsa ve netice bakımından sadece bilinçli taksirle hareket ediliyorsa kasttan söz edilemez<sup>1654</sup>. Suçun tamamlandığı andan itibaren diğer bir ifadeyle hukuki değer ihlalinin olduğu andan itibaren ancak hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali (ACK md. 34) dikkate alınabilir<sup>1655</sup>. Fiilin tamamlanmasına rağmen ajan provokatörün cezasızlığı kanunun etkin pişmanlığı kabul ettiği suçlarda mümkündür. Eğer kişi en başından itibaren bir vazgeçmeyi planlıyorsa, ajan provokatör cezasız kalır<sup>1656</sup>. Bu aynı zamanda vazgeçmeye ilişkin davranışı belli etmeye yönelik hareketlerin önceden yapılması, örneğin neticenin gerçekleşmesine yönelik önlem alınması, şeklinde de gerçekleşebilir<sup>1657</sup>.

Yaklaşım bakımından şekli tamamlanma ve maddi sona ermenin aynı anda gerçekleştiği suçlar<sup>1658</sup> sorun oluşturmaktadır. Konuya ilişkin soyut tehlike suçları kapsamında uyuşturucu madde suçları ön plana çıkmaktadır<sup>1659</sup>. Ayrıca hazırlık suçları (*Vorbereitungsdelikt*)<sup>1660</sup> veya teşebbüs suçları gibi hukuki değer ihlalinin ön aşamasına

---

<sup>1654</sup> Heinrich, a.g.e., s. 586. Böyle bir durumda suça yönlendirenin taksirli sorumluluğunun bununla birlikte failin kast sorumluluğunun kabulü sonucunun ortaya çıkacağı ve bunun da iştirakteki birliği ortadan kaldıracığı eleştirisi için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 499.

<sup>1655</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 361. İtalyan Ceza Kanunu'nda ajan provokatörlük bakımından mazeret sebebi olarak açık düzenlemeye yer verilmiştir (Erem, a.g.m. (1975), s. 13). *Erem* bu kapsamda suça sevk eden bakımından görevin ifası kapsamında hukuka uygunluktan bahsedilemeyeceğini, kamu görevlisinin görevinin suç işletmek veya suça katılmak olmadığını belirtmiştir (Erem, a.g.m. (1975), s. 13). Ajan provokatörlüğün cezasızlığına yönelik, konuyu mazeret nedeninin koşullarında hata üzerinden ele alan ve bu kapsamda kişinin kastı ortadan kalkacağından ceza sorumluluğundan söz edilemeyeceğini belirten görüş için bkz. Erem, a.g.m. (1975), s. 13.

<sup>1656</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 812. Etkin pişmanlığı karakterize eden özellik, hukuki değer ihlalinin baştan itibaren sürdürülmesine karşılık suçun tamamlanmasından sonra devreye girmesidir. Bununla birlikte ceza dogmatigi açısından ajan provokatörün baştan itibaren ihlalin sürdürülmesine yönelik kastının bulunmaması iddiasını gerekçelendirebilir nitelikte değildir. Suç politikası açısından ajan provokatörün cezasızlığını sağlamaya yönelik bir kabuldür.

<sup>1657</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 361.

<sup>1658</sup> *Mitsch*, mağduru vurması için faili suça sevk eden kişinin, kasten öldürme suçu kapsamında cezasızlık sonucundan yararlanamayacağını, ilgili suç tipi bakımından şekli tamamlanma ile maddi tamamlanmanın birlikte gerçekleştiğini belirtir (Mitsch, a.g.e., s. 151). Böylelikle yazar, suça sevk edenin cezalandırılabilirliğe ilişkin tüm suçlar bakımından geçerli olabilecek bir kriterin kabul edilemeyeceğine dikkat çekmiştir. Suçların farklı tipiklik yapısı farklı değerlendirmeyi gerektirir (Mitsch, a.g.e., s. 152).

<sup>1659</sup> Satzger, a.g.m., s. 523; Murmann, a.g.e., s. 246. Bu kapsamda *Schünemann*, ajan provokatörün azmettirme kapsamında cezalandırılmasının, uyuşturucu madde satışı esnasında uyuşturucu maddeyi satan kişinin yakalanması durumunda ortadan kalkacağını, bu ihtimalde suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ajan provokatör, suça yönelik provokasyonunda uyuşturucu maddenin dolaşıma girmemesini ve sonuç olarak başkasına ulaşmamasını sağlamışsa, teşebbüs aşamasında kalan suçtan söz edilmesi gerekir. *Schünemann*, a.g.e., s. 2008.

<sup>1660</sup> Hazırlık suçları bakımından ajan provokatörün tipikliğin tamamlanmasını istememesi halinde cezasız kalması gerektiğine yönelik bkz. *Schünemann*, a.g.e., s. 2012. Yazar bu görüşünü suçun teşebbüs aşamasında kalmasına provokasyonun cezasız kalması kabul ediliyorsa, fiilin henüz hazırlık

çekildiği suçlar bakımından da aynı durum geçerlidir<sup>1661</sup>. Özellikle uyuşturucu madde suçlarında böyle bir ayrıma gidilmesi ispat aşamasında sorun teşkil etmektedir<sup>1662</sup>. Bu nedenle şekli tamamlanma kriteri esas alınarak ajan provokatörlüğün cezasızlığına ulaşılamaz.

## ii. Maddi Tamamlanma Sınırını Esas Alan Yaklaşım

Önceki yaklaşımların ajan provokatörlüğün cezasızlığına ilişkin sınırı suçun tamamlanması ile belirlemesinin tüm suçlarda ihlal neticesinin bulunmadığı (sırf hareket suçları bu yaklaşım bağlamında sorun arz eder) gerçeğini göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştiren bu yaklaşıma göre, ajan provokatörün iradesinin hukuki değer ihlalinin gerçekleşmemesine yönelik olması gerekir. Şekli tamamlanmaya rağmen azmettirenin müdahalesi ile hukuki değer ihlalinin gerçekleşmeyeceği durumlarda da azmettirme cezasız kalmalıdır<sup>1663</sup>.

---

aşamasında kalmasına yönelik provokasyonun da cezasızlık sonucunu ortaya çıkaracağı kabul edilmesi gerektiği argümanı ile gerekçelendirmiştir. Belirtilmelidir ki, yazar konuya ilişkin ACK md. 149'da yer alan para ve kıymetli damgalarda sahtecilik suçunun hazırlığı suçundan örnek vermiştir. Bu suç bağlamında ayrıca düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmüne de dikkat çekmiştir. Schünemann, a.g.e., s. 2012.

<sup>1661</sup> Schünemann, a.g.e., s. 2007. Türk hukukunda bu suçlar bakımından uygulamada özellik arz eden bir durum yer almaktadır. CMK kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin şartları gerçekleşmemekle birlikte Cumhuriyet savcısının talimatıyla fuhuş, uyuşturucu madde ticareti, uluslararası silah ticareti gibi suçların ortaya çıkarılmasına yönelik polisin gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olarak görevlendirilmek suretiyle kimliğini gizleyebileceği ve müşteri veya alıcı rolüyle hareket edebileceği belirtilmiştir. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 8. Baskı, Ankara, 2016, s. 496'dan aktaran Akar, a.g.m., s. 137.

<sup>1662</sup> Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 231. *Roxin*'e göre, ajan provokatörlükte önem arz eden bir diğer konu ise suçun teşebbüste kalma ve tamamlanma aşamalarına ilişkin sınırın belirlenmesi gereğidir. Nitekim Alman ceza yargılamalarında bu konuya ilişkin problemler mahkemenin suçun tamamlanmasını geniş yorumlamasından ortaya çıkmaktadır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 181). *Roxin* konuya ilişkin uyuşturucu madde ticareti bakımından ajan provokatörün satıcıdan uyuşturucu maddeyi aldığı anda satıcıyı yakalaması olasılığında mahkemenin uyuşturucu madde ticareti suçunun tamamlandığını kabul etmesini örnek gösterir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 181). Azmettirenin kastının fiilin tamamlanmasını kapsamayı gerekliliğine ilişkin olarak hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin uygulanma durumunun pratik öneminin uyuşturucu suçlarında anlam kazandığı görüşü için bkz. Roxin, a.g.e. (AT), s. 180. Bununla birlikte yazara göre hukuka uygunluk sebebi olarak ACK md. 34'ün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı bir konuyu oluşturur. Çünkü birisinin uyuşturucu madde suçu işlemesi için yönlendirilmesinde eğer suçun icrasına başlamamışsa, mevcut ve önlenmesi gereken bir tehlikeden söz edilemez. Diğer durumlarda ise devlet tarafından veya kamusal nitelikte sebep olunan uyuşturucu madde suçlarına katılmada ortaya çıkan zararların, her bir failin suçunun kanıtlanması için kullanılmasıyla dengelenemeyeceği de belirtilmelidir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 181). Ajan provokatörlüğün cezasızlığına yönelik diğer bir görüş, konuyu mazeret nedeninin koşullarında hata üzerinden ele almıştır. Bu kapsamda kişinin kastı ortadan kalkacağından ceza sorumluluğundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir (Erem, a.g.m. (1975), s. 13).

<sup>1663</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 547; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 362; Freund, a.g.e., s. 412.

Ajan provokatörlüğün cezalandırılması sorunu, hukuki değer ihlali neticesini esas alan maddi kriterle değerlendirilmelidir<sup>1664</sup>. Azmettirme sadece suça sevk edenin suçun teşebbüs aşamasında kalmasını istediği durumlarda değil, ayrıca suçun şekli tamamlanmasını göze aldığı durumlarda da ortadan kalkar<sup>1665</sup>. Şekli tamamlanmadan anlaşılması gereken ise, cezalandırılabilirliğin hukuki değer ihlalinin gerçekleşmesine ön gelen aşamaya çekilmiş olmasıdır. Bu nedenle suça ilişkin hukuki değer ihlali, şekli tamamlanma ile değil, maddi olarak sona erme<sup>1666</sup> ile birlikte gerçekleşir<sup>1667</sup>. Sübjektif unsur bakımından suça sevk etmenin, kastın suçun sadece teşebbüs aşamasında kalmasına yönelik olması durumundan farkı bulunmamaktadır. Her iki ihtimalde arka planda yer alan suça azmettirme kastı ile hareket etmemektedir<sup>1668</sup>. Failin kastının fiilin tamamlanmasına yönelik olduğu ve ajan provokatörün kastının da aynı gerçekleşme düzeyine ilişkin olduğu düşünülse bile, ajan provokatörün kastının ihlalin sürdürülmesine değil, tam tersine ihlalin gerçekleşmemesine yönelik olduğu göz ardı edilmemelidir<sup>1669</sup>.

Bu görüşe göre, ceza hukukunun amacı hukuki değer ihlallerinin önlenmesi olduğundan; azmettiren olarak cezalandırılma, azmettirenin başarıya ulaşan tipik hukuki değer saldırısına faili yönlendirmesi veya en azından, objektif olarak sonuçsuz kalsa bile bunu istemesi sebebine dayanır. Suça sevk eden suçun tamamlanması kastı ile hareket etse de hukuki değer ihlaline sebep olmayabilir. Bu tür durumlarda hukuki değer korunmasının güvenceye alınması ajan provokatörün azmettiren olarak cezalandırılmasını gerektirmez<sup>1670</sup>. Zira tamamlanmaya yönelik kastın bulunmaması

---

<sup>1664</sup> Maaß, a.g.m., s. 520; Esser, a.g.m., s. 331; Herzberg, a.g.e., s. 125; Koch/Wirth, a.g.m., s. 208; Hoberg, a.g.e., s. 95. *Mitsch*, hukuki değer ihlaline ilişkin iradenin varlığının suç tipinde tanımlanmayan, ek bir unsur olarak değil aksine ilgili suç tipinde yer alan sübjektif bir unsur olarak ele alınması gerektiğini kabul etmektedir. Yazara göre, şerikliğin bağlılığı sadece fail tarafından gerçekleştirilen tipik hareket kapsamında olması gerektiğinden sübjektif tipiklik unsurlarının her suça katılan bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda olmak üzere, ajan provokatörün faili işlemeye sevk ettiği suç bakımından hukuki değeri ihlal etmeye yönelik iradesi bulunmuyorsa fail tarafından gerçekleştirilen suç kapsamında sorumlu tutulamaz. Çünkü ajan provokatör, azmettirmenin tipikliğini gerçekleştirilmemiş kabul edilir (*Mitsch*, a.g.e., s. 184).

<sup>1665</sup> Hünerfeld, a.g.m., s. 248.

<sup>1666</sup> Sona erme kavramının ceza kanununda yer alan suç tipleri bakımından kast bağlantısı olarak uygulanabilirliğine ilişkin eleştiri için bkz. Plate, a.g.m., s. 319.

<sup>1667</sup> Maaß, a.g.m., s. 518; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 498.

<sup>1668</sup> Maaß, a.g.m., s. 518. Arka planda yer alan faili fiilin teşebbüs aşamasında kalmasına sevk etmiş olsa bile hukuki değer ihlali bakımından aynı etkiye sebep olacağı görüşü için bkz. Esser, a.g.m., s. 331.

<sup>1669</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 362.

<sup>1670</sup> *Mitsch*, a.g.e., s. 143. *Schünemann* amaç suçları bakımından bu konuya paralel bir değerlendirme yapmıştır. Yazar belgede sahtecilik suçu (ACK md. 267) üzerinden verdiği örnekte suça ilişkin tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik provokasyon yapan kişinin bu suç kapsamındaki amacın

halinde şerikliği de tanımlayan hukuki değere yönelik ihlalden söz edilemez<sup>1671</sup>. Böylece ceza olmaksızın da hukuki değer korunması garanti altına alınmaktadır<sup>1672</sup>. O zaman azmettirme sadece, suça sevk edenin suçun maddi olarak tamamlanmasını çabalıyorsa, mümkün olabilir<sup>1673</sup>. Sonuç olarak ajan provokatör hukuki değer sahibine ayrıca zarar vermek istememektedir<sup>1674</sup>. Bu nedenle failin suçun tamamlanması ile sona ermesi arasında yakalanıp suçunun ispatlanabilmesinin gerektiği durumlarda azmettirenin cezalandırılabilirliğini gerekçelendiren maddi hukuki değere yönelik ihlalden bahsedilemez<sup>1675</sup>. Ancak azmettirenin doğrudan fiilin tamamlanmasını mı engellediği veya sadece gerçekleşen tamamlanmadan sonra mı hukuki değer maddi olarak ihlalini engellemeye çalıştığı arasında ayırım yapılamaz<sup>1676</sup>.

Böylelikle suçun maddi tamamlanması ile şekli tamamlanması arasındaki ayrıma dikkat çeken bu yaklaşıma göre belirleyici olan suça ilişkin şekli tamamlanma zamanı değil, aksine bir hukuki değer ihlalinin söz konusu olup olmadığıdır<sup>1677</sup>. Kastın sadece fiilin tamamlanmasını kapsamaması her durum bakımından yeterli değildir<sup>1678</sup>. Ajan

---

gerçekleşmesini önlemesi halinde cezasız kalması gerektiğini belirtmiştir. Burada suça sevk eden suça ilişkin amacın gerçekleşmesini istememektedir. Bu nedenle hukuki değer ihlali eksiktir (Schünemann, a.g.e., s. 2013). Bununla birlikte yazarın burada amaç unsuruna şerikin de sahip olması gerektiği kabulüne dikkat edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle şerikin, failin ilgili amacı gerçekleştirmeyi istemesini bilmesi yeterli değildir. Bu duruma yönelik özellikle azmettiren bakımından faille eşdeğer cezalandırma hususundan hareketle değerlendirme yapan yazar, şerik bakımından suçun subjektif unsuruna yönelik faile nazaran daha az bir gerekliliğin aranmasının isabetli olmayacağını belirtmiştir (Schünemann, a.g.e., s. 2013).

<sup>1671</sup> Schmidhäuser, ajan provokatörlüğün cezasız kalması gerektiğine yönelik düşüncesini şu şekilde gerekçelendirmiştir: “Azmettirme hareketinin hukuki değeri ihlal eden niteliği, suça sevk etmenin fiile yönelik karara yol açmaya ve fiilin icrasına yönelik olmasını gerektirir. Bunun yanı sıra azmettirme hareketinin haksızlığı, muhatabın suç kararı alması ve bunu icra etmesi kapsamında yaratılan tehlikede oluşur. Böylelikle amaç değersizliği ve tehlike değersizliği aynı şekilde bulunabilir. Harici görünümde azmettirme hareketi şeklinde ortaya çıkan tehlike, hukuki değer ihlaline de aynı şekilde sadece görünürde sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda ne amaç değersizliğinden ne de tehlike değersizliğinden söz edilebilir. Bu durumun tipik örneği ajan provokatörlüktür.” Schmidhäuser, a.g.e., s. 312.

<sup>1672</sup> Mitsch, a.g.e., s. 143.

<sup>1673</sup> Hünerfeld, a.g.m., s. 248.

<sup>1674</sup> Tehlike suçları bakımından hukuki değer ihlalinin gerçekleşmesine yönelik açıklama için bkz. Seelmann, a.g.m., s. 803. Ayrıca soyut tehlike suçlarında suç tanımında yer alan tipiklik gerçekleşse ve suç tamamlansa da hukuki değere ilişkin somut tehlikeyi beraberinde getirmemesinden dolayı böyle bir suça hukuki değer ihlaline yönelik iradesi olmaksızın, faili sevk eden kişinin cezasız kalmasına yönelik görüş için bkz. Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 60.

<sup>1675</sup> Heinrich, a.g.e., s. 587.

<sup>1676</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 290.

<sup>1677</sup> Satzger, a.g.m., s. 523.

<sup>1678</sup> Seelmann, a.g.m., s. 807.



provokatör şekli tamamlanmayı istese bile maddi tamamlanmayı istemediğinden<sup>1679</sup> cezasız kalmalıdır<sup>1680</sup>. Bu kapsamda ele alındığında, ajan provokatörün cezasızlığının tamamlanan soyut tehlike suçlarına sevk etme durumlarında kabul edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, fiilin işlenmesiyle korunan hukuki değer bakımından henüz somut tehlike ortaya çıkmamaktadır<sup>1681</sup>. Böyle bir bakış açısıyla ajan provokatör için ceza hukuku anlamında en geniş kapsamlı muafiyet durumunu tanıyan yaklaşımdır<sup>1682</sup>.

Yaklaşımın dogmatik bağlantı noktası, şerik haksızlığının bağımsız hukuki değere yönelik saldırı yönüdür. Bu da şerikliğin cezalandırılma nedenini açıklayan yaklaşımlardan bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı teorisine işaret etmektedir. Eğer şeriklik bağlı bir hukuki değer saldırısı olarak kabul edilirse, ajan provokatörün cezasızlığının anlaşılması mümkün olabilir<sup>1683</sup>. Ceza hukukunun maddi amacı hukuki değerlerin korunması olduğundan, failin suça ilişkin hukuki değer bakımından ihlal kastı olmaksızın fiili gerçekleştirmesi halinde hareket değersizliğinden bahsedilemiyorsa, aynı durum şerikliğin cezasızlığının gerekçelendirilmesi bakımından da dikkate alınmalıdır. Zira hukuki değere yönelik saldırıyı şerik de gerçekleştirmektedir<sup>1684</sup>. Bu nedenle azmettiren cezaya layık ve ceza gerektiren hukuki değer saldırısı olarak karakterize edilen davranışın objektif ve sübjektif şartlarını

---

<sup>1679</sup> *Sax*, hukuki değer ihlali kavramının kişisel bağlantısından da bu sonucun ortaya çıkacağını belirtmiştir. Yazara göre, ihlal edilen hukuki değer failin saldırılarına karşı korunmakla birlikte şerikin saldırılarına karşı korunmadığı durumlar bu kapsamda düşünülebilir. Bu durumda suça sevk edenin suça yönelik katkısı hukuki değeri ihlal edici nitelikte değerlendirilemez. *Sax*, a.g.m., s. 945.

<sup>1680</sup> *Heinrich*, a.g.e., s. 586 vd.; *Herzberg*, a.g.e., s. 125; *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 290; *Esser*, a.g.m., s. 331; *Seelmann*, a.g.m., s. 807; *Geppert*, a.g.m. (JURA 1997), s. 362; *Küper*, a.g.m. (GA 1974), s. 331; *Maaß*, a.g.m. (JURA 1981), s. 517; *Kühl*, a.g.e., s. 856; *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 182; *Otto*, a.g.e. (AT), s. 315. Bu durumlarda ajan provokatörün tipik davranışı için bkz. *Mitsch*, a.g.e., s. 140 vd.; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 256 vd.

<sup>1681</sup> *Seelmann*, a.g.m., s. 797.

<sup>1682</sup> *Satzger*, a.g.m., s. 523. Bir görüşe göre ise, ajan provokatör için daha büyük cezasızlık alanının sağlanmasına yönelik belirli bir ihtiyaç vardır. Bu nedenle ceza politikası sebebiyle ajan provokatörün suçun tamamlanması kastıyla hareket etmesi durumlarında dahi cezasız kalması gerekir. *Rengier*, a.g.e., s. 401.

<sup>1683</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 180; *Kühl*, a.g.e., s. 856; *Eidam*, a.g.m., s. 779. *Roxin*, bu nedenle ajan provokatörlük bakımından tek yönlü olarak azmettirme kastından hareket etmek yerine objektif olarak hukuki değere yönelik saldırının eksikliğine dikkat çekmiştir (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 180). Aynı yönde *Schünemann*, a.g.e., s. 2006.

<sup>1684</sup> *Mitsch*, a.g.e., s. 239.

gerçekleştirmelidir. Özellikle korunan hukuki değerin ihlaline ilişkin irade, suça iştirakin esaslı unsurudur<sup>1685</sup>.

Sonuç olarak bir yandan hukuki değere yönelik kendi saldırısını şart koşan, ancak bununla ilgili bir başkasının fiiline sebep olarak veya destekleyerek kümülatif olarak dâhil olma unsurunu da içeren bağlı hukuki değer saldırısı teorisine göre arka planda yer alan, hukuki değere yönelik kendi saldırısı bulunmadığından cezalandırılmamalıdır<sup>1686</sup>. Suça yönlendirenin şekli tamamlanmayı istemekle birlikte hukuki değer ihlalinin gerçekleşmesine yönelik bir istek veya çabasından bahsedilemez<sup>1687</sup>. Ajan provokatörün cezasızlığı tipik olarak korunan hukuki değere yönelik saldırısının bulunmamasından, ihlali önlemek istemesinden dolayıdır<sup>1688</sup>. Bağımsız haksızlık unsurunu gerçekleştirmemesi nedeniyle cezasız kalan şeriklik söz konusu olur. Şerik tarafında, ilgili hukuki değer bakımından izin verilmeyen riskin yaratılması bulunmamaktadır<sup>1689</sup>.

Suçun maddi olarak tamamlanmasına elverişli olmayan hareketleri provoke etmek suretiyle suça sevk etmeye de değinilmesi gerekir. Bu durumda suçun tamamlanmasına yönelik şartlar (tüm tipiklik unsurları) gerçekleşmekle birlikte hukuki değer ihlali meydana gelmez. Örneğin, ajan provokatörün, kendisine ait bir araca zarar vermeye faili sevk etmesi bu nitelikte kabul edilmektedir<sup>1690</sup>.

---

<sup>1685</sup> Kast, doğrudan tipikliğin sadece objektif unsurları ile ilişkilidir. Hukuki değer ihlaline ilişkin irade kasta ek unsur olarak kabul edilemez. Aksi halde hukuki değer ihlaline ilişkin ek amaç unsurunun kabul edilmesi gerekir. Nydegger, a.g.e., s. 186.

<sup>1686</sup> Heinrich, a.g.e., s. 564; Demirel, a.g.m., s. 143. Ajan provokatörün cezasızlığını gerekçelendirmek bakımından *Roxin* tarafından ileri sürülen bu görüşe yönelik eleştiri için bkz. Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 155.

<sup>1687</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 182.

<sup>1688</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 130. *Keller* bağıllık prensibine dayanarak şerikteki hukuki değer saldırısı zorunluluğunu eleştirmektedir. Bununla birlikte şerikte suç tipine ilişkin subjektif ilişkinin gerekliliği sebebiyle (ajan provokatörde bulunmadığından) ajan provokatörün cezasız kalacağını belirtmektedir. *Roxin*, bu görüşe karşı çıkmıştır. Çünkü bu subjektif ilişki hukuki değere yönelik saldırı üzerine oluşur. Bu durumda şerikin cezalandırılması bakımından belirleyici ise şerikliğin cezalandırılmasının esasında da bağlantı kurulmasını gerektirir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 137.

<sup>1689</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 381.

<sup>1690</sup> Mitsch, a.g.e., s. 153. Doktrinde bu tür suçlar, elverişsiz teşebbüse kıyasen, hukuki değer ihlaline sevk etmenin elverişsiz olduğu tamamlanmış suçlar şeklinde anlaşılması gerektiğinden hareketle elverişsiz tamamlanma (*untaugliche Vollendung*) olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda olmak üzere öncelikle ajan provokatör ile mağdurun aynı kişi olduğu suçlar ele alınmaktadır. Bu durumda esas fiil ajan provokatörün bizzat taşıyıcısı olduğu hukuki değere yönelmektedir. Bunun tipik örneğini zorunlu iştirakin diğer bir ifadeyle suç tipinde mağdurun suça katılımının şart koşulduğu suçların oluşturduğu belirtilmiştir (Mitsch, a.g.e., s. 153). Her hâlükârda failin gerçekleştirdiği fiilin suç teşkil ettiği sonucuna varan görüşler, özellikle ajan provokatörün ceza sorumluluğunun tespiti noktasında farklı sonuçlara varmıştır. Bir görüş, ajan provokatörün kasten bir başkasını suç işlemeye sevk etmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiğini kabul eder. Bununla birlikte aksi yöndeki görüş, ajan

Bunun yanı sıra doktrinde belirleyici kriter olarak telafi edilmez hukuki değer ihlalinin gerçekleşmesinin gerekip gerekmediğini dikkate alan görüş de bulunmaktadır<sup>1691</sup>. Görüşe göre, azmettirme kastı şekli tamamlanmayı kapsamakla birlikte, maddi tamamlanmayı kapsamıyorsa veya her hâlükârda telafi edilebilir hukuki değer ihlaline<sup>1692</sup> yönelmişse azmettirme kastı reddedilir<sup>1693</sup>. Diğer bir ifadeyle, azmettiren ihlal edilecek hukuki değeri telafi edilemez ihlalden önce korumak isterse cezalandırma reddedilir<sup>1694</sup>. Bu görüş çerçevesinde fiilin harekete geçiricisi olarak azmettiren fiilin tamamlanmasını göze almakla beraber maddi haksızlığın gerçekleşmeyeceğini de garantiye almak ister<sup>1695</sup>. Bu nedenle görüş, azmettirenin sonuç olarak hukuki değer sahibine zarar vermek istemediği şeklinde gerekçelendirilebilir. Zira fiile sevk eden gerçekte hukuki değer sahibine zarar vermemekte bilakis onu telafi edilemez ihlalden önce korumak istemektedir ve böylece azmettiren bakımından faille eşdeğer bir cezalandırmayı gerektiren ve azmettirenin cezalandırabilirliğini temellendiren hukuki değere saldırı oluşmamaktadır<sup>1696</sup>. Aslında esas suçun sona ermesini maddi olarak

---

provokatörün ancak hukuki değer korunmasına ilişkin amacın bunu gerektirmesi halinde mümkün olabileceğini belirtir. Mala zarar verme suçu bakımından suçun şekli olarak tamamlanması ile maddi olarak tamamlanması eş zamanlı gerçekleşmektedir. Bununla birlikte neticenin gerçekleşmesine ilişkin sebep oluşturma suça sevk edenin cezalandırılması bakımından gerekli olmakla birlikte yeterli şart değildir. Bu nedenle ajan provokatörün hukuki değer ihlalini gerçekleştirip gerçekleştirmediği sorunu ceza hukukuna ilişkin hukuki değer korunması ile bağlantısı dikkate alınarak cevaplanmalıdır. Ajan provokatör tipik hareketleri bizzat kendisi kendisine ait olan araç üzerinde gerçekleştirseydi, cezasız kalacaktı. Çünkü hukuki değer korunması kendisine karşı geçerli değildir. Bu nedenle ajan provokatör bakımından da aynı kapsamda değerlendirme yapılması gerekir (Mitsch, a.g.e., s. 156). *Mitsch* bu kapsamda *Roxin* tarafından ileri sürülen suça sevk edenin dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik yaklaşımına karşı çıkmıştır. *Roxin*'e göre, icra hareketlerini gerçekleştireni mağdurun kimliğinde hata oluşturarak suça sevk etmesi söz konusudur. Şahısta hataya sebep olarak faili suçun işlenmesinde kullanmasından hareketle dolaylı faillik kapsamında değerlendirme yapılması gerekir (Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 192). *Mitsch* bu yaklaşıma katılmamakla birlikte ajan provokatörlüğün azmettirme kapsamında cezasızlığı bakımından destekleyici bir argüman olarak ele alır. Suça ilişkin icra hareketleri araç kişi tarafından gerçekleştirilse bile, ceza hukuku kapsamında hukuki değer hukuki değer taşıyıcısına (*Roxin*'in kabulüne göre dolaylı faille) karşı korunmaz (Mitsch, a.g.e., s. 156).

<sup>1691</sup> Bu görüşte Gropp, a.g.e., s. 440 vd.; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 362; Maurach, a.g.e., s. 686. Bu teoriye karşı ileri sürülen eleştiriye göre, ne zaman böyle bir telafi edilemez hukuki değer ihlalden hareket edileceğine ilişkin sınır tespit edilemez. Bu nedenle bu sınır çizgisi keyfidir. Böyle bir sınır çizgisi diğer teorilerde olduğu gibi net olmadığından ve ACK md. 34 kapsamında yeniden değerlendirmeye bağlı kriterler gerekli olduğundan, cezasızlık durumunu tipiklik aşamasına doğru genişletmektedir. Heinrich, a.g.e., s. 588.

<sup>1692</sup> Buna yönelik olarak şu örnek verilebilir: Hırsızlık suçunu gerçekleştirmesi için faili suça sevk eden, failin hırsızlık suçunu gerçekleştirmesi üzerine çalınan malı sahibine geri verir. Mitsch, a.g.e., s. 223.

<sup>1693</sup> Rudolphi, a.g.m. (FS Maurach), s. 66.

<sup>1694</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 362.

<sup>1695</sup> Joecks, a.g.e., s. 1243.

<sup>1696</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 362.

göze almışsa ama sonuç olarak telafi edilemez bir hukuki değer ihlalini de istemiyorsa, azmettiren cezasız kalmalıdır<sup>1697</sup>.

Hukuken korunan yararın onarılamaz şekilde zedelenmesinin ilk olarak göze alındığı aşamada ise cezalandırabilirliğin sınırı aşılmıştır. Saldırı hukuki değer -her ne kadar hukuki değer kısa süreli zedelenmişse de- yalnızca neticede onarılamaz şekilde zarar gördüğünde mevcuttur. Bu durum, konut veya işyerinde gerçekleştirilen hırsızlık örneğinde, failerin suç konusuna erişmesi, bunları cebine koyması, dükkânı terk etmesi veya bu malları satıcıya teslim etmesi aşamalarında yakalanıp yakalanmadığının ihlal edilen hukuki değer bakımından önemsiz olduğunu göstermektedir<sup>1698</sup>. Burada azmettirme hukuki değer ihlalinin süreklilik arz etmesi ve bunun azmettiren tarafından göze alınması halinde söz konusu olur. Eğer azmettiren maddi tamamlanmayı<sup>1699</sup> veya telafi edilemez bir hukuki değer ihlalini kabullenirse, bu görüşe göre cezasızlık sadece şeriklik öğretisi dışında mevcut olan hukuka uygunluk gerekçesiyle (ACK md. 34) mümkün olabilir<sup>1700</sup>.

Bu görüşe bir yandan cezasızlık durumunu çok genişlettiği için eleştiri getirilmiş; diğer taraftan, hukuki değere süregelen bir zarar tehdidi belliyse, suçun maddi olarak tamamlanmasının aranmasının makul olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca maddi olarak tamamlanmaya ilişkin böyle bir sınırın tespit edilebilirliğinin zor olduğu ve bu nedenle ne zaman böyle bir telafi edilemez hukuki değer ihlalinden hareket edileceğine ilişkin sınırın tespit edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu kapsamda çizilen sınırın genellikle keyfi sonuçlara yol açacağı ifade edilmiştir<sup>1701</sup>. Böyle bir sınır çizgisi net olmadığından ve ACK md. 34 kapsamında yeniden değerlendirmeye bağlı kriterler gerekli olduğundan, cezasızlık durumunu tipiklik aşamasına doğru genişlettiği iddia edilmiştir<sup>1702</sup>.

---

<sup>1697</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 362.

<sup>1698</sup> Heinrich, a.g.e., s. 587.

<sup>1699</sup> Ajan provokatörün maddi tamamlanmaya yönelik en azından olası kastı varsa, sadece ACK md. 34 kapsamında hukuka uygunluk değerlendirmesinin söz konusu olabileceği görüşü için bkz. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 290.

<sup>1700</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 362. Benzer görüş için bkz. Schild, a.g.e., s. 1265.

<sup>1701</sup> Heinrich, a.g.e., s. 587.

<sup>1702</sup> Heinrich, a.g.e., s. 588.

#### *d. Değerlendirme*

Gerçekleştirdiği fiil objektif olarak suça sevk etme niteliği arz eden ajan provokatörün, cezasız kalması gerektiğine yönelik doktrinde genel bir eğilimin bulunduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, bu cezasızlığın kapsamının ne şekilde belirlenmesi gerektiğine ilişkin aynı sonuca varılamamaktadır. Ajan provokatörlüğün cezasızlığını elverişsiz teşebbüs üzerinden açıklamaya yönelik görüşler hem ajan provokatörlüğün amacına aykırı sonuçların ortaya çıkacak olmasını göz ardı etmekte hem de ajan provokatörlüğün alanını son derece daraltmaktadırlar. Ajan provokatörlüğe uygulamada belirli suçlar için gereksinim duyulmakta ve şüpheli kişinin suçüstü yakalanmasını sağlamak amacıyla başvurulmaktadır. Burada ajan provokatör en başından itibaren hukuk düzenine karşı gelme iradesine sahip olmadığından, faili görünürde suça azmettirmekle birlikte ajan provokatörün suç kapsamında korunan hukuki değer ihlal edilmesine yönelik kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle suçun işlenmesi sırasında suç yolundan dönmesine hizmet eden veya suçun tamamlanmasından sonra kişinin pişmanlığına hukuki sonuç bağlanan kurumlar olarak gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık düzenlemelerinin, düzenleme amaçları göz önünde bulundurulduğunda ajan provokatörlük ile bağdaşır nitelik arz ettiklerini söylemek güçtür. Ayrıca etkin pişmanlığın sadece kanunda düzenlenmiş suçlar bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmakta olup farklı durumlara yönelik farklı şartlara tabi olması söz konusudur. Oysa ajan provokatörlüğün sadece etkin pişmanlığın öngörüldüğü suçlar bakımından kabulü, kurumun işlerliğini zedeler niteliktedir. Söz konusu kurumlar ile ilişkili olarak ajan provokatörlüğün cezasız kalmasına yönelik bir temel oluşturulmaması da göz önünde bulundurulması gereken bir husus ortaya çıkmaktadır. Suçun teşebbüs aşamasından sonra dahi azmettirenin özellikle gönüllü vazgeçme kapsamında cezasız kalması mümkün olmakla birlikte, ajan provokatörlüğün cezalandırılması kabulü adil bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır<sup>1703</sup>. Zira gönüllü vazgeçmede azmettiren en başından itibaren suç tipiyle korunan hukuki değer ihlal edilmesine yönelik katkısını gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte ajan provokatörlüğün her suç bakımından aynı şekilde gerçekleşmeyeceğine dikkat edilmesi gerekir. Bu, suçların farklı yapısal niteliğe sahip olmasının ve suçun işlenmesinin farklı aşamalarının bulunmasının sonucudur. Nitekim Alman doktrininde

---

<sup>1703</sup> Bkz. yuk. s. 261, dn. 1643.

ajan provokatörlüğün değerlendirilmesinde tartışma suçun şekli tamamlanması ile maddi olarak sona ermesi üzerindeki ayırım üzerinde yoğunlaşmıştır. Bununla birlikte ajan provokatörlük, suça iştirak kapsamında tipik şeriklik niteliğinde hareketlerin icrası ile gerçekleşmektedir. Bu nedenle şerikliğin cezalandırılma nedeni de göz önünde bulundurularak ajan provokatörlüğe yönelik değerlendirme yapılması gereklidir.

İlk bölümde ifade edildiği üzere, şerikliğe ilişkin sorumluluk belirlemesi şerikliğin esas fiile bağlılığı üzerinden dikkate alınmalıdır. Şerik suça yönelik katkısı ile ve fail aracılığıyla hukuki değere yönelik saldırısını gerçekleştirmesi nedeniyle işlenen suç kapsamında sorumlu tutulmaktadır. Şerik haksızlığı esas olarak esas fiile bağlılığına dayanmakla birlikte şerik haksızlığının bağımsız yönü göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle şerikin kastının hem kendi fiiline hem de esas fiilin fail tarafından icra edilmesine yönelik olması gereklidir. Şerik fail aracılığıyla hukuki değere yönelik dolaylı saldırısını kasten gerçekleştirmektedir. Bu noktada ajan provokatörün farklılaştığı husus devreye girmektedir. Ajan provokatör alınan önlemler ile veya hukuki değer ihlal edilmesine engel olmak suretiyle kastının buna yönelik olmadığını göstermektedir<sup>1704</sup>. Bu nedenle ajan provokatörlük çerçevesinde gerçekleşmeyen ne suçun icrası ne de suçun şeklen tamamlanmasıdır. Burada önem arz eden hukuki değer ihlalinin gerçekleşmemesi olduğundan, dikkate alınması gereken şekli tamamlanma zamanı değil, aksine bir hukuki değer ihlalinin söz konusu olup olmadığıdır. Söz konusu husus ayrıca suç tipleri göz önünde bulundurulduğunda, suçun zarar suçları veya tehlike suçları şeklindeki ayırım bakımından da önem arz etmektedir. Sadece suçun şeklen tamamlanması kriterine sonuç bağlanması, ajan provokatörlüğün bazı suçlar kapsamında uygulanabilirliğinde sorun ortaya çıkarmaktadır<sup>1705</sup>. Nitekim soyut tehlike suçu şeklen tamamlandığında dahi faili suça sevk eden bakımından cezasızlık meşru temele sahip kabul edilmelidir. Zira hukuki değer ihlal edilmesi, alınan önlemler kapsamında veya ajan provokatörün bunu engellemesi ile mümkün değildir. Sonuç olarak, ajan provokatörün ancak hukuki değer ihlalini göze aldığı anda azmettiren olarak cezalandırılması söz konusu olmalıdır.

---

<sup>1704</sup> Bkz. yuk. s. 266 vd.

<sup>1705</sup> Bkz. yuk. s. 263 vd.

## 2. Failde Suç Kararı Oluşturmaya İlişkin Kast

Azmettirme ve yardım etme bakımından şerik sorumluluğunu belirleyen sadece bağlılık kuralı değildir, ayrıca şerik kastı da belirleyicidir. Azmettirenin sorumluluğunun belirlenmesinde, bağlılık kuralının olduğu gibi şeriklik kastının da sınırlayıcı fonksiyonu bulunmaktadır<sup>1706</sup>. Belirsiz bir fiile yönelik belirsiz kalan azmettirme tasavvuru azmettirme kastının aşırı genişlemesine neden olur ki bu aynı zamanda kusur prensibi ile de çelişir<sup>1707</sup>. Ayrıca belirsiz azmettirme durumlarında<sup>1708</sup> kurucu unsur olarak yönlendirici etkiden söz edilemez. Belirsiz talep fiilin işlenmesine yönelik sadece basit bir nedensel şart teşkil eder<sup>1709</sup>.

Azmettirenin, hareketiyle tipik olarak korunan hukuki değere yönelik bir tehlike oluşturduğunun bilincinde olması gerekir<sup>1710</sup>. Bu nedenle bir başkasını suça sevk bakımından kast kuralı olarak, azmettiren failin suç kararı almasına sebep olacağını biliyorsa veya en azından bunu göze alıyorsa mevcuttur<sup>1711</sup>. Bu bağlamda suç kararının içeriğinin belirlenmesi noktasında kastın neleri kapsaması gerektiği önem taşımaktadır. Azmettirenin kastının esas fiile yönelik belirlenmesi kapsamında sadece normatif unsurların mı bulunması gerektiği veya bunun yanında fiil seyrine etki eden fiilî unsurların da gerekli olup olmadığı sorununun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Azmettirenin kastının suça yönelik olması gerekliliği özellikle sevk edilen fiilin tipiklik ilişkisinin belirlenmesinde sorun teşkil etmektedir. Bazı durumlarda şerikin fiile yönelik tasavvuru birden fazla suç tipini kapsar ve bu durumda suç tipine ilişkin belirsizlik ortaya çıkar. Şerik fiile yönelik somut tasavvura sahip olmakla birlikte, söz konusu fiilin tipik tasnifi birden fazla ihtimali içerebilir. Böyle bir durum korunan hukuki değerlerin aynı olmasından veya fiilin işleniş şeklinin benzerliğinden kaynaklanabilir<sup>1712</sup>. Nitekim bir kimseyi başkasının malvarlığını zarara uğratmaya yönelik bir yönlendirme halinde her ne kadar fiile yönelik somut azmettirme tasavvuru bulunduğu kabul edilebilirse de, bu fiilin

---

<sup>1706</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 83.

<sup>1707</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 84.

<sup>1708</sup> Belirtilmelidir ki, kast belirsizliği konusu sınır aşımından farklıdır. Sınır aşımında katılanın tasavvurunun daha sonra gerçekleşecek fiilden niteliksel veya niceliksel olarak sapması söz konusudur. Buna karşılık kast belirsizliğinde katılanın esas fiile yönelik tasavvuru ya bulunmamaktadır veya çok kabaca belirlenmiştir. Warneke, a.g.e., s. 43-44.

<sup>1709</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 127.

<sup>1710</sup> Warneke, a.g.e., s. 141.

<sup>1711</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 83.

<sup>1712</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 815.

mala zarar verme veya hırsızlık suçundan hangisine karşılık geldiği belirsiz kalabilmektedir<sup>1713</sup>. Bu bağlamda konuya ilişkin değerlendirmeden önce azmettirme kastının içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak doktrinde ileri sürülen farklı yaklaşımlara yer verilmesi gerekmektedir. Özellikle Alman doktrininde konuya ilişkin farklı kriterlerin dikkate alındığını söylemek mümkündür.

#### ***a. Somut-Bireyselleştirilmiş Fiil Gerekliliği***

Özellikle BGH tarafından benimsenen bu yaklaşım çerçevesinde azmettirenin kastı, failin fiilini kapsamalıdır, diğer bir ifadeyle azmettiren fiile ilişkin somut olay seyrinin ve bunun anlam içeriğinin bilincinde olmalıdır<sup>1714</sup>. BGH azmettirenin kastının, gerçekleştirilmesi istenen esas fiille ilişkili olmak zorunda olduğunu belirterek ilişkili olmasından ne anlaşılması gerektiğinin esas noktayı teşkil ettiğine dikkat çekmiştir<sup>1715</sup>. Sadece suç tipinin ve suçun konusunun genel hatlarıyla belirlenmiş olması yeterli olmayıp, azmettiren bakımından tüm detaylarıyla yer alması da somut, en azından ana hatlarıyla bireyselleştirilmiş olaya ilişkin bir tasavvurdan söz edilmesi gerekir<sup>1716</sup>. Azmettirenin kastının sadece suç tipini değil, bunun yanı sıra suçun konusunu da soyut ve sadece türüne göre belirlemesi yeterli değildir<sup>1717</sup>. Fiil bizzat somut-bireyselleştirilebilir bir vakıa olarak tanınabilmelidir<sup>1718</sup>. Bir başkasının genel ve yeterince somutlaştırılmayan cezalandırılabilir bir harekete yönlendirildiği (örneğin, herhangi bir işyerinin soyulması veya bir bankanın boşaltılması veya yalnızca suçun konusunun türüyle sınırlandırılması) durumlar esas fiil kapsamında belirlenebilir bir istek için yeterli değildir<sup>1719</sup>.

<sup>1713</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 85. Bununla birlikte böyle bir ihtimalde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kıyasen uygulanmasından hareketle azmettirenin tasavvurunun en az cezayı gerektiren suça yönelik olduğu şeklinde değerlendirme yapılabileceği yaklaşımı öne sürülmüştür. Ingelfinger, a.g.e., s. 54.

<sup>1714</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 562.

<sup>1715</sup> Weßlau, a.g.m., s. 128.

<sup>1716</sup> Weßlau, a.g.m., s. 128; Geppert, a.g.m. (1997), s. 359; Mitsch, a.g.e., s. 47. BGH tarafından ileri sürülen yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Satzger, a.g.m., s. 519.

<sup>1717</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 813.

<sup>1718</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 289. Nitekim mahkeme (RG) önüne gelen bir olayda suça yönlendirenin faile karşı kullandığı ifadelerden birbiriyle yakın ilişkili suçlardan hangisine yönelik olduğunun anlaşılabilmesi nedeniyle azmettirenin bulunmadığı sonucuna varmıştır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 173). Yazar ayrıca böyle bir kabulün şerik için fiilin değişmesi anlamına geleceğini de belirtmektedir. Çünkü bu tür gerekliliklerin aranması şerik kastının sınırının aşılması sonucunu ortaya çıkarır. Suçun işleneceği yer, zaman veya somut işleme şekline yönelik kast belirlemesi kastın bağlantı noktasının maddi hukuka ilişkin fiil kavramı yerine usule ilişkin fiil kavramının dikkate alınması anlamına gelir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 149).

<sup>1719</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 351; Welz, a.g.e., s. 115. Ayrıca bkz. Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 131.



BGH azmettirmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelerken göz önünde bulundurduğu bu kriter çerçevesinde bireyselleştirilebilir unsur kapsamında suçun işleneceği yerin, zamanın, suçun konusunun ve icraya ilişkin diğer durumların anlaşılması gerektiğini belirtmiştir<sup>1720</sup>. Böylece azmettirenin tasavvuru ile gerçekte işlenen fiil arasında sadece suç tipi aracılığıyla karakterize edilen tasavvur içeriği değil, ayrıca tipiklik dışı unsurlara ilişkin bilmenin gerekli kılınmasıyla fiilî bir ilişki kurulmuştur<sup>1721</sup>. Azmettirenin tasavvurunun esas fiile ilişkin bu fiilî durumlara ilişkin belirsizlik içermesi “belirsiz kast”a sebep olur<sup>1722</sup>. Alman yargısı farklı suç tiplerine karşılık gelecek şekilde suç işlemeye yönlendirme bakımından kullanılan ifadelerin azmettirmenin belirliliği kapsamında yeterli olmadığını, diğer bir ifadeyle azmettirme hareketinin somutlaşması bakımından birden fazla suç tipini içerecek şekildeki yönlendirmelerin elverişsiz olduğunu belirtmiştir<sup>1723</sup>. Bir fiile yönelik olarak bulunulan talebin birden fazla suç ile ilişkili olması halinde fail tarafından tercih edilenin gerçekte suça yönlendirenin tasavvuruna uygun olup olmadığı belirsiz ise azmettirme kabul edilemez. Zira böyle bir durumda azmettirmenin sorumluluk sınırının belirlenmesi zorlaşmaktadır<sup>1724</sup>.

BGH fiilin bireyselleştirilmesi bakımından elverişli unsurların hangisi olduğu konusunda ise somut-genel bir belirlemenin yapılamayacağını, bunun her bir somut olayda incelenmesi gereken bir husus olduğunu kabul etmiştir<sup>1725</sup>. Ayrıca faille eşdeğer

<sup>1720</sup> Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 617. *Warneke*, bu gibi hususların doğrudan failde bulunan fiilî durumlar olduğunu ve bu nedenle şerik kastına dâhil etmenin yerinde olmadığını belirtir. *Warneke*, a.g.e., s. 149.

<sup>1721</sup> *Warneke*, a.g.e., s. 119.

<sup>1722</sup> *Warneke*, a.g.e., s. 119. Benzer şekilde *Roxin*, azmettirme kastının belirlenmesi bakımından hangi unsurların bireyselleştirilmiş unsur kapsamında ele alınacağını hâkimin takdir yetkisine bırakılması sonucunu ortaya çıkaracağını belirtmiştir. *Roxin*, a.g.m. (FS Salger), s. 133.

<sup>1723</sup> *Ingelfinger*, a.g.e., s. 26. *Ingelfinger* azmettirmenin belirliliği bakımından bağlılık kuralına yapılan atfa karşı çıkmıştır. Yazara göre belirlilik ihtiyacı bakımından argüman olarak bağlılık kuralına yapılan atf isabetli değildir. Şeriklikte bağlılığın anlamı tipik belirliliğin korunması olarak nitelendirilir. Hukuk tekniği olarak bağlılık ihtiyacı sadece, kasten ve hukuka aykırı fiilin objektif olarak bulunması zorunluluğunu ifade eder. Böyle bir gereklilik belirsiz azmettirme tasavvurunda da bulunmaktadır (*Ingelfinger*, a.g.e., s. 39). Aynı yönde *Herzberg*, a.g.m. (JuS 1987), s. 619; *Warneke*, a.g.e., s. 41. *Ingelfinger*, *Dreher*'in ileri sürdüğü gerekçeye de karşı çıkmıştır. Bu bağlamda *Dreher*, şerikin tasavvurunun somutlaşmasının sebebini failin somut bir fiili işlemesine dayandırmıştır. *Ingelfinger*'e göre fail bakımından dahi fiilin somutlaştırılmasına yönelik bir zorunluluk bulunmamaktadır. Fiilin icrasına yönelik ayrıntıları faile bırakan şerikin failde olduğu gibi tasavvuru somutlaştırma gerekliliğinin bulunduğu iddiası uygun değildir (*Ingelfinger*, a.g.e., s. 39).

<sup>1724</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 174. Bu bağlamda *Rogall* da azmettirme kapsamında fiil belirliliğinin sınır aşımının tespitinde önemli bir rol oynadığını belirtir. *Rogall*, a.g.m. (GA 1979), s. 15.

<sup>1725</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 174; *Warneke*, a.g.e., s. 37. *Ingelfinger*'e göre azmettirmenin cezalandırılması bakımından azmettirilen fiilin somutlaştırılması gerektiği yönündeki hâkim görüş bu sonucu kabul etmekle birlikte, burada hangi ölçütün esas alınacağı noktasında somut bir belirlemede bulunamamaktadır. Özellikle yargı kararlarında her bir somut olay bakımından ayrı değerlendirme

ceza kapsamına sahip olan azmettirme bakımından aranan gereklilikler yardım etmeye nazaran daha fazla olmalıdır<sup>1726</sup>. Böylelikle BGH azmettirme kastının belirlenmesi bakımından doğrudan hareket edenin kastının belirlenmesine paralel bir yol izlemektedir<sup>1727</sup>.

Azmettirme hareketine ilişkin kastın belirliliği noktasında BGH tarafından gerekliliğin sınırının yükseltilmesine karşı çıkmıştır<sup>1728</sup>. BGH'nin bu kabulünün ancak azmettirmenin objektif tipikliği kapsamında failin suç kararı bakımından her bir nedensel azmettirme davranışını yeterli gören yaklaşıma dayandırılabilmesi belirtilmiştir. Sebep olma hareketinin nedenselliğinin dikkate alınması ise geniş fail kavramına dönüş anlamına gelir. Böylece bu yaklaşım azmettiren ile failin eş cezalandırılmasının izahını azmettirmede eksik olan faillik kastının yerine soyut esas fiil kastını ikame ederek yapar<sup>1729</sup>.

---

yapıldığına dikkat çekmektedir. Yazar, belirli bir fiile yönelik olmayan azmettirme hareketinin azmettirmenin cezaya liyakati bakımından belirsizliği sonuçlayacağı ve özellikle faille eşdeğer bir ceza öngörülen azmettirme bakımından meşru bir temele yerleştirilemeyeceği şeklindeki BGH gerekçesine katılmamaktadır. Ingelfinger, a.g.e., s. 41 vd.

<sup>1726</sup> Murmann, a.g.e., s. 246.

<sup>1727</sup> Azmettirmede azmettirenin kastının sınırları müşterek faillikte ve dolaylı faillikte olduğu gibi geniş değildir. Çünkü azmettiren sadece bir başkasında suç işleme kararı oluşturmaktadır. O, fiilin icrasına ilişkin ayrıntıları bizzat belirlemez veya fiile hâkim olmayı istemez. Tüm bunları faille bırakır (Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 133). Diğer bir ifadeyle, azmettiren fiile ilişkin durum içinde bulunmadığından, fiil kendisi bakımından faille yaklaşan kişinin öldürülmesine indirgenemez. Onun için fiil, herhangi bir insanın değil, tamamen belirlenmiş birinin öldürülmesidir (Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 562). Aksi halde azmettirme ile suç arasındaki bağlantı gevşek olacak bu da azmettirenin sorumluluğunun cezaya liyakatinin şüpheli olduğu ve ACK md. 26 kapsamında faille eşdeğer konumda yer almasının haksız olduğu durumlara genişlemesine yol açacaktır (Weßlau, a.g.m., s. 128).

<sup>1728</sup> Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 131. Roxin, BGH'nin azmettirenin kastının belirlenmesinde bireyselleştirilmiş unsur gerekliliğine yönelik ileri sürdüğü yaklaşımını azmettirmenin cezaya liyakatinin gereği olduğu yönündeki gerekçesine karşı çıkararak, bir suçun bugün veya yarın işlenmesi arasında azmettirmede cezanın belirlenmesi bakımından bir fark olamayacağına dikkat çekmiştir. Yazar örneğin, bir örgüt yöneticisinin örgüt üyelerini örgüt için gerekli olan paranın sağlanması bakımından banka soygunu gerçekleştirmeleri yönünde suça sevk etmesi halinde sadece hangi bankanın veya suçun işleneceği zamanın ya da yerin bireyselleştirilmiş olmaması nedeniyle arka planda yer alan azmettiren olmayacağı kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 133.

<sup>1729</sup> Warneke, a.g.e., s. 37. Ayrıca BGH'nin dolaylı faillik kabulünde kastın belirlenmesine yönelik gereklilikler konusunda azmettirmeye nazaran daha az talepkâr olmasının BGH'nin bu yöndeki tutumunun kendi içinde çelişki arz ettiğine yönelik görüş ve buna ilişkin mahkeme kararı için bkz. Warneke, a.g.e., s. 40. Warneke suça katılanların kastlarının belirlenmesi bakımından ceza kanununda kasta ilişkin düzenlemenin ayırım yapmadığını ve bu nedenle kast içeriklerinin tüm katılanlar bakımından aynı olması gerektiğinden hareketle azmettirme ve dolaylı faillik bakımından da bu sonucun geçerli olduğunu belirtmiştir. Kastın bağlantı noktası olarak suç tipinde korunan hukuki değere yönelik ihlalin belirleyici olduğuna dikkat çekmiştir. Warneke, a.g.e., s. 142.

Bununla birlikte BGH'nin yakın zamanda vermiş olduğu kararlarda<sup>1730</sup> bu kapsamda katı bakış açısını değiştirdiği söylenebilir<sup>1731</sup>. Vermiş olduğu bir kararda azmettirenin tasavvurunda suça ilişkin tüm ayrıntıların yer almasının gerekli olmadığı özellikle fiilin gerçekleştiği yer ve zaman ve doğrudan hareket eden failin her durumda kişisel olarak bilinmesinin şart olmadığı sonucuna varmıştır<sup>1732</sup>.

### ***b. Azmettirme Kastının Esas Fiile İlişkin Tipiklik Bilgisinin Yeterli Olması***

Bu yaklaşım azmettirme kastının esas fiile ilişkin kast içeriği bakımından yalnızca tipiklik bağlantısını yeterli kabul eder. Kanunda kasta ilişkin bilme gerekliliği soyut tipikliğe ilişkin bilmeyi kapsar<sup>1733</sup>. Bu nedenle belirli bir öldürme veya hırsızlık ya da yağmayı kapsamaz<sup>1734</sup>. Hareket noktası olarak genel kast düzenlemesi dikkate alınır<sup>1735</sup>. Bu bağlamda suç bakımından gerekli olan kast bakımından somut vakıalarına ilişkin tüm durumları kapsamaması aranmaz<sup>1736</sup>. Çünkü suça ilişkin fiilî durumlar hakkında belirlemeler genellikle önemsizdir, suçun ayrıntıları suç tipine ilişkin durumun özelliklerini

<sup>1730</sup> Örnek olarak BGHSt 6, 359, 362 ve BGHSt 15, 276, 277'den aktaran Warneke, a.g.e., s. 163. BGHSt 34, 63, 66'dan aktaran Christian Fahl, "»Bestimmtheitsanforderungen« bei Anstiftung und Aufforderung – zum Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB", *JURA*, 2020, ss. 431-441, s. 432. Benzer şekilde OGHSt 2, 23 kararı için bkz. Warneke, a.g.e., s. 162. Kararda Mahkeme suçun işlendiği yer ve zamanın suçun esaslı unsuru olmadığını ve azmettirme kastının bunları kapsamamasının gerekli olmadığını belirtmiştir.

<sup>1731</sup> Karar örnekleri için ayrıca bkz. Murmann, a.g.e., s. 246.

<sup>1732</sup> BGHSt 34, 63 vd.'dan aktaran Warneke, a.g.e., s. 39. Ayrıca bkz. Kühn, a.g.e., s. 852.

<sup>1733</sup> Konuya ilişkin ayrıca bkz. Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 619. Yazar, kastın zorunlu soyutluğuna dayanarak, kastın gelecekteki şeye yönelmesinden hareketle her zaman az ya da çok soyut kaldığını belirtmiştir. Bu nedenle azmettirilenin belirliliğine ilişkin çözümün subjektif tipiklikte değil, objektif alanda aranması gerektiğine dikkat çekmiştir (Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 619 vd.). Böylece yazar azmettirmeyi, azmettirilenin sevk edildiği fiili gerçekleştirmesine ilişkin yaratılan risk olarak ele almıştır. Azmettiren, davranışıyla tehlikeyi önemli derecede artırır ve fail bunun neticesinde suçu işlerse azmettirilenin belirliliğinden söz edilmesi gerekir (Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 620). Hukuken önemli riziko (*rechtlich relevantes Risiko*) ölçütünü esas alarak konuyu objektif isnadiyet kapsamında değerlendirmiştir (Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 617 vd.). Objektif isnadiyet teorisinin temel yapısının azmettirme durumları bakımından uygun olmadığı, zira objektif isnadiyetin tipik uygulama alanının farklı kişilerin sorumluluk alanlarının ayrımının sağlanmasına yönelik olduğu şeklindeki eleştiri için bkz. Ingelfinger, a.g.e., s. 67. Ayrıca burada ölçüt olarak dikkate alınan tehlikenin belirsizliğine ve ne zaman azmettirme bakımından gerekli olan hukuken önemli tehlikenin bulunmuş sayılacağına net şekilde açıklanamayacağına yönelik eleştiri için bkz. Ingelfinger, a.g.e., s. 69. Yazara göre azmettirme kastının belirliliği izin verilen risk öğretisi üzerinden belirlenemez. Zira izin verilen risk öğretisi kapsamında sosyal anlamda değere sahip hareketler yer alabilir (Ingelfinger, a.g.e., s. 64). *Roxin, Herzberg* tarafından ileri sürülen yaklaşımın şerikliğin cezalandırma nedeni olarak bağlılığa dayanan hukuki değer saldırısı teorisi ile uyumlu olduğunu belirtmekle birlikte *Herzberg* tarafından ölçüt alınan kriteri sağlamamakla birlikte azmettirme kastının somutlaştırılması bakımından yeterli olan durumların varlığına dikkat çekmiştir (Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 133-134).

<sup>1734</sup> Warneke, a.g.e., s. 145.

<sup>1735</sup> Warneke, a.g.e., s. 149.

<sup>1736</sup> Warneke, a.g.e., s. 149.

oluşturmaz ve bu nedenle azmettirenin kastına dâhil edilmeye gerek yoktur<sup>1737</sup>. Tipikliğe dayanan şeriklik kastının yeterli olmasının sonucu olarak, diğer bir ifadeyle tipiklik bağlantısını aşan fiilî durumlara ilişkin unsurlara yönelik kast gerekli değilse, önceki yaklaşıma nazaran azmettirenin esas fiil ile ilişkisi önemli ölçüde esnetilmiş olur.

Bununla birlikte failin tasavvuru hukuki anlamdaki fiil bakımından kolaylıkla belirleyici olamayacağından, esas fiilin hangi suç tipi ile doğrudan bağlantılı olduğu hususu belirsiz kalabilecektir. Buradan kaynaklanan asıl sorun, azmettirenin tasavvuru ile esas fiil arasındaki bağlantının yeterince somutlaştırılıp somutlaştırılmadığıdır. Yeterli tipiklik bağlantısının varlığının kabul edilmesi için tipik belirsizliği içeren kast, tipiklik çerçevesi eksik olan azmettirenin belirsiz tasavvurundan ayrılmalıdır<sup>1738</sup>. Bu ayrım önemlidir. Zira hangi suç tipine ilişkin olduğu belirsiz olmakla birlikte tipikliğe dayanan kast ile azmettirenin belirsiz kalan tasavvuru arasındaki ayrım cezalandırmanın da sınırını belirler<sup>1739</sup>. Bunun ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik olarak farklı ihtimaller dikkate alınır.

### (1) Tipikliğe dayanan esas fiil ilişkisinin katı şekilde belirlenmesi

Bu bağlamda ortaya çıkan iki ihtimalden ilkinde göre (*streng tatbestandsorientierte Haupttatbezogenheit des Anstiftersvorsatz*) azmettiren özel hükümlerdeki suç tiplerinde yer alan tüm zorunlu unsurları bilmelidir. Tıpkı fail gibi azmettiren de suçun unsurlarını soyut olarak tasavvur etmekle yetinemez. Suç seyrine ilişkin tasviri resmin her zaman bilincinde olması gerekir<sup>1740</sup>.

Azmettirenin tasavvuru kapsamında yer alan olası somut suçlar arasında hangi ilişkinin bulunduğu bu noktada önem taşımaktadır. Aşama ilişkisi bağlamında verilebilecek örnek temel suç tipinin işlenmesi yönündeki tasavvurun nitelikli halleri de kapsadığı sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağına ilişkindir. Bu bağlamda azmettirenin kastının tipikliğe dayanan esas fiil ilişkisi katı şekilde ele alındığında azmettirenin tasavvurunun suçun nitelikli hallerini de kapsayacak şekilde açık olması durumu azmettirenin nitelikli halden sorumlu tutulması bakımından yeterli değildir. Bu durumda

---

<sup>1737</sup> Warneke, a.g.e., s. 120.

<sup>1738</sup> Warneke, a.g.e., s. 120.

<sup>1739</sup> Warneke, a.g.e., s. 120.

<sup>1740</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 90.

temel suç tipinden dolayı sorumluluk belirlenir<sup>1741</sup>. Nitekim azmettirenin tasavvurunun bir başkasına yönelik sadece bedensel zarar vermeye ilişkin olması halinde azmettirenin kastının suçun nitelikli hallerini kapsamadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu bakımdan nitelikli halden sorumluluk için salt açık kalan fiil tasviri yeterli değildir. Fail nitelikli halini gerçekleştirmiş olsa bile azmettiren basit yaralamadan dolayı sorumlu tutulabilir<sup>1742</sup>.

Azmettirenin tasavvurunun birden fazla suçla ilişkili olması ve bunlar arasında bir aşama veya geçiş ilişkisinin bulunmadığı, sadece bir benzerlik bulunduğu<sup>1743</sup> (*aliud Verhaltnis*) suçlara da değinilmesi gerekir. Burada azmettirenin tasavvurunun kapsamı dâhilinde birden fazla suça açık olması durumunda -örneğin hırsızlık, dolandırıcılık gibi- suçlar arasında bir geçiş veya aşama ilişkisi bulunmaz. Bunlar birbirine yabancı suçlar olarak yer alır. Söz konusu yaklaşıma göre bu şekilde açığa vurulan tasavvur azmettiren kastının oluşumu bakımından yeterli değildir<sup>1744</sup> ve dolayısıyla fiile yönelik talepte bulunana azmettiren olarak sorumlu tutmak söz konusu olamaz. Fiilin olası kapsamına giren suçlar arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığı azmettiren sorumluluğu bakımından bir rol oynamaz<sup>1745</sup>. Böyle bir yorumun kusur prensibini büyük ölçüde meşru kılacağı ifade edilmiştir<sup>1746</sup>. Bununla birlikte bunun ceza boşluklarına sebep olacağına da göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir<sup>1747</sup>.

---

<sup>1741</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 92.

<sup>1742</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 91-92.

<sup>1743</sup> Bu tür suçlar bakımından bir görüş farklı sonuca varmıştır. Bu görüşe göre, bu durumda belirli bir suç tipiyle olan bağlantı aranmamalı, bu şekilde gerçekleşen kastın somutlaşması da yeterli kabul edilmelidir. Bu bağlamda yağma (ACK md. 249) ve yağma niteliğinde şantaj (ACK md. 255) örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu tasavvurun açığa çıktığı fiil bu iki suç tipini de kapsıyor olsa bile ayırım suçun icrası ile birlikte ortaya çıkacaktır. Bu nedenle azmettirme kastının somutlaşması bakımından genel olarak bu iki suç tipi aynı kapsamda kabul edilebilir. Zira suça iştirak edenin kastının tipiklik kapsamında esas fiille bağlantısı bakımından belirli bir esneklik kabul edilmesi gerekir aksini kabul ceza boşluklarının artmasına yol açar. Bu tür yakın ilişkili suçlarda hangi suçun işlendiğine yönelik tasnif sorunu fiilin icrasıyla birlikte belirlenebilir. Bununla birlikte örneğin hırsızlık ve suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçları arasında böyle bir yakın ilişki bulunmamaktadır (Ingelfinger, a.g.e., s. 101).

<sup>1744</sup> Suçlar arasında benzerlik ilişkisinin bulunmasının da azmettirenin kastının varlığı bakımından kabul edilebilir olacağı görüşü için bkz. Warneke, a.g.e., s. 141.

<sup>1745</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 93.

<sup>1746</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 94.

<sup>1747</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 94.

## (2) Tipikliğe dayanan esas fiil ilişkisinin esnek şekilde belirlenmesi

Bu kapsamda yer alan diğer ihtimal ise tipikliğe dayanan esas fiil ilişkisinin belirlenmesine yönelik esnek (*Mögliche Lockerungen der streng tatbestandsorientierte Haupttatbezogenheit des Anstiftersvorsatz*) bir değerlendirmenin dikkate alınmasıdır. Bu yaklaşım *Montenbruck* tarafından savunulmaktadır<sup>1748</sup>. Yazara göre, şeriklik kastının belirli bir suç tipiyle ilişki eksikliğinin çözümü kanun dışı temel tipiklik yapısında (*Gewohnheitsrecht*) aranmalıdır<sup>1749</sup>. Böylece cezalandırılabilirlik suç tipine ilişkin yasal tanıma değil, aksine suçun maddi içeriğine bağlıdır<sup>1750</sup>.

Burada yazar kanunun suça ilişkin tipik tanımını davranış tipi olarak, buna karşılık suçların maddi içeriğini ise değer tipi olarak kabul ederek bunların arasındaki farklılığa dikkat çeker. Maddi içerik değer tipi olması nedeniyle daha genel olarak anlaşılmalı ve saldırılan hukuki değerle eşdeğer görülmelidir<sup>1751</sup>. Hukuki değerlerin özel hükümlerde farklı suç tiplerine ayrılması failin yararına olacak şekilde değerlendirilmemelidir.

---

<sup>1748</sup> *Montenbruck*, a.g.m., s. 339 vd. Benzer bir yaklaşım olan alternatif tespiti (*Wahlfeststellung*) aracılığıyla çözüm, *Warneke* tarafından ileri sürülmüştür. Yaklaşımın esası, azmettirenin tipikliğe ilişkin belirsiz kalan tasavvuruna rağmen objektif olay bağlamında azmettirenin kast sorumluluğu isnadını mümkün kılmaktadır. Bu yaklaşımın dayanağı ceza muhakemesinde ispat zorluklarını ortadan kaldırmaya hizmet eder. Zira sanık bakımından, usule ilişkin tüm yasal muhakeme ispat araçlarının tüketilmesinden sonra, karşılaştırılabilir eşdeğer haksızlığa sahip iki suçtan birini gerçekleştirdiği kesin olmakla birlikte hangisinin olduğunun tespit edilememesi nedeniyle “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” devreye girerek cezasızlık sonucu ortaya çıkmaktadır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesine istisna olarak değerlendirilen bu ilkenin uygulanabilirliği bakımından dikkate alınan kriterler bulunmaktadır. İşte ceza muhakemesi kurumu olarak dikkate alınan bu esasın suça iştirak edenlerin kastının içeriğinin neye yönelik olduğunu belirlemek bakımından yol gösterici olabileceği ileri sürülmüştür. Görüş ve ilgili usule ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Warneke*, a.g.e., s. 126. Burada azmettirenin fiile yönelik tasavvuru nedeniyle birden fazla suçun sübjektif şartı gerçekleşmiş olmaktadır. Bu noktada azmettirenin tasavvurunun karşılık geldiği her bir normun ihlalini, her bir varyasyonun suçun objektif ve sübjektif unsurlarını içerdiği kabulü ile göze alması esasını kabul eden yaklaşıma göre, her bir varyasyon azmettiren bakımından cezalandırılabilir olduğu sürece bu uygulama dikkate alınabilir (*Warneke*, a.g.e., s. 127). Bu bağlamda azmettirenin tasavvuru ile gerçekte işlenen suç arasındaki sübjektif isnadiyet tasavvur edilen suç tipleri ile gerçekleşen suç arasında aşama ilişkisi oluşursa kabul edilmelidir. Bu bakımdan belirleyici olabilecek normatif aşama ilişkisine örnek olarak suçun nitelikli hali ile temel şekli arasındaki ilişki veya tamamlanma ile teşebbüs aşamasında kalma durumu verilebilir. Şerikin tasavvurunun yağma ve hırsızlık suçu bakımından belirsiz kalması durumunda gerçekte meydana gelen hırsızlık suçundan dolayı sorumluluk tespitinin mümkün olup olmayacağına yönelik normatif aşama ilişkisinden hareket eden yaklaşım, yağmanın (hırsızlık suçunun) özel suç tipi olduğundan ve hırsızlık suçuna ilişkin objektif ve sübjektif unsurları barındırdığından dolayı azmettirme kastının yeterince somutlaştığı sonucuna ulaşmıştır (*Warneke*, a.g.e., s. 127). Bu yaklaşım bağlamında suça katılanın tasavvurunun ihtimal dâhilindeki suç tiplerine ilişkin şartları gerçekleştirmesi gerekliliği gerçekte meydana gelen fiil ile uyumunu gösterir. Bu nedenle bu yaklaşım sınır aşımı durumları bakımından dikkate alınmaz (*Warneke*, a.g.e., s. 128).

<sup>1749</sup> *Montenbruck*, a.g.m., s. 350.

<sup>1750</sup> *Montenbruck*, a.g.m., s. 336.

<sup>1751</sup> *Montenbruck*, a.g.m., s. 344.

Azmettirenin birden fazla benzer nitelikteki suça yönelik olarak fiil bilincine sahip olması azmettirme bakımından yeterlidir. Buna göre suç tipi olarak hırsızlık, dolandırıcılık veya yağma suçunu ilgilendiren fiile yönelik tasavvurun bulunması halinde azmettirme kastının oluştuğu kabul edilmelidir. Yazar bunları malvarlığının devrine yönelik suçlar (*Vermögensverschiebungsdelikt*) olarak adlandırmıştır. Azmettirenin kastının genel olarak buna yönelmiş olması yeterlidir<sup>1752</sup>. Bu tür suçlarda kanun dışı temel tipiklik bağlantısı (*außergesetzlichem Grundtatbestand*) söz konusudur<sup>1753</sup>. Azmettirenin sorumluluk kapsamı ise gerçekleşen fiile yönelik belirlenmelidir<sup>1754</sup>. Fiil tasviri anlamında somut tasavvur gerekli olmakla birlikte, belirli bir tipikliğe ilişkin tasavvur zorunlu değildir. Belirtilmelidir ki, *Montenbruck* belirlilik ilkesi ve kusur prensibi kapsamında ortaya çıkabilecek sorunları da kabullenmektedir<sup>1755</sup>.

Yazarın ileri sürdüğü yaklaşım eleştirilmiştir. Kusur prensibi ve anayasal dayanağı bulunan belirlilik ilkesi nedeniyle azmettirme kastının somutlaşması bakımından asgari içeriğin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle başkasının malvarlığına yönelik saldırı şeklindeki genel bir belirlemenin yeterli olamayacağı ifade edilmiştir. Belirlilik ilkesinin sonucu olarak kastın bağlantı noktası tipik anlamda bir sınıra sahip olmalıdır<sup>1756</sup>. Ancak bu şekilde ceza hukukuna ilişkin sorumluluk sınırlandırması söz konusu olabilir<sup>1757</sup>. Birden fazla farklı suç tipini içerecek şekilde fiile yönelik azmettirme kastının varlığı azmettirme sorumluluğunun kabul edilmesi bakımından yeterli değildir. En azından tasavvur kapsamında yer alan suçların birbiriyle aşama ilişkisine sahip olması gerekir<sup>1758</sup>. Diğer bir eleştiri ise yazarın, malvarlığının devrine ilişkin suçlar kapsamındaki görüşüne

---

<sup>1752</sup> Montenbruck, a.g.m., s. 341. Bu yaklaşıma benzer şekilde *Özen*, sevk edilen suçtan farklı bir suçun işlenmesi durumunda şeriklerin bu suçtan sorumlu tutulup tutulamayacaklarına ilişkin değerlendirmede suçlar arasındaki doğal bağlantıyı esas almıştır. Yazarın verdiği örnek şu şekildedir: “Hırsızlık suçu için anlaşılmış iken şerikler ‘ne yap et malı getir’ demişlerse müstakil failinin cebir kullanması durumunda, diğer şerikler yağma suçundan sorumlu tutulabileceklerdir.” Yazara göre böyle bir ihtimalde diğer suç bakımından şeriklerin olası kastının bulunduğu kabulü gerekir. Ancak, hırsızlık suçundan sonra mağdura karşı gerçekleştirilmiş cinsel saldırı suçu bakımından aynı sonuç geçerli değildir. Çünkü bu suçlar arasında doğal bağlantı bulunmamaktadır. *Özen*, a.g.e., s. 867.

<sup>1753</sup> Montenbruck, a.g.m., s. 339.

<sup>1754</sup> Montenbruck, a.g.m., s. 341.

<sup>1755</sup> Montenbruck, a.g.m., s. 344.

<sup>1756</sup> Warneke, a.g.e., s. 122.

<sup>1757</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 100. Benzer yönde *Roxin* görüş belirtmiştir. *Roxin*’e göre, kastın suç tipine değil de tipikliği aşar şekilde genel haksızlığa yönelmesi azmettirme kastının yasal gerekliliğini sağlamaz. Tam tersine burada kıyasen uygulamaya yol açar. Kusur ilkesi çerçevesinde de kast, somut tipiklik ile ilişkili olmayı gerektirir. Aksi yaklaşım, fiil ceza hukuku ile bağdaşmaz. *Roxin*, a.g.m. (FS Salger), s. 130.

<sup>1758</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 100.

yönelik olmuştur. Bir değer türü olarak kanun dışı temel tipiklik, esasen saldırılan hukuki değerle özdeş ise; *Montenbruck* tarafından hırsızlık, çalıntı malın satılması ve dolandırıcılıktan kaynaklanan bir mülkiyet devri suçunda oluşan temel tipiklik ikna edici değildir, çünkü bu suçlar bakımından söz konusu olan mülkiyet ve malvarlığı şeklinde farklı hukuki değerler korunur<sup>1759</sup>. Ayrıca kanun dışı tipiklik oluşumunun kıyas yasağına aykırılık arz edeceği ileri sürülmüştür. Kanunda bulunmayan bir olgu esas alınarak failin kanunda öngörülen suç tipine göre sorumlu olma olasılığı ortaya çıkmaktadır<sup>1760</sup>. Bunun yanı sıra kanun dışı temel tipiklik oluşumuyla hâkime bir nevi kanun yapma rolü verilmiş olmaktadır ki kanunilik prensibi ile bağdaşması beklenemez<sup>1761</sup>.

### *c. Suçun Esas Hatlarıyla Belirlenmesi Yaklaşımı*

Azmettirmenin somutlaştırılmasına ilişkin bir diğer yaklaşım ise, mevcut durumda fiile ceza hukukuna ilişkin karakteristik özelliğini veren esaslı unsurların azmettirme kastı kapsamında yer alması gerektiğini belirtmiştir<sup>1762</sup>. Azmettirme kastı, yeterince somutlaştırılmış esas fiile yönelik olmaksızın, failde salt suç işleme kararını oluşturma ile yeterli kabul edilemez<sup>1763</sup>. Azmettirenin belirli bir olaya yönelik tasavvuru uygun bir davranış önerisi üzerinde oluşmalıdır. Bu aynı zamanda bir gerekliliktir. Azmettirenin böyle bir somut fiili tasavvur edip etmediği sorusu ancak davranışının genel durumla ilişkili olarak böyle bir tasavvur şeklinde anlaşılabilirdiği sürece olumlu cevaplanabilir. Bu nedenle ceza hukuku kapsamında korunan norma karşı gerçekleşen fail davranışına ilişkin soyut bilme yeterli olamaz<sup>1764</sup>. Buna karşılık azmettirenin kastının, kastın bağlantı noktasını oluşturan objektif davranıştan daha özel durumları kapsamak zorunda olması doğru olamaz<sup>1765</sup>. Azmettirenin işlenecek fiilin icrasına ilişkin tüm ayrıntıların bilincinde

<sup>1759</sup> Warneke, a.g.e., s. 121.

<sup>1760</sup> Warneke, a.g.e., s. 122.

<sup>1761</sup> Warneke, a.g.e., s. 121.

<sup>1762</sup> Cramer/Heine, a.g.e., s. 547; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 815; Maurach, a.g.e., s. 685; Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 177; Koch/Wirth, a.g.m., s. 205; Schröder, a.g.m., s. 293; Weißer, a.g.e. (2011), s. 24; Hillenkamp, a.g.e., s. 51; Hoberg, a.g.e., s. 96; Riemer, a.g.e., s. 38; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 601; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 249; Akbulut, a.g.e., s. 644; Eryıldız, a.g.m., s. 44; Töngür, a.g.m., s. 244. Yardım edenin kastı bakımından benzer değerlendirme için bkz. Çelen, a.g.e., s. 334. *Rogall* da hâkim görüşü kabul ederek azmettirmenin esaslı noktalarının belirlenmesi gerektiğini ifade eder. Bu bağlamda argüman olarak sınır aşımına ve bağlılık kuralına dayanır. Ayrıca somutlaştırmanın gereğine yönelik olarak şerik davranışının amaçlılığına dikkat çeker. Zira azmettirme hareketinin somutlaştırılmaması halinde azmettirenin işlenecek suç bakımından belirleyici olan amaç yöneliminden bahsedilemez (Rogall, a.g.m., s. 14-15).

<sup>1763</sup> Mitsch, a.g.e., s. 47; Murmann, a.g.e., s. 246.

<sup>1764</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 255; Satzger, a.g.m., s. 519.

<sup>1765</sup> Weßlau, a.g.m., s. 128.



olmasına gerek yoktur<sup>1766</sup>. Diğer bir ifadeyle, fiil bütün özellikleriyle tarif edilmek zorunda değildir<sup>1767</sup>. Çünkü esas suça ilişkin seyir önemli ölçüde gelecektir<sup>1768</sup>.

<sup>1766</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 687 vd.; Heinrich, a.g.e., s. 580; Aydın, a.g.e., s. 90; Warneke, a.g.e., s. 15. Bu bağlamda doktrinde bir görüş ayrıntılı bir suç planının azmettiren tarafından belirlenmesi ve suçun işleneceği yer, zaman ve suçun konusuna yönelik belirlemelerin azmettiren tarafından yapılması ve azmettirilenin buna bağlı olması durumunun failliği temellendiren fiil hâkimiyetinden hareketle dolaylı faillik ihtimalini gündeme getirebileceğini ileri sürmüştür (Welz, a.g.e., s. 114). Bununla birlikte bu sonuç ancak fiil hâkimiyetinin plan hâkimiyeti olarak anlaşılması halinde söz konusu olabilir. Ancak failliği temellendiren fiil hâkimiyeti olay seyri üzerinde hâkim durumda olmayı gerektirir. Burada arka plandaki kişi olay seyri veya icra hareketlerini gerçekleştiren kişi üzerinde böyle bir etkiye sahip olamaz.

<sup>1767</sup> Kühl/Lackner, a.g.e., s. 230; Hillenkamp, a.g.e., s. 51. (BGH, Urt. 11.10.2005, 1 StR 250/05) (M), (S)'ye eşi (F)'nin ölümü halinde birlikte yaşama şanslarının olabileceğini vaat eder. Bu söz üzerine (S), (F)'nin boynunu kırmak istediğini söyler. (M), belki o zaman bir araya gelmemiz mümkün olabilir der. Bu şekilde devam eden birçok konuşmadan sonra bir gün (S), (F)'yi öldürür. Yerel mahkeme, kasten öldürme suçuna azmettirmeyi esas suçun yeterince somutlaştırılmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. BGH buna karşı çıkarak (M)'nin (S)'ye yönelttiği suçun işlenmesine yönelik talep için suçu özünde karakterize etmenin yeterli olduğunu, suçun icrasının belirlenen suç planına göre tüm ayrıntılara sahip olmasının gerekli olmadığını belirtmiştir. Aktaran Rengier, a.g.e., s. 397. Buna karşılık (BGH) hırsızlık veya yağma suçuna azmettirme bakımından farklı bir sonuca varmıştır. Almanya'da buna ilişkin dava konusu (BGHSt 34, 63, 66) özetle şu şekildedir: "Yurt dışına çıkması için sahte pasaporta ihtiyacı olan (B)'nin pasaport için de 10000 DM'ye ihtiyacı vardır. Buna ilişkin olarak (A), (B)'ye bir banka veya benzin istasyonundan parayı bulabileceği yönünde tavsiye verir. Bundan kısa bir süre sonra (B), bir bankaya gider ve elindeki silahla banka görevlisinin kendisine 40000 DM vermesi için zorlar." Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre, azmettirenin kastı bu örnek olay bağlamında esas fiil bakımından yeterince belirlidir. Bu konuda BGH, doktrindeki azınlık görüşüne karşı, azmettirme kastının gerçekleştirilen unsurların yanında haksızlığın önemli unsurlarını da kapsamasının gerekliliğini kabul etmiştir. Suçun konusunun sadece tür olarak kabaca tarif edilmesi (bir banka veya bir benzin istasyonunun soyulması gibi) yeterli değildir. Yukarıda açıklanan yaklaşım bağlamında azmettiren ile fail arasındaki bağlantı çok gevşektir. Azmettirenin ceza hukuku anlamında sorumluluğunda kastının fiile ilişkin durumlara genişletilmesi cezaya liyakatinin şüpheli kalmasına ve ceza kapsamı bakımından fail ile eş konumunu haklı kılacak bir durumun bulunmamasına yol açar. Bu nedenle azmettirenin tasavvurunun fiilin sadece suç tipine göre ve suçun konusunun genel olarak türüne göre (genel-soyut haksızlık boyutu) tespit edilmesi yeterli değildir. Tüm detaylarına kadar belirlenmesi gerekmez de azmettirenin tasavvuru objektif olarak en azından çerçevesi belirlenmiş olay olarak görünmelidir. Burada BGH için her şeyden önce suçun konusu, zamanı, yeri ve işlenme şekli daha doğrusu fiilin işlenmesine ilişkin durumlar önemli bireyselleştirme faktörleridir. Bunların her zaman azmettirenin tasavvur ettiği resimdeki ifade biçimiyle birebir örtüşmesi zorunlu olmasa da genel eksiklikleri azmettirenin kastının yokluğuna yol açar. Aktaran Rengier, a.g.e., s. 397; Geppert, a.g.m. (1997), s. 359. Bu olay bağlamında azmettirme kastının yeterli olmadığı yönünde bkz. Joecks, a.g.e., s. 1241. *Roxin* BGH tarafından şeriklik kastı çerçevesinde incelenen bu olayda azmettirenin belirliliğine ilişkin bir eksikliğin değil, azmettirenin hukuki değere yönelik saldırısının bulunmamasının söz konusu olduğunu belirtir. Yazara göre, yasa dışı yollardan parayı edinme olanaklarına yönelik söylem, amaca yönelik fiil talebini içermez. Kast probleminden bağımsız olarak burada hâlihazırda azmettirenin objektif tipikliği gerçekleşmemiştir. Claus Roxin, "Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes", *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hanns-Karl Salger*, 1995, ss. 129-137, s. 131; Roxin, a.g.e. (AT), s. 155-156. Benzer yönde bkz. Kretschmer, a.g.m. (JURA 2008), s. 267; Weßlau, a.g.m., s. 128; Herzberg, a.g.m. (JuS 1987), s. 620; Nepomuck, a.g.e., s. 216; Fahl, a.g.m., s. 432. *Nepomuck* ayrıca BGH'nin konuyu neden azmettirenin sübjektif tipikliği kapsamında ele aldığı sorusunu ise BGH'nin suça sevk etme bakımından benimsediği yaklaşımın bir sonucu olması ile ilişkilendirmiştir. Zira BGH, suça sevk etme bakımından salt sebep olma teorisi kapsamında objektif nedenselliğin bulunmasını yeterli kabul etmektedir (Nepomuck, a.g.e., s. 227). Doktrinde konuya farklı bir açıdan yaklaşan *Christmann*, olayda arka planda yer alan sadece, yağma suçuyla paranın elde edilebilmesi olanağını göstermemekte ayrıca sahte belge teminine yönelik olarak yol göstermektedir. Böylece fiili gerçekleştirmesini

Azmettiren genellikle suçun ayrıntılarıyla ilgilenmez, sadece fiilin gerçekleşmesi ile ilgilenir<sup>1769</sup>. Bu nedenle suçun somutlaştırılması bakımından suç yerinin, suç zamanının ve mağdurun tespit edilmesi zorunlu değildir<sup>1770</sup>. Bununla birlikte herhangi bir suçun işlenmesine veya herhangi bir insanın dövülmesine yönelik çağrı yeterli değildir<sup>1771</sup>. Yeterince belirli olmakla birlikte<sup>1772</sup> mağdurun azmettiren tarafından kişisel olarak tanınıp tanınmaması önem arz etmez<sup>1773</sup>.

Azmettirenin kastı en azından fiili karakterize eden unsurları içermelidir<sup>1774</sup>. Ancak somut bir suç tipiyle ilişkili olan suça sevk etmenin azmettirme için gerekli olan hukuka aykırı fiil kapsamında olduğu sonucuna varmak mümkün olabilir<sup>1775</sup>. Bu nedenle tüm suç tipleri için genel geçerliliği olan tüm ayrıntıların kast kapsamında belirlenmesi mümkün değildir, tüm suç tipleri bakımından ortak paydayı oluşturacak asgari içeriğin tespiti yeterli olacaktır. Bununla birlikte bazı suç tipleri bakımından fiilin işleniş şekli de suçun haksızlık karakterini belirler. Bu durumda ayrıca buna yönelik belirlemenin yapıp yapılmadığı dikkate alınmalıdır<sup>1776</sup>. Nitekim suçun nitelikli unsurları kapsamında suçun

---

destekleyen bir sebep oluşturmaktadır. Bu nedenle azmettiren olarak sorumluluğu kabul edilmelidir. Christmann, a.g.e., s. 131.

<sup>1768</sup> Rengier, a.g.e., s. 396.

<sup>1769</sup> Warneke, a.g.e., s. 116.

<sup>1770</sup> Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 229; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 564; Özgenç, a.g.m., s. 85; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 668; Zafer, a.g.e., s. 529; Hoberg, a.g.e., s. 98; Özkan, a.g.e., s. 113. “Azmettirme, belli bir suç işleme hususunda henüz bir düşüncesi olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanmasıdır. Eğer kişi daha önceden suçu işlemeye karar vermiş ise bu takdirde azmettirme değil, artık aynı Kanun'un 39/2. maddesi kapsamında manevi yardım söz konusu olacaktır. Azmettiren konumundaki kişinin kasten hareket etmesi gerekir. Bu kastın, failde belli bir suçu işleme konusunda karar oluşturmayı, suçun bu kişi tarafından işlenmesi hususunu ve azmettirilen suçun kanuni tanımındaki unsurlarını kapsaması gerekli olmasına karşın, eylemin yer ve zamanı ile işleniş tarzına ilişkin ayrıntıların belirlenmesine gerek yoktur.” YCGK, E. 2016/4-237, K. 2019/501, T. 25.6.2019, (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, (erişim ve tarih): 16.08.2020. Aynı şekilde YCGK, E. 2013/1-283 K. 2014/489 T. 4.11.2014; YCGK., E. 2013/588 K. 2013/422 T. 22.10.2013. Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 667.

<sup>1771</sup> Heinrich, a.g.e., s. 571.

<sup>1772</sup> “Hükümde yer verilmemiş olsa bile, infaz aşamasında mahkûmiyet hükmünün kanuni sonucu olarak 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin uygulanması mümkündür. Sanıkların adam öldürme eylemini önceden verilen karar doğrultusunda irade birliği içerisinde dayanışmalı olarak işledikleri ve eylem üzerinde ortak hâkimiyet kurdukları anlaşıldığına göre, suç birlikte işleyenler olarak cezalandırılmaları gerekir. Sanığın diğer sanığa silahını teslim edip ‘kavga çıkarsa adliyeden A...’lardan kim çıkarsa ateş et vur, göbekten vur’ şeklindeki talimatı adam öldürme suçuna azmettirme olur.” Yar. 1 CD, 25.09.2007, 2006/4607; 2006/4607'den aktaran Erdener Yurtcan, “Yargıtay Kararları Işığı Altında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler”, C. 2, *Türkiye Barolar Birliği*, 2015, s. 406.

<sup>1773</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 359.

<sup>1774</sup> Beulke, a.g.m., s. 120.

<sup>1775</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 173.

<sup>1776</sup> Welz, a.g.e., s. 141.

işleneceği yer ve zamanın veya suçun işlenmesinde kullanılan aracın söz konusu olması halinde, bu unsurlar suça katılan bakımından bilmesi halinde uygulanacaktır<sup>1777</sup>.

#### ***d. Roxin'in Esaslı Haksızlık Yoğunluğu Yaklaşımı***

*Roxin* azmettirme kastının belirlenmesi bakımından salt tipikliğe ilişkin durumlara yönelik bilginin varlığını kabul etmemiştir. *Roxin*, azmettirmeye konu fiilin somutlaştırılması bakımından gerçekleştirilecek suç tipinin yanı sıra fiilin esaslı haksızlık yoğunluğunun (*die wesentlichen Dimensionen des Unrechts*) da azmettirenin kastına dâhil olması gerektiğini<sup>1778</sup> belirtmiştir<sup>1779</sup>. Esaslı yoğunluktan anlaşılması gereken ise, ortalama zarar ölçütü ve saldırının yönüdür<sup>1780</sup>. Böylelikle haksızlığın yoğunluğunun belirlenmesini aşar şekilde azmettirenin tasavvurunun, fiilin işleneceği yeri, zamanı da kapsamaması gerektiği şeklindeki yaklaşım kabul edilmemelidir. Çünkü azmettiren failden farklı olarak suçu icra edecek kişi değildir; fiilin belirlenmesi noktasında etkin rol oynar<sup>1781</sup>. Nitekim bir bankanın (A) şubesinde hırsızlık yapmaya karar vermiş kişinin (B)

<sup>1777</sup> Akbulut, a.g.e., s. 644.

<sup>1778</sup> Bu aynı zamanda fiile sevk etmenin talep (*Aufforderung*) şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin kabulün sonucudur. *Roxin*, a.g.m. (FS Salger), s. 131 vd.

<sup>1779</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 174. Buna ilişkin olarak BGH haksızlık yoğunluğuna dayanılmasının azmettiren ile esas fiil arasındaki bağlantıyı çok fazla genişleteceğini ve böyle bir durumda azmettiren bakımından faille eşdeğer bir cezalandırmanın hukuka uygun olmayacağını belirtmiştir (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 175). Aynı yönde *Murmann*, a.g.e., s. 246. Buna karşılık olarak *Roxin*, BGH'nin azmettirmenin somutlaştırılması için kullandığı icraya ilişkin bireyselleştirilen durumlar kriterini hem ceza politikası açısından istenmeyen sonuçlara yol açacağı hem de ceza hukukunun temel ilkelerinden belirlilik prensibi ile bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirmiştir. Zira fiilin yerine veya zamanına göre veya fiilin konusuna göre yapılacak bir somutlaştırma halinde azmettirmenin cezalandırılabilirliğini kabul etmek fiilin haksızlığı bakımından esaslı olmayan hususların dikkate alınması gerektiği anlamına gelir ki bu azmettirmenin cezaya liyakat içeriği bakımından zorunlu bir koşul değildir (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 176; *Roxin*, a.g.m. (FS Salger), s. 129). *Kühl/Lackner* de *Roxin*'in yaklaşımına benzer kriter kullanarak azmettirme hareketinin esaslı ölçüde haksızlık içeriğinin ve saldırı yönünün belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir (*Kühl/Lackner*, a.g.e., s. 230). Aksi yönde *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e., s. 569. *Ingelfinger* azmettirenin soyut haksızlığın gerçekleşmesini istemesi nedeniyle değil, faili belirli bir fiile sevk etmesi nedeniyle sorumlu tutulduğunu, bu nedenle kastın bağlantı noktasının somut durumlar olması gerektiğini belirterek *Roxin*'in genel-soyut nitelikteki haksızlık yoğunluğu ölçütüne karşı çıkmıştır (*Ingelfinger*, a.g.e., s. 49). *Roxin*'in yaklaşımına getirilen bir diğer eleştiri ise şerikliğın bağılılığı esası üzerinedir. *Roxin* tarafından talep (*Aufforderung*) aracılığıyla gerçekleştirilen haksızlığın ölçüsüne dayanılması azmettirenin kendisinin de hukuki değere yönelik saldırısının bulunduğu şekilde azmettirme anlayışının sonucudur. Bununla birlikte şerikliğın bağılılığı şerikliğı faillik alanından dışlamak bakımından uygulanır, fiilin belirliliğini tespit etmek bakımından belirleyiciliği bulunmamaktadır. Bağılılık kuralı şerikliğın cezalandırılabilmesinin asgari gerekliliği olarak hukuka aykırı ve kasten işlenen esas fiili şart koşarak tipik belirliliğe hizmet eder. Gerçekte ortaya çıkan suç tipinin gerçekleştirilmesinden ne ölçüde şerikin sorumlu tutulacağına yönelik şerikliğın cezalandırılmasının kapsamı şerikin tasavvuru esas alınarak belirlenir ki bu bağılılık kuralına dayandırılmaz (*Herzberg*, a.g.m. (JuS 1987), s. 617, 619).

<sup>1780</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 174. Bu ölçüte yönelik eleştiri için bkz. *Ingelfinger*, a.g.e., s. 51.

<sup>1781</sup> *Roxin*, JZ 1986, s. 908'den aktaran *Warneke*, a.g.e., s. 18.

şubesinde suçu gerçekleştirmeye yönlendirilmesi halinde azmettirme kabul edilemez. Burada fiile sevk etme ne saldırı yönünü ne de yaklaşık zararı kapsamaktadır. Zaten suçu gerçekleştirecek olanın tasavvuru esaslı ölçüde haksızlığın yoğunluğunu içermektedir<sup>1782</sup>.

Haksızlık yoğunluğunun bizzat suç tipinden tespit edilebildiği hallerde fiile sebep olanın azmettiren olarak ele alınması söz konusu olabilir. Cesaretini göstermek bakımından birisini öldürmesi için faili yönlendiren kişi azmettiren olarak ele alınmalıdır. Bu ihtimalde haksızlık yoğunluğu tipik neticede bizzat bulunmaktadır<sup>1783</sup>. Bununla birlikte her durumda sadece suça ilişkin tipik tanımın esas alınması azmettirmenin belirlenmesi bakımından yeterli olmayacaktır<sup>1784</sup>. Bu nedenle hem ilgili suç tipinin hem de haksızlık yoğunluğunun dikkate alınması gerekir. Böylece özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından söz konusu olan zararın miktarının alternatif olarak belirlenmesi şerikin kasten hareket ediyor olması bakımından yeterli olmayacaktır<sup>1785</sup>. Örneğin, bir karton sigaranın çalınması ile büyük çapta gerçekleştirilecek hırsızlık arasında farkın olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle hırsızlık suçu bakımından haksızlığın yoğunluğuna ilişkin somutlaştırmanın da yapılması gerekir ki, faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olan azmettirme bakımından kast kabul edilebilsin<sup>1786</sup>.

---

<sup>1782</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 174.

<sup>1783</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 175.

<sup>1784</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 175.

<sup>1785</sup> Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 132. Bu kabul kanun koyucunun özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlarda zararın miktarına göre belirlemeden bağımsız olarak dikkate aldığı tek kast düzenlemesi ile çelişki arz eder (Roxin, a.g.e., s. 113). *Warneke*, haksızlığın yoğunluğu üzerine Roxin tarafından verilen yüksek meblağda dolandırıcılık suçuna ilişkin kast ile hesabı ödemediği kaçmaya yönelik kast arasında dikkat çekilen farklılık için kastın belirlenmesi bakımından belirleyici niteliği haiz olmadığı eleştirisinde bulunmuştur. Yazara göre, her iki durumda da azmettiren hukuk düzeninin gerektirdiği davranış talebine karşı çıkma kararını ortaya koymuş olacaktır (*Warneke*, a.g.e., s. 112).

<sup>1786</sup> Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 132. Ayrıca bu yaklaşıma karşılık azmettirme kastının somutlaşması bakımından suça ilişkin neticenin odak noktası yapılmasının yerinde olmadığı eleştirisi getirilmiştir. Failin kastında olduğu gibi şerikin kastı bakımından da neticeli suçlar ile sırf hareket suçları bakımından ayrı ayrı değerlendirmenin söz konusu olamayacağı ve bu nedenle tüm suçlar bakımından dikkate alınacak bir kast belirlemesinin daha isabetli olduğu ileri sürülmüştür (*Warneke*, a.g.e., s. 143). Benzer yönde *Satzger*, a.g.m., s. 519. İlgili yaklaşıma yönelik değerlendirme için ayrıca bkz. *Fahl*, a.g.m., s. 435 vd. *Warneke*, bu bakımdan suça iştirak teorisini ceza hukuku kapsamındaki kişiye yönelik normları davranış ve yaptırım normları şeklinde ayrıma giderek gerekçelendirmektedir. Davranış normları şerik hareketinin gerçekleştiği zaman şerike yönelik davranış yükümlülüğü getirmekte olduğundan bu, esas fiilin gerçekleşmesinden önceye aittir. Bu nedenle yasaklanan davranış esas fiil tipikliğinin genelinden veya *ex post* olarak değerlendirilebilen şeriklik hükümlerinden ortaya çıkmaz, aksine davranış normunun içeriğinden ortaya çıkar. Bu nedenle yazar yaklaşımının sırf hareket suçlarını da kapsadığını ileri sürmüştür (*Warneke*, a.g.e., s. 114).

### *e. Bilişsel Yönlendirme ve İradi Baskınlık Yaklaşımı*

*Ingelfinger* konuya farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Suça azmettirmenin ne salt sübjektif açıdan ne de objektif açıdan değerlendirilebileceğini, bu nedenle objektif-sübjektif anlam birliği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir<sup>1787</sup>. Bu bağlamda azmettirenin kastının belirlenmesinde fail kastında dikkate alınan kastın bilişsel ve iradi yönü arasındaki ayrımı göz önünde bulundurmıştır. Fail kastının bilişsel yönü (*intellektuelle Seite*) bakımından gerekli olan şartlardan ilki, kastın bağlantı noktası olarak fiile ilişkin durumlardır. Fail ilgili suç tipinin oluşumu bakımından suç tipinde yer alan asgari unsurları bilmelidir. Asgari unsur dışında kalan durumlara yönelik bilgisi kast bakımından zorunlu değildir. İkinci olarak ise fiilin gerçekleştirilmesi esnasında failin tasavvurunda aktüel olarak fiile ilişkin durumların bulunması kastın psikolojik yönü bakımından gereklidir<sup>1788</sup>. Böylece yazar şerikliğin cezalandırılabilmesi için asgari gerekliliğin esas fiilin tipik kapsamına yönelik bilgi olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>1789</sup>.

Kural olarak azmettirme “somut saldırı yönünü” (*konkrete Angriffsrichtung*) önceden belirleyen azmettiren aracılığıyla failin bilişsel yönlendirmesini (*intellektuelle Lenkung*) gerektirir. Azmettirmenin belirliliği bakımından gerekli olan yönlendirme sadece suça ilişkin tipiklik bilgisinin ötesinde esas fiil tasavvuruna sahip ise mümkün olabileceğinden, saldırı yönünün belirtilmesi, azmettirmenin belirliliği için bir koşuldur<sup>1790</sup>. Somut saldırı örneğinin suçun konusuna veya hukuki değer taşıyıcısına yönelebilir<sup>1791</sup>. Diğer bir ifadeyle, arka plandaki kişi faili somut bir fiil olasılığına yönlendirir. Bununla birlikte saldırıya konu objenin tür olarak tanımı yeterli değildir. Buna yönelik istisna ancak saldırı yönünün önemli ölçüde tespit edilebileceği somut hedeflere yönelik dar bir alanın söz konusu olması halinde tanınabilir<sup>1792</sup>.

Bu yönlendirme unsuru talebin objektif olarak belirsiz bir fiili amaçlaması durumunda da mevcuttur<sup>1793</sup>. Bu nedenle farklı bir unsurun gerekliliğine ihtiyaç vardır. Azmettirenin yönlendirme unsuru ile sağlanan bilişsel bağlantısının yanında ayrıca failin

---

<sup>1787</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 79.

<sup>1788</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 89.

<sup>1789</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 232.

<sup>1790</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 234.

<sup>1791</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 221.

<sup>1792</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 221.

<sup>1793</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 79.

iradesinin oluşumunun üzerinde etkiye sahip olması anlamına gelen iradi (*voluntativ*) unsur da bulunmaktadır<sup>1794</sup>. Böylece bilişsel yönlendirmenin ve bu yüzden fiil belirliliğinin olmaması, azmettirenin isteğe yönelik baskın iradesiyle (*voluntativ Dominanz*) telafi edilebilir<sup>1795</sup>. Fiil belirliliğine yönelik eksiklik (azmettirenin azmettirilene bilişsel olarak tabi olma durumu- *intellektuelle Unterordnung*) zorunlu olarak azmettirmenin reddine sebep olmaz. Böylelikle burada dengeleme prensibinin (*das Prinzip der Kompensation*) geçerli olduğu söylenebilir. Bu, suça sevk etme bakımından zorlama benzeri durumlarda (dolaylı faillığe ilişkin sınır alanı) ve kiralık katile verilen emirlerde böyledir<sup>1796</sup>. Bu gibi durumlarda azmettirenin sadece icra edilecek suç tipini belirtmesi de yeterlidir<sup>1797</sup>.

*Ingelfinger*, ayırımını cezalandırabilirlik düşüncesi üzerine temellendirmektedir. Sadece bilişsel yönlendirme ve isteğe yönelik baskın irade azmettirenin fail gibi cezalandırılmasını meşru kılar<sup>1798</sup>. Bununla birlikte bu dengeleme prensibi azmettirmenin

---

<sup>1794</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 234.

<sup>1795</sup> Azmettirenin failin karşısında bilişsel yönlendirme veya iradi baskınlığa sahip olması gerektiğine yönelik yaklaşımın azmettirmenin cezaya liyakat mülahazası ile açıklanamayacağı eleştirisi için bkz. Warneke, a.g.e. s. 29.

<sup>1796</sup> Belli bir maddi karşılık sonucunda suça sevk etmede iradi baskınlığın bulunduğu kabul edilemeyeceği eleştirisi için bkz. Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 135. Yazar ayrıca maddi bir karşılık olmaksızın da bir yabancıyı öldürülmesine sevk etmenin azmettirme kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Roxin, a.g.m., s. 135.

<sup>1797</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 80. *Ingelfinger*, arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin irade oluşumu üzerinde belirleyici bir etkisinin söz konusu olduğunu, baskın iradesi ile arka plandaki kişinin tipik azmettiren olduğunu ve böyle durumların azmettirme alanından çıkarılması halinde azmettirmenin kapsamının basit suça yönlendirmeler ile sınırlı kalacağını belirtmiştir (Ingelfinger, a.g.e., s. 180).

<sup>1798</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 130. *Roxin* böyle bir suça sevk etme kavramına yönelmenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Zira failin tasavvuruna dayanan bir fiilin ne olduğu ona sebep olan araçlara bağlı olamaz. Aksi halde kavram kargaşasına yol açar. Bu yaklaşıma göre, eğer suça sebep olan suçun işlenmesi için faile ödeme yapmışsa, daha ayrıntılı tanımlanmamış bir insanın öldürülmesine yönlendirme azmettirme olarak değerlendirilecek iken; diğer durumlarda bu konumdaki kişi cezasız kalacaktır. Haksızlığın ortaya çıkışı şekli her bir somut olay bağlamında cezalandırma ölçütü bakış açısıyla ele alınamaz. Somut olayda azmettirenin faile nazaran az veya çok cezaya layık olması azmettirmenin bulunup bulunmadığı sorunu ilgilendirmez (Roxin, a.g.e. (AT), s. 177). Benzer bir eleştiri ise *Ingelfinger*'in iradi baskınlık kriterini kullanması nedeniyle dolaylı faillığe yaklaşan ancak dolaylı faillığın ağırlığına ulaşmayan irade hâkimiyetine dayanmasının azmettirenin faile eşdeğer cezalandırılmasını değil ancak faile yakın cezalandırılmasını gerekçelendirebileceğine yönelik olmuştur (Warneke, a.g.e., s. 30). Yazar ayrıca kanun tarafından amaçlanan hukuki değer ihlali bakımından da bu yaklaşımın reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira bu yaklaşıma göre azmettirmenin özel tehlikeliliği azmettirenin bilinçli şekilde, tipik olarak korunan hukuki değere yönelik ihlale ilişkin talebinden kaynaklandığına dayanır. Bu nedenle azmettirmede hâlihazırda hukuki değere yönelik bilinçli bir karar bulunmaktadır. Sonuç olarak hukuki değer korunması açısından daha fazla cezayı gerektirir. Hukuki değer korunması açısından cezaya duyulan ihtiyaç azmettirenin faili, bilişsel veya iradi baskınlığı nedeniyle, türe ilişkin belirlemenin ötesine geçen belirli bir hukuki değer ihlalini talep etmesiyle artırılmaz. Kanun hukuki değerleri soyut ve türüne (*Gattung*) göre korur (Warneke, a.g.e., s. 115). *Warneke, Ingelfinger*'in azmettirenin faillikle eşdeğer

belirliliği bakımından aranan asgari şartları (bunlar sorumluluk sınırlamanın gerekliliğinden ortaya çıkar) ilgilendirmez. Böyle bir eksiklik iradi baskınlık ile dengelenemez<sup>1799</sup>. *Ingelfinger* banka veya benzin istasyonuna ilişkin örnek<sup>1800</sup> bakımından ise azmettirmenin oluşamayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>1801</sup>. Bu olay bağlamında azmettiren kişinin bilişsel yönlendirmesi çok zayıftır. Azmettirenin bir suça yönelik somut bir tasavvuru bulunmamaktadır. Tipik olarak yakın ilişkili birden fazla suç tipini içeren bir yönlendirme söz konusudur. Ayrıca bilişsel yönlendirmenin bu eksikliğini dengeleyebilecek, fiile ilişkin güçlü bir iradi bağlantıdan da söz edilemez. Olayda yönlendirme sadece basit bir tavsiyeden ibarettir<sup>1802</sup>. *Ingelfinger*, somut fiil olasılığının seçimini faile bırakması nedeniyle azmettirenin failin planına tabi olduğunu savunur. Bu durumlarda, suçun manevi yaratıcısı yalnızca faildir, çünkü somut fiil olasılığı sadece onun düşüncesinden kaynaklanır. Bununla birlikte failin belirsiz tasavvur dâhilinde olası birçok fiil arasında somut bir fiil seçmeye karar vermesi, azmettirenin hareketinden kaynaklanmaz. Bu nedenle belirsiz bir fiil talebi, azmettirme değildir<sup>1803</sup>.

Fiilin işlendiği yer, işlendiği zaman, fiilin konusu veya mağdur, fiilin icrasının türü ve şekli fiilin bireyselleştirilmesine hizmet eden unsurlardır. Ancak bu tür unsurlara yönelik tasavvurun sorumluluk sınırlaması bakımından zorunlu olduğu kabul edilemez. Bununla birlikte bu nitelikte olmakla birlikte haksızlığın ağırlığı veya yoğunluğu bakımından belirleyici bir etki gösteriyorsa<sup>1804</sup> artık azmettirenin kastının somutlaşması bakımından dikkate alınması gerekir. Haksızlığın yoğunluğuna yönelik azmettirme kastının kapsamı sorumluluğun sınırlanması bağlamında cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır<sup>1805</sup>.

---

cezalandırılmasından hareketle fail ile azmettirenin fiil üzerindeki etkilerinin de aynı olduğu sonucuna ulaşamayacağına dikkat çekmiştir. Warneke, a.g.e., s. 116.

<sup>1799</sup> *Ingelfinger*, a.g.e., s. 150.

<sup>1800</sup> Örnek olay için bkz. s. 275, dn. 1751.

<sup>1801</sup> Aksi yönde Warneke, a.g.e., s. 173-174. Yazar azmettirenin kastının suç tipine ilişkin tanım dikkate alınarak belirleneceği kabulünden hareket edilmesi gerektiğini, bu nedenle olayda tipik olarak korunan hukuki değere yönelik failde sebep olunan suç kararı kapsamında azmettirmenin kastını temellendirecek durumlara ilişkin bilgisinin tam olduğunu belirtmiştir.

<sup>1802</sup> *Ingelfinger*, a.g.e., s. 230. Yazar azmettiren olarak ilgili kişinin sorumlu tutulamayacağını belirtmekle birlikte, manevi yardım eden olarak sorumluluğunun değerlendirilmesine dikkat çekmiştir. *Ingelfinger*, a.g.e., s. 230.

<sup>1803</sup> *Ingelfinger*, a.g.e., s. 138.

<sup>1804</sup> Azmettirenin sopayla yaralama suçuna yönelik yönlendirmesi bulunmakta iken, failin bunun yerine bıçakla veya silahla yaralaması halinde azmettirenin sorumluluğu bakımından sonuç aynı kalır. Taner, a.g.e., s. 540.

<sup>1805</sup> *Ingelfinger*, a.g.e., s. 107.

### *f. Değerlendirme*

Şeriklik türü olarak azmettirenin kendi hareketiyle mağdura yönelik yaratmış olduğu tehlike dolaylı niteliktedir. Azmettirene, katkı sağladığı fiilin isnat edilebilirliği objektif olarak mağdur üzerinde yaratmış olduğu tehlikenin sübjektif bağlamda incelenmesini gerektirir. Bu nedenle azmettiren böyle bir tehlike oluşturduğunu en azından göze almalı, diğer bir ifadeyle böyle bir tehlike oluşturduğuna yönelik en azından olası kastla hareket ediyor olmalıdır<sup>1806</sup>. Buradan hareketle, azmettirme kastının belirlenmesinin, azmettirimin objektif tipikliğinin belirlenmesinde benimsenen yaklaşım ile de ilişkili olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim iletişim teorisi kapsamında hedefe yönelik sevk etme hareketinin kabulü aynı zamanda azmettirme kastının genel çerçevesini de çizmektedir. Salt sebep olma teorisine nazaran fiilin somutlaştırılması bu yaklaşımda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte azmettirme kastının içeriğinin tespiti bakımından bu yeterli değildir. Bu bağlamda azmettirme kastının belirlenmesi ayrıca önem taşımaktadır. Azmettirme kastının içeriğinin belirlenmesi sadece azmettirilen fiilin kapsamının belirlenmesi bakımından değil ayrıca şeriklik şekli olarak azmettirimin sorumluluk sınırlandırması bakımından önemlidir. Bu nedenle konu azmettirimin iştirak şekli olarak taşıdığı nitelik dikkate alınarak incelenmelidir. Çünkü azmettirme hareketinin etkin olduğu aşama suçun hazırlık aşamasıdır. Bununla birlikte azmettiren meydana gelen neticeden bu hazırlık hareketi niteliğindeki katkıları nedeniyle bağlılık kuralı kapsamında sorumludur. Bu nedenle ceza politikası gerekçelerine dayandırılan azmettirme kastının somutlaştırılmasına yönelik olarak ileri sürülen faille eşdeğer cezalandırılma argümanı ikna edici değildir. Böyle bir kabul, azmettirenin fiilin işlenişine ilişkin failin hareket alanını ne ölçüde genişletip daralttığına yönelik olarak cezaya liyakatının farklılaşması sonucunu ortaya çıkarır. Bu da azmettirme kastının her somut olay bağlamında ele alınması gereken bir husus olarak değerlendirilmesine yol açar. Ayrıca faille eşdeğer cezalandırılma argümanı azmettirme kastının belirlenmesi bakımından azmettirme aracına göre farklılaştırmaya gidilmesine sebep olur ki, bu isabetli bir tercih değildir. Bu yaklaşım azmettirme ile yardım etme arasında kavram kargaşasına sebep olabileceği gibi bazı durumlarda cezasızlığın ortaya çıkması sonucunu doğurur.

---

<sup>1806</sup> Winkelbach, a.g.e., s. 173.



Azmettirenin kastının belirlenmesinde, azmettirenin tasavvurunun temel dayanak olarak kanunda yer alan suç tipleri ile ilişkili olarak değerlendirme yapılması gereklidir. Bu nedenle kanunda suçun tipikliği bakımından aranan şartların azmettirme kastının içeriğini belirlemek bakımından kurucu niteliği haiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Azmettirenin haksızlık içeriği esas olarak fiile bağlı olduğundan, bu haksızlık içeriği üzerinde belirleyici olan somut durumlara ilişkin bilgi azmettirme kastına dâhildir. Açıktır ki, azmettirme çoğu zaman ilgili fiile yönelik neticenin gerçekleştirilmesi üzerine kuruludur. Buradan her suç bakımından geçerli olabilecek şekilde azmettirme kastının belirlenmesi için salt fiil türünün tespitinin yeterli olduğu sonucuna ulaşılamaz. Suç tipleri nitelikleri gereği kast kapsamında aynı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmayabilir. Örneğin, aynı hukuki değer korunmasına hizmet eden birden fazla suç tipi fiilin işleniş şekli itibarıyla birbirinden ayrılır. Bu noktada önem arz eden husus, suçu karakterize eden unsurlara yönelik bir somutlaştırmanın bulunması gerekliliğidir. Bu, her durumda fiilin gerçekleştiriliş şekli, fiilin işlenme zamanı veya yeri ya da suçun işlenmesine yönelik diğer özelliklerin azmettirme kastı kapsamında yer alacağı anlamına gelmez. Bu nedenle kastın bireyselleştirilmesine yönelik unsurların belirlenmesine yönelik ölçüt genel geçerliliğe sahip olamaz. Aksi halde bu ölçüt azmettirme kapsamında yer alacak birçok durumun cezasızlığı sonucuna yol açabilecektir.

Aynı hukuki değer kapsamında yer alan ve aralarında geçiş ilişkisinin bulunduğu suçların yakın benzerlik taşımaları nedeniyle suçun esaslı unsurlarıyla belirlenmesi gerekliliği bu bağlamda değerlendirilmelidir. Nitekim kasten yaralama veya öldürme suçları arasında azmettirenin mağdura yönelik saldırının ölüm neticesinin de gerçekleşebileceği ihtimalini içerecek şekilde faili suça sevki halinde bu neticeye yönelik kastının belirli olmadığı sebebiyle sorumluluğunun azmettirme kapsamında belirlenemeyeceği kabul edilmemelidir. Yakın ilişkili suç tipleri olarak değerlendirilebilecek suçlarda fiili karakterize eden unsurların yeterince somutlaştırılmadığı durumlar bakımından azmettirenin olası kast sorumluluğu çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekir. Bunun dışında aralarında böyle bir ilişkinin kabul edilemeyeceği suçlar bakımından bu şekilde bir değerlendirmenin yapılması isabetli değildir. Sadece aynı hukuki değer kapsamında yer alması bu hukuki değeri ihlal edebilecek nitelikteki tüm suçların ihtimal olarak kabul edilmesini meşru kılmaz. Bu azmettirme sorumluluğunun belirlilik ilkesine aykırı şekilde genişlemesine

sebepler olur. Ayrıca özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından aynı haksızlık kapsamında yer almakla birlikte sevk etmeye konu haksızlıkta nitelik belirsizliğinin bulunmayıp sadece niceliksel anlamda belirsizliğin yer alması halinde azmettirme kastının kabul edilmesi gereklidir. Bu anlamda ortaya çıkacak haksızlığın yoğunluğuna etki edecek unsur cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada en önemli dayanak noktası böyle bir ayırımın suç tipinde yer almaması diğer bir ifadeyle haksızlığı karakterize eden bir unsur olarak kabul edilmemesidir.

#### IV. AZMETTİRMENİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

Faili suç işlemeye sevk etme, zamansal açıdan önemlidir ve bununla ilişkili olarak farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olur. Sadece suç işleme eğilimi içinde bulunma, hâlihazırda sevk edilmek istenen suça ilişkin karar alma veya sevk edilmek istenen suçtan farklı bir suçu işleme düşüncesinde bulunma, sevk eden bakımından farklı cezalandırma kapsamını ortaya çıkarır<sup>1807</sup>.

##### A. DAHA ÖNCE SUÇ İŞLEME KARARI BULUNMAYAN KİŞİDE SUÇ İŞLEME KARARINA NEDEN OLMA

Azmettirme, niteliği gereği daha önce suç işlemeye yönelik karar almamış kişi üzerinde etkiyi ifade eder. Bu çerçevede hâlihazırda suç işleme düşüncesi bulunmayan kişinin suça sevk edilmesi azmettirmenin klasik durumunu oluşturur. Bununla birlikte suça eğilimli birinde suç kararı alınmasına sebep olunması durumu özellik arz eder<sup>1808</sup>. Bu bağlamda suça eğilimi olma kavramının ne anlam ifade ettiği önemlidir. Bu durum azmettirme ile yardım etme arasında adeta sınır alanı oluşturmaktadır. Bu durum özellikle Alman Ceza Kanunu'nda yardım etmeye ilişkin madde düzenlenmesinde yardım etme teşkil eden haller Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi ayrıntılı şekilde yer almadığından daha fazla önem arz eder. Alman doktrininde suç işleme eğiliminde olan kişiden öncelikle genel olarak suç işlemeye eğilimli olmakla birlikte belirli bir suç işlemeye yönelik karar vermemiş kişiler anlaşılmalıdır. Çünkü suç işleme eğilimi bulunan kişiye işlettirilmek

<sup>1807</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 116; Nydegger, a.g.e., s. 133 vd.

<sup>1808</sup> Doktrinde bir görüş, fiili gerçekleştirmeye karar vermiş ve suça eğilimli kişi arasındaki ayırımı elverişsiz olduğunu belirtmiştir. Gerçekte bir suç kararı esas fiilin icrası zamanında belli olur. Diğer bir ifadeyle failin belirleyici olan amacı hareket nedeniyle ortaya çıkabilir. Bunun öncesinde sadece plan veya bir istek söz konusudur. Suç kararının nihai geçerliliği varsayımdan ibarettir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 565.

istenen suça ilişkin son dürtü verilmiş olsa bile, yani sadece suç kararının oluşmasına nedensel bir etki gerçekleştirilse bile, bunu sağlayanın azmettiren olarak cezalandırılmayacağı şeklinde kesin bir yargıya varılamaz<sup>1809</sup>. Hatta suça sevk edilen kişinin az çok belirli suçlara yönelik eğilimi olduğu düşüncesiyle hareket edilmiş olsa bile<sup>1810</sup>, kişi üzerindeki etkinin fiil bakımından kararlılığa neden olup olmadığı önemlidir<sup>1811</sup>. Bu nedenle azmettirenin azmettirilen üzerindeki etkisi zorunlu bir şart olmakla birlikte, suç kararının oluşumu bakımından tek şart olmak zorunda değildir. Bu kabul suça eğilimli kişinin azmettirilmesinin de mümkün olacağı<sup>1812</sup> sonucunu ortaya çıkarır. Suç işleme eğiliminde bulunma durumuna benzer bir durum olarak suç işlemeye genel olarak hazır olma hali de azmettirme kapsamında suça sevk etmeye yönelik çelişki oluşturmaz. Bu kapsamda kiralık katilin bir kişiyi öldürmeye sevk edilmesi halinde azmettirme kabul edilir<sup>1813</sup>.

Alman doktrininde bu kapsamda değerlendirilen diğer bir durum ise, kişi suçu işlemeye genel olarak hazır olmakla birlikte henüz suça yönelik nihai kararını vermemişse diğer bir ifadeyle kararsız bir kişiye ve azmettiren sayesinde kesin kararını vermişse, suça eğilimi olan kişinin bulunmasıdır. Bu durumda fiile ilişkin önceden karar vermiş kişiden bahsedilemez<sup>1814</sup>. Ancak bu tür değerlendirmelerden, bir başkasının üzerindeki etkinin nedenselliğinin, suç kararının oluşturulmasını onaylamaya yetecek kadar genel bir sonuca varılabilmesi mümkün değildir<sup>1815</sup>. Burada belirleyici olan, sadece

---

<sup>1809</sup> Weßlau, a.g.m., s. 120. Benzer yönde bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 177; Maurach, a.g.e., s. 686 vd.; Eryıldız, a.g.m., s. 48.

<sup>1810</sup> *Kühl*, genel olarak malvarlığına karşı suç işlemeyi düşünen kişinin hırsızlık suçuna sevk edilmesi halinde arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştir. *Kühl*, a.g.e., s. 847.

<sup>1811</sup> Weßlau, a.g.m., s. 120; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 288. Yazarlar, benzer şekilde bir fiile hazır olmakla birlikte onu harekete geçirecek belirleyici bir sebebi (bir vaad veya onun tarafından istenen bir ödül gibi) bekleyen kişi için de geçerli olduğunu belirtmişlerdir. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e. s. 288.

<sup>1812</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 254; *Kühl*, a.g.e., s. 847; Koch/Wirth, a.g.m., s. 205; Nydegger, a.g.e., s. 134; Satzger, a.g.m., s. 515; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250; Nepomuck, a.g.e., s. 177; Taner, a.g.e., s. 536; Erdem, a.g.m., s. 210.

<sup>1813</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 407. (A), kiralık katil (T)'ye (O)'yu öldürmesi için para teklif eder. Bununla birlikte (B), daha öncesinde (O)'yu öldürmesi için (T)'ye teklifte bulunmuş ve (T) teklifi kabul etmiştir. (B) fiilin icrasından önce teklifini geri çeker ve (T)'nin fiili gerçekleştirmesini istemez. Bu kez (T), (A)'nın teklif ettiği parayı almak için (O)'yu öldürür. *Nepomuck* bu örnekte *omnimodo facturus* öğretisine göre kiralık katilde aynı suça ilişkin önceden oluşmuş suç işleme kararının bulunması nedeniyle (A)'nın teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılacağını, bununla birlikte bunun hukuka uygun bir çözüm olmadığını zira (A)'nın (T)'yi azmettirme hareketi ile suça sevk ettiğini belirtmiştir. Yazara göre burada (A) öldürme suçuna azmettirmeden dolayı sorumludur. Nepomuck, a.g.e., s. 202.

<sup>1814</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 304; Akbulut, a.g.e., s. 641.

<sup>1815</sup> Weßlau, a.g.m., s. 120.

suça eğilimi bulunan kişiyi suç kararı almış kişiye dönüştürecek esaslı bir değişikliğe yol açıp açmadığıdır<sup>1816</sup>. Etkinin sadece nedensel olduğu gerçeği tek başına azmettirme kabulünün karşısında durmaz ama bunu gerekçelendirmek bakımından da yeterli değildir<sup>1817</sup>. Arka planda yer alanın suç işlemeye yönelik eğilimi suç kararına ne şekilde dönüştürdüğü önem arz etmez<sup>1818</sup>. Daha öncesinde suç işlemeye yönelik kararı varken bundan vazgeçmiş kişinin tekrar azmettirilmesi mümkündür<sup>1819</sup>. Azmettirilendeki somut suç kararı hala azmettirenin davranışına bağlı olmalıdır<sup>1820</sup>.

Bu noktada TCK'da manevi yardım türü olarak kabul edilen suç işlemeye teşvik etmeye de değinilmesi gerekir. Suç işlemeye teşvik etme ile suç işlemeye eğilimi bulunan kişinin suça azmettirilmesi arasındaki ayrımı belirlemek zorluk arz etmekle birlikte dikkat edilmesi gereken husus, suç işlemeye teşvik etmede belirli bir suçu işleme düşüncesi bulunan, ancak henüz karar olarak netleştirememiş olan kişiye yönelik telkinde bulunulması<sup>1821</sup> söz konusudur. Bu nedenle belirli bir suça ilişkin planı bulunan kişinin<sup>1822</sup> henüz daha suç işleme kararını vermemiş olması durumunda kişiye yönelik

---

<sup>1816</sup> Weßlau, a.g.m., s. 120. Nitekim *Heinrich* örnek olayda azmettirmenin var olduğunu ifade etmiştir: “(A), pencereye perde asarken merdivenden düşer ve kanlar içinde yere yığılır ve hayati tehlike altındadır. Eşi (B) geldiğinde, (R) ile olan ilişkisi için, bunu bir fırsat olarak görür. Bununla birlikte kararsızdır ve (R)’yi bir fikri olup olmadığını sormak için arar. (R), ısrarla ilk yardım müdahalesini ihmal etmesini söyler, zira bunu ikisi için bir şans olarak görür. (B) bu tavsiyeye uyar ve kurtarmaya yönelik herhangi bir şey yapmaz. (A) ölür. Burada (B) ihmali suretle öldürme bakımından arama zamanına kadar sadece suç işlemeye eğilimli biridir. Suça sonuç olarak (R)’nin isteği neden olmuştur. Bu azmettirme için yeterli olmalıdır.” *Heinrich*, a.g.e., s. 574.

<sup>1817</sup> Weßlau, a.g.m., s. 120. Doktrinde bir görüşe göre azmettirmenin belli bir yoğunluğa ulaşmaması durumunda suça eğilimli birinin suça sevk edilmesinden söz edilemeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus azmettirmenin belirli bir yoğunluğa ulaşmadan gerçekleşmiş olmasıdır. Hâlihazırda failin suça eğilimli olması azmettirenin suçun yaratıcısı, ilk sebep olan, nedensellik serisini başlatan şekilde değerlendirilme ihtimalini zedelemektedir. Bu nedenle azmettirmenin kurucu unsuru olarak yönlendirici etki burada ön plana çıkar. *Ingelfinger*, a.g.e., s. 126.

<sup>1818</sup> Demirel/Kartal, a.g.m., s. 467.

<sup>1819</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 150; Hauf, a.g.e., s. 96; Erdem, a.g.m., s. 210; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 470. Alman yargısına konu olan ve tartışma yaratan bir olay şu şekilde özetlenebilir: (B), kızı (T)’yi (C)’yi öldürmesi için azmettirir. (C)’yi öldürmeye karar veren (T), (C) ile yaptıkları yürüyüş esnasında bu kararından vazgeçer. Bunun üzerine erkek kardeşi (B), (C)’ye babasının vermiş olduğu görevi hatırlatır ve (C)’yi öldürmesi gerektiğini belirtir. (T), (C)’yi öldürür. 1970 tarihli BGH kararını aktaran *Nepomuck*, a.g.e., s. 204. Mahkeme, bu olayda erkek kardeşi, suç bakımından belirleyici etkisinin bulunması nedeniyle azmettiren olarak sorumlu tutmuştur. *Nepomuck* burada azmettirmenin kabul edilemeyeceğini, salt uyarının (*Warnung*) azmettirme hareketi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. *Nepomuck*, a.g.e., s. 205.

<sup>1820</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 150. Aynı yönde *Ingelfinger*, a.g.e., s. 126.

<sup>1821</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 684; İçel, a.g.e., s. 503. Bu durumu suça teşvik ifadesi yerine suçluyu teşvik ifadesinin tam olarak karşıladığı yönünde bkz. *Erem*, a.g.m., s. 95.

<sup>1822</sup> *Bloy* bu kapsamda azmettirme kapsamında değerlendirmede bulunmuştur. Yazara göre, suç planı mevcutsa ve fakat planlayıcı sadece fiile eğilimliyse diğer bir ifadeyle suçu işleyip işlememe noktasında kesin kararını vermemişse, azmettirenin harekete geçirmesi bakımından suç kararının iradi (*voluntativ*) unsuru eksiktir. Azmettiren sözde failde var olan suç kararına yönelik geçici olarak askıya

telkin bu kapsamda kabul edilmelidir<sup>1823</sup>. Bu bağlamda suç işleme düşüncesi bulunan failde bu duruma ilişkin tereddütlerin giderilmesi yoluyla failin suçu işlemeye yönelik kararını netleştiren kişi azmettiren olarak değil, yardım eden olarak değerlendirilmelidir<sup>1824</sup>. Zira suç işlemeye genel olarak hazır olma veya suç işleme eğiliminin bulunması, belirli bir suçu işlemeye yönelik tereddütlerinin olması durumundan farklıdır. İlk durum bakımından kişinin henüz belli bir suçu işlemeye yönelik kararı oluşmamış iken, ikinci durumda kişide belli bir suç işleme yönünde karar bulunmakla birlikte henüz netleşmemiştir<sup>1825</sup>. Azmettirmenin asıl karakterize özelliği bir başkasında suç işleme düşüncesi oluşturarak onun suça yönelik karar almasını sağlama iken<sup>1826</sup>; manevi yardım etmeninki, suça teşvik veya suç kararını kuvvetlendirmedi<sup>1827</sup>.

---

alma durumunda belirleyici etki göstererek, bu durumun ortadan kalkmasına neden olur ve böylelikle başlangıçtaki fikir oyunundan kesin bir görev sonucunu ortaya çıkarma şeklinde suç planına yeni bir nitelik kazandırır. Böylelikle ilgili hukuki değer bakımından tehlikenin yeni bir aşaması başlamış olur. Bloy, a.g.e., s. 338.

<sup>1823</sup> Aksi yönde Schmidhäuser, a.g.e., s. 313. Demirel/Kartal da “Bir kimsenin bir sohbet esnasında kafasından geçirdiği planı arkadaşına anlatarak ‘Planım hazır, ama henüz tam karar vermedim, kafam oldukça karışık!’ gibi bir ifade kullanması durumunda bu kişiye yönelik söz konusu planı mutlaka hayata geçirmesi gerektiği yönündeki telkinler yoluyla ikna çabalarını” suça azmettirme olarak değerlendirmişlerdir (Demirel/Kartal, a.g.m., s. 470). Özkan ise buna benzer durum için yaptığı açıklamada manevi yardım etmenin bir türü olarak suça teşvik etme kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Özkan, a.g.e., s. 252 vd.

<sup>1824</sup> Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 279. Benzer yönde Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 118; Çelen, a.g.e., s. 294. Suçu işlemeye yönelik endişelerin giderilmesi suretiyle failin suçu işlemesini sağlama durumunun azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Demirel/Kartal, a.g.m., s. 468. Buna karşılık yazarlar, fiili işlemeye karar vermiş olan failde bulunan kuşku ortadan kaldıran kişinin manevi yardım eden olarak sorumlu tutulacağını belirtirler (Demirel/Kartal, a.g.m., s. 471).

<sup>1825</sup> Nepomuck tarafından verilen örnek, konunun anlaşılmasını sağlayacaktır. “(K)’nin fabrikasında çalışan 54 yaşındaki (T), bir süre sonra işten çıkarılır. Yeni bir iş bulamayacağını bilen (T) çaresizlik içindedir. İş arkadaşı (A) ile yaptığı konuşmada intikamını kimden alması gerektiği konusunda kararsız olduğunu söyler. İşten çıkaran (K)’yi mi yoksa (K)’nin gözünde kendisini itibarsızlaştıran ustabaşı (V)’yi mi öldürmesi gerektiğini bilmemektedir. (F), bunun üzerine (V)’yi öldürmesini söyler. Tüm suçun (V)’de olduğunu, eğer (T)’yi kötülemedi olsaydı işini kaybetmemiş olacağına dikkat çeker. Bunun üzerine (T), şirket otoparkında (V)’yi bıçaklar.” Nepomuck, a.g.e., s. 197.

<sup>1826</sup> “... sanık Hacı ile evlenmek isteyen ancak maktulün sağlığında bu evliliğin gerçekleşemeyeceğini düşünen sanık Peluza’nın; önceden maktulü öldürme niyet ve fikri bulunmayan Hacı’da öldürme fikrini uyandırdığı, Hacı’nın bir süre kendisini oyalamasına karşın birlikte oldukları günlerde cinsel çekiciliğini de kullanarak uyandırdığı öldürme fikrinin karar aşamasına gelmesini sağladığı, Hacı’nın da iradesi üzerinde etkin olan bu yoğun manevi baskılar sonucu maktulü öldürdüğü toplanan delillerle saptığına göre, sanık Peluza’nın eyleminin azmettirme olarak kabulü gerekir.” YCGK, E. 1989/1-235, K. 1989/302, T. 23.10.1989, (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi): 20.05.2019.

<sup>1827</sup> “Sanığın tabancasını çekerek mağdurun göğsüne dayayarak ‘öldüreyim mi seni’ diyerek tehdit ettiği sırada, diğer sanığın ‘sık şu köpeğe’ demesi üzerine mağdurun sol karın boşluğuna ateş ederek kolonda ve ince bağırsakta yaralanmaya ve hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaralandığı olayda; diğer sanığın eylemi, suç işleme kararını vermiş ve bu amaçla silahını çıkarıp mağdurun göğsüne dayamış olan sanığın suç işleme kararını kuvvetlendirme niteliğinde olduğu gözetilmelidir. Suça azmettiren sıfatıyla hüküm kurulması suretiyle sanık hakkında fazla cezaya

Sonuç olarak, belirli bir suçu işlemeye yönelik düşüncesi bulunmakla birlikte henüz karar aşamasına ulaşmamış kişinin bu yönde desteklenmesi suça teşvik olarak ele alınırken, suç kararı bulunan kişinin bu suçu işlemeye yönelik desteklenmesi suç kararını kuvvetlendirme olarak değerlendirilmelidir. Suça teşvikin de ancak suç işleme kararının bulunmasından sonra mümkün olduğunu kabul, bu kurumun suç kararını kuvvetlendirme ile ayırımını ortadan kaldırmaya yöneliktir. Bununla birlikte TCK’da bu şekilde gerçekleştirilen katkılar ayrı ayrı yardım etme kapsamında yer almaktadır.

## B. DAHA ÖNCE SUÇ İŞLEME KARARI VEREN KİŞİ ÜZERİNDE ETKİDE BULUNMA DURUMU

Azmettirmenin karakteristik özelliği daha önce ilgili suç bakımından suç işleme düşüncesi bulunmayan kişiye suç işleme kararının aldırılması olduğundan hâlihazırda suç işlemeye karar vermiş kişinin aynı suça sevk edilmesi azmettirme kapsamında değerlendirilemez<sup>1828</sup>. Doktrinde *omnimodo facturus*<sup>1829</sup> olarak adlandırılan bu durumda azmettirenin suça yönlendirme hareketi ile failin suç kararı arasında hedeflenen nedensellik bağının oluşması, failin kendi aldığı suç işleme kararı çerçevesinde tipik hareket etmesi sebebiyle mümkün olmamaktadır<sup>1830</sup>. Diğer bir ifadeyle, böyle bir durumda azmettirenin davranışı failin suç kastı için en azından nedenselliğin sağlanması bakımından, azmettirmenin tipikliği (TCK md. 38; ACK md. 26) anlamındaki suç kararı

---

hükmedilmesi, doğru değildir.” Y.1.CD, E. 2010/7332, K. 2011/7254, T. 29.11.2011, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 20.05.2019.

<sup>1828</sup> Blei, a.g.e., s. 255; Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 176; Joecks, a.g.e., s. 1234; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 288; Krey/Esser, a.g.e., s. 407; Rengier, a.g.e., s. 392; Maurach, a.g.e., s. 687; Kühl, a.g.e., s. 825; Börner, a.g.m., s. 415; Nydegger, a.g.e., s. 133; Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 297; Bock, a.g.m. (JR 2008), s. 146; Riemer, a.g.e., s. 68 vd.; Schild, a.g.e., s. 1263; Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 363; Hoberg, a.g.e., s. 74; Satzger, a.g.m., s. 515; Koch/Wirth, a.g.m., s. 205; Murmann, a.g.e. (Komm), s. 244; Charalambakis, a.g.m., s. 635 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 668; Zafer, a.g.e., s. 545 vd.; Özkan, a.g.e., s. 222; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 463. Y1. CD, 29.11.2011, E. 2010/7332, K. 2011/ 7254, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 16.06.2019. Bununla birlikte *Özkan* verdiği örnek bakımından farklı bir sonuca ulaşmıştır. Yazar arka planda yer alanın hırsızlık yapmaya karar veren 16 yaşındaki kişiyi, sahip olduğu daha iyi bir plana ikna etmesini ve bu kişiyi bu suç için yetiştirmesini yeni bir hırsızlık suçuna azmettirme olarak değerlendirmiştir (Özkan, a.g.e., s. 223). Bu şekilde çerçevesi çizilen örnekte arka planda yer alanın failde suça yönelik sadece plan değişikliğine sebep olması nedeniyle yeni bir azmettirme kararını kabul için isabetli değildir.

<sup>1829</sup> Kavramın tarihsel gelişimi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Welz, a.g.e., s. 137 vd.; Bock, a.g.m. (JR 2008), s. 144 vd.

<sup>1830</sup> Letzguş, a.g.e., s. 32; Kühl, a.g.e., s. 847; Eryıldız, a.g.m., s. 41. Bu bağlamda azmettirenin failde suç işleme kararı oluşturmakla birlikte daha sonra aynı suça yönelik failin bir başkası tarafından araç olarak kullanılması nedeniyle dolaylı faillik durumunun ortaya çıkması halinde de azmettiren ile fiil arasında nedensellik bağının ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Özkan, a.g.e., s. 229.

uyandırmaya uygun değildir<sup>1831</sup>. Bu durumda azmettirmenin iradi yönü, diğer bir ifadeyle suç işlemeye yönelik isteme bulunmakla birlikte gerçekleştirilmesi amaçlanan fiile yönelik bilmenin de bulunması gerekir<sup>1832</sup>. Suç işleme kararı vermiş olmadan anlaşılması gereken, fiilin başlangıcından sonuna kadar kararlı olmak değildir. Suçun işleme sürecinde failin bundan vazgeçmesi ihtimali de bulunmaktadır. Yine suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması ihtimalinin de failin kararlılığına etkisi olmaz<sup>1833</sup>.

Yazarlar *omnimodo facturus*<sup>1834</sup> durumunda suç kararını kuvvetlendirmeden söz edilebiliyorsa<sup>1835</sup> manevi yardım etmeyi<sup>1836</sup> ve teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeyi<sup>1837</sup> kabul etmektedirler<sup>1838</sup>. Burada tali normun sonralığı (*Subsidiarität*) genel kuralı nedeniyle tamamlanmış yardım etme teşebbüs aşamasında kalan

---

<sup>1831</sup> Rengier, a.g.e., s. 393. Azmettirenin davranışının nedenselliği eksikse, ilk olarak teşebbüste kalmış azmettirmenin göz önünde bulundurulacağı unutulmamalıdır. Bununla birlikte teşebbüste kalmış azmettirme sadece cürüm (*Verbrechen*) bakımından mümkün olduğundan, diğerleri bakımından somut durumun koşullarına göre esas fiile yardım etme olarak düşünülebilir. Azmettirme için yetersiz olan nedensellik, sadece suç kararını destekleme bakımından yeterli olabilir. Geppert, a.g.m. (1997), s. 304.

<sup>1832</sup> Suç kararının isteme ve bilme unsurlarının hangi yoğunluğa ulaşması gerektiği noktasında kastın dereceleri dikkate alınarak belirleme yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Welz, a.g.e., s. 148 vd.

<sup>1833</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 117.

<sup>1834</sup> *Letzgus, omnimodo facturus* terimi yerine elverişsiz azmettirme (*untaugliche Anstiftung*) terimini kullanmaktadır (Letzgus, a.g.e., s. 32). Benzer şekilde bu durumu elverişsiz azmettirmenin bir görünüm şekli olarak inceleyen diğer bir görüş için bkz. Riemer, a.g.e., s. 104 vd.

<sup>1835</sup> Birisini öldürmek için belli bir miktar para teklif edilen kiralık katilin aslında daha önce başkası tarafından aynı kişiyi öldürmesi için azmettirilmesi halinde ikinci teklifin suç işleme kararını kuvvetlendirdiği söylenemez. Nydegger, a.g.e., s. 159.

<sup>1836</sup> Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 297. *Riemer* halihazırda suç işleme kararı vermiş kişinin aynı suça sevk edilmesinin yardım etme kapsamında değerlendirilemeyeceğini, zira burada arka planda yer alanın yardım etmenin objektif tipikliğini gerçekleştirse bile sübjektif tipikliğini (yardım etmeye ilişkin kast) gerçekleştirmediğini belirtmiştir. Yazara göre azmettirme kastı yardım etme kastını içermemektedir. Azmettirme kastıyla hareket eden kişi, yardım eden değildir. Riemer, a.g.e., s. 108.

<sup>1837</sup> Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600. *Koch/Wirth*, bu konuda cürüm-cünha ayırımına giderek söz konusu fiilin cürüm (*Verbrechen*) teşkil etmesi halinde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeyi, cünha (*Vergehen*) teşkil etmesi halinde ise manevi yardım etmeyi kabul etmişlerdir. Koch/ Wirth, a.g.m., s. 205.

<sup>1838</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 805; Köhl, a.g.e., s. 847; Hoberg, a.g.e., s. 39; Satzger, a.g.m., s. 515; Maiwald, a.g.m. (FS Schroeder), s. 287; Maurach, a.g.e., s. 687; Joecks, a.g.e., s. 1234; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250; Önder, a.g.e., s. 462; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 564; Hakeri, a.g.e., s. 534; Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s. 350; Evik, a.g.e., s. 202 vd.; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 463. BGH de bu yöndedir. BGH NStZ-RR 1996, 1 = StV 1996, 2'den aktaran Dennis Bock, "Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen", *JR*, 2008, ss. 143-146, s. 144. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, "...Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanmasıdır. Eğer kişi daha önce suçu işlemeye karar vermiş ise, bu takdirde azmettirme olmaz, artık manevi yardım olabilir..." şeklindeki ifadelerle bu duruma dikkat çekmiştir. YCGK, 16.02.2010, 1-251/25 sayılı karardan aktaran Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 667.

azmettirmenin gerisine çekilir<sup>1839</sup>. Türk hukukunda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme cezalandırılmadığından, sadece işlenmiş olan suça yardım etme nedeniyle sorumluluk gündeme gelir<sup>1840</sup>.

Azmettirme ve yardım etmede şeriklik türü olarak<sup>1841</sup> her ikisinde de faille yönelik manevi katkı, benzer yönü<sup>1842</sup> oluşturmaktadır<sup>1843</sup>. Bununla birlikte kural olarak azmettiren faili belli bir fiile hazırlar. Faili zararın gerçekleşeceği hukuki değere ilişkin konuya yönlendirir<sup>1844</sup>. Yardım edenin katkısı ise yönlendirici değil, sadece destekleyici niteliktedir<sup>1845</sup>. Şerikliğin görünüm şekilleri olarak azmettirme ve yardım etme arasındaki

---

<sup>1839</sup> Letzguş, a.g.e., s. 33; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 465. *Demirel/Kartal* failin suç kararını almasından da öte fiilin icrasını gerçekleştirdikten sonra, arka plandaki kişi tarafından fiile sevk etmenin sadece teşebbüs aşamasında kalan azmettirme teşkil edeceğine ayrıca vurgu yapmışlardır (Demirel/Kartal, a.g.m., s. 465). Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin yardım etme karşısında tali/tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirten görüş için bkz. Schröder, a.g.m., s. 295.

<sup>1840</sup> Demirel/Kartal, a.g.m., s. 465.

<sup>1841</sup> Faillik şekillerinin farklı içeriğe sahip olmakla birlikte ceza kapsamı bakımından eşdeğer olarak ele alınması şeriklik şekilleri olarak azmettirme ile yardım etme arasındaki ceza kapsamı farklılığını gerekçelendirmenin taşıdığı önemi ön plana çıkarmıştır. Yardım etme için karakteristik olan, daha az haksızlık içeriğini sağlayan bir katkı yapılarak esas suçun icrasına yardım edilmesidir (Rengier, a.g.e., s. 340). Azmettirme, yardım etmeden failde oluşturulan suç kararından birlikte sorumluluk nedeniyle farklıdır (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 287). Şeriklik tipi olarak azmettirme ve yardım etmenin karakterize edilmesi bakımından tamamlayıcı bir yön olarak ceza gerekliliğine ilişkin ceza politikası yönü de ele alınmalıdır. Azmettirme ve yardım etmeye yönelik cezalandırma için belirleyici olan kriter, saldırılan hukuki değer mevcutluğu bakımından azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hareket şekillerinin tehlikeliliğindedir (Bloy, a.g.e., s. 343). Her iki saldırı şekli aynı ölçüde tehlikelilik barındırmaz. Zira suça ilişkin olayların genel bağlantısında azmettirme suçun zihinsel başlatıcısı olarak etki gösterirken, yardım etme azmettirmeye nazaran etkisi daha az olan olarak rol oynar (Bloy, a.g.e., s. 344). Yardım etme şekilleri ne suç seyri üzerinde ne de suç kararının oluşumu üzerinde baskın etki sağlayacak niteliktedir. Yardım edenin hareketi bu başlatıcı güce sahip değildir. Davranışının daha az olan tehlikeliliği, ceza gerekliliğinin indirgenmesine neden olur (Bloy, a.g.e., s. 344).

<sup>1842</sup> *Heghmanns*, azmettirme ve yardım etmenin birbirinden tamamen farklı yapılara sahip suça iştirak türleri olduğunu belirtmiştir. Yardım etmede fiile yönelik katkı söz konusu iken; azmettirmede suça yönelik katkı bulunmaksızın sadece suçu başlatmaya yönelik etki söz konusudur (Heghmanns, a.g.m., s. 475). Ayrıca yazar azmettirme haksızlığı ile yardım etme haksızlığı kapsamında yardım edenin fiilin tehlikeliliğini sadece artırdığı ve hukuki değer ihlaline yönelik tehlikeye bu şekilde sebep olabildiğini, bununla birlikte azmettirenin ise failin suç işleme kararı almasına sebep olarak hukuki değere ilişkin tehlikeyi bizzat yarattığını belirtmiştir (Heghmanns, a.g.m., s. 482). Yazara göre, azmettirmedeki hareket haksızlığına ilişkin eksiklik azmettirenin fiil hâkimiyetine sahip olmamasından kaynaklanmakla birlikte, bu eksiklik azmettirmeye özgü çifte netice haksızlığı ile tamamlanmaktadır (Heghmanns, a.g.m., s. 485). *Heghmanns*'a göre, azmettiren faili suça azmettirerek topluma karşı geleceğe yönelik tehlike haline getirir. Azmettiren öncelikle faili azmettirerek failin hukuk kurallarına riayetini azaltmak suretiyle yaptırım altına alınmış norm ihlalini gerçekleştirmesini kolaylaştırır. Böylelikle azmettirmedeki çifte tehlike etkisinin ilki gerçekleşmiş olur (Heghmanns, a.g.m., s. 484). Azmettirmenin ikinci etkisi ise hukuki değer bakımından esas fiilin işlenmesinde içkin olan tehlike ile gerçekleşir (Heghmanns, a.g.m., s. 485). Yazarın görüşü kusura iştirak teorisine paralellik arz etmekle birlikte, yazar ayrıca azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamını meşru kılmaya yönelik azmettirmenin bir nevi kendine özgü çifte tehlike arz ettiği argümanını ileri sürmüştür.

<sup>1843</sup> Mahmutoglu, a.g.m., s. 68.

<sup>1844</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 125.

<sup>1845</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 125.



ayrım<sup>1846</sup> failde suç kararının üzerindeki etkileri kapsamında belirlenebilir. Failde karar oluşum sürecindeki etkisi hariç tutulursa, azmettirme ve yardım etmenin neticeye yönelik etki üzerinden değerlendirmeye alınması gerekecektir ki, bu durumda da neticeye yönelik etkileri eşdeğerlik teorisine göre aynı olduğundan azmettirme ve yardım etme arasındaki ayrım kriterinden söz edilemez<sup>1847</sup>.

Son olarak suça yönelik sadece suç kararını kuvvetlendirmeye yönelik katkı gerçekleştirdiğini sanmasına rağmen failde suç işleme kararı oluşturan kişi azmettiren olarak cezalandırılmadığı gibi hâlihazırda suç işleme kararı almış kişiyi suç işlemeye azmettirdiğini düşünerek hareket eden kişi de azmettiren olarak cezalandırılmaz. Burada elverişsiz azmettirme ortaya çıkmaktadır. Her iki durumda da yardım etme kapsamında değerlendirme yapılması gerekir<sup>1848</sup>.

Konu bağlamında özellik arz eden husus, daha önce suç işlemeye karar vermiş olmakla birlikte azmettirmeye konu fiilin farklılık göstermesi halinde hangi durumlarda yeni fiile azmettirme kapsamında değerlendirme yapılabileceğidir. Bu bağlamda failin sevk edildiği fiilin farklı bir fiil olması veya failin suçun daha fazla veya daha az cezayı gerektiren hallerine sevk edilmesi kapsamında inceleme yapılması gereklidir.

### **1. Daha Fazla Cezayı Gerektiren Hale Sevk Etme**

Suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş failin suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haline sevk edilmesi iki ihtimalde mümkündür. Öncelikle failde bir hataya sebep olarak suçun nitelikli halini işlemesine yol açılabilir ya da fail suçun nitelikli haline sevk edildiğini bilmektedir.

---

<sup>1846</sup> Azmettiren ile yardım eden arasındaki ayrımın normatif esaslara dayanılarak yapılması gerekmele birlikte, ayrımın şüpheli olduğu durumlar bakımından günlük anlayışın (*alltägliche Vorverständnis*) dikkate alınması gerektiği görüşü için bkz. Schulz, a.g.e., s. 145. Buna karşılık *Nepomuck* ise azmettirme ile yardım etme teşkil eden davranışlar arasındaki ayrımın belirlenmesinde, söz konusu davranış şekline ilişkin ceza hukuku uygulamasının azmettirme veya yardım etme olarak hukuki değer korunmasına yönelik hangi ölçüde yeterli olduğunun ölçüt alınması gerektiğini ileri sürmüştür (*Nepomuck*, a.g.e., s. 36). Yazara göre, ceza kapsamı göz önünde bulundurulduğunda yardım etme kapsamında yasak teşkil eden davranışın hukuki değer korunması bakımından azmettirme yasağındakine nazaran daha az etkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (*Nepomuck*, a.g.e., s. 39). Azmettirme ve yardım etme ayrımının kast çerçevesinde belirlenmesine yönelik görüş için bkz. Riemer, a.g.e., s. 35.

<sup>1847</sup> Poppe, a.g.e., s. 460.

<sup>1848</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 31.

### *a. Suçun Nitelikli Haline İlişkin Hataya Sebep Olma*

Azmettiren ve azmettirilen ilişkisinde suçun nitelikli hallerinde hatanın kimde bulunduğuna göre farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle her ikisinde bulunan bu hatanın ceza sorumluluklarına ne şekilde etki edeceğine değinilmesi gerekir. Azmettiren ve azmettirilenin birlikte suçun nitelikli haline ilişkin hatası söz konusu ise, bu durumda farklı ihtimaller göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, daha az cezayı gerektiren nitelikli halin bulunduğu konusunda hataları mevcutsa, bu nitelikli hal var gibi cezalarında indirime gidilecektir. Buna karşılık olayda daha az cezayı gerektiren nitelikli hal bulunmakla birlikte bunu bilmiyorlarsa yine bu hatalarından yararlanacaklardır<sup>1849</sup>.

Bu kapsamda ele alınması gereken diğer ihtimaller azmettiren ve azmettirilende suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkin hatanın bulunmasıdır. Eğer olayda daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal bulunmakla birlikte bunu bilmiyorlarsa, bu nitelikli hal ceza sorumluluklarının belirlenmesinde aleyhe bir sonuç ortaya çıkarmaz. Diğer bir ifadeyle cezalarında artırım nedeni oluşturmaz. Buna karşılık olayda daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal bulunduğunu zannederek hareket etmeleri halinde bu nitelikli hal yoksa bu nedenden sorumlu tutulamazlar<sup>1850</sup>.

Her ikisinde hata bulunması durumunda konu sorun arz etmezken, sadece failde bulunan daha fazla cezayı gerektiren hatanın azmettiren tarafından oluşturulmuş olması ihtimali özellik arz eder. Burada fail objektif olarak kasten yaralamanın nitelikli halini gerçekleştirmekte ve fakat failin kastı suçun basit haline yöneliktir. Diğer bir ifadeyle, fail suçun basit halini gerçekleştirdiği tasavvuruyla hareket etmekte, buna karşılık azmettirenin kastı en başından itibaren suçun nitelikli halini kapsamakta ve böylece azmettiren failin suçun nitelikli haline ilişkin hatasını kullanmaktadır. Buna yönelik doktrinde bir görüş, dolaylı faillik kapsamında<sup>1851</sup> değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, suçun nitelikli hallerinde hataya düşenin hatasından yararlanan veya suçun nitelikli hallerinde hataya sebebiyet veren arka plandaki kişinin dolaylı failliği söz konusudur. Bu durumda hata hâkimiyeti, arka planda yer alanın

---

<sup>1849</sup> Evik, a.g.e., s. 279.

<sup>1850</sup> Evik, a.g.e., s. 280.

<sup>1851</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 346; Frister, a.g.e., s. 361; Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 186 vd.; Hünerfeld, a.g.m., s. 243; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s.235. Bu yaklaşımı, nitelikli hallerde hatayı failliği maddi olarak temellendirmek bakımından yeterli görmesi nedeniyle eleştiren görüş için bkz. Schroeder, a.g.e., s. 163.

sorumluluğunun azmettirme kapsamında değerlendirilmesini aşar şekilde esaslı bir temel oluşturduğundan, dolaylı faillik kapsamında sorumluluk belirlemesini gerektirir<sup>1852</sup>. *Roxin* konuya ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin suçun nitelikli hali konusunda aldatılmasının da suçun haksızlık içeriğinin fazlalığı konusunda aldatılması<sup>1853</sup>

<sup>1852</sup> Hünerfeld, a.g.m., s. 243.

<sup>1853</sup> *Roxin*, haksızlığın niceliğine/yoğunluğuna ilişkin hatayı da ele aldığı fiil bakımından somut durumlar üzerinde hata (*Irrtums über den konkreten Handlungssinn*) konusunda normatif temele dayandırmayı istediği sınırlandırmaya yönelik olarak, *Herzberg* tarafından ileri sürülen yaklaşım üzerinden haksızlığın artırılmasına ilişkin aldatma durumunu (*Die Tauschung über quantifizierbare Unrechts- und Schuldmaße*) değerlendirmiştir. Yazar, arka planda kalan kişinin üçüncü kişiye ait olan çok değerli bir tabloyu basit bir tablo olduğu şeklinde aldatarak kişiyi tabloyu yok etmeye yönlendirmesi halinde, dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtir. *Roxin* burada aldatan arka plandaki kişinin haksızlığın artmasındaki etkisi kapsamındaki ölçüte göre ele alınması gerektiğini belirtir. *Roxin*'e göre ön planda yer alanın bilinçli olarak gerçekleştirdiği haksızlığın iki katı daha fazla zarara yol açmasına sebep olacak bir aldatma halinde icra hareketlerini gerçekleştiren failin arkasında yer alan kişi bakımından dolaylı fail kabulü gerekir (*Roxin*, a.g.m. (FS Lange), s. 186). Dolaylı failliğin kabulü için failin en azından kısmi hâkimiyete sahip olabileceği ifade edilmektedir. Burada sınırlandırmayı sağlayabilmek için arka plandaki kişinin aşkın haksızlık bilgisinin önemli olması gerektiği kabul edilir (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 215 vd.). Azmettiren ve dolaylı fail arasındaki ayrıma yönelik olarak getirilen bu ölçütün malvarlığına karşı suçlar için uygulanabilirliği kabul edilse bile en yüksek kişisel değerlere yönelik gerçekleşen suçlar bakımından dikkate alınmayacağı nedeniyle bu görüş doktrinde eleştiriye uğramıştır (*Herzberg*, a.g.e., s. 28; *Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 530). Gerçekleştirilen haksızlığın yoğunluğu üzerindeki hatayı *Herzberg* motiv hatası olarak nitelendirir, aksine derecelendirilmiş tipiklik hatası (*gradueller Tabbestandsirrtum*) olarak kabul eder (*Herzberg*, a.g.e., s. 28; *Frister*, a.g.e., s. 363). Bu bağlamda aşkın zarar bakımından haksızlığın artmasına neden olduğundan ve arka plandaki kişi mevcut duruma yönelik üstün gelen bilgisi ile buna yol açtığından dolayı dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerekir. Burada aslında haksızlık hatasının kullanılmasına benzer bir durum söz konusudur. Bu nedenle araç kişide bu tür bir hataya sebep olunmasının veya hâlihazırda var olan hatanın kullanılmasının önemi yoktur. Hatta kaçınılabilir nitelikte olup olmadığının da önemi yoktur (*Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 530). Bununla birlikte doktrinde karşıt görüş, bu gibi durumlarda arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumlu tutulması yönündedir. Bu görüş taraftarları dolaylı failliği kabul etmezler ve arka planda yer alanın daha fazlaya ilişkin kastının cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerektiğini ileri sürerler. Ön plandaki kişinin bu konudaki hatasının cezalandırmanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmasının gerekliliği eksik olan tipiklik ilişkisinin yerine geçemez. Haksızlığın yoğunluğu üzerindeki hata sadece, tek başına tipikliğin gerçekleştirilmesini temellendirecek sınırlı durumlarda geçerli olabilir (*Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 667; *Hünerfeld*, a.g.m. (1987), s. 242; *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 448; *Botke*, a.g.e., s. 71; *Zieschang*, a.g.m., s. 516; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 234 vd.; *Rengier*, a.g.e., s. 360; *Hoyer*, a.g.m., s. 391-392). Burada verilen örnek değersiz olduğu yönünde ön plandaki kişide hatalı tasavvura yol açarak ön plandaki kişinin gerçekte nadir bulunan bir esere zarar vermeye yönlendirilmesidir. Ön planda doğrudan hareket eden kendisini harekete geçiren hata olmasaydı fiili işlemeyecekti sonucu ortaya çıkmaktadır ancak hatası sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Burada her ne kadar arka plandaki kişinin değer bakımından üstün gelen bilgisinden söz edilse de ön plandaki kişinin fiil hâkimiyeti bulunmaktadır. Bu tür hatalar dolaylı failliği gerekçelendirmek için yeterli değildirler (*Otto*, a.g.e. (AT), s. 293; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 786). Aynı yönde *Schumann*, a.g.e., s. 77. Bir görüşe göre ise öncelikle ikili ayırım yapılması gerekmektedir. Eğer icra hareketlerini gerçekleştiren bakımından söz konusu malın değerinin hiçbir önemi yoksa bu durumda arka plandaki kişi azmettiredir. Bununla birlikte malın değersiz olması nedeniyle suç işlemeye karar vermiş kişi söz konusuysa bu durumda zorluk ortaya çıkar. Zira bu hata türünün motiv hatasından ayırımı belirlemeye yönelik net bir sınır bulunması güçlük arz eder. Bununla birlikte burada azmettirmenin kabul edilmesi ve arka plandaki kişinin duruma yönelik üstün gelen bilgisinin cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmasının önünde engel bulunmamaktadır (*Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 235). Fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın niceliği teşebbüs edilen zararın yüksekliğine bağlı olsa bile,

durumuyla benzerlik taşıdığı<sup>1854</sup> değerlendirmesinde bulunmuştur. Burada dolaylı faillik kapsamında ele alınan failin arkasındaki fail bağlamında da değerlendirilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Sadece objektif nitelikli unsurun varlığı üzerine ön plandaki kişinin hataya düşürülmesi halinde ön plandaki kişi suçun temel şekli bakımından fail olarak sorumlu olduğundan, arka plandaki kişi suçun tamamı bakımından failin arkasındaki fail konumundadır<sup>1855</sup>. Aksi yöndeki görüş ise burada dolaylı failliği kabul etmemektedir. Onlara göre burada değersizlik farkı söz konusu değildir. Arka plandaki kişi temel suç tipini dolaylı fail olarak gerçekleştirilmemektedir. Temel suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik isnadiyet bulunmadığı sürece, nitelikli tipiklik bakımından sorumluluk askıda kalır<sup>1856</sup>.

Farklı yöndeki bir görüşe göre ise, temel suç bakımından azmettirme, nitelikli hal bakımından dolaylı faillik durumu ortaya çıkar. Arka plandaki kişinin dolaylı failliği ön planda yer alanın kastı bulunmadığı sürece mümkün olacağından ve azmettirme de dolaylı failliğin gerisine çekilemeyeceğinden dolaylı faillik azmettirmeyi kapsamaz<sup>1857</sup>. Tipik haksızlık bakımından aldatma unsuru belirleyici bir ayrımı temellendirir. Aldatma olmaksızın nitelikli hale sevk etme halinde arka planda yer alan bakımından iki ihtimal ortaya çıkar. Ya verdiği tavsiyeyle fail tarafından oluşturulan suça ilişkin anlam ilişkisine uyar ve yardım eden olarak sorumlu olur. Ya da eskisini ortadan kaldıran yeni bir anlam kazandırır ve azmettiren olarak sorumlu olur. Buna karşılık aldatmanın varlığı halinde aldatan bakımından iki aşama söz konusudur. Arka planda yer alan kısmen icra hareketlerini gerçekleştirirken suç kararı oluşturur kısmen de onu araç olarak suçun

---

bu kast kapsamında ele alınan bir sorun değildir. Fail gerçekleştirdiği hareketin tipik neticeye yol açacağını bildiği sürece cezanın belirlenmesi alanına ilişkindir (Warneke, a.g.e., s. 22). *Roxin*, dayandıkları argüman olan, işlediği fiilin bilincinde olmasının söz konusu (aldatmaya konu) fiilden kaçınma imkanı sunmasını ikna edici bulmamaktadır. Zira dolaylı faillik icra hareketini gerçekleştirirken engel olma motivinin (*hemmungsmotiv*) tamamen bulunmamasını gerektirmez. Burada dikkate alınması gereken, esaslı olan engel olma faktörlerinin arka planda yer alanın manipülasyonu ortadan kaldırılmasının yeterli olmasıdır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 42). Farklı yönde bir görüşe göre ise değerli bir eşyanın değersiz gösterilerek çaldırılması halinde arka plandaki kişi dolaylı faildir. Bununla birlikte değersiz bir şey değerli gösterilerek çaldırılırsa çok azı da içereceğinden azmettiren olur (Mahmutoğlu, a.g.m., s. 72).

<sup>1854</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 43.

<sup>1855</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 163. *Bloy*, failin arkasındaki fail kabulüne şu gerekçe ile karşı çıkmıştır: Suça katılanların birbiriyle ilişkisinde arka plandaki kişinin dolaylı failliği ön plandaki kişinin suçun icrasını kastı olmaksızın gerçekleştirdiği sürece meydana gelir. Bu yüzden sorumluluk prensibinin kesilmesi mevcut değildir ve bu nedenle failin arkasındaki failden söz edilemez (Bloy, a.g.e., s. 355).

<sup>1856</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 447. Aynı yönde Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 667.

<sup>1857</sup> Bloy, a.g.e., s. 356.

işlenmesinde kullanır. Bu nedenle böyle bir değerlendirmeye her bir aşamaya sorumluluk yüklenebilir<sup>1858</sup>.

Konuya yönelik ele alınması gereken diğer bir görüş, cezayı artıran unsurun niteliğine göre bir ayırım yaparak sorumluluğun belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre, cezayı artıran objektif durumlar üzerinde hataya yol açılması halinde ön plandaki kişi kısmen kastı bulunmaksızın hareket ettiğinden arka plandaki kişinin dolaylı failliği kabul edilmelidir. Buna karşılık suçu nitelikli hale getiren sübjektif unsurlarında hataya sebep olunması halinde dolaylı faillik kabul edilemez. Bu öncelikle, araç kişinin arka planda yer alan kişiye ilişkin cezayı artıran sübjektif unsura sahip olmaması veya bu unsuru bilmemesi hali bakımından geçerlidir. Bu tür sübjektif unsurların fiil hâkimiyetinin bulunması bakımından bir anlamı yoktur<sup>1859</sup>. Bu nedenle arka planda yer alanın sorumluluğu azmettirme bağlamında ele alınmalıdır.

Sonuç olarak ön planda yer alan üzerinde sadece nitelikli hale ilişkin bir hata oluşturulması durumunda ön planda yer alanın temel suç tipi bakımından fail olarak sorumlu olduğu göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gereklidir. Arka planda yer alan suçun tamamına yönelik ön plandaki kişiyi araç olarak kullanmamakta ve bu nedenle fiil üzerinde hâkimiyetinden söz edilememektedir. Daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halinin bağımsız bir haksızlık oluşturması halinde arka planda yer alanın dolaylı failliğinin kabulü mümkündür. Aksini kabul suça yönelik katkısı tam olarak faillik kapsamında yer almayan kişinin bu kapsamda değerlendirilmesine yol açar. Bu bağlamda daha fazla cezayı gerektiren halin objektif veya sübjektif nitelikte olmasına göre yapılacak ayırım faillik tespiti bakımından elverişli değildir. Fail şerik ayırımı bakımından suça yönelik katkının maddi içeriği önem arz eder. Fiile ilişkin objektif veya

---

<sup>1858</sup> Bloy, a.g.e., s. 356. *Bloy* bu yaklaşımını, haksızlığın niceliği/yoğunluğu konusunda failde hata oluşturan arka planda yer alanın sorumluluğunun tespitinde de devam ettirmiştir. Yazara göre aslında derecelendirilen tipiklik hatasına sebep olanın sadece ya dolaylı fail ya da azmettiren olabileceği yaklaşımı yanlıştır. Gerçekte her iki iştirak şekli yana yana bulunmaktadır. Ön plandaki kişi tam sorumlu hareket ettiği sürece arka plandaki kişi azmettiren, bununla birlikte icra hareketlerini gerçekleştiren aldatılan kişi haksızlığın ölçütü bakımından kör ise ve arka plandaki kişi onun aracılığıyla suçu işliyorsa dolaylı faildir. *Herzberg* tarafından getirilen yaklaşım ise, ön plandaki ve arka plandaki kişilerin sorumluluk katkılarının niceliksel olarak karşılaştırılmasını gereksiz kılmaktadır. Zira gerçekleşen haksızlık bakımından esas sorumluluğun arka plandaki kişiye geçişi tespit edilemez. Burada iştirak türlerinin bulunduğu karma ilişki değişebilir. Oran olarak belirlemeye ihtiyaç yoktur, zira her durumda sadece içtima ilişkisini temellendirmeye sebep olacaktır (Bloy, a.g.e., s. 355).

<sup>1859</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 786.

sübjektif nitelikteki unsurun varlığı üzerinden faillik belirlemesi meşru zeminde yer almaz. Ön planda yer alanda hataya sebep olarak suça sevk etme sadece dolaylı faillığe özgü değildir, diğer bir ifadeyle bazı hata durumları azmettirme için de araç teşkil eder. Bu nedenle ön planda yer alan üzerinde haksızlığı temellendiren durumlar üzerinde hataya sebep olunmadığı sürece arka planda yer alanın fiil üzerinde hâkimiyetinden söz edilemez. Bu durumlarda azmettirmenin diğer koşullarının da varlığı halinde azmettirmenin kabulü mümkündür.

### ***b. Suçun Temel Şeklini İşlemeye Karar Vermiş Kişiyi Suçun Daha Fazla Cezayı Gerektiren Nitelikli Halini İşlemeye Sevk Etme***

*Omnimodo facturus* durumuna benzer bir durum olarak, suçun temel şeklini işlemeyi düşünen kişinin nitelikli halini işlemeye sevk edilmesi (*Aufstiftung/Übersteigerung*) ihtimali bu kapsamda incelenmelidir<sup>1860</sup>. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesinin 1964 yılında vermiş olduğu karara konu olan olay<sup>1861</sup>, yağma suçunu işlemeye karar vermiş kişiyi bu suçu silah kullanarak işlemesi yönünde ikna eden kişinin, failin silah kullanmak suretiyle yağma suçunun mağdurunun ölümüne sebep olması halinde, azmettiren olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir<sup>1862</sup>. Aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere bu konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

#### **(1) Haksızlığın/Değersizliğin Artırılması Teorisi (Unrechtssteigerungstheorie)**

Değersizliğin artırılması teorisine göre, temel suç tipini işlemeye karar vermiş kişiyi nitelikli hale azmettiren kişi, ancak planlanan suça göre haksızlığın artması halinde azmettirmeden dolayı cezalandırılabilir<sup>1863</sup>. Hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş kişinin yağmaya yönlendirilmesi halinde sadece kasten yaralama ve tehdide yönelik gerçekleşen azmettirmeden söz edilemez. Yağma, hırsızlık ve kasten yaralamanın veya

<sup>1860</sup> Bununla birlikte belirtilmelidir ki, aynı suç tipi kapsamında kalmakla birlikte haksızlık yoğunluğunun niceliksel olarak artırılmasına yönelik, örneğin hırsızlık suçuna karar vermiş kişinin daha değerli bir şey çalması konusunda ikna edilmesi, azmettirme ve dolaylı faillik olarak kabul edilemez. Burada yardım eden olarak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek bir husus söz konusudur. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 808.

<sup>1861</sup> BGHSt 19, 339'dan aktaran Kahlo, a.g.m., s. 165; Roxin, a.g.e. (AT), s. 161; Walter Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", *Festschrift für Ernst Heintz Zum 70. Geburtstag*, 1972, ss. 277-293, s. 278.

<sup>1862</sup> Kahlo, a.g.m., s. 166.

<sup>1863</sup> Heinrich, a.g.e., s. 577; Roxin, a.g.e. (AT), s. 162; Rengier, a.g.e., s. 393; Hünerfeld, a.g.m., s. 249; Amelung/Boch, a.g.m., s. 267. Benzer yönde bkz. Töngür, a.g.m., s. 243.

hırsızlık ve tehdidin toplamından daha fazlasıdır. Yağma kendi başına bir haksızlık teşkil eder ve haksızlık içeriği kendisini oluşturan unsurlardan tamamen farklıdır<sup>1864</sup>. Aynı sonuç, daha fazlasına azmettirme sadece basit nitelikli hallerle ilişkili olduğunda da geçerlidir. Özellikle suçun silah kullanılarak işlenmesi doğrudan ölüm tehlikesi yaratmaktadır, bu nedenle buna ilişkin bir yönlendirme azmettirmenin konusunu oluşturabilir<sup>1865</sup>.

Bu nedenle Mahkeme söz konusu olayda yağma suçunu silah ile gerçekleştirmeye sevk eden kişinin başlangıçtaki plana karşı haksızlık içeriğini önemli derecede artırmış olması sebebiyle azmettirmenin bulunduğu belirtmiştir<sup>1866</sup>. Bu durumda fiilin hukuki değerlendirmesine ilişkin bir değişikliğe sebep olmaksızın, sadece daha tehlikeli bir icra tarzına yönlendirme halinde de azmettirme bulunabilir<sup>1867</sup>. Eğer haksızlık somut olarak artmışsa, suçun tümü bakımından azmettirme mümkün olabilir. Çünkü neticede ortaya çıkan haliyle somut suç, failin amaçladığı suç olmayacaktır. Burada suçun tamamına ilişkin failin önceden suça yönelik kararı bulunduğu (*omnimodo facturus*) şeklinde değerlendirme yapılamaz. Nitelikli halin yerine getirilmesi somut bir değersizlik artışının göstergesidir. Burada tipiklik değişikliği zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, haksızlık içeriğinin önemli ölçüde artması, fiilin hukuki niteliği değişmeksizin sadece fiilin icrasının daha tehlikeli hale getirilmesi ile de mümkündür<sup>1868</sup>. Çünkü suçun nitelikli hali ile temel halinin aynı olup olmadığı ve böylece suçun özdeşlik sergileyip sergilemediği konusundaki tespit şekli bir bakış açısına göre değil, haksızlık içeriğinin maddi kriterlerine göre olmalıdır. Nitelikli olmasından kasıt, sadece temel suç tipine ilişkin haksızlığın artırılması değildir, ayrıca nitelik olarak da haksızlığın değişmesidir. Sonuç olarak nitelikli hal ile temel suç tipi yeni bir birlik oluşturur. Bu bağlamda bu yeni birlik temel suç tipinin haksızlık içeriği ile suçun nitelikli halinin toplamından daha fazla haksızlık ağırlığına sahiptir ve artık tek tek haksızlık kısımlarına ayrılamaz<sup>1869</sup>. BGH'nin bu yaklaşımıyla daha fazlasına azmettirme olasılığının aynı tipiklik kapsamında esaslı bir

<sup>1864</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Stree, a.g.m., s. 277; Hünerfeld, a.g.m., s. 249; Grünwald, a.g.m. (JuS 1965), s. 313; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 302.

<sup>1865</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 163.

<sup>1866</sup> Kahlo, a.g.m., s. 166.

<sup>1867</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 162.

<sup>1868</sup> BGHSt 19, 339, 340'tan aktaran Nepomuck, a.g.e., s. 254.

<sup>1869</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 305. Aksi yönde bkz. Hardtung, a.g.m., s. 432.

haksızlık artışının olduğu durumlarda da kabul edilmesi gerekir<sup>1870</sup>. Nitekim az miktarda hırsızlık yapmayı düşünen kişiyi çok daha fazla miktarda para çalması konusunda yönlendiren kişi azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1871</sup>.

Bu yaklaşıma yönelik olarak nitelikli halin, haksızlığı ne zaman artırıp ne zaman artırmadığına ilişkin makul bir ölçütün bulunamayacağı ileri sürülebilir. Bu bakımdan kıyasa dayalı bir uygulama yapmak keyfilik oluşturacaktır<sup>1872</sup>. Örnek olayda da silahla gerçekleştirilen hırsızlığın konutta yapılan hırsızlığa oranla suçun haksızlığını somut olarak artırıp artırmadığı konusunda net bir belirleme yapılamaz<sup>1873</sup>.

---

<sup>1870</sup> Haksızlığın artırılması teorisi çerçevesinde aynı tipiklik kapsamında haksızlık artışı kabulünü teorinin tüm taraftarları desteklememektedir. Nitekim *Roxin* bu görüşü desteklemekle birlikte sadece icra türünün tehlikeliliğinin artmasını yeterli görmemekte, ayrıca haksızlığın yoğunluğunun artmasını dikkate almaktadır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 163 vd.). Farklı yönde görüş için bkz. Hünerfeld, a.g.m., s. 249. Doktrinde bazı yazarlar ise suçun tamamına azmettirmeyi farklı bir değerlendirme sonucu kabul etmişlerdir (Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 934). *Schulz*, azmettirme bakımından esas aldığı plan hâkimiyeti yaklaşımı üzerinden bu konuya ilişkin görüşünü şekillendirmiştir. Yazara göre, daha fazlasına azmettirme durumunda suçun tamamına azmettirme ancak azmettirilen kısım aynı suç teşkil etmiyorsa kabul edilebilir. Suçun aynı olup olmadığını belirlemek noktasında dikkate alınacak ölçüt ise, etki edilen haksızlık üzerindeki hâkimiyet ölçütüdür. Arka planda yer alan fail tarafından planlanan fiilin suça ilişkin anlam ilişkisini değiştiriyorsa artık farklı bir haksızlıktan söz edilmesi gerekir ve bu kapsamda azmettirme kabul edilmelidir (Schulz, a.g.m., s. 937 vd.). Suça ilişkin anlam ilişkisinin değişmesi aslında fiilin ağırlık noktasının yeni bir hukuki değere yöneltilmesi şeklinde hareketin normatif anlamının belirlenmesidir. Bu normatif baskınlık, haksızlığın esas olarak hukuki değer ihlali ile ilişkilendirilmesiyle temellendirilir. Bu bağlamda hırsızlık kararından yağma suçuna yönelik sevk etme durumu örnek olarak verilebilir. İrade oluşumunun korunması malvarlığının korunmasının yanında bağımsız bir konuma sahiptir. Buna karşılık hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş kişinin hırsızlık suçunu silahla gerçekleştirmesine yönlendirilmesinde azmettirme yoktur. Zira burada ağırlık noktası malvarlığı üzerindedir. Bu nedenle hukuki değer, normatif anlamda aynılık bakımından kriter olarak dikkate alınır (Schulz, a.g.e., s. 171 vd.). Böylece hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş failin yağma suçuna yönlendirilmesi halinde azmettirme kabul edilmesi gerekirken; hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş failin bu suçu silahla işlemeye yönlendirilmesi halinde yardım etme kabul edilmelidir (Schulz, a.g.m., s. 169). Benzer yönde görüş için bkz. Bloy, a.g.e., s. 343.

<sup>1871</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 163. Yazar bu durumda azmettirme kabulünün, ileri sürdüğü haksızlığın niceliği bakımından aldatma durumlarındaki dolaylı faillik kabulüyle uyumlu olduğuna dikkat çekmiştir. Haksızlığın yoğunluğuna veya niceliğine yönelik artış kapsamında fiile sevk etme failin bunu bilmediği durumlarda dolaylı faillığe sebep oluyorsa, bildiği durumlarda azmettirmeyi temellendirmesi gerekir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 163). Yaklaşıma ilişkin ileri sürülen bu argümana yönelik eleştiri için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 259.

<sup>1872</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 408; Nepomuck, a.g.e., s. 257; Özkan, a.g.e., s. 218. *Nepomuck* bu yaklaşımın, hareketin değersizliğine fazla önem vermesi ve bunun karşısında haksızlığın ağırlık noktasını oluşturan temel suç tipine ilişkin hukuki değer ihlalinin göz ardı etmesinin, isabetli sonuca ulaşamamasının sebebi olarak görmüştür. Mağdur için sadece daha etkili ve muhtemelen daha tehlikeli bir icra şekline sevk edilme, suçun tümü ile ilgili olarak azmettirmeyi meşru kılamaz. Bununla birlikte suçun nitelikli şeklinin gerçekleştirilmesine sevk etmede her durumda azmettirme dışlanamaz. Zira mağdura sadece bir tokat atmaya karar veren failin mağdura bıçakla kalıcı bir hasar bırakılmasına sevk etme halinde neticesi sebebiyle ağırlaşan suça azmettirme kapsamında değerlendirme yapılması gerekir. Böyle bir durumda arka planda yer alan fail tarafından tasavvur edilen temel suç tipine ilişkin hukuki değer ihlalinin sadece etkilemekle kalmamış bunun yanı sıra temel suç tipine ilişkin hukuki değer ihlalinin önemli derecede genişletmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 257-258).

<sup>1873</sup> Heinrich, a.g.e., s. 577; Krey/Esser, a.g.e., s. 408.



## (2) Esaslılık Teorisi (Wesentlichkeitstheorie)

Değersizliğin artırılması teorisinden doktrinin bir kısmı esaslılık teorisi ile ayrılmaktadır. Suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş kişiyi suçun nitelikli haline azmettirme halinde, eğer suçta önemli bir değişiklik meydana geliyorsa<sup>1874</sup>, diğer bir ifadeyle hâlihazırda planlanan suçun değersizliğini somut olarak artırırca suçun tamamına azmettirme kabul edilmelidir<sup>1875</sup>. Fail bu somut fiili daha önce göz önünde bulundurmamış olduğundan, artık onun fiilin tamamı bakımından *omnimodo facturus* olmasından söz edilemez. Nitekim cezası 1 yıldan az olmayan yangın çıkarma (*Schwere Brandstiftung*) suçunu işlemeye karar vermiş kişinin (ACK md. 306a) daha ağır cezayı gerektiren haline (*Besonders schwere Brandstiftung*) (ACK md. 306b II/3) sevk edilmesi halinde, bu nitelikli halin cezası beş yıldan az olmayan hapis cezasını içermektedir, somut bir değersizlik artışı kabul edilir<sup>1876</sup>.

Bu yaklaşım çerçevesinde ileri sürülen esaslılık kriterinin çok geniş kapsamlı olması nedeniyle yaklaşımın zayıfladığı iddiasını ortadan kaldırmak amacıyla Cramer, en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerlere yönelik ihlaller ile fiilin niteliğinden kaynaklanan diğer değişikliklerin ayırımına dikkat çekmiştir<sup>1877</sup>. Buna yönelik olarak en yüksek kişisel değerler ile diğer hukuki değerler arasında ayırım olduğunu kabul eden yazara göre, en yüksek kişisel hukuki değer ihlalinde fiilin icrasını nitelikli hale getiren değişiklik işlenen fiil kapsamında esaslı bir değişiklik olarak ele alınmalıdır<sup>1878</sup>. Burada nedenselliğin kapsamına benzer bir sorun vardır. Nedensellikte kural olarak ayırım nedensellik sürecinden esaslı bir sapmanın olup olmadığına göre belirlenir. Sınır aşımı

<sup>1874</sup> Aktaran Bemann, a.g.m. (FS Gallas), s. 275. *Maurach/Gössel/Zipf*, bu konuda talepten hareket edilmesi gerektiğini belirtirler. Kim faile suçun daha ağır şeklini işlemek bakımından yeni bir hareket nedeni sağlarsa suçun tamamına azmettirme nedeniyle sorumlu tutulmalıdır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 574). Aynı yönde Nepomuck, a.g.e., s. 274 vd.

<sup>1875</sup> Peter Cramer, “Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.6.1964 – 2 StR 14/64”, *JZ*, 1965, ss. 30-32, s. 32; Frister, a.g.e., s. 383; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Murmann, a.g.e., s. 245; Hünerfeld a.g.m., s. 249; Letzgus, a.g.e., s. 33; Stefan Grabow, “Die sukzessive Anstiftung”, *JURA*, 2009, ss. 408-412, s. 409; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 574 vd.; Otto, a.g.e., s. 314; Stree, a.g.m., s. 277; Schmidhäuser, a.g.e., s. 314; Krey/Esser, a.g.e., s. 408. *Stree* bu yaklaşımın isabetli olmadığını, bu yaklaşım doğrultusunda sadece nitelikli hale ilişkin yönlendirmenin neden tüm suça azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin ikna edici şekilde açıklanamadığını belirtmiştir. Stree, a.g.m., s. 280.

<sup>1876</sup> Cramer, a.g.m. (JZ 1965), s. 32; Krey/Esser, a.g.e., s. 408.

<sup>1877</sup> Cramer, a.g.m. (JZ 1965), s. 32.

<sup>1878</sup> Cramer, a.g.m. (JZ 1965), s. 32. *Stree*'nin söz konusu yaklaşıma yönelik eleştirisi için bkz. Stree, a.g.m., s. 282 vd.

durumlarındaki esaslılık kriteri kıyasen burada da kullanılabilir<sup>1879</sup>. Failin kastına ilişkin gerçekleşen olayın isnadiyeti bakımından dikkate alınan bu ölçüt, nitelikli hale azmettirme bakımından da dikkate alınabilir<sup>1880</sup>. Diğer bir ifadeyle esaslılık kriteri failin azmettirenin yönlendirmelerine tam olarak uymayan, azmettirenin öngördüğünden farklı hareket etmesi halinde bundan azmettirenin ne ölçüde sorumlu olup olmayacağı sorusuna cevap aranırken kullanılmalıdır. Sonuç olarak buna göre failin nitelikli hal -haksızlık içeriğinden bağımsız olarak- kapsamında işlenmesi halinde temel suç tipiyle kıyaslandığında esaslı bir sapmayı içerip içermediği araştırılmalıdır. Failin işlemeye karar verdiği suçtaki bir değişiklik, nedensel süreçten önemsiz bir sapma olarak kabul ediliyorsa bu durumda azmettirmenin sonucu olarak suçta karşılık gelen bir değişiklik suça azmettirmeye neden olmaz<sup>1881</sup>. Örnek durumda azmettirmenin kabul edilebilmesi için, hırsızlığın silahla gerçekleştirilmesinin gerçekleştirilen hırsızlık suçundan esaslı olarak bir değişikliğe sebep olup olmadığı tespit edilmelidir ki, bu kabul edilemez. Daha önce değersizliğin artırılması teorisine getirilen eleştiriye benzer eleştiri bu yaklaşım bakımından da geçerlidir. Şöyle ki, nitelikli halin esaslı bir değişikliğe/sapmaya neden olup olmadığını belirlemeye yönelik makul bir ölçü bulunamaz. Bu yüzden bu yaklaşıma uygun olan ayırım genellikle keyfi olacaktır<sup>1882</sup>. Ayrıca en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler ile malvarlığına ilişkin hukuki değerler arasındaki yapılan ayırım normatif temele dayandırılmamıştır<sup>1883</sup>.

### (3) Nitelikli Hal Teorisi (Qualifikationstheorie)

<sup>1879</sup> Cramer, a.g.m. (JZ 1965), s. 32. *Bloy* bu şekildeki bir kıyasın sorunun çözümü bakımından elverişli olmadığını ve tamamen şeriklik rollerinden ortaya çıkan azmettiren ve yardım eden olarak bağımsız isnadiyet kriterleri üzerinden konunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, failin sınır aşımı durumundaki sorumluluğunun ne şekilde belirlendiği üzerinden suça katılan azmettiren veya yardım edenin sorumluluğunun kıyas yapılarak belirlenmesi isabetli değildir. *Bloy*, a.g.e., s. 335.

<sup>1880</sup> Cramer, a.g.m. (JZ 1965), s. 32.

<sup>1881</sup> Cramer, a.g.m. (JZ 1965), s. 32.

<sup>1882</sup> Heinrich, a.g.e., s. 578; Özkan, a.g.e., s. 218 vd. Aynı yönde Stree, a.g.m., s. 280. Yazar kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından verdiği örnekte kısıtlanan özgürlüğe ilişkin sürenin hangi aşamadan itibaren esaslı sayılacağı konusundaki belirsizliğe dikkat çekmiştir (Stree, a.g.m., s. 280). Ayrıca bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 248.

<sup>1883</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 249. *Nepomuck*, en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerlerin ihlal edilmesinin daha fazla ceza gerekliliğine sahip olduğu argümanından hareket edilse de, *Cramer* tarafından ileri sürülen ayırımın isabetli olmayacağını belirtmiştir. Yazara göre, hâlihazırda en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler ile diğerleri arasındaki ayırım kanun koyucu tarafından ceza miktarlarının belirlenmesinde dikkate alınmıştır ve malvarlığına ilişkin hukuki değerleri koruyan ceza düzenlemeleri daha az cezayı kapsamaktadır. Bu nedenle ilgili hukuki değerlerin niteliğinden hareketle yapılacak bir ayırım en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler bakımından meşru olmayan bir imtiyaz tanınması anlamına gelir (Nepomuck, a.g.e., s. 249).

Doktrinde kısmen kabul gören<sup>1884</sup>, özellikle *Walter Stree* tarafından derinleştirilen bu teorinin çıkış noktası ve fiil bakımından esas soru, “sevk edenin faili sadece daha fazlasına yönlendirmesine rağmen neden tüm fiil bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulacağı” olmuştur<sup>1885</sup>. Bu bağlamda bu soruyu gerekçelendirmeye yönelik *Stree*’nin dikkate aldığı argüman, temel suç tipi ile nitelikli hal arasında esas farklılığın bulunmasıdır. Bu yaklaşıma göre, suçun nitelikli hali suçun temel şekli ile aynı kimliğe sahip değildir. Bu, her bir olaydaki somut haksızlık artışı ölçütünden bağımsız olarak geçerlidir<sup>1886</sup>. Böylece *Stree* temel suç tipi ile nitelikli halini içeren suçun esas farklılığının bulunduğu kabulü üzerinde durmuştur<sup>1887</sup>. Daha fazlasına sevk etme bakımından nitelikli halin bağımsız bir haksızlık teşkil etmesi halinde suçun nitelikli haline azmettirme gündeme gelir<sup>1888</sup>. Suçun temel şekli ile nitelikli şekli arasında haksızlık içeriği bakımından temel bir değişiklik bulunduğunu kabul eder<sup>1889</sup>. Bu ayrıca, ceza kapsamalarının farklı olmasından da ulaşılabilecek bir sonuçtur<sup>1890</sup>. Böylelikle, fiile ilişkin suç kararı üzerindeki etkileme, özel haksızlık karakteri nedeniyle fiilin başlangıçta istenenle artık aynı olmamasına sebep olur. Suçun temel halini işlemeye karar vermiş birini, nitelikli haline azmettirme halinde, nitelikli hale azmettirmeden dolayı cezalandırmak gereklidir. Çünkü nitelikli hal aracılığıyla suçun aynılığı değişmektedir, bu nedenle tamamen yeni bir değerlendirme mümkün ve gereklidir. Bu nitelikli suç bağımsız bir haksızlık içeriğine sahip olup sadece bir haksızlık katkısı değildir. Sonuç

<sup>1884</sup> Bu yaklaşıma ilişkin olarak bkz. Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 126; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Charalambakis, a.g.m., s. 634.

<sup>1885</sup> *Stree*, a.g.m., s. 281.

<sup>1886</sup> *Stree*, a.g.m., s. 293. Bu yaklaşımı *Otto*, suç haksızlığının sadece netice haksızlığına dayanmadığı aksine netice haksızlığının hareket haksızlığı ile birlikte suç haksızlığını oluşturduğu argümanı ile desteklemiştir (*Otto*, a.g.m. (JuS 1982), s. 561). Nitekim *Otto*, suç işleme kararı vermiş birini bir başka suça ilişkin hukuki değer ihlaline sevk etme halinde azmettirmenin olduğunu, suçun haksızlık içeriğini sadece hukuki değer ihlalinin (neticenin değersizliği) değil, ayrıca saldırının şeklinin de (hareketin değersizliği) oluşturduğunu belirtmiştir. Yazar, suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş failin nitelikli halini işlemeye sevk edilmesi halinde bunun suçun tamamına azmettirme bakımından yeterli olduğunu; zira nitelikli fiilin bağımsız bir suç olduğunu, haksızlık unsurunun ayrılabilir nitelikte olmadığını öne sürmüştür. Nitelikli tipiklikteki haksızlık içeriği temel suç tipindeki haksızlıktan farklıdır. Yazara göre bu sebeple azmettirme için nitelikli halin haksızlık içeriğini artırıp artırmadığı incelemesine gerek bulunmamaktadır (*Otto*, a.g.e., s. 314). Haksızlığın esaslı kısmı temel suç tipinde belirlenmiş olsa da nitelikli hal sadece daha fazla haksızlık olarak değil, ayrıca niteliğin değişmesi olarak dikkate alınmalıdır. Bu yüzden farklılık haksızlığın ağırlığında değil, niteliğindedir (*Otto*, a.g.m. (JuS 1982), s. 561). Benzer yönde bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 302. Aksi yönde Hünerfeld, a.g.m., s. 249.

<sup>1887</sup> *Stree*, a.g.m., s. 281 vd.

<sup>1888</sup> *Stree*, a.g.m., s. 289 vd.

<sup>1889</sup> *Stree*, a.g.m., s. 289. *Bemmann* suçun aynılığının belirlenmesine yönelik *Stree* tarafından esas alınan haksızlık yoğunluğu kriterinin isabetli olmadığını belirtir. *Bemmann*, a.g.m. (FS Gallas), s. 278.

<sup>1890</sup> *Stree*, a.g.m., s. 291.

olarak nitelikli azmettirme, kendisine azmettirmenin mümkün olmadığı temel suçu artık hayata döndüremez<sup>1891</sup>. Hâlihazırda failin suçun temel şekli bakımından karar vermiş olma özelliğinin cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması farklı bir hususu oluşturur<sup>1892</sup>. Burada ayrıca azmettirme ile yardım etme arasındaki ceza kapsamındaki farklılığı ele alan yazar ayrıca yönlendirenin fail karşısında teşebbüs aşamasında kalması halinde diğer bir ifadeyle yönlendirmenin başarısız olması halinde bunun azmettirme bakımından ceza karşılığı (teşebbüs aşamasında kalan azmettirme) olmasına karşın yardım etme bakımından cezasızlık ortaya çıkardığına da dikkat çekmiştir<sup>1893</sup>. Bununla birlikte suç kararında oluşturulacak önemsiz sapmalar bakımından azmettirmenin kabul edilemeyeceği belirtilmelidir. Örneğin, yağma suçunda kullanılacak aletin türü bakımından yapılacak değişiklik ancak yardım etme kapsamında değerlendirilebilir<sup>1894</sup>.

Bununla birlikte bu görüşe, azmettiren için ölçüsüz şekilde yüksek cezalara sebep olacağı nedeniyle karşı çıkmaktadır<sup>1895</sup>. Zira azmettirmeye ilişkin düzenleme bu konuda bir ceza indirimi öngörmemektedir. Azmettiren, kendisinin sorumlu olmadığı bir haksızlık kısmı isnat edilmektedir<sup>1896</sup>. Nitelikli hal teorisine yönelik bir diğer eleştiri ise, tersi durumun göz önünde bulundurulması ile ileri sürülmüştür. Bu durum şu düşünce ile

---

<sup>1891</sup> Heinrich, a.g.e., s. 577. *Otto*, suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş failin nitelikli halini işlemeye sevk edilmesi halinde bunun suçun tamamına azmettirme bakımından yeterli olduğunu; zira nitelikli fiilin bağımsız bir suç olduğunu, haksızlık unsurunun ayrılabilir nitelikte olmadığını öne sürmüştür. Yazara göre bu sebeple azmettirme için nitelikli halin haksızlık içeriğini artırıp artırmadığı incelemesine gerek bulunmamaktadır. *Otto*, a.g.e., s. 314.

<sup>1892</sup> Stree, a.g.m., s. 293.

<sup>1893</sup> Stree, a.g.m., s. 278-279.

<sup>1894</sup> Stree, a.g.m., s. 279.

<sup>1895</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 251. Benzer yönde bkz. Özkan, a.g.e., s. 217. *Nepomuck* bu yaklaşımın kanun koyucunun görevi ile de uyuşmadığını belirtmiştir. Kural olarak suçun nitelikli halini gerçekleştiren fail, suçun temel şeklini gerçekleştirmesine nazaran daha fazla bir haksızlık meydana getirir. Ancak konu bağlamında azmettirenin sadece suçun nitelikli haline azmettirdiği dikkate alınmalıdır. Burada aslında hukuki değer ihlaline yönelik netice bakımından aynı kalan ancak sadece suçun işleniş şeklinin daha fazla tehlikeliliğini sonuçlayan bir durum ortaya çıkmaktadır. Suçun tamamına azmettirme kabulü cezanın orantılılığı ilkesi ile çelişir nitelik arz eder. Buna yönelik olarak bariz bir örnek yağma suçunu işlemeye karar vermiş failin bu suçu silahla gerçekleştirmeye sevk edilmesi halidir. Burada hâlihazırda fail yağma suçu kapsamında korunan malvarlığı ve kişi güvenliği değerlerine yönelik ihlal gerçekleştirmeye karar vermiş durumdadır. Silahla bu suçu gerçekleştirmeye sevk etme, suçun icrasının daha tehlikeli şekilde meydana gelmesine yöneliktir. Bu bir yandan suça ilişkin neticenin gerçekleşme olasılığını artırır. Diğer yandan ise mağdurun yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı bakımından tehlikeyi artırır. Bu soyut tehlike potansiyelinin eklenmesi nedeniyle bu teoriye göre, nitelikli hale sevk eden bakımından nitelikli yağma suçunun genelinden en az üç yıl hapis cezası üzerinden cezalandırma sonucu açıkça orantısız yaptırımı gerektirir. *Stree*'nin iddia ettiği gibi, bu cezanın belirlenmesi aşamasında dengelenebilecek bir sonuç içermez. Nepomuck, a.g.e., s. 251-252.

<sup>1896</sup> Heinrich, a.g.e., s. 577.

temellendirilebilir: Eğer temel suç tipi ile nitelikli hali özüne göre farklı olsaydı, suçun nitelikli halini işlemeye karar vermiş kişiyi suçun temel halini işlemeye azmettirenin de temel suça azmettirmekten ötürü ceza alması gerekirdi<sup>1897</sup>. Her ne kadar bu yaklaşıma göre bu duruma suçun basit halinin işlenmesinin nitelikli halinin işlenmesinin engellenmesi bakımından tek yol olduğundan hareketle hukuka uygunluk veya mazeret nedeni kapsamında istisna tanınarak bu çelişki giderilmeye çalışılsa da, kural olarak tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalan azmettirme ortaya çıkacaktır<sup>1898</sup>.

#### (4) Yardım Etme Teorisi

Yardım etme teorisi kapsamında hem temel suça hem de nitelikli hale azmettirme kabulüne karşı çıkmaktadır. Bu görüşü benimseyenler<sup>1899</sup>, bunu hem azmettirme düzenlemesinin lafzına hem de suça iştirake ilişkin ceza kanunu düzenlemelerinin sistematik bağlantısına<sup>1900</sup> dayanarak reddetmektedirler. Suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk etme bağımsız bir suça azmettirmeyi gerçekleştirmez, diğer bir ifadeyle sadece “daha fazlasına sevk etme” azmettirme düzenlemesinin gerekli kıldığı şekilde bir suç kararı oluşturmaya sebep olmayı sağlamaz. Daha fazlasına sevk etme halinde suçun genelinin haksızlığı bakımından kurucu niteliğe asıl, suçun temel hali sahiptir<sup>1901</sup>. Bu yaklaşım çerçevesinde suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk etmenin tamamına azmettirenin daha az ceza alması gerektiğine dikkat çekilir. Çünkü fail öncesinde, daha az bir haksızlığa ilişkin de olsa bir suç kararına sahiptir<sup>1902</sup>. Özellikle *Grünwald*<sup>1903</sup> ve *Bemmann*<sup>1904</sup> bu görüşü gerekçelendirmek için çaba göstermişlerdir<sup>1905</sup>.

<sup>1897</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 275-276; Kahlo, a.g.m., s. 170.

<sup>1898</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 276.

<sup>1899</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Günter Bemmann, “Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise”, *Festschrift für Wilhelm Gallas Zum 70. Geburtstag*, ss. 273-280, s. 274 vd.; Grünwald, a.g.m. (JuS 1965), s. 311; Welzel, a.g.e., s. 117; Nepomuck, a.g.e., s. 274; Letzgus, a.g.e., s. 33; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 689; Joecks, a.g.e., s. 1237; Freund, a.g.e., s. 411.

<sup>1900</sup> Suçun daha fazla cezayı gerektiren haline sevk etmeye yönelik yaklaşımların ileri sürdüğü görüşler arasındaki farkın en açık şekilde kasten öldürme ve öldürme suçunun nitelikli halleri arasındaki ilişkide ortaya çıktığı tespitine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Joecks, a.g.e., s. 1238.

<sup>1901</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 271.

<sup>1902</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 163.

<sup>1903</sup> Grünwald, a.g.m. (JuS 1965), s. 311.

<sup>1904</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 274.

<sup>1905</sup> Bu yaklaşıma paralel bir bakış açısına *Nepomuck* sahiptir. Yazar, azmettirmenin faillığe eşdeğer ceza kapsamında yer almasını göz önünde bulundurarak orantılılık ilkesine aykırı sonuçlardan kaçınmak adına tipiklik ilişkili değil, hukuki değer ilişkili bir bakış açısının gerekli olduğunu belirtmiştir. Fail hâlihazırda temel suç tipi bakımından karar vermiş kişi olduğundan, arka planda yer alan suçun tamamı bakımından yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır. Arka planda yer alan sorumluluk

Bu haksızlık, analitik ayırım prensibine (*analytischen Trennungsprinzip*) göre<sup>1906</sup> sadece suçun nitelikli haline manevi yardım olabilir<sup>1907</sup>. Diğer bir ifadeyle, suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş kişiyi suçun nitelikli halini işlemeye ikna etme halinde arka planda yer alan bu nitelikli hale azmettirmeden dolayı cezalandırılmaz. Burada suçun bütününe azmettirme bulunmamaktadır, fail temel suç bakımından suç işleme kararı almış birisidir<sup>1908</sup>. Artan kısma değil, sadece başka bir suça azmettirme söz konusu olabilir (bu nedenle bu teori genellikle *Aliud* teori olarak adlandırılır)<sup>1909</sup>. Nitelikli hale sevk etme bağımsız bir suçu karşılıyorsa burada azmettirme kabul edilir<sup>1910</sup>. Gerek temel suç tipi ile suçun nitelikli hali gerekse temel suç tipi ile bileşik suç ilişkisi bulunan suç tipi bir birleşme ilişkisini oluşturur, sonuç olarak nitelikli hal veya bileşik suç “aliud” değildir. Aksine sadece bir şeyin fazlaştırılmasını, bir artıyı teşkil ederler. Bu nedenle suçun nitelikli halinin veya bileşik suçu oluşturan suçun işlenmesine yönelik sevk etme yeni bir suç kararı değildir<sup>1911</sup>.

Burada ceza boşlukları oluşacağı da ileri sürülemez. Zira suçun tamamı bakımından manevi yardım etme ortaya çıkar<sup>1912</sup>. Yardım etmeye ilişkin düzenlemede yer alan

---

eksikliği (failin suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş olmasından dolayı) yardım etme bakımından kabul edilen zorunlu ceza indirimi ile dengelenir. Bu nedenle daha fazlasına sevk etme durumlarında yardım etmenin daha uygun bir yaptırım şekli olarak kabul edilmesi gerekir. Suçun daha fazlasının bağımsız bir suç teşkil etmesi durumunda ilgili hukuki değer ihlali bakımından arka planda yer alan için azmettirme sorumluluğu ortaya çıkar. Hırsızlık suçunu gerçekleştirmeye karar vermiş kişinin yağma suçuna sevk edilmesi durumunda azmettirme kabul edilmelidir. Sonuç olarak daha fazlasına sevk etme niceliksel olarak hukuki değer ilişkili fiile yönelik amaç genişlemesini (*quantitativ rechtsgutsbezogenen Tatzielerweiterung*) şart koşar. Yazar, bu şartın gerçekleşmesi durumunda temel suç tipi ile daha fazlasının aynı suç tipi kapsamında yer alıyor olması veya farklı suç tipine karşılık geliyor olması bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Nepomuck, a.g.e., s. 274 vd.

<sup>1906</sup> Kavram ilk olarak *Schulz* tarafından kullanılmıştır. Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 935. Ayrıca bkz. Amelung/Boch, a.g.m., s. 267.

<sup>1907</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 278; Kahlo, a.g.m., s. 169; Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 933 vd.; Aydın, a.g.e., s. 173; Eryıldız, a.g.m., s. 48.

<sup>1908</sup> Bu yönde Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s.273; Grünwald, a.g.m. (JuS 1965), s. 313; Heinrich, a.g.e., s. 578; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 545; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 601; Freund, a.g.e., s. 411.

<sup>1909</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 274; Mallison, a.g.e., s. 12; Erdem, a.g.m., s. 211; Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 427.

<sup>1910</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 545; Bemmann, a.g.e. (FS Gallas), s. 273; Koch/Wirth, a.g.m., s. 207; Kindhäuser, a.g.e., s. 350; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 246. Yaklaşımaya yönelik eleştiri için bkz. Stree, a.g.m., s. 281.

<sup>1911</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 277.

<sup>1912</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 274. Erdem, a.g.m., s. 211; Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 427. Türk hukukunda bir görüş geliştirilmiş yardım teorisi olarak adlandırdığı yaklaşımını aslında bu temelde izaha çalışmıştır. Arka planda yer alanın suça katkısının manevi yardımdan öte geçmesi halinde azmettiren olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri süren bu görüş, failin suç işleme düşüncesini yeniden oluşturma ile bunun mümkün olabileceğini belirtmiştir (Özkan, a.g.e., s. 220). Hâlihazırda doktrinde kabul edilen yardım etme teorisinden farklı bir iddiaya sahip olmayan bu yaklaşımın yardım etme

zorunlu ceza indirimine rağmen, yardım edenin cezalandırılabilirliği bu durumlarda yeterlidir<sup>1913</sup>. Bu görüş failin karar vermemiş olduğu fiil kısmına azmettirmeyi kabul eder. Böylece sınırlandırılabilir suç kısmına azmettirme ile suçun tamamına yardım etme arasında ayırım yapılmalıdır<sup>1914</sup>. Örneğin, hırsızlık yapmaya karar vermiş fail cebir kullanmaya ve böylece yağma suçuna sevk edilirse, bu görüşe göre sadece cebre azmettirme ve yağmaya yardım etme arasında içtima ilişkisi bulunmaktadır<sup>1915</sup>. Bu durumda hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş birisinin bu suçu işlerken kullanması için sadece silah taşımaya yönlendirilmesi halinde azmettirme yoktur. Suçun tamamı bakımından manevi yardım etme söz konusu olabilir. Bununla birlikte şartları mevcutsa, ruhsatsız silah kullanma suçuna azmettirme düşünülebilir. Yağma suçunun basit şeklini işlemeye karar vermiş kişiyi silahı kullanması suretiyle nitelikli haline işlemeye sevk etme halinde ise sadece kasten yaralamanın nitelikli haline azmettirme ve suçun bütünü bakımından manevi yardım etme kabul edilmelidir<sup>1916</sup>.

Bağımsız bir suçun varlığının tespiti konusunda *Bemmann* haksızlık yoğunluğuna/artışına değil, haksızlık oluşumuna dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Azmettirimin sadece belirli bir fiile yönelik olarak gerçekleşmesi gerektiğinden, fiile ilişkin talep suçun haksızlık yoğunluğu bakımından farklılaşmakla birlikte fiilin oluşumu bakımından aynı kalıyorsa, somut amaç oluşumu bulunmaması nedeniyle azmettirme ortaya çıkmaz. Fiilin belirliliği suçun konu türünden oluşturulması ile mümkündür. Bu nedenle fiilin aynı olup olmadığı sorunu, esas olarak fiilin oluşumunun aynı veya farklı olması sonucuna bağlıdır<sup>1917</sup>. Nitekim yağma suçunu gerçekleştirmeye karar vermiş olan kişi yağma suçunun kapsamındaki kasten yaralama suçu bakımından da karar vermiş kişi konumundadır<sup>1918</sup>. Bununla birlikte yağma suçunu tehditle gerçekleştirmek isteyen kişiyi cebir kullanması konusunda yönlendiren kişi bakımından yağma suçuna yardım etmenin yanı sıra kasten yaralama suçuna azmettirme de ortaya çıkar<sup>1919</sup>. Benzer şekilde hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş kişinin yağma suçunu işlemeye yönlendirilmesi halinde

---

teorisinin hangi noktalarda yetersiz kaldığı hususunu açıklamak noktasında tatmin edici gerekçeye dayanmadığı sonucuna varmak mümkündür.

<sup>1913</sup> Heinrich, a.g.e., s. 578.

<sup>1914</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 305.

<sup>1915</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 305; Joerden, a.g.m. (FS Puppe), s. 578.

<sup>1916</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 255.

<sup>1917</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 278.

<sup>1918</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 278; Roxin, a.g.e. (AT), s. 162.

<sup>1919</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 278; Roxin, a.g.e. (AT), s. 162.

analitik ayırım prensibine göre yağmaya yardım etmenin yanı sıra kasten yaralama veya tehdit suçuna azmettirme de vardır<sup>1920</sup>. Böylelikle bu prensip temel suç tipini nitelikli halden tamamen ayırarak değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır<sup>1921</sup>.

*Bemmann* benimsediği bu yaklaşıma paralel sonucun failin suçun daha az cezayı gerektiren şekline sevk edilmesi bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Temel suç tipi ile suçun nitelikli hali bağımsız suçlar olarak ele alınamayacağından suçun nitelikli halini işlemeye karar veren failin temel şeklini işlemeye yönlendirilmesi halinde de farklı bir suça azmettirme kapsamında değerlendirme yapılamaz<sup>1922</sup>. Burada yeni bir suç kararı oluşturma değil, var olan suç kararının sınırlandırılması söz konusudur<sup>1923</sup>. Böyle bir durumda temel suça yönlendiren bakımından eğer hukuka uygunluk nedeninin veya mazeret nedeninin şartları oluşmamışsa failin temel suç tipine yönelik kararını kuvvetlendirmesinden hareketle temel suç tipine yardım eden olarak sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir<sup>1924</sup>.

Bu teoriye karşı, suçun daha fazla cezayı gerektiren hali ile başka bir suç arasındaki sınırı net şekilde gösteremediği ve standart bir maddi kriter oluşturamadığı ileri sürülmüştür<sup>1925</sup>. Ayrıca daha fazla cezayı gerektiren haline azmettirmenin reddedilmesi halinde gerçek sevk etmenin haksızlığı da anlaşılabilir. Burada yardım etmenin kabulü halinde, daha az da olsa, sebep olunan fiil kapsamında bir cezalandırmanın söz konusu olduğu söylenebilir. Ancak teşebbüs aşamasında kalan daha fazlasına yönlendirme halinde cezasızlık ortaya çıkar. Çünkü teşebbüs aşamasında kalan yardım etme cezalandırılmamaktadır<sup>1926</sup>. Bununla birlikte yaklaşım, diğer teorilere nazaran hukuk güvenliği sunar ve yardım edenin cezalandırılması kapsamında ceza indirimiyle birlikte makul bir cezalandırmayı garanti eder<sup>1927</sup>.

## (5) Değerlendirme

---

<sup>1920</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 162.

<sup>1921</sup> Welz, a.g.e., s. 123.

<sup>1922</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 279.

<sup>1923</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 279.

<sup>1924</sup> Bemmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 279. Yazar yağma suçunu işlemeye karar vermiş kişiyi cebir veya tehdit kullanmaksızın hırsızlık suçunu gerçekleştirmeye yönlendiren kişinin de en fazla, hırsızlık suçuna manevi yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Bemmann, a.g.m., s. 280.

<sup>1925</sup> Heinrich, a.g.e., s. 578.

<sup>1926</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 163.

<sup>1927</sup> Heinrich, a.g.e., s. 578.



Suçun daha fazla cezayı gerektiren hali hem suçun nitelikli hallerini hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini kapsar. Ayrıca görüldüğü üzere bu bağlamda doktrinde bileşik suç ilişkisi içinde bulunan suçlar da ele alınmaktadır. Bu nedenle konuya ilişkin getirilen çözüm önerisinin tüm bu durumlar ile bağdaşır nitelik arz etmesi gerekir. Bu kapsamda bahsi geçen bazı yaklaşımların benimsediği çözümlerin kısmen adil sonuca ulaştığı söylenebilir de genel olarak adaletsiz sonuçları beraberinde getirdiği göz ardı edilmemelidir. Nitekim suçun daha fazla cezayı gerektiren haline sevk etmenin her durumda suçun tamamına azmettirme bakımından sorumluluğu ortaya çıkaracağı kabulü hem azmettirmenin niteliğine hem de bağlı yapısına aykırılık oluşturacaktır. Arka planda yer alan faili sevk ettiği kısım ancak hukuka aykırı ve kasten işlenebilen fiil niteliğini haiz olduğu sürece azmettirmeden söz etmek mümkün olabilir. Azmettirme iştirak öğretisinde bağımsız bir iştirak türü olarak veya faillik kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle sevk etmenin kapsamını bağımsız suç olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan durumların oluşturması halinde azmettirme sorumluluğunu kabul etmek anayasal nitelikteki hukuk devleti ilkesinin (AY md. 2) bir gereği olarak suç ve cezanın orantılılığı ile çelişir.

Suçun tamamına değil de sadece daha fazla cezayı gerektiren kısmına azmettirmeyi kabul eden yaklaşım da istisna tanımadığı sürece isabetli değildir. Daha fazla cezayı gerektiren hallerin her durumda suçun haksızlık niceliğinde farklılık yarattığı söylenebilir de, aynı sonuç suçun haksızlık niteliğine ilişkin olarak geçerli değildir. Buna rağmen azmettirme sorumluluğunu benimsemek azmettirmenin yardım etme ile ayrımının belirsizleşmesine ve azmettirmenin temel özelliği olan failde suç işleme kararına sebep olmanın anlamını yitirmesine neden olur. Tüm bunlar ışığında, suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline azmettirme ancak bu kısım bağımsız bir haksızlık teşkil ettiği sürece kabul edilebilir. Bu, hem azmettirmenin yapısına hem bağlı bir şeriklik türü olmasına hem de diğer yaklaşımlara nazaran daha adil sonuçlara ulaşılmasına hizmet eder. Son olarak belirtmelidir ki, daha fazlasına sevk etme bağımsız bir haksızlık teşkil etsin veya etmesin her durumda suçun tamamı bakımından yardım etmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira yardım etme bakımından aranan hâlihazırda suç işlemeye yönelik kararın veya en azından buna yönelik düşüncenin varlığı şartı bulunmaktadır.

## **2. Suçun Temel Şekli İşlemeye Karar Vermiş Kişiyi Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Halini İşlemeye Sevk Etme (*Abstiftung*)**

Fail suçun daha fazla ceza gerektiren halini gerçekleştirmeye karar vermişse ve azmettiren onu temel suç işlemeye yönlendirirse<sup>1928</sup> ya da aynı suç tipi kapsamında daha az zarar vermeye sevk ederse<sup>1929</sup> bu durumda suçun daha az ceza gerektiren halinden söz edilir<sup>1930</sup>. Bu şekilde gerçekleşen sevk etme, suçun daha fazla cezayı gerektiren haline sevk etme veya başka suça sevk etme hallerinden farklı olarak doktrinde daha az tartışma konusu olarak yer almış ve genel olarak azmettirme kapsamında bir cezalandırmanın söz konusu olamayacağı sonucu üzerinde durulmuştur<sup>1931</sup>. Zira bu konunun karakteristik özelliği, arka planda yer alan faili karar verdiği suça ilişkin belirli bir unsurun gerçekleştirilmemesine sevk etmesidir<sup>1932</sup>. Burada özellik arz eden husus, sevk etmenin aynı suç kapsamında kalmasıdır<sup>1933</sup>. Bu bağlamda örneğin, 1000 Euro çalmaya karar veren failin 100 Euro çalmaya ikna edilmesi durumunda aynı suç tipi kapsamında nicelik olarak daha azına sevk etme bulunur<sup>1934</sup>. Bununla birlikte sevk edilen fiil, daha az haksızlık içeriğine sahip olsa bile farklı bir hukuki değer ihlalini gerçekleştiriyorsa bu kapsamda ele alınmaz<sup>1935</sup>. Burada aralarında geçiş ilişkisi bulunan suçlara da değinilmesi gerekir. Özellikle mağduru öldürme kastıyla hareket eden faili aynı mağduru yaralamaya sevk eden arka planda yer alan hareketi farklı bir hukuki değer üzerinde etki göstermekle birlikte öldürme fiili aslında yaralama fiilinin haksızlık içeriğine sahiptir. Bu nedenle öldürme kastıyla hareket eden faili aynı mağdura yönelik yaralama suçuna sevk eden bu suç bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulmamalıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki, suçun daha az ceza gerektiren haline sevk etme bir tehdit sonucu olsa da değişiklik arz etmez<sup>1936</sup>. Burada esas fiilin işlenmesine karar veren failin bu aşamadaki iradesine yönelik bir etkisi bulunmamaktadır ve fail zaten suç işleme kararını tehdit veya zorlama etkisi bulunmaksızın almıştır.

---

<sup>1928</sup> Yağma suçunu işlemeye karar vermiş kişinin, hırsızlık suçunu işlemeye yönlendirilmesi veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın yerine kasten yaralamanın basit bir müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif halini işlemeye yönlendirilmesi bu kapsamdadır.

<sup>1929</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 151; Nepomuck, a.g.e., s. 308.

<sup>1930</sup> Freund, a.g.e., s. 412; Cramer/Heine, a.g.e., s. 545; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 602.

<sup>1931</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 689; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 575; Kühl, a.g.e., s. 850; Schulz, a.g.e., s. 177; Nepomuck, a.g.e., s. 307; Bemann, a.g.m. (FS Gallas), s. 276; Joecks, a.g.e., s. 1235; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304.

<sup>1932</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 313.

<sup>1933</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 308. Yazar bunu, hukuki değere yönelik ihlal ölçütünün azalması şeklinde ele almıştır.

<sup>1934</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 308; Kühl, a.g.e., s. 850; Koch/Wirth, a.g.m., s. 207.

<sup>1935</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 309.

<sup>1936</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 313.

Suçun daha az cezayı gerektiren şekline sevk etme durumunda azmettirmeden dolayı cezalandırmama konusunda doktrinde genel kabul bulunduğu söylenebilirse de, bunun dayanak noktası bakımından farklı argümanlara dikkat çekilmiştir. Doktrinde bu konuya ilişkin genel kabul, failin temel suç bakımından hâlihazırda karar vermiş (*omnimodo facturus*) olmasıdır. Bir suçun nitelikli halini işlemeye karar vermiş fail, her durumda suçun temel şeklini de işlemeye karar vermiştir<sup>1937</sup>. Ayrıca bu kapsamda rizikonun azaltılması prensibine (*Prinzip der Risikoverringung*) de değinilmektedir. Buna göre, burada objektif isnadiyet ilkelerinden ötürü (rizikonun azaltılması) cezalandırabilirlik kalkar<sup>1938</sup>. Bu ihtimalde azmettirenin hareketi korunan hukuki değer durumunu kötüleştirmemekte tersine iyileştirmektedir<sup>1939</sup>. Azmettiren gerçekte daha azına azmettiren olarak hareket ederse ve mağdur bakımından zarar riskini hâlihazırda suç kararını vermiş fail üzerinde etkide bulunarak azaltırsa, bir tehlike yaratmamış olur<sup>1940</sup>. Bu nedenle temel suç tipine psişik yardım etme de rizikonun azaltılması kapsamında isnadiyetin ortadan kalkması nedeniyle kabul edilemez<sup>1941</sup>. Bununla birlikte

<sup>1937</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304; Hans Kundlich, “Die Abstiftung”, *JuS*, 2005, ss. 592-594, s. 592; Joerden, a.g.m., s. 577; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 561; Köhl, a.g.e., s. 850. Argümana yönelik eleştiri için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 312.

<sup>1938</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304; Köhl, a.g.e., s. 850; Schild, a.g.e., s. 1265. Yazar burada suç işleme kararının bulunmasına ayrıca dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapar. Eğer kişi nitelikli halini içerecek şekilde suçu sadece planlama aşamasında olup henüz karar vermemiş ise bu durumda arka planda yer alan kişi daha azına sevk etmek suretiyle azmettirmeyi gerçekleştirebilir. Bu şekilde haksızlığı azaltarak kişinin suç işleme kararı almasına sebep olur (Schild, a.g.e., s. 1265). Türk Ceza Kanunu’nda suça teşvik etme şeklinde açıkça yer verilen yardım etme düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu durumun yardım etme kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>1939</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 304; Koch/Wirth, a.g.m., s. 208. *Nepomuck*, rizikonun azaltılması prensibinin bu konu bağlamında kanun ifadesi göz önüne alındığında yeterli bir argüman oluşturmadığını ileri sürmüştür. Rizikonun azaltılması argümanı objektif isnadiyet öğretisine göre daha azına sevk etme durumlarında failin arka planda yer alan davranışına objektif isnadının söz konusu olamamasını gerektirir. Ancak burada azmettirmenin objektif tipikliği kapsamında belirli bir unsurun gerçekleşmemesi üzerine değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle azmettirmeye ilişkin düzenlemenin içerdiği suça sevk etme kavramı çerçevesinde hareket edilmelidir. Sonuç olarak daha azına sevk etme durumunda tipik azmettirmeye ilişkin esas failin objektif isnat edilebilirliğinde değil, suça sevk etmenin şartlarında eksiklik mevcuttur. Nepomuck, a.g.e., s. 312.

<sup>1940</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 304; Kudlich, a.g.m., s. 594; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 569. Suçun daha az cezayı gerektiren şekline sevk etme durumunda azmettirme kabulünün ceza politikası açısından isabetli olmayacağı görüşü için bkz. Bemann, a.g.m. (FS Gallas), s. 276.

<sup>1941</sup> Kudlich, a.g.m. (JuS 2005), s. 593; Roxin, a.g.e. (AT), s. 151; Joecks, a.g.e., s. 1236; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 808. Bu bağlamda farklı bir argüman *Schulz* tarafından ileri sürülmüştür. Azmettirme bakımından cezasızlığı söz konusu durumun tipikliği kaldırması bağlamında değil, hukuka aykırılığı kaldırması bağlamında ele alan yazar ACK md. 34 kapsamında değerlendirme yapmıştır (Schulz, a.g.e., s. 177). Bu bağlamda öldürme suçunu gerçekleştirmeye karar vermiş kişinin mağdura yönelik mala zarar verme suçunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi durumunda mağdura karşı öldürme fiilinin engellenmesi sonucunun ortaya çıkacağını belirtir (Schulz, a.g.e., s. 177). Aynı şekilde *Joecks*, böyle bir durumda zorunluluk hali ya da varsayılan rıza nedeniyle hukuka uygunluk nedenine dikkat çekmiştir (Joecks, a.g.e., s. 1238 vd.). *Schulz* tarafından verilen örneğe benzer bir örnek *Aydın* tarafından verilerek, burada suçların farklılığına dikkat çekilmiştir. Yazara göre mağduru

faili yönlendiren kişi daha hafif bir suçun işlenmesine açıkça cesaretlendirmiş ve suçu işlemesini kolaylaştırmak istemişse, suça manevi yardım mümkün olabilir<sup>1942</sup>. Burada zarar riskinin azaltılmasından bahsedilmekle beraber, suçun işlenmesine yönelik riskin artırılması söz konusu olur<sup>1943</sup>. Suçun daha az cezayı gerektiren şekline sevk etme istisnai şekilde temel suç bakımından rizikonun artmasına sebep olursa, savunmaya yönelik daha az zarar verecek araç bulunmadığı sürece, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali kapsamında hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılması gerekir<sup>1944</sup>.

### 3. Başka Bir Suç İşleme Kararına Neden Olma (*Umstiftung*)

Bir suç işlemeye kararlı faili yeni bir suç işlemeye sevk etme Alman doktrininde *Umstiftung* olarak adlandırılmaktadır<sup>1945</sup>. Yeni bir suçtan söz edilebilmesi için suç kararında sadece nedensel etkiyi gerçekleştirmiş olmanın azmettiren olarak cezalandırılma bakımından yeterli olmadığı kabul edilmektedir<sup>1946</sup>. Burada bir başka fiile yönelik suç kararı oluşturma gereklidir<sup>1947</sup>. Suçun daha fazla ceza gerektiren haline sevk etmeden farklı olarak ön plana çıkan husus, başka suçun hangi durumlarda bulunduğudur. Bu durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. Öncelikle sevk etmenin, fiilin hukuki değerlendirmesini değiştirmesi durumunda bağımsız bir suç söz konusu olacağı için, bu yeni fiile (*aliud*) sevk etme teşkil eder<sup>1948</sup>. Bunun dışında suç kararı almış kişinin suçun gerçekleşme zamanı, yeri, suçun işlenmesinde kullanılacak araçlar gibi suçun işleniş şeklini etkileyen durumlarda değişikliğe sevk edilmesi de mümkündür. Belirtilen

---

öldürmeye karar veren kişiye, “Öldürme çok ceza alırsın, ırzına geç hem daha az ceza alırsın hem de onu rezil edersin” diyerek cinsel saldırı konusunda ikna eden azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır (Aydın, a.g.e., s. 173). *Nepomuck* böyle durumlarda hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin veya varsayılan rızanın şartlarının oluştuğundan bahsedilemeyeceğini belirterek hukuka uygunluk sebeplerinin uygulama alanının bulunmadığını ifade etmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 300).

<sup>1942</sup> Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250.

<sup>1943</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 151; Kühl, a.g.e., s. 850; Bemann, a.g.m. (FS Gallas), s. 279; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304. Yardım etmeden dolayı cezalandırma görüşü için ayrıca bkz. Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 689.

<sup>1944</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 304; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 250; Kudlich, a.g.m., s. 594; Krey/Esser, a.g.e., s. 410; Rengier, a.g.e., s. 395; Heinrich, a.g.e., s. 576; Kühl/Lackner, a.g.e., s. 228.

<sup>1945</sup> Joachim Schulz, “Anstiftung oder Beihilfe”, *JuS*, 1986, ss. 933-942, s. 934; Özkan, a.g.e., s. 213; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 463. *Nepomuck* suçun daha fazla cezayı gerektiren haline sevk etme (*Aufstiftung*) ve daha az cezayı gerektiren haline sevk etme (*Abstiftung*) dışında kalan suç kapsamındaki değişiklikleri *Umstiftung* olarak tasnif etmiştir. Nepomuck, a.g.e., s. 306.

<sup>1946</sup> Weßlau, a.g.m., s. 121; Engert, a.g.e., s. 68.

<sup>1947</sup> Akbulut, a.g.e., s. 642.

<sup>1948</sup> Akbulut, a.g.e., s. 642; Joecks, a.g.e., s. 1242.

ihtimallere yönelik, sevk edenin ceza sorumluluğunun ne şekilde değerlendirileceği konusunda ayrı inceleme yapmak gereklidir.

### ***a. Fiilin Hukuki Niteliği Bakımından Değişikliğe Sevk Etme***

Suç işlemeye karar vermiş kişinin farklı bir suç işlemeye yönlendirilmesi halinde azmettirmenin varlığı kabul edilmekle birlikte, suçun aynılığı/farklılığı konusunda farklı kriterler<sup>1949</sup> ileri sürülmüştür. Bu bağlamda hukuki değer ilişkisi<sup>1950</sup> esas alınarak ölçüt belirlemesi dikkate alındığı gibi, her bir suça ilişkin nitelikli halin ölçüt olarak kullanılmasını<sup>1951</sup> esas alan görüşler de bulunmaktadır. Farklı yöndeki görüş ise yeni bir suçtan anlaşılması gerekenin daha önce planlanan fiilden esaslı noktalarda farklılaşma<sup>1952</sup> olduğunu kabul etmiştir.

<sup>1949</sup> *Heinze, Umstiftung* sorunu bağlantısından hareketle tavsiye verenin azmettiren olarak cezalandırılmasını gerekçelendirme çabasına girişmiştir. Bu bağlamda sübjektif bakış açısına ağırlık vererek failin kendi dünyasındaki fiile yönelik seyri dikkate almıştır. Fiilin düşünsel planlamasının failde iki aşamada oluştuğunu belirterek ilk aşamada bir amacın şekillendirilmesinin diğer aşamada ise bu amacı gerçekleştirmeye yönelik aracın seçilmesinin söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Farklı bir amacın belirlenmesi halinde yeni bir suç kararı ortaya çıkar (*Lehre von der Tatzieländerung*). Bu nedenle amacın değiştirilmesine yönelik bir yönlendirme halinde azmettirme kabul edilmelidir. Farklı bir amaç halinde fiilin haksızlık yönü ve haksızlık içeriği de değişir (Heinze, *Verleitung des Tatentschlossenen*, s. 43'ten aktaran Welz, a.g.e., s. 124). Fiile ilişkin amaçtan ne anlaşılması gerektiği noktasında öncelikle belirli bir hukuki değere yönelik tehlike oluşturulmasına dikkat çeker (Heinze, *Verleitung des Tatentschlossenen*, s. 44'ten aktaran Welz, a.g.e., s. 125). *Heinze* bu nedenle saldırılan hukuki değer ve bu hukuki değerın taşıyıcısına ilişkin değişiklik olmaksızın arka planda yer alan suç tipi değişikliğine sevk etmesini azmettirme kapsamında ele almaz (Heinze, *Verleitung des Tatentschlossenen*, s. 82'den aktaran Nepomuck, a.g.e., s. 297). *Heinze* tarafından geliştirilen yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Welz, a.g.e., s. 125-126.

<sup>1950</sup> Joecks, a.g.e., s. 1238; Murmann, a.g.e., s. 245. Bu bağlamda ceza hukukunun görevi olarak hukuki değerlerin korunmasına gereken önemin verilmesi gerektiğini belirten *Nepomuck*, hukuki değer ilişkili bir bakış açısı kapsamında konuyu ele almayı tercih etmiştir. Yazar ayrıca suçun daha fazla ceza gerektiren haline sevk etmeye ilişkin ileri sürdüğü görüşüne paralel bir çerçeve belirlemiştir. Suç işleme kararı vermiş kişinin başka bir suçu işlemeye sevk edilmesine yönelik olarak niteliksel anlamda hukuki değere ilişkin suç amacının değiştirilmesini (*qualitativ rechtsgutsbezogene Tatzieländerung*) kriter olarak değerlendirmiştir. Bunun anlamının ise suç işleme kararı vermiş kişinin bir başka hukuki değeri ihlal etmeye veya bir başka hukuki değer taşıyıcısının hukuki değerini ihlal etmeye sevk edilmesi olduğunu belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 282). Ayrıca bkz. Schulz, a.g.m., s. 939. Joecks, a.g.e., s. 1238. *Joecks*, hukuki değerın türü ve hukuki değere yönelik zararın ağırlığını dikkate alarak ihlal edilen hukuki değere ilişkin değişikliğe sebep olmayı azmettirme kapsamında ele almıştır (Joecks, a.g.e., s. 1238 vd.).

<sup>1951</sup> Stree, a.g.m., s. 273 vd.; Otto a.g.m. (JuS 1982), s. 561.

<sup>1952</sup> Maurach, a.g.e., s. 689; Geppert, a.g.m. (1997), s. 305. Yazar suçun daha fazla cezayı gerektiren haline sevk etme bakımından benimsediği yaklaşımı burada da devam ettirmiştir. Ayrıca bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 807; Satzger, a.g.m., s. 524. *Welzel*'e göre hâlihazırda suç işlemeye karar vermiş kişinin işlemeyi düşündüğü suça yakın bir suç işlemeye yönlendirilmesi halinde (hırsızlık-dolandırıcılık gibi) veya suçun işleniş şeklinde değişikliğe sebep olması halinde söz konusu yeni durum önemli bir sapma gösteriyorsa azmettirme, aksi halde yardım etme olarak değerlendirilmesi gerekir (Welzel, a.g.e., s. 117). Benzer yönde *Weßlau*, önerinin, fiilde esaslı olmayan değişikliklere sebep olduğu hallerde azmettirmeden söz edilemeyeceğini, suç kararının hâlihazırda ana hatlarında mevcut olduğunu belirtmiştir. Yazara göre bu kapsamda esas fiile ilişkin

Öncelikle belirtmelidir ki, bu kapsamda akla gelebilecek olan fail değişikliği, azmettirenin suçun işlenmesine ilişkin planı aynı kalsa bile, her zaman azmettirmeyi ortaya çıkarır. Çünkü fail olmaksızın fiilden de söz edilemez. Bu nedenle fail değişikliği her zaman fiil değişikliğidir<sup>1953</sup>. Bununla birlikte suça diğer iştirak edenler aynı kalabilir. Örneğin, örgüt liderinin ilk olarak suçu işlemesi için yönlendirdiği örgüt üyesi yerine diğer bir örgüt üyesini aynı suçu işlemeye yönlendirmesi halinde azmettiren bakımından fiil aynı kalır<sup>1954</sup>.

Ceza kanunu sistematigi göz önünde bulundurulduğunda farklı bir suça sevk etme bakımından hareket noktası olarak, planlanan suç tipinden farklı bir suç tipini gerçekleştirme<sup>1955</sup> esas alınmalıdır. Zira bir başka suç tipi, bir başka fiili ortaya çıkarır<sup>1956</sup>. Ayrıca suç kararının belirlenmesi noktasında suç tiplerinin kriter olarak ele alınması şerikliğe ilişkin düzenlemelerden de ortaya çıkan bir sonuçtur<sup>1957</sup>. Belirtmelidir ki, suç farklılığı bakımından hukuki değerler esas alınması her durumda net bir çözüm sağlamayabilir<sup>1958</sup>. Çünkü ceza kanunlarında aynı hukuki değerlerin korunması birden fazla suç tipine karşılık gelecek şekilde de düzenlenebilir. Suç tipinin farklılaşmasına örnek olarak kasten yaralama suçunu gerçekleştirmeye karar vermiş kişinin aynı kişiye yönelik olarak mala zarar verme suçunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi verilebilir<sup>1959</sup>. Başlangıçta karar verdiği suçu işlemekten vazgeçirmesi, azmettirenin cezasızlığına neden olmayacaktır. Bu durum en fazla cezanın belirlenmesi kapsamında dikkate alınacaktır<sup>1960</sup>. Hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş kişinin dolandırıcılık suçunu işlemeye

---

netice bakımından salt sebep olma tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte suç kararı üzerinde esaslı bir değişikliğe yol açması da gerekir. Neticeye ilişkin tüm şartların eşdeğerliğinden hareket eden eşdeğerlik teorisi burada geçerli değildir (Weßlau, a.g.m., s. 121). Esaslılık kriterinin her bir somut olay özelinde dikkate alınması gerektiğinden keyfi sonuçlara yol açabileceği ve bu nedenle uygulanamaz nitelikte olduğu eleştirisi için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 284.

<sup>1953</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 159.

<sup>1954</sup> Jakobs, a.g.e., s. 668.

<sup>1955</sup> Bemann, a.g.m. (FS Gallas), s. 277; Schünemann, a.g.e., s. 2015.

<sup>1956</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 159.

<sup>1957</sup> Welz, a.g.e., s. 145.

<sup>1958</sup> Farklı bir hukuki değer veya hukuki değer taşıyıcısının söz konusu olması halinin yeni bir suç olarak değerlendirme bakımından yeterli olduğu görüşü için bkz. Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 229.

<sup>1959</sup> Heinrich, a.g.e., s. 575. Yazarın konuya yönelik verdiği örnek şu şekildedir: (A), (B)'den öç almak istemektedir ve onu dövmeye karar vermiştir. (A), bu planından yakın arkadaşı (T)'ye bahseder. (T) de (A)'ya (B)'nin yeni aldığı arabasına demir sopayla hasar verirse daha etkili olacağını söyler. (A) fikrini değiştirerek, (B)'nin arabasını hurda yığına çevirir. Burada (A) mala zarar verme suçunu işlemiştir. Ve buna (T) azmettirmiştir. (T)'nin, (A)'yı (B)'yi yaralamaktan alıkoymasını azmettiren olarak cezalandırılmasını ortadan kaldırmaz. Benzer örnek için bkz. Akbulut, a.g.e., s. 642.

<sup>1960</sup> Heinrich, a.g.e., s. 575.

yönlendirilmesi de bu kapsamdadır<sup>1961</sup>. Farklı suç tipine sevk etmede bazen ihlal edilen hukuki değerın türü değışebilmekte bazen ise hukuki değerin taşıyıcısı değışebilmektedir<sup>1962</sup>. Böylelikle başka bir hukuki değere karşı yeni bir suç veya suçun başka bir kişiye yönelmesi<sup>1963</sup> halinde, yeni bir suçun mevcut olduğu sonucuna varmak mümkündür. Böyle durumlarda azmettirme kabul edilir. *Geppert*, tüm bu durumlarda tipikliğe ilişkin riskte bir azalma oluşmadığından, bilakis bir başka suç tipi yerine konulduğundan cezalandırılabilir azmettirmenin varlığını sürdüreceğini<sup>1964</sup> belirtmiştir.

<sup>1961</sup> Freund, a.g.e., s. 411. Böyle bir ihtimalde arka planda yer alanın azmettiren olarak değerlendirilemeyeceğini belirten *Nepomuck*, niteliksel olarak hukuki değere ilişkin tipiklik değışikliğinin gerçekleşmediğine dikkat çeker. Korunan hukuki değere yönelik ihlalin sadece gerçekleştiriliş şekline yönelik bir sevk etmenin azmettirme bakımından yeterli olmadığını kabul eder. Her iki ihtimalde de hukuki değeri taşıyıcısı mülkiyet hakkına konu şey bakımından üzerinde tasarruf edebilme olanağını kaybeder. Bu nedenle her iki durumda da aynı hukuki değeri ihlaline maruz kalmaktadır. Sadece şekli hukuki değeri ihlalinin şekli farklıdır. Hukuki değerdan bağımsız bir hareket haksızlığı azmettirme kapsamında cezalandırma bakımından yeterli değildir. Tipiklik ilişkili bakış açısının ifade karşılığı olarak net bir sonucu ortaya çıkarması, diğer bir ifadeyle hırsızlık ve dolandırıcılık suçları farklı suç tipleri olarak düzenlendiği için farklı suçlar kapsamında ele alınması görünürde isabetli olsa da normatif açıdan adil olmayan sonuçları ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte hukuki değeri ihlalinin aynı kaldığı ve fakat hukuki değeri taşıyıcısında değışikliğin söz konusu olduğu durumda arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir. Yazar örnek olarak, (O)'ya karşı dolandırıcılık suçunu işlemeye karar vermiş kişinin (N)'ye karşı hırsızlık suçunu işlemeye sevk edilmesini vermiştir. *Nepomuck*, a.g.e., s. 298 vd.

<sup>1962</sup> *Nepomuck*, a.g.e., s. 295.

<sup>1963</sup> *Joecks*, hukuki değeri taşıyıcısında değışiklik olması durumunda farklı bir suç değerlendirmesi yapılması taraftarıdır (*Joecks*, a.g.e., s. 1236). Bu bağlamda *Schulz* hukuki değerin esas alınarak ilgili değışikliğin hukuki değeri taşıyıcısına ilişkin olması durumu bakımından farklı bir değerlendirme yapmıştır. Yazar azmettirme bakımından esas aldığı plan hâkimiyeti yaklaşımı üzerinden konuyu ele almıştır. Yazara göre, hukuki değeri taşıyıcısında değışiklik olması durumunda hukuki değerin en yüksek kişisel nitelikte olmasının plan hâkimiyeti düşüncesine normatif bir sınır getirip getirmediği sorusu olumsuz cevaplanmalıdır. Bu, aynı zamanda hukuki değere özel bir anlam bahşedilmemesi gereğini de sonuçlar. Plan hâkimiyeti kriterinden malvarlığı haklarına veya toplumsal hukuki değere yönelik mündemiç bir sınırlama türetilemeyeceğinden, azmettirme nedeniyle cezalandırma gereği genel isnadiyet bakış açısıyla hukuka uygun hale getirilmek zorundadır. Hangi kapsamda tavsiye verenin hukuki değeri ihlaline katıldığı sorunu salt hukuki değere ilişkin bir ayrımla değerlendirilemez. Ne zaman azmettirmenin bulunup bulunamayacağı kasten öldürme, kasten yaralama suç tiplerinde olduğu gibi hırsızlık, mala zarar verme gibi suç tiplerinde de aynı şekilde ilgili koruma amacından ortaya çıkar (*Schulz*, a.g.e., s. 161).

<sup>1964</sup> *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 305. Sadece suç konusunun değışimine yol açılması halinde ileri sürülen bir görüş de, kriter olarak en yüksek hukuki değere ilişkin suçun konusuna yönelik değışimlerde azmettirmenin, diğerlerinde ise yardım etmenin kabul edilmesi şeklindedir. Örneğin arka planda hareket edenin hâlihazırda (A)'yı öldürmeye karar vermiş olan faili (B)'yi öldürmesi konusunda ikna etmesi halinde, bir başkasına zarar verme yeni bir suç planı olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, azmettirme kabul edilmelidir. Bununla birlikte örneğin, bir başkasının bisikletini çalmaya karar vermiş olan faili, aynı kişinin bilgisayarını çalması konusunda ikna etmesi halinde yardım eden olarak kabul edilmesi gerekir. Bu, sadece suç planında yapılan değışiklikten ibarettir. Bununla birlikte farklı kişilere ait eşyanın çalınması söz konusu olursa azmettirme ortaya çıkar. Bir başka mağdura karşı suçun işlenmesine sevk etme halinde yeni bir plandan ve yeni bir fiilden söz edilmesi gerekir. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 160.

Bu kapsamda son olarak aralarında geçiş ilişkisi bulunan suç tiplerine değinilmelidir. Nitekim kasten yaralama suçunu gerçekleştirmeye karar vermiş failin kasten öldürme suçuna sevk edilmesi durumu başka suça sevk etme kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü bu suçlar arasındaki ilişki ne aynı tipiklik kapsamında daha fazlasına sevk etme ne de temel suç tipinden suçun nitelikli haline sevk etme teşkil eder. Bununla birlikte kasten yaralama öldürme suçu bakımından bir geçiş aşaması oluşturduğundan suçun nitelikli haliyle yapısal bir paralellik bulunmaktadır. Bu nedenle başka suça azmettirme (*Umstiftung*) veya daha fazla cezayı gerektiren şekline azmettirme (*Aufstiftung*) arasındaki tartışma bakımından belirleyici olan hukuki değerlendirmedir. Kastens öldürme suçu yaralama suçu karşısında bağımsız bir suçtur<sup>1965</sup>. Failin hâlihazırda yaralama suçu bakımından karar vermiş olması cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

***b. Suçun Gerçekleşme Zamanı, Yeri, Suçun İşlenmesinde Kullanılacak Araçlar veya Suçun Diğer İşleniş Şekillerine ilişkin Durumlarda Değişiklik***

Faili değişikliğe sevk etme bazen suç tipi, suç tipiyle korunan hukuki değer veya hukuki değer taşıyıcısı aynı kalmakla birlikte, suçun icrasına ilişkin durumlara yönelik olur<sup>1966</sup>. Eğer failde somut suç kararı bulunmakla birlikte<sup>1967</sup> sadece suç zamanı, suç yeri, suçun işlenmesinde kullanılacak araç<sup>1968</sup> gibi suçun oluşum tarzlarında bir değişiklik söz konusuysa<sup>1969</sup>, diğer bir ifadeyle temelinde suça etki etmeyen bir durum varsa, yalnızca

---

<sup>1965</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 300.

<sup>1966</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 278.

<sup>1967</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 190.

<sup>1968</sup> Dönmezer/Erman suç niteliği aynı kalmakla beraber işleniş şeklinde değişiklik yapılması halinde suçun değiştiğinden söz edilemeyeceğini belirtirler. Cezayı artıran nitelik taşısa dahi aynı suç kapsamının dışına çıkılamayacağı ve bu yeni durumun suçun nitelikli hali çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmışlardır. Örneğin, faili sadece yaralamaya azmettiren ve bunu silah kullanmaksızın yapılması şeklinde yönlendiren kişinin sorumluluğunun yine kasten yaralama suçuna azmettirme olarak değerlendirilmesi gerekir. Silah kullanması nedeniyle ortaya çıkan cezayı artıran durum nitelikli hallerin sırayeti çerçevesinde ele alınmalıdır. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 488. Aynı yönde Özen, a.g.e., s. 865.

<sup>1969</sup> Bununla birlikte suçun işleniş şeklini tamamen değiştiren durumlar bakımından fiilin aynılığını muhafaza eden durumdan söz edilemeyeceğinden azmettirme kapsamında değerlendirme yapılması gerekir. Bu bağlamda verilen bir örnek evlenme yoluyla mağduru kandırmak konusunda karar vermiş kişinin kredi kartı dolandırıcılığı ile fiili işlemesi yönünde ikna edilmesine ilişkindir (Ingelfinger, a.g.e., s. 190). Bununla birlikte yazar bu nitelikteki durumun istisnai olduğunu, suçun icrasında değişikliğe sebep olan tavsiyelerin genellikle yardım etme kapsamında değerlendirileceğini belirtir (Ingelfinger, a.g.e., s. 191).



yardım etme gündeme gelecektir<sup>1970</sup>. Aynı sonuç, etki sadece fiil motivinde<sup>1971</sup> olduğunda da geçerlidir, bu tür değişikliklere yönelik faili yönlendirme azmettirme kapsamında değerlendirilemez<sup>1972</sup>.

Kasten yaralama suçu bakımından bıçak kullanma konusunda karar vermiş olanın ateşli silah kullanma konusunda ikna edilmesi halinde azmettirme değil, ancak suç kararını kuvvetlendirmeden hareketle yardım etme kapsamında değerlendirme yapılması gerekir<sup>1973</sup>. Yine, fiilin işlenme zamanının daha uygun bir saate alınması durumunda<sup>1974</sup> aynı sonuç geçerlidir<sup>1975</sup>. Aksini kabul, yardım etme niteliğinde haksızlık içeriğine sahip davranışların azmettirme kapsamında değerlendirilmesine neden olur<sup>1976</sup>. Bu anlamda

<sup>1970</sup> Rengier, a.g.e., s. 394; Joecks, a.g.e., s. 1238; Maurach, a.g.e., s. 689; Murmann, a.g.e., s. 245; Geppert, a.g.m. (1997), s. 305; Roxin, a.g.e. (AT), s. 161; Roxin, a.g.m. (FS Salger), s. 132; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 807; Ingelfinger, a.g.e., s. 190; Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 116; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 305; Schulz, a.g.e., s. 146; Akbulut, a.g.e., s. 642. BGH de bu yöndedir. BGH NStZ-RR 1996, 1'den aktaran Nepomuck, a.g.e., s. 279. *Nepomuck* da bu kapsamda azmettirmeyi kabul etmemekte ve bunun azmettirmenin faille eşdeğer ceza kapsamına sahip olmasına dayandığını belirtmektedir (Nepomuck, a.g.e., s. 282).

<sup>1971</sup> Konuya ilişkin *Schulz* tarafından verilen örnek şu şekildedir: (T) vereceği davette misafirlerine ikram etmek amacıyla şarap çalmaya karar vermiştir. (A), onu misafirlere bira ikram etmesi ve şarapları satması konusunda ikna eder (Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 938). Yazar burada azmettirmenin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre, teşebbüs aşamasının başlaması ile tamamlanması arasındaki zaman aralığında tipik olay seyri üzerinde etki göstermeksizin sadece motivde değişikliği sebep olan sevk etme hareketi azmettirmeyi ortaya çıkarmaz. Haksızlık üzerinde etkisi olmayan değişiklikler faille eşdeğer cezayı meşru kılamaz (Schulz, a.g.m., s. 938). Ayrıca bkz. Bloy, a.g.e., s. 342; Nepomuck, a.g.e., s. 287.

<sup>1972</sup> Welz, a.g.e., s. 141.

<sup>1973</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 190.

<sup>1974</sup> Weßlau, a.g.m., s. 121.

<sup>1975</sup> Bu bağlamda bir görüş, doktrinde verilmiş örnek olay bağlamında farklı şekilde değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Görüşe göre, failin eşini bir sonraki yıl uçurumdan atmayı planlarken, arkadaşının bunu hemen yapmasının daha iyi olacağı konusunda ikna etmesi halinde azmettirme kabul edilmelidir. Çünkü yaşam süresinin kısaltılması durumunda, mağdur aynı kalmasına rağmen, kendine özgü bir haksızlık içeriği olduğu kabul edilmelidir (Heinrich, a.g.e., s. 575). Ayrıca bkz. Joecks, a.g.e., s. 1239. *Nepomuck*, burada azmettirmenin tipikliğini gerçekleştirmediğini belirterek azmettirme kabulüne karşı çıkmıştır. Suçun planlanandan daha önceki bir zamanda işlenmesine yönelik tavsiyenin ancak yardım etme kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir (Nepomuck, a.g.e., s. 301). Bununla birlikte yazar, suçun zamansal olarak önemli kabul edilebilecek bir ön aşamaya çekilmesinin suça ilişkin nitelikli talep (*qualifizierte Tataufforderung*) kabul edilebileceği durumda azmettirme kabulünün de mümkün olduğunu belirterek istisna tanımıştır (Nepomuck, a.g.e., s. 304). Başka bir görüş bu konuya ilişkin olarak böyle bir kabulün öldürmenin haksızlığını insan hayatının kısılması şeklinde zaman aralığına dayandırılan bir değerlendirme olduğu ve bunun, ölümcül hastalığı bulunan veya yaşlı kişilerin yaşam haklarının daha az değerli olduğu gibi kabul edilemez bir sonuca ulaşmaya sebep olduğundan, isabetli olmadığını ileri sürmüştür (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 575). *Schulz*, benimsemiş olduğu plan hâkimiyeti yaklaşımı çerçevesinde böyle bir durumda suça ilişkin anlam ilişkisinin hâlihazırda fail tarafından oluşturulduğunu belirtmekle birlikte arka plandaki kişinin mümkün olan en kısa sürede suç planını gerçekleştirmeye yönelik değişikliği oluşturması ve bunun sonucunda mevcut bir tehdit yaratmasının suça ilişkin anlam ilişkisini oluşturması anlamına gelebileceğini belirtmiştir. Yazar böylelikle azmettirme ihtimalini tamamen dışlamamıştır (Schulz, a.g.m., s. 939). Benzer yönde bkz. Ingelfinger, a.g.e., s. 189.

<sup>1976</sup> Schulz, a.g.m., s. 934; Ingelfinger, a.g.e., s. 188.

arka plandaki kişinin etkisiyle söz konusu değişikliğin hukuki değer ihlalini gerçekleştirme ihtimalini daha olası kılması veya başlangıçta planlanan icra şekline nazaran failin yakalanma riskini daha aza indirmesi azmettirme kabulü bakımından yeterli değildir<sup>1977</sup>. Yeni bir suç planı yaratılması söz konusu değildir, sadece mevcut planda değişiklik niteliğindedir<sup>1978</sup>.

Bu konuya *Jakobs* farklı bir bakış açısı getirmiştir. Sadece yan koşullara (*Begleitumstände*) ilişkin olmadığı sürece fiilin işlenmesinde kullanılan araçlardaki, suç yerinde ya da suç saatindeki bir değişiklik suçu farklılaştırabilir. Burada değişikliğe ilişkin ayrıca yönlendirenin iradesine bağlı olma durumunun bulunması gerekir. Burada esaslı olan artışın tipik olarak formüle edilip edilmesinin önemli olmadığını belirten *Jakobs*, hırsızlık suçunun basit haliyle cebir kullanılarak işlenmesi halini bu duruma örnek vermiştir<sup>1979</sup>. Böylelikle *Jakobs*, suçun işlenişine ilişkin durumlarda ortaya çıkan değişikliğe sevk etmenin sadece yardım etme kapsamında ele alınmayacağını, azmettirmenin de bulunabileceğini kabul etmiştir<sup>1980</sup>.

Bu bağlamda tavsiye verenin cezalandırılması noktasında azmettirme ile yardım edenin ayrımına yönelik suç planında değişikliğe sebep olma kapsamında ne şekilde değerlendirme yapılacağı da önem taşır. Aynı suç kapsamında kalmakla birlikte suça ilişkin durumda değişikliğin yardım etme bağlamında cezalandırılması gerekir<sup>1981</sup>. Suç planının gerçekleşmesi bakımından asgari gerekliliklerin sağlanmış olması halinde etki edecek olan yönlendirme (aynı suç işleme doğrultusunda kalması şartıyla) suç kararını kuvvetlendirme teşkil etmelidir. Örneğin, birisini öldürmeye karar vermiş ve fakat suçu nerede işleyeceğini bilmeyen kimseye bu yönde suç planındaki açıklığı kapatarak yönlendirme yapan kimse azmettiren olarak değerlendirilmemelidir<sup>1982</sup>.

---

<sup>1977</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 283.

<sup>1978</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 161.

<sup>1979</sup> Jakobs, a.g.e., s. 668.

<sup>1980</sup> Benzer yönde *Otto* da fiilin işleniş şeklindeki değişikliğe sevk etmenin azmettirmeyi ortaya çıkarabileceğini kabul etmektedir. Yazar, suçun daha fazla ceza gerektiren haline sevk etmede benimsediği görüşe paralel şekilde, suçun haksızlık içeriğini sadece hukuki değer belirlemediği bunun haricinde suçun gerçekleştiriliş şeklinin de etkili olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bu ihtimalde de azmettirme kabul edilmelidir. *Otto*, a.g.m. (JuS 1982), s. 561.

<sup>1981</sup> Schulz, a.g.m. (JuS 1986), s. 934.

<sup>1982</sup> Bloy, a.g.e., s. 331-332.

### *c. Suçun Konusunda Değişikliğe Sevk Etme*

Aynı suç tipi kapsamında kalmakla ve aynı mağdura karşı işlenmekle birlikte suçun konusunun değişmesi durumunda da bu değişikliğe sevk eden azmettiren olarak kabul edilemez<sup>1983</sup>. Arka planda yer alan faili mağdurun sağ gözünü değil de, sol gözünü yaralamaya ikna etmesi durumunda, başka bir suça azmettirmeden söz edilemez; sadece manevi yardım kapsamında değerlendirilebilir<sup>1984</sup>. Suçun konusunda değişikliğin azmettirme kapsamında değerlendirilebilmesi için doktrinde farklı kriterler dikkate alınmıştır. Bu bağlamda esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu durumlarda azmettirme sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim bu konuya ilişkin olarak *Ingelfinger*, aynı mağdura ait olmakla birlikte suçun konusunun değişimine yönelik sevk etme bakımından yardım etmeyi kabul etmenin yanı sıra önemli ölçüde haksızlık veya zarar artışının söz konusu olması durumunda azmettirmenin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>1985</sup>.

*Schulz*, azmettirme bakımından kabul ettiği plan hâkimiyetini göz önünde bulundurarak, suçun konusunda değişikliğe sevk etmeyi de aynı bakış açısı ile ele almıştır. Bu görüşe göre, arka planda yer alan etkisi, farklı bir konuya saldırıyı ortaya çıkarıyorsa yeni oluşturulan suç planından söz edilmesi gerekecektir ve bu nedenle azmettirme kabul edilmelidir<sup>1986</sup>. Plan hâkimiyeti prensibini suça ilişkin anlam ilişkisinin değişmesi kriteri ile somutlaştıran yazar, arka planda yer alan fiile yeni bir amaç yönü (*Zielrichtung*) vermesi durumunda suça ilişkin anlam ilişkisinin değişeceği ve böyle bir

---

<sup>1983</sup> Joecks, a.g.e., s. 1239; Nepomuck, a.g.e., s. 287. Yazar, vermiş olduğu örnekte azmettirme kapsamında değerlendirme yapar. “Eski mahkûm (T), savcı (S)’nin arabasına bir beyzbol sopasıyla zarar vermeye karar verir. (S) ile husumeti bulunan (A), bunu duyduğunda, (T)’yi (S)’nin her şeyden çok sevdiği köpeğini öldürmesi için ikna eder. Sonuç olarak (T) söylendiği gibi yapar, çünkü (A) onu para vermemekle tehdit eder. (T) yine de bir erkeğe zarar vermenin en iyi yolunun arabasına zarar vermek olduğuna inanır” (Nepomuck, a.g.e., s. 286). Yazar bu son örnekte arka planda yer alanın tehdidiyle, suça yönelik üstün gelen menfaatinin ortaya çıktığını ve failin bu tehdit sonucu suçu işlemek zorunda kalmasının failin üzerindeki etki sebebiyle olduğunu belirterek azmettirmenin tipikliğini gerçekleştirdiğini savunur (Nepomuck, a.g.e., s. 289). Burada arka planda yer alan sadece suçun konusunda değişiklik yapması sebebiyle azmettiren olarak kabul edilmemiş, bunu yaparken failin iradesi üzerinde zorlayıcı etkide bulunmasından ötürü azmettiren olarak değerlendirilmiştir.

<sup>1984</sup> Heinrich, a.g.e., s. 575.

<sup>1985</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 193. Yazara göre, suçun sosyal görünümü (*soziale Erscheinungsbild*) sadece bu koşullar altında değişir. Ingelfinger, a.g.e., s. 193.

<sup>1986</sup> Schulz, a.g.m., s. 938. Ayrıca bkz. Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 191.

ihtimalde arka planda yer alanın yeni suça azmettiren olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>1987</sup>.

Suçun konusunda değişiklik durumuna ilişkin ileri sürülen bir diğer yaklaşım hukuki değerler arasında en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler ve diğer hukuki değerler arasındaki ayrımı<sup>1988</sup> esas almıştır. Bu bağlamda en yüksek kişisel hukuki değerlerin söz konusu olduğu durumlarda mağdurun değişmesi bakımından yapılan iktinanın ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği önem taşır. (A)'yı öldürmeyi planlayan kişinin suç işleme kararında değişikliğe sebep olarak (B)'yi öldürmesi şeklindeki yönlendirmeyi hâkim görüş<sup>1989</sup> azmettirme olarak kabul etmektedir. Bu olayda hem suçun konusu hem de hukuki değer taşıyıcısı değişmektedir<sup>1990</sup>. Bunun ilgili mağdur ve korunan hukuki değerlerin ayrılmaz bağından ortaya çıkan bir sonuç olduğu kabul edilmektedir<sup>1991</sup>. Zira (A)'ya karşı gerçekleştirilen kasten yaralama, öldürme, hakaret (B)'ye karşı gerçekleştirilen aynı suçlarda aynı sosyal anlama sahip değildir<sup>1992</sup>. Niteliksel olarak farklı bir haksızlığın kabul edilmesi gerektiğinden, faile kast kapsamında isnat edilebilir bir fiilden söz edilemez<sup>1993</sup>.

Aynı sonuca farklı bir gerekçe ile ulaşan bir görüş ise bu kapsamdaki mağdur değişikliğini, fiilin hukuki nitelendirmesini değiştirmeksizin fiilin işleniş şeklini değiştiren bir durum şeklinde ortaya çıktığı ve buradaki etkinin esaslı bir sapma teşkil

---

<sup>1987</sup> Schulz, a.g.m., s. 938.

<sup>1988</sup> Bu yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 291 vd. Yazar en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerlerin daha fazla haksızlık içeren suçlara karşı korunduğunu belirtmekle birlikte, başka bir suça sevk etme (*Umstiftung*) kapsamında ayrıcalıklı bir konumda ele alınmasının hukuki temelinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Zira kanun koyucu tarafından bu ayrım bakımından farklı ceza kapsamına tabi tutulmaları söz konusudur. Ayrıca kişisel nitelikteki hukuki değerlerin bu kapsamda farklı şekilde ele alınması yasal dayanaktan yoksundur. Yazara göre, en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler bakımından kabul edilen bu sınırlama suça sevk etme kavramının geniş şekilde değerlendirilmesine ilişkin yanlısın azmettirmeye ilişkin düzenlemedeki suç kavramının dolanılmasıyla kısmen düzeltilmesine yöneliktir (Nepomuck, a.g.e., s. 292).

<sup>1989</sup> Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 173; Maurach, a.g.e., s. 689; Murmann, a.g.e., s. 245; Koch/Wirth, a.g.m., s. 206; Stree, a.g.m., s. 289; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 305; Ingelfinger, a.g.e., s. 193.

<sup>1990</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 305. *Nepomuck*, hukuki değer taşıyıcısı değişmeksizin sadece suçun konusunun değişmesi durumundan farklı bir sonuca ulaşmayı gerektiren bir ayrımın bulunmadığını belirterek konuya farklı bir bakış açısı ile yaklaşır. Yazara göre dikkate alınması gereken tek husus, suçun konusuna yönelik nitelikli fiil talebinin etki ettiği bir değişikliğin bulunup bulunmadığıdır (Nepomuck, a.g.e., s. 293).

<sup>1991</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 114. Yazar malvarlığı kapsamında yer alan suçun konusunun suçun mağduru ile ilişkisinin sadece aitlik noktasında olduğunu ve mağdurun kendisinden bağımsız olarak devredilebilir, bir başkasına ait olabilirlik niteliğini haiz olduğunu sonuç olarak kaybı halinde telafi edilebilir olduğunu belirtmiştir. Hillenkamp, a.g.e., s. 117.

<sup>1992</sup> Stree, a.g.m., s. 289.

<sup>1993</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 116.

ettiği şeklinde değerlendirmiştir. (A) yerine (B)'yi öldürmesi yönünde failde suç kararı oluşturması halinde azmettirme kabul edilmelidir<sup>1994</sup>. Bu bağlamda farklı bir bakış açısı ile aynı sonuca ulaşan diğer bir yazar *Heinze* olmuştur. Yazara göre, başlangıçta planlanandan farklı olarak bir başkasının en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerini ihlale yönelik bir saldırıda failin motivasyonu esastan değişir. Başlangıçtaki fiile yönelik amaç tamamen yenisiyle değişir. Bu temelde taşıyıcısının en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerinin bölünmezliği iddia edildiğinde; bu, zorunlu olarak suçun konusunun (kişinin) değişmesinde yeni bir fiile ilişkin amaca ve bununla ilişkili olarak yeni bir motivasyon durumuna yol açar. Böylece verilen tavsiye suç kararı bakımından tali (ikincil) alanda kalmaz<sup>1995</sup>.

Böyle bir kabulün ortaya çıkardığı sorun, en yüksek kişisel değerlerin dışında kalan hukuki değerler (*sachbezogene Rechtsgüter*) bakımından ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkindir. Bu bağlamda aynı mağdura ait olmakla birlikte farklı bir konu üzerinde suçun gerçekleştirilmesi halinde suç planına ilişkin bir değişiklik kapsamında ele alınıp yardım etmeye yönelik değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte farklı bir kişiye yönelik bu nitelikteki bir suça sevk etmenin ise azmettirme kapsamında ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>1996</sup>. Doktrinde bir görüş de, haksızlığın ağırlığına göre sınırlama yapılması gerekliyse, hedeflenen ve sonrasında karar değiştirilen suçun konusunun önemli derece değer farklılığı söz konusu olduğunda azmettirilenin kabul edilmesi yönündedir<sup>1997</sup>.

#### **d. Değerlendirme**

Failin kastettiği suçtan farklı bir suça sevk etme halinde azmettirilenin kabul edilebilmesi bakımından farklı suçun kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır. Azmettirilenin kabulü ancak azmettirilen fiile ilişkin failde suç işleme kararının bulunmaması halinde mümkündür. Buna ilişkin değerlendirmede hem korunan hukuki

---

<sup>1994</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 806. Ayrıca bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 305. *Akbulut* azmettirilenin kastettiğinden farklı birini kasten öldüren kişinin fiili bakımından azmettirilenin sorumlu olmaması gerektiğini belirtmiştir. Akbulut, a.g.e., s. 642.

<sup>1995</sup> Heinze, Verleitung des Tatentschlossenen, s. 53'ten aktaran Schulz, a.g.e., s. 160. *Schulz, Heinze*'in yaklaşımının bu şekilde anlaşılması halinde yaklaşımının sürdürülebileceğini ancak bunun, argümanını kabul edilebilir hale getirmediğini belirtmiştir. Schulz, a.g.e., s. 161.

<sup>1996</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 193.

<sup>1997</sup> Aralarında değer farkının çok fazla olduğu arabalara zarar verme konusunda karar değişikliğine sebep olunması bu niteliktedir. Erika Stork, Anstiftung eines Tatentschlossenen zu einer vom ursprünglichen Tatplan abweichenden Tat, Münster, 1969, s. 95 vd.'dan aktaran Ingelfinger, a.g.e., s. 192 vd.

değerlerin hem de suç tiplerinin birbirleri ile olan ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerekir. Sadece hukuki değer ölçütü üzerinden yapılacak belirleme her durumda hukuka uygun bir sonucu ortaya çıkarmaz. Özellikle malvarlığına karşı işlenen suç tipleri dikkate alındığında bu daha açık şekilde görülmektedir. Bu nedenle suç tipleri dikkate alınarak farklı bir suça ilişkin değerlendirme yapılması gereklidir. Bu bağlamda arka planda yer alan faili haksızlığın tespitinde belirleyici nitelikte olmayan suçun işlendiği yer, zaman veya suçun işleniş şekli ya da suçun işlenmesinde kullanılan araçlara yönelik değişikliklere sevk etmesi halinde azmettirme bakımından gerekli olan suç kararından söz edilemez. Bu tür değişiklikler, suç tipiyle korunan hukuki değer türüne veya suçun niteliğe yönelik bir değişikliğe sebep olmadığı sürece, fail tarafından işlenen suçtan farklı bir suçun ortaya çıktığı kabul edilemez. Ayrıca belirtilen durumların bazı suçlar bakımından nitelikli hal kapsamında kanunda düzenlenmiş olması da bu hususu desteklemektedir. Nitelikli haller ilgili oldukları suçun daha fazla veya daha az cezayı gerektiren şeklini oluşturmaktadırlar. Suçun temel şeklini gerçekleştirmeye karar vermiş failin daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk edilmesi halinde belirtildiği üzere, bu tür değişiklikler arka planda yer alanın ancak yardım eden kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılar. Suç tipi aynı kalmakla birlikte arka planda yer alanın faili farklı bir kişiye karşı suçu gerçekleştirmeye sevk etmesi halinde farklı bir suç kapsamında değerlendirme yapılması gereklidir. Bu durum aslında kişisel nitelikteki hukuki değerlerin bu değer taşıyıcısı ile birlikte dikkate alınmasını gerektirir. Suçun mağdurunu toplumu oluşturan herkesin oluşturduğu suçlardan farklı olarak özellikle en yüksek kişisel niteliği haiz olan hukuki değerlerin korunduğu suç tipleri bakımından mağdur ile hukuki değer ayrılmaz niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte aynı mağdura ait olmakla birlikte farklı bir konuya yönelik suça sevk etme halinde yeni bir suç kararından söz edilemeyeceğinden, arka planda yer alanın sorumluluğu azmettirme kapsamında değerlendirilemez. Şartları oluşmuşsa yardım etme kapsamında değerlendirme yapılması gereklidir. Bu bağlamda aynı mağdura ait olmakla birlikte ve aynı suç kapsamında suçun konusunun esaslı bir farklılığa sebep olacak şekilde değişikliği halinde de aynı sonuç geçerli olmalıdır. Bu farklılık cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilir.

#### **4. Fiilin İcrasının Devamına Neden Olma (*Anstiftung zum Weiterhandeln*)**

Fiilin haksızlığı tamamen gerçekleşmişse<sup>1998</sup> artık bu suça katılmak söz konusu olamaz<sup>1999</sup>. Bununla birlikte suç şekli olarak tamamlanmış olsa da eğer maddi olarak sona ermemişse bu durumda suça katılmak mümkün olacaktır<sup>2000</sup>. Konuya ilişkin öne çıkan kesintisiz suçlarda suçun icrası devam ettiği sürece bu suçlara iştirak mümkündür ve iştirakin söz konusu olamaması için suçun bitmesi gerekir<sup>2001</sup>. Bu durumda da dikkat edilmesi gereken sadece yardım etmenin söz konusu olabileceği, azmettirmenin ortaya çıkmayacağıdır. Çünkü azmettirme bakımından artık suç işlemeye karar vermiş kişi vardır<sup>2002</sup>. Ancak suçun işlenmesi sırasında başka bir suça ilişkin olarak azmettirmenin şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmesi yapılabilir. Belirtilmelidir ki, iştirak

<sup>1998</sup> Suçun tamamlanmasından veya sona ermesinden sonra iştirak niteliğindeki hareketlerin gerçekleştirilmesi ise artık kanunda düzenlenmek şartıyla başka suça vücut verir (Özgenç, a.g.e. (2019), s. 529; Zafer, a.g.e., s. 530; Nydegger, a.g.e., s. 131 vd.). Bu bağlamda suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suç, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suç, suçluyu kayırma suç örnek niteliğindedir. Söz konusu suçlarda yer verilen hareketler maddi olarak şerikliği karşılamakla birlikte, tipik hareketler kanun koyucu tarafından şekli olarak faillik kapsamında ele alınmıştır (Stratenwerth, a.g.e., s. 239). Bu nedenle bu suçlar ile şerikliğe ilişkin hükümler arasında farklılık vardır. Bu suçların ceza kapsamı önceki işlenen suçtan bağımsız iken; şeriklik bağı şeklinde ilgili suça yöneliktir (Warneke, a.g.e., s. 145). Belirtilmelidir ki, bu suçlar esas fiile şeriklik niteliğinde değildir. Her ne kadar söz konusu suçlarda yer alan tipik hareketler şeriklik hareketi niteliğini haiz olsa da bu katkılar önceki suçun gerçekleşme zamanında ortaya çıkmamaktadır. Bu suçlar başka bir suç şart koşmaları nedeniyle suça bağlıdır. Ancak bu suçları gerçekleştirenler önceki suçta korunan hukuki değeri ihlal etmeye ve bu suçun icrasına katılmazlar. Bunların bağımsız suç tipleri olarak bir başka suça bağlılığı tamamen objektif gereklilikten dolaydır (Nikolidakis, a.g.e., s. 42).

<sup>1999</sup> Önder, a.g.e., s. 448; Özen, a.g.e., s. 861; Aydın, a.g.e., s. 95. Fiilin tamamlanmasından sonra iştirakin söz konusu olamayacağı sonucuna, kanunda yer verilen “kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı” ifadesi ile ulaşılamayacağını belirten *Ünver*, bu ifade yerine “işlenmek istenen ya da işlenmekte olan bir fiilin varlığı” ifadesinin getirilmesi önerisinde bulunmuştur. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 1, 2006, s. 70’ten aktaran Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 108. *Ünver*’in, bu ifadeye yer verilmiş olsaydı, TCK md. 40/3 düzenlemesine gerek kalmayacağı yönündeki görüşü *Demirel* tarafından isabetli bulunmamıştır (Demirel, a.g.e., s. 336, dn. 526). TCK’da yer alan (ve yer almayan teşebbüs aşamasında kalan azmettirme veya yardım etme) şerikliğe ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, md. 40/1 düzenlemesinin şeriklik bakımından kurucu nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Bu düzenleme şeriklik bakımından kasten işlenen ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını gerektirir. Şerik haksızlığının esas fiile bağlılığının bu şekilde ifade edilmesinin sonucu olarak, şerik sorumluluğu esas fiilden ortaya çıkar. TCK md. 40/3 düzenlemesinin bulunmadığı ihtimalde de esas fiilin en azından teşebbüs aşamasına varması ceza hukuku anlamında bir fiilden sorumluluğun sağlanabilmesi için gereklidir. Ayrıca bu düzenleme olmasa dahi, teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin cezalandırılabilmesi sonucuna ulaşılamaz. Burada TCK md. 40/1 düzenlemesi buna engeldir. Ayrıca kural olarak haksızlığını esas fiilden alan bir iştirak şekli kapsamında gerçekleştirilen hareketlerin çoğunluğunun hazırlık hareketi niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu nitelikteki hareketlerin cezalandırılması ayrıca bir düzenlemeyi gerekli kılar. Nitekim Alman Ceza Kanununda buna yönelik açık düzenlemeye (ACK md. 30) yer verilmiştir. Son olarak esas fiilin teşebbüs aşamasına varması gerekliliği, Alman hukuku doktrininde de şerikliğin niceliksel bağlılığı olarak incelenmekle birlikte, kanun düzenlemesi olarak açıkça yer almamaktadır.

<sup>2000</sup> Otto, a.g.m., s. 559; Akbulut, a.g.m., s. 200. “... Çünkü suç kastının mutlaka belli bir aşamada oluşması gerekmediği gibi, iştirak iradesinin de suç tamamlanmaya kadar her aşamada oluşması olanaklıdır.” YCGK 13.10.2009 gün ve 1- 194-235’ten Aktaran Özen, a.g.e., s. 861.

<sup>2001</sup> Akbulut, a.g.m., s. 200; Zafer, a.g.e., s. 525.

<sup>2002</sup> René Börner, “Die Sukzessive Anstiftung am Beispiel von Trunkenheitsfahrt, Insolvenzverschleppung und Körperverletzung”, *JURA*, 2008, ss. 415-417, s. 415.

iradesini suçun icrasına başladıktan sonra gerçekleştiren kişi, katkısından önce gerçekleşen fiil kapsamında sorumlu tutulamaz<sup>2003</sup>. Bu husus da yardım etme bakımından özellik arz etmektedir.

Azmettirme kapsamının belirlenmesi noktasında değinilmesi gereken bir diğer husus olarak arka planda yer alanın fiilin icrasının devamına sebep olması şeklinde ortaya çıkan sevk etme hali önem taşımaktadır. Aynı zamanda azmettirimin zamansal açıdan hangi durumlarda bulunabileceği konusunda yeni ihtimaller ortaya çıkarılmaktadır. Alman doktrininde “*sukzessive Anstiftung*” şeklinde de ifade edilen durumda özellik arz eden husus, arka planda yer alanın suça yönelik katkısını failin hâlihazırda suça ilişkin icra hareketlerine başladıktan sonra gerçekleştirmesidir<sup>2004</sup>. Diğer bir ifadeyle arka planda yer alanın suçun sadece son kısmına ilişkin katkısı nedenseldir<sup>2005</sup>.

Doktrinde yardım etme ve müşterek faillik bakımından da ele alınan bu konu azmettirme bakımından farklılık göstermektedir<sup>2006</sup>. Klasik anlamda azmettirme bakımından suça sevk etmenin suçun işlenmesinden önce bulunması gereği noktasında doktrin hemfikir olmakla birlikte, icra hareketlerini gerçekleştiren failin aynı suça yönelik olarak tekrar ikna edilmesi halinde azmettirme sorumluluğunun oluşup oluşmayacağı konusu (*sukzessive Anstiftung*) sorun teşkil eder<sup>2007</sup>. Örneğin, bir kişiyi dövdükten sonra bırakmak ve suç yerinden uzaklaşmak üzere olan faili, tekrar mağduru dövmesi için ikna eden ve bunun sonucunda failin mağduru dövmesini sağlayan kişi kasten yaralama suçu bakımından azmettiren olarak<sup>2008</sup> mı, yoksa yardım eden<sup>2009</sup> olarak mı sorumlu tutulacaktır<sup>2010</sup>. Başka bir örnek olarak, alkollü olduğunu bildiği şoförün aracı

<sup>2003</sup> Özen, a.g.e., s. 862.

<sup>2004</sup> Bu konuyla ilgili bkz. Börner, a.g.m., s. 415.

<sup>2005</sup> Grabow, a.g.m., s. 409. Fiilin icrasının devamına sebep olma durumunun sınır aşımından farkına yönelik bkz. Grabow, a.g.m., s. 409.

<sup>2006</sup> Kühl, a.g.e., s. 846.

<sup>2007</sup> Kühl/Lackner, a.g.e., s. 228-229; Joecks, a.g.e., s. 1239 vd.

<sup>2008</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* burada azmettirimin kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 806. Aynı yönde *Krey/Esser*, a.g.e., s. 411; *Heinrich*, a.g.e., s. 579; *Grabow*, a.g.m., s. 408 vd.

<sup>2009</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 576.

<sup>2010</sup> Benzer bir konuya ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen dava şu şekildedir: “Sanık Fuat'ın bastonla mağdur İhsan'a vurup yedi gün iş ve güce engel olacak biçimde yaraladıktan sonra olay yerinde bulunan torunu Oğuz'u anılan mağduru tirpanla yaralamaya azmettirdiğine ilişkin kanıtlar gösterilip açıklanmadan ve azmettirdiği kabul edilse bile sanığın mağdur İhsan'a aynı anda işlediği eylemlerinin bütünüyle tek suç oluşturduğu da gözetilmeden, (...)”. 4. CD, E. 2002/29259, K. 2003/12352, T. 9.12.2003'den aktaran Özkan, a.g.e., s. 96 vd. Bu olayda fiil tekliği kapsamında gerçekleştirilen hareketler nedeniyle sanığın torununa yönelik ifadeleri suç işleme kararına sebep olma teşkil etse de aynı fiil kapsamında fail olarak sorumluluğu söz konusudur. Failliğin asli iştirak şekli olması nedeniyle aynı fiile yönelik



durdurmasına rağmen onu aracı kullanmaya devam etmesi konusunda motive eden kişi gösterilebilir<sup>2011</sup>. Azmettirme yaklaşımını savunanlara göre, burada hâlihazırda suç işleme kararı vermiş kişi üzerinde yaratılan etki değil, bağımsız bir azmettirme hareketi söz konusudur<sup>2012</sup>. Zira arka planda yer alan tarafından gerçekleştirilen etki suçun tamamı göz önünde bulundurulduğunda esaslı bir değişikliği ortaya çıkarır<sup>2013</sup>. Buna karşılık haksızlık yoğunluğu bakımından önemli bir değişiklik bulunmadığından, sadece yardım etme kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini ileri süren görüş de yer almaktadır<sup>2014</sup>. Söz konusu ikna azmettirmenin kabulü bakımından haksızlık oranını yeterli derecede artıramaz<sup>2015</sup>. Failin vermiş olduğu kararlar icra ettiği fiile ilişkin haksızlığın devamı söz konusudur<sup>2016</sup>. Farklı bir görüş de, azmettirmenin ancak esas fail üzerindeki etkinin azmettirmenin kabulü bakımından yeterli olması halinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir<sup>2017</sup>.

Arka planda yer alanın sorumluluğunun tespiti bakımından fail tarafından işlenen esas fiilin ele alınması gereklidir. Arka planda yer alanın söz konusu fiilin tamamı bakımından suça sevk etme şeklinde bir nedenselliğinden söz edilip edilemediği önemlidir. Söz konusu olan fail tarafından tamamlanmış bir suçun akabinde aynı suç tipinin bir kez daha gerçekleştirilmiş olması değildir. Diğer bir ifadeyle, fail tarafından işlenen iki ayrı suçtan bahsedilmemektedir. Aksine icra hareketleri bitmek üzere olan bir suçun devamına yönelik<sup>2018</sup> failin ikna edilmesi ön plana çıkmaktadır. Aynı suç

---

hem azmettiren hem de fail olarak sorumlu tutulamayacağından azmettiren olarak sorumluluğu geri çekilir. Farklı gerekçe ile benzer yönde değerlendirme için bkz. Özkan, a.g.e., s. 97.

<sup>2011</sup> Börner, a.g.m., s. 415-416.

<sup>2012</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 411.

<sup>2013</sup> Grabow, a.g.m., s. 409.

<sup>2014</sup> Kühl, a.g.e., s. 846. *Grabow*, sadece suçun icrasının devamına sevk etmenin faille eşdeğer cezalandırmayı sonuçlayamayacağını belirterek azmettirme yerine yardım etme çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. *Grabow*, a.g.m., s. 409.

<sup>2015</sup> Azmettirmenin fail aracılığıyla hukuki değere yönelik saldırı tehlikesini oluşturmakla birlikte yardım edenin sadece var olan tehlikeyi artırabileceği görüşü için bkz. *Grabow*, a.g.m., s. 409.

<sup>2016</sup> Demirel/Kartal, a.g.m., s. 484. Benzer yönde bkz. Özkan, a.g.e., s. 96; Zafer, a.g.e., s. 544, dn. 65.

<sup>2017</sup> Joecks, a.g.e., s. 1239. Bu bağlamda farklı bir ihtimal olarak suçun tamamlanması ile sona ermesi arasındaki bir sevk etmenin azmettirme sonucunu ortaya çıkarıp çıkarmayacağı konusunu ele alan yazar burada ilgili hareketin destekleme niteliğini haiz olabileceğini belirterek azmettirme kabulü bakımından yeterli olmadığını ifade etmiştir. Joecks, a.g.e., s. 1240.

<sup>2018</sup> Yargıtay konuya yönelik vermiş olduğu bir kararda azmettirmeyi kabul etmeyerek yardım etme kapsamında sonuca varmıştır: “Sanıklar H., F. ve İ.’in kasten insan öldürmeye azmettirme suçundan beraatlerine ilişkin hükümler yönünden; Katılan Kasım ile tanıklar E., B., T., A., İ., M. ve M. D.’in anlatımlarına göre, kavga ortamında içerisinde buldukları kalabalık gruba ‘vurun’ şeklinde sözler söyledikleri iddia edilen sanıkların bu eylemlerinin ortaya kesin olarak çıkması durumunda suça teşvik niteliğinde olduğu dikkate alınarak, hangi tanığın anlatımına hangi sebeplerle üstünlük tanındığı açıklanarak, katılanın ve adı geçen tanıkların anlatımlarına hangi gerekçeyle itibar edilmediğinin

kapsamında kalmakla birlikte failin suç kararı üzerinde esaslı veya esaslı olmayan bir değişikliğe sebep olunması da azmettirmeyi sonuçlamaz ve ancak manevi yardım etme kapsamında değerlendirme yapılabilmesi mümkün olur. Bu nedenle önem arz eden husus, farklı bir suçun olduğundan söz edilip edilemediğidir. Aksini kabul, suç işleme düşüncesi bulunmayan failde suç işleme kararına sebep olma şeklinde karakterize edilen azmettirme ile çelişir. Böyle bir durumda ancak yardım etmenin gerçekleştiği sonucuna varılabilir. Yardım etme kapsamındaki katkının fiilin tamamı bakımından etkisinin niceliği ancak cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulur. Bu husus, suçun temel şeklinin icrası devam ederken suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk edilmesi bakımından da geçerlidir. Gerçekleştirilen fiilin haksızlık niteliğinde değişiklik söz konusu olmadığı ve aynı haksızlık kapsamında sadece niceliksel farklılık olduğu durumda azmettirme ortaya çıkmaz. Benimsenen bu yaklaşım ayrıca daha önce açıklanan suçun daha fazla cezayı gerektiren haline sevk etme ve başka bir suça sevk etme durumlarında benimsenen görüş ile de paralellik arz etmektedir.

## **V. FAİLİN AZMETTİRME KAPSAMININ DIŞINA ÇIKMASININ AZMETTİRENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ**

### **A. FAİLİN SINIR AŞIMINDA AZMETTİRENİN SORUMLULUĞU**

Failin sınır aşımı suçun daha fazla ceza gerektiren şekline azmettirme veya başka bir suça azmettirme kavramlarından farklıdır<sup>2019</sup>. Burada hâlihazırda suçun temel şeklini dahi işleme düşüncesi bulunmayan kişide suç işleme kararına sebep olunması söz konusudur. Bununla birlikte failin kasten veya kastı olmaksızın temel suça ilişkin sınırı aşması ihtimali, konunun kapsamını oluşturmaktadır. Failin sınır aşımı kasten olabileceği gibi kastı bulunmaksızın da gerçekleşebilir. Her bir durum bakımından ortaya çıkan farklı ihtimaller söz konusu olur. Fail azmettirildiği temel suça ilişkin sınırı aşarak nitelikli halini gerçekleştirebilir veya kastedilenden daha ağır ya da farklı bir suçu işleyebilir<sup>2020</sup>. Bu ihtimaller failin, sınırı kastı olmaksızın aşması durumunda da gündeme gelir.

---

denetime olanak verecek şekilde gerekçede gösterilip tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiş olup (...)" Y1. CD, E. 2011/1108, K. 2011/4274, T. 5.7.2011, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 24.07.2019.

<sup>2019</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 164.

<sup>2020</sup> "Sanık ...'ın boşanma aşamasında olduğu eşine, boşanma sürecinde destek olması nedeniyle kayınbiraderi maktule husumet beslediği, onu korkutmak ve ayağından vurdurmak amacı ile sanık ... ile anlaşığı, sanık ...'in arkadaşı sanık ... ile görüştüğü ve maktulün resmini de göstermek suretiyle

Bağlı bir şeriklik türü olarak azmettirme kapsamında azmettirenin sorumluluğu kural olarak failin gerçekleştirdiği fiile göre belirlenirken, failin sınır aşımı bulunduğu sadece failin gerçekleştirdiği fiil çerçevesinde değerlendirme yeterli olmamaktadır. Azmettirenin sorumluluğu iki şekilde sınırlanır. Öncelikle bağlılık kuralı gereği, fiilin ne olduğu ile sınırlıdır. İkinci olarak ise, faili sevk ettiği, kastında yer alan fiille sınırlıdır<sup>2021</sup>. Azmettiren ancak fail tarafından işlenen suç kendi kastına uygun olduğu sürece cezalandırılabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, kural olarak bağlı şeriklik sisteminin kabul edilmesi halinde suça katılanlar bakımından bütün bir fiilden veya bağımsız şeriklik suçundan söz edilemeyeceğinden, azmettiren veya yardım edenin fail karşısında daha fazlasına yönelik bir katkısı bulunsa bile ortak payda üzerinden sorumluluğun belirlenmesi yoluna gidilir<sup>2022</sup>. Fiilin seyrinin azmettirenin tasavvurunun gerisinde kaldığı bu durumda ona sadece gerçekte meydana gelen netice yüklenebilir<sup>2023</sup>. Nitekim suça ilişkin daha ağır cezayı gerektiren fiili işlemesi yönünde azmettirilen kimsenin suçun temel halini işlemesi halinde sorumluluk temel halinden dolayı belirlenecektir<sup>2024</sup>.

---

aralarında yaptıkları plan kapsamında, olay günü, birlikte maktulün evinin önüne giderek beklemeye başladıkları, maktulün evinden çıkıp aracına bindiğini görünce sanık ...'ın av tüfeği ile ateş edip maktulü kol ve göğüs kısmından iki isabetle öldürdüğü olayda; Olay yerinde bulunmayan sanık ...'ın sanık ... ile maktulün ayağından vurulması ve korkutulması amacıyla anlaşığı, ancak aralarındaki anlaşma sırasında sanık ...'in olayda kullanacağı silah konusunda bir konuşmanın geçmediği, sanık ...'ın dosya içeriğine ve mevcut delillere göre maktulün ayağından vurulması ve korkutulması konusunda azmettirdiğinin sabit olduğu ancak maktulün öldürülmesi konusunda sanığı azmettirdiğine dair mahkumiyetine yeterli delilin bulunmadığı, azmettirenin ancak azmettirdiği fiilden sorumlu olacağı, üzerinde anlaşılan fiile bağlı olmayan neticelerin azmettirene yüklenemeyeceği, sanık ...'ın eyleminin maktulü yaralamaya azmettirmek olarak nitelendirilmesi gerektiği, (...)". Y.1.CD, E. 2020/33, K. 2020/557, T. 17.2.2020, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 15.11.2020.

<sup>2021</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 134; Kühl, a.g.e., s. 855.

<sup>2022</sup> *Schmidhäuser* sınır aşımı problemini azmettirmenin objektif netice değersizliğinde incelemiştir. Fail, davranış önerisini objektif olarak ifade ettiği anlamın ötesine taşırrsa, bu aşma azmettirmenin neticesi olarak azmettirene isnat edilemez. Bununla birlikte tek faillik sisteminde farklı değerlendirme için bkz. *Schmidhäuser*, a.g.e., s. 314-315.

<sup>2023</sup> "...aynı gün 13.30 tarihinde göz altına alınan sanık İ. H.'ın, cezaevinden tanıdığı H. Ö.'in, katılandan alacağı olduğunu, kendisine hap ve tabanca verdiğini, katılandan parayı istemesini, vermezse ayaklarından vurmasını söyleyerek kendisini azmettirdiğini, tabancayı alarak katılanın oturduğu sokağa gelip, tabanca ile havaya ateş ettiğini ifade ettiği, katılanın avlu kapısında 2 adet mermi izi bulunduğunun tespit edildiği, sanık İ. H.'ın savunmasına istinaden H. Ö. hakkında da tehdit ve mala zarar verme suçlarına azmettirmeden dava açıldığı...", Y. 4. CD, E. 2015/21405, K. 2015/36881, T. 2.11.2015, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 13.06.2019.

<sup>2024</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 306; Hoberg, a.g.e., s. 99; Hillenkamp, a.g.e., s. 53; Erdem, a.g.m., s. 212; Akbulut, a.g.e., s. 644. Bu konuya yönelik olarak doktrinde farklı bir görüş de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre aynı hukuki değer kapsamında kalan suçlar söz konusu olduğunda ve fail tarafından azmettirenin kastettiği suçtan daha az cezayı gerektiren bir suç işlenmesi durumunda azmettirmenin bağlılığı gereği teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı sorumluluk belirlenmelidir. Buna göre öldürme suçu için azmettirilen failin bunun yerine kasten yaralama suçunu gerçekleştirmesi halinde azmettirenin sorumluluğu öldürme suçu kapsamında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmedir. Bu durumda tamamlanmış yaralama ve teşebbüs aşamasında kalan öldürmenin fikri içtima bağlamında

Böylece azmettiren ile azmettirilenin kastı arasında fark olmakla birlikte, sorun sınırlı bağlılık kuralı kapsamında çözüm bulabilmektedir.

Daha fazla cezayı gerektiren veya farklı bir suç söz konusu olduğunda farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu nedenle ortak payda üzerinden sorumluluğun belirlenmesi ve şerike başkasının gerçekleştirdiği fiil üzerinden sorumluluk isnadının söz konusu olması nedeniyle ortaya çıkan diğer bir sonuç, daha fazla cezayı gerektiren veya başka bir suçun gerçekleşmesi durumunda şeriklerin kastının kapsamının neye yönelik olduğunun taşıdığı önemdir. Bu bağlamda öncelikle failin, azmettirmeye konu suçun daha fazla veya daha az cezayı gerektiren şeklini işlemesine yer verilmelidir<sup>2025</sup>. Belirtilmelidir ki, burada farklı bir suç (*aliud*) veya suçun ağırlaşan hali söz konusu değildir. Suçun temel şeklini işlemesi için azmettirilen failin suçun nitelikli halini gerçekleştirmesi meselesidir. Nitelikli hallerin failin ve şeriklerin kastının kapsamında olması gerekir. Zira nitelikli unsurlar, suç teorisi bağlamında suçun maddi unsurları içerisindedir<sup>2026</sup>. Azmettirilenin kastı nitelikli hali kapsıyorsa böyle bir sınır aşımı bakımından azmettiren sorumlu tutulamaz, burada teşebbüs aşamasında kalan azmettirme de ortaya çıkmaz. Fail suçun temel şekli bakımından azmettirilmiştir ve bu azmettirme başarıya ulaşmıştır<sup>2027</sup>. Bu nedenle temel suça azmettirme kapsamında sorumluluğu doğar. İlgili nitelikli hale ilişkin kast sorumluluğundan bahsedilemez. Ancak failin azmettirildiğinden daha azını gerçekleştirmesi halini ayrı tutmak gerekmektedir. Çünkü böyle bir ihtimalde azmettiren kendi kastı çerçevesinde istediği neticeden dolayı değil, fail tarafından gerçekleştirilen neticeden dolayı sorumlu olacaktır<sup>2028</sup>. Diğer bir ifadeyle, azmettirenin kastı daha fazlasına yönelik olduğundan daha azını da içereceğinden gerçekleşen neticeye azmettirilmeden dolayı sorumluluğu belirlenir<sup>2029</sup>. Nitekim silahla yaralamaya azmettirilen

---

değerlendirilmesi doğru değildir. Çünkü azmettirenin daha fazla ceza ile cezalandırılmasına sebep olur. Riemer, a.g.e., s. 86.

<sup>2025</sup> Doktrinde niceliksel sınır aşımı olarak ifade edilmektedir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 164. Bu bağlamda azmettiren tarafından hedeflenen ve fail tarafından gerçekleştirilen fiillerin tipik yakınlık (*tatbestandliche Verwandtschaft*) içerisinde olması durumunda niceliksel sınır aşımının esaslı olup olmadığı belirlenmesi gerektiği ve bunun tipik yakınlığın derecesine ve benzerliğine göre tespit edileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Letzgus, a.g.e., s. 46 vd.

<sup>2026</sup> İçer, a.g.m., s. 323.

<sup>2027</sup> Letzgus, a.g.e., s. 44.

<sup>2028</sup> Özgenç, a.g.e. (2019), s. 567; Schünemann, a.g.e., s. 2016.

<sup>2029</sup> Letzgus, a.g.e., s. 44.

kişinin sadece yumruk atmak suretiyle kasten yaralamayı gerçekleştirmesi halinde azmettirenin sorumluluğu da kasten yaralamanın temel şekline göre belirlenir.

Haksızlığın niceliği bakımından sınır aşılması hali arka planda yer alanın azmettirme sorumluluğunu engellemez. Bir tokat atması için azmettirilen failin daha fazla tokat atması halinde arka plandaki kişinin kasten yaralama suçu bakımından azmettiren olarak sorumluluğu vardır. Zira daha fazla olan haksızlık içeriği, azmettiren tarafından sevk edilen daha az haksızlık içeriğini içermektedir. Bununla birlikte haksızlığın niceliği bakımından söz konusu sınır aşımı, cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır<sup>2030</sup>.

Failin şerikin kastının yöneldiği fiilin ağırlaşan halini veya başka bir suçu gerçekleştirmesi halinde bu fiilden dolayı sorumluluğun ne şekilde belirleneceği<sup>2031</sup> bu konu kapsamında asıl özellik arz eden durumu oluşturur. Öncelikle belirtilmelidir ki, bu durumlarda şerik bakımından sorumluluk otomatik olarak doğmaz<sup>2032</sup>. Bu noktada failin gerçekleştirdiği sınır aşımına ilişkin farklı ihtimallere göre değerlendirme yapılması gerekir.

Failin bilinçli olarak azmettirenle arasındaki anlaşmanın dışına çıkması halinde “failin sınır aşımı”nın kasten gerçekleşmesi üzerinde durulması gerekecektir. Bu kapsamda fail azmettirenle anlaşmasını tamamen yok sayarak başka bir suç

---

<sup>2030</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 166.

<sup>2031</sup> Konuya ilişkin ayrıca bkz. Weßlau, a.g.m., s. 121.

<sup>2032</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 307; Satzger, a.g.m., s. 522; Hillenkamp, a.g.e., s. 83. Failin gerçekleştirdiği sınır aşımının azmettirene etkisine yönelik doktrinde, ihlal edilen hukuki değer kişisel nitelikte olup olmadığına göre ayırım yapılması gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür. Nitekim azmettirmeye konu suça ilişkin korunan hukuki değer kişisel nitelikte olmaması durumunda (hırsızlık, mala zarar verme suçları gibi) failin azmettirenin kastettiğinden farklı bir konu üzerinde suçu gerçekleştirmesi durumunda bu sınır aşımı azmettirenin ceza sorumluluğu bakımından önem arz etmeyecek ve azmettiren tamamlanmış suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte suçla korunan hukuki değer kişisel nitelikte olması durumunda (öldürme, yaralama gibi) farklı bir sonuca ulaşılması gerekir (Hillenkamp, a.g.e., s. 62). *Hillenkamp* sınır aşımı bakımından söz konusu görüşün bu sonucunu kabul etmekle birlikte, hedefte sapma bakımından ihlal edilen hukuki değer kişisel nitelikte olup olmadığından bağımsız olarak her zaman azmettirenin sorumluluğu bakımından esaslı bir değişiklik teşkil etmesi ve her durumda teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirmeden dolayı cezalandırılabilirliğin kabul edilmesi gerektiği görüşüne karşı çıkmıştır. Yazara göre söz konusu durumlar bakımından ayrı şekilde değerlendirme yapılmasının hukuki izahı ikna edici şekilde yapılamamıştır. Hillenkamp, a.g.e., s. 62-63.

işleyebileceği<sup>2033</sup> gibi, anlaşmaya uymakla birlikte başka bir suçu da işleyebilecektir<sup>2034</sup>. Bu nedenle suç tipini değiştiren sınır aşımalarının azmettirenine isnat edilemeyeceği belirtilmelidir. Azmettirilenin tamamen farklı bir suç işlemesi<sup>2035</sup> bakımından teşebbüs aşamasında kalan azmettirme gündeme gelirken, başka bir suçu daha işlemesi halinde bu yeni suç bakımından azmettirme kabul edilmez<sup>2036</sup>. Bu bağlamda değerlendirme yaparken, failin esas suçtan hangi aşamada saptığının da dikkate alınması gerektiğini ileri süren görüş, öldürme suçu bakımından icra aşaması kapsamında kalan mağdura silah doğrulttuğu anda ani bir kararla failin bir başkasını öldürmesi durumunda azmettirenin sorumluluğunun teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı değil, teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme suçuna azmettirmeden dolayı belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>2037</sup>.

<sup>2033</sup> Tamamen farklı bir suçu işlemesi durumunda Alman ceza hukuku doktrininde arka planda yer alanın sorumluluğunun teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Letzgus, a.g.e., s. 43.

<sup>2034</sup> Doktrinde niteliksel sınır aşımı olarak ifade edilmektedir (Letzgus, a.g.e., s. 43; Maurach, a.g.e., s. 688). Azmettirilen tarafından gerçekleştirilen sınır aşımını *Riemer* farklı şekilde tasnif etmiştir. Yazar gerçek sınır aşımı kapsamında aynı veya aynı türde hukuki değerlerin söz konusu olmasını değerlendirmekte iken (yaralama ve öldürme örneğini vermiştir); negatif sınır aşımı kapsamında failin azmettirenin kastettiğinden daha azını veya tamamen farklı bir fiili gerçekleştirmesini değerlendirmiştir. Riemer, a.g.e., s. 85 vd.

<sup>2035</sup> “Oluşa ve dosya içeriğine göre; olay günü saat 20:30 sıraları bir araya gelerek alkol ve uyuşturucu almaya başlayan sanıkların, yakında bakkal dükkanı işleten maktul Murat'ı işyerini kapatıp evine gitmek üzere iken yağmalamaya karar verdikleri ve suçta kullanılacak tabancanın sanık Yücel tarafından sanık Mustafa'ya teslim edildiği, sanıklar Mustafa ve Serkan'ın oradan ayrılarak maktulün gideceği güzergahta onu beklemeye başladıkları, sanık Yücel'in telefonla arayarak maktulün işyerinden çıktığını bildirmesi üzerine sanıklardan Mustafa'nın, babası Emin birlikte yaya olarak evlerine gitmekte olan maktule arkadan yaklaşarak kafasına yakın mesafeden bir el ateş ettiği, diğer sanık Serkan'ın ise içinde kredi kartları, para ve cep telefonu bulunan maktule ait çantayı aldığı, oğlunun vurularak yere düştüğünü gören Emin'in elindeki şemsiye ile sanık Mustafa'ya doğru yürümesi üzerine, sanık Mustafa'nın kaçmayı kolaylaştırmaya yönelik Emin'i korkutmak için iki el havaya ateş ettiği, daha sonra kendilerini beklemekte olan sanık Yücel'in yanına dönen sanıklardan Serkan'ın gasp ettiği çantayı, Mustafa'nın ise suçta kullandığı tabancayı Yücel'e verdiği, daha sonra da bir eğlence yerine giderek alkol alıp eğlendikleri, sanık Yücel tarafından sökülerek parçaları değişik yerlere atılan silahın parçalarının adı geçen sanığın yer göstermesi üzerine bulunduğu olayda; Sanık Yücel'in azmettirmesi üzerine, sanıklar Mustafa ve Serkan'ın fiil ve irade birliği içerisinde öldürme eylemini yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirdikleri...” Y1.CD, E. 2008/2463, K. 2010/5234, T. 6.7.2010, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 13.07.2019. Olayda azmettirenin nitelikli yağma suçuna ilişkin kastının bulunduğu söylenebilirse de öldürme suçuna ilişkin kastının bulunduğunu kabul etmek güçtür. Suça iştirak edenlerin üzerinde anlaşmaya vardıkları suç yağma suçudur. Bu suçun silahla işlenmesi nedeniyle meydana gelen en ağır neticenin doğrudan suça tüm iştirak edenlere kast sorumluluğu şeklinde isnat edilebileceği kabul edilemez. Bu durumda suça iştirak edenlerin öldürme fiiline yönelik kastının bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmesi gerekmekte olup, failde buna yönelik kastın bulunmasının şeriklerin sorumluluğuna etki edeceği şeklinde genel bir yargıya varılamaz.

<sup>2036</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 134; Kühn, a.g.e., s. 855; Schünemann, a.g.e., s. 2015; Riemer, a.g.e., s. 86-87.

<sup>2037</sup> Joecks, a.g.e., s. 1245.

İşlenmesi kararlaştırılan suç dışında başka bir suçun işlenmesi halinde örneğin, azmettiren faili sabıkalı bir hırsız olduğunu bilmesine rağmen mağduru dövmesi için azmettirmişse, failin mağdurun parasını çalacağını öngörse bile gerçekleşen diğer suçtan sorumlu olmaz<sup>2038</sup>. Zira azmettirme bakımından öngörebilirliğin kapsamının azmettirilen fiille ilişkili olması gerekir. Yağma suçuna azmettirilenin bunun yerine dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde azmettirenin dolandırıcılık suçundan dolayı sorumluluğu kabul edilemez<sup>2039</sup>. Tüm bu ihtimallerde de bunlara sebep olan şey faildeki kast değişikliği olduğundan ve azmettirenin istediği neticeyi sonuçlamadığından<sup>2040</sup> azmettiren sadece kendi kastı kapsamında kalan neticelerden sorumluluğunu koruyacak<sup>2041</sup>, bunun dışındakilerden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır<sup>2042</sup>. Bununla birlikte azmettirenin işlenen fiil bakımından olası kastı bulunuyorsa, sorumluluğu mümkündür<sup>2043</sup>. Buna karşılık fail azmettirenin onu sevk etmek istediği suça göre daha az haksızlık içeriğine sahip başka bir suçu işlerse bu durumda sadece gerçekte işlenen suça tamamlanmış azmettirme ve (cezalandırılabilir olduğu sürece) teşebbüs aşamasında

<sup>2038</sup> Hakeri, a.g.m., s. 88.

<sup>2039</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 165. Bununla birlikte *Montenbruck* benimsemiş olduğu yaklaşımı çerçevesinde aynı hukuki değere yönelik suçlar kapsamında kalmak şartıyla örneğin hırsızlık suçuna azmettirilmiş failin malvarlığına yönelik farklı bir suçu işlemesi halinde de azmettirenin sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmektedir (Montenbruck, a.g.m., s. 344). *Ingelfinger* ise sadece yakın ilişkili suç tiplerinin söz konusu olması halinde azmettirme sorumluluğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir. Ancak böyle bir istisna halinde söz konusu durumun sınır aşımı teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir (Ingelfinger, a.g.e., s. 101). Bununla birlikte konuya farklı bir bakış açısı ile yaklaşan *Roxin*'e göre, sınır aşımı aynı suç tipi kapsamında haksızlığın türü ve niceliği ile ilişkiliyse ayırım yapılması gerekir. Fail, azmettirenin kendisinden istediğinden farklı bir fiili gerçekleştirirse, icra edilen fiilin hukuki değere zarar verme ve saldırının türüne göre hâlâ azmettirme kapsamında kalıp kalmadığı belirleyicidir. Eğer kapsam dâhilindeyse azmettirme varlığını devam ettirir ancak değilse, arka plandaki kişinin aşan kısım bakımından azmettiren olarak sorumluluğu bulunmaz (Roxin, a.g.e. (AT), s. 166). Aynı yönde Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., s. 309.

<sup>2040</sup> Letzgus, a.g.e., s. 43; Önder, a.g.e., s. 450-451. *Önder* niceliksel sınır aşımı bakımından ise asli failin sorumlu olduğu neticeden suça iştirak edenlerin de sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir. Önder, a.g.e., s. 451.

<sup>2041</sup> Taner, a.g.e., s. 533.

<sup>2042</sup> Letzgus, a.g.e., s. 44; Hillenkamp, a.g.e., s. 53; Schünemann, a.g.e., s. 2015-2016. Bununla birlikte Yargıtay, özellikle kasten yaralama sonucu ölümün meydana geldiği suç bakımından kasten yaralamaya azmettiren için azmettirdiği suçun en ağır şeklinden dolayı sorumluluk belirlemektedir. Bunun, gerçekleşen neticeden dolayı objektif olarak sorumlu tutulmak anlamına geldiği görüşü için bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, "Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma (TCK m. 87/4)", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 801- 814, s. 813.

<sup>2043</sup> Akbulut, a.g.e., s. 645. Yazar, örnek olarak hırsızlık fiiline azmettirenin, fiilin yağmaya dönüşme ihtimalini kabulleniyorsa yağmadan azmettiren olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Akbulut, a.g.e., s. 645. Taksirinin bulunup bulunmadığına yönelik değerlendirme yapılması gerektiği görüşü için Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 602.

kalan azmettirme ile fikri içtima ilişkisi mevcuttur<sup>2044</sup>. Yağma suçuna azmettirilen failin hırsızlık suçunu işlemesinde durum böyledir<sup>2045</sup>.

Belirtilmelidir ki, fiilin haksızlık içeriğinde farklılık ortaya çıkarmayan durumlara ilişkin sapmalar, arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumluluğu bakımından değerlendirmede de dikkate alınmaz<sup>2046</sup>. Nitekim suçun haksızlık içeriğine etki etmeyen ve daha fazla cezalandırma sebebi teşkil etmeyecek değişiklikler bu niteliktedir. Buna karşılık, azmettirilen kasıtlı olarak bir başkasına karşı suçu işlerse, haksızlık içeriğine etki eden bir durumun bulunduğu sonucuna varılır<sup>2047</sup>. Failin başlangıçtaki suç planını suçun icrası sırasında kasten değiştirmesi azmettirenin bilgisi dâhilinde de olabilir. Nitekim suça ilişkin hareket gerçekleştirilirken azmettirenle eş zamanlı kurulan iletişim sayesinde mevcut plandan sapma bu kapsamdadır. Yine azmettirilenin daha iyi bir netice elde etmek amacıyla başlangıçta planın etrafında şekillendiği suçun konusunu değiştirmesi azmettiren bakımından öngörülemez olmadığı sürece azmettirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>2048</sup>. Failin suçun icra ediliş şekline ilişkin değişiklikler halinde azmettirenin sorumluluğu devam eder. Nitekim suçun belirlenen günden veya yerden farklı bir zaman ve yerde işlenmesi hali bu kapsamdadır<sup>2049</sup>. Ayrıca fiile ilişkin motiv değişikliği halinin azmettirme üzerinde etkisi bulunmaz. Bir terör hareketine gelir sağlamak amacıyla banka soygununa azmettirilen kişinin bankayı soyduktan sonra tüm paraları alarak yurt dışına kaçması azmettirenin sorumluluğunun varlığına engel değildir<sup>2050</sup>. Bununla birlikte suç konusunun değişikliği söz konusuysa, örneğin, (A) tarafından (B)'yi öldürmesi için azmettirilen (C)'nin sonradan karar değiştirerek (D)'yi öldürmesi halinde (D)'nin ölümünden dolayı (A)'nın sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>2051</sup>. (A)'nın azmettirme hareketinin (D) bakımından korunan hukuki değere yönelik bir saldırısı bulunmamaktadır. (B)'ye karşı azmettirme hareketinin haksızlığının ise ancak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin yaptırım altına alındığı sistemlerde cezalandırılması söz konusu olabilir. Bununla birlikte bu sonuç arka plandaki kişi

<sup>2044</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 562.

<sup>2045</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 166.

<sup>2046</sup> Kühn, a.g.e., s. 855; Geppert, a.g.m. (1997), s. 359; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 567.

<sup>2047</sup> Heinrich, a.g.e., s. 580; Geppert, a.g.m. (1997), s. 359.

<sup>2048</sup> Puppe, a.g.m., (GA 1984), s. 120.

<sup>2049</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 164.

<sup>2050</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 165.

<sup>2051</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 165.



tarafından mağdurun kimliği bakımından bir belirlemeye gitmediği durumlar açısından geçerli değildir. Belli bir gruba mensup kişilerden birisinin öldürülmesine yönelik azmettirme halinde azmettirenin tasavvurundan farklı bir kişi üzerinde fiil gerçekleşse de azmettiren olarak sorumluluğu vardır<sup>2052</sup>.

Failin sınır aşımına yönelik kastının bulunmaması halini ortaya çıkaran durumlar ise fiilin hedefte sapma teşkil etmesi veya neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardır (kast-taksir kombinasyonu)<sup>2053</sup>. Failin sınır aşımı neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarla doğrudan ilişkilidir. Nitekim temel suç tipi bakımından kasten bununla birlikte gerçekleşen ağır netice bakımından en azından taksirle hareket edenin gerçekleştirdiği fiil aslında sınır aşımıdır<sup>2054</sup>.

## 1. Hedefte Sapma

Hedefte sapmada<sup>2055</sup>, fail, hedeflediği konu üzerinde değil, suçun işlenmesinde kullanılan aracın yetersizliği veya aracı gerektiği gibi kullanamaması nedeniyle ya da

---

<sup>2052</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 165.

<sup>2053</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda gerçekleşen ağır netice bakımından da kasten hareket etmesi halinde failin bilinçli olarak sınır aşımı söz konusu olur. Bkz. yuk. s. 333.

<sup>2054</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 309.

<sup>2055</sup> Hedefte sapmanın hukuki niteliğine yönelik doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Yakın zamana kadar özellikle hata kurumu ile ilişkilendirilerek ilgili kurumu bu bağlamda izah çabaları önem arz etmektedir. Hedefte sapma ile suçun konusunda hata ayırımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Backmann, a.g.m., s. 113 vd.; Roxin Claus, "Rose-Rosahl redivivus", *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1992, ss. 289-301, s. 293 vd. Bu yönde öne çıkan yaklaşım, hedefte sapmayı nedensel süreçte hata şeklinde ele almıştır. Bu bağlamda failin hedefte sapması ne tipiklik unsurlarında hatadır ne de suçun konusu üzerinde hatadır. Aksine nedensel süreçte hatayı içerir. Letzgus, a.g.e., s. 54; Backmann, a.g.m., s. 115; Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 165; Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 14 vd. Failin kastının suçun neticesinin dışında bu neticeye yol açan nedensel süreci de kapsamaya gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu, farklı çıkış noktalarıyla savunulmaktadır. Bir kısmı hedefte sapmayı doğrudan doğruya nedensellik sapmasına ilişkin genel kurallara göre esaslı bir nedensellik hatası olarak açıklarken, bazıları ise hedefte sapmayı dikkate almak için bu kurallarda değişiklik yapmayı gerekli görmektedir. *Welzel* nedensel sapmaya ilişkin genel kuralı hedefte sapmada kullanarak şu sonuca varmıştır: Burada, öngörülebilir olduğu için, esaslı olmayan bir hata söz konusudur (*Welzel*, a.g.e., s. 73). Esaslı ve esaslı olmayan nedensellik hatası arasındaki ayırımın tek ölçütü ve genel geçer bir kriter olarak sunulan sapmanın öngörülebilirliğine dayanılırsa *Welzel*'in de vardığı sonuç olan hedefte sapmanın kural olarak esaslı olmayan bir hata olduğu ortaya çıkar. Failin dikkatini saldırının isabet ettiği mağdur hiç çekmemiş olsa bile suçta kullandığı aracın etki alanında başka mağdurların da bulunabileceğinden hareketle, sorumlu tutulabilmelidir (*Welzel*, a.g.e., s. 73). Ayrıca bkz. Backmann, a.g.m., s. 116. *Welzel* tarafından ileri sürülen görüşün final hareket teorisi ile bağdaşamayacağı görüşü için bkz. Bemmman, a.g.m. (MDR 1958), s. 819. Bu yaklaşıma karşı çıkan bir görüş de hedefte sapmada, nedensellik bağında hatadan farklı olarak kastın yönelik olduğu neticenin ortaya çıkmadığını belirterek eleştiri getirmiştir. Leu, ZStR 2014, s. 387 vd. 'dan aktaran Mustafa Ruhan Erdem, "Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan*, C. 21, Özel S., 2019, ss. 43-68, s. 55. Hedefte sapmanın nedensel süreçte hata olarak değerlendirilmesi bugünkü öğretilerde çelişkilidir. Modern haksızlık öğretisinde uzun zamandır nedensellik en azından

başka bir nedenle hedeflediğinden farklı bir konu üzerinde fiili gerçekleştirmektedir.<sup>2056</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere sapmanın karakteristik özelliği kastın oluşumundan sonra, icra sırasında ortaya çıkan dışsal faktörlerin etkisiyle farklı bir konu üzerinde fiilin gerçekleşmesidir.<sup>2057</sup>

Fail tarafından gerçekleştirilen hedefte sapmanın ortaya çıkan netice(ler) bakımından ne şekilde değerlendirileceği azmettirenin ceza sorumluluğu bakımından<sup>2058</sup> da önem taşımaktadır. Hedefte sapma bakımından hedeflenen ve isabet ettirilen konunun eşdeğer olmaması halinde hedeflenen suç bakımından teşebbüs ve gerçekleşen suç bakımından taksir sorumluluğunun fikri içtima ilişkisi<sup>2059</sup> çerçevesinde geçerli olacağı kabul edilmekteyken<sup>2060</sup>; konuların hukuki eşdeğerliliği söz konusu olduğunda farklı yaklaşımlar ileri sürülmektedir.<sup>2061</sup> Doktrinde somutlaştırma teorisi olarak adlandırılan görüşe göre<sup>2062</sup>, burada da hedeflenen fakat fiilin üzerinde gerçekleşmediği konuya ilişkin teşebbüs aşamasında kalan suç ve isabet eden konu bakımından taksirli ihlal fikri içtima (fiil tekliği) bağlamında kabul edilmelidir.<sup>2063</sup> Zira fail herhangi bir neticeyi

---

faillik kapsamında suçun gerçekleşmesi alanında merkezi isnat kategorisi olarak geçerli değildir. Modern haksızlık öğretisi birinin cezalandırılabilir bir neticeyi gerçekleştirmesinde görülmez. Bilakis birinin, hareketiyle belirli bir hukuki değere yönelik bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin neticede gerçekleşmesinde ortaya çıkar (Weßlau, a.g.m., s. 126). Türk ceza hukuku bakımından failin ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin TCK'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gerekçede, bu husus "hedefte sapma halinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtima kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur" şeklinde ifade edilmiştir (Erdem, a.g.m. (2019), s. 54). Bununla birlikte eski TCK'da konuya ilişkin düzenlemenin bulunduğu ilişkin açıklama için bkz. Fulya Eroğlu, "Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan*, C. IX, S. 2, 2012, ss. 633-657, s. 636 vd. Sapmanın hata kurumu ile açıklanamayacağı ve bir hata türü olarak kabul edilemeyeceğine yönelik görüş için bkz. Eroğlu, a.g.m., s. 634.

<sup>2056</sup> Erdem, a.g.m. (2019), s. 52; Winkelbach, a.g.e., s. 18.

<sup>2057</sup> Eroğlu, a.g.m., s. 634.

<sup>2058</sup> *Weßlau*, burada azmettirme hareketinin sapma sonucunda meydana gelen netice bakımından ortaya çıkardığı tehlike kapsamında konuyu ele almıştır. Yazara göre, sapan fiilî süreç ne kast problemi ne de özel bir şeriklik problemi teşkil eder. Burada azmettiren tarafından ortaya konan, norma ilişkin tehlikenin eksik olduğu bir problem olarak ortaya çıkar. Esasında fail azmettirme kapsamındaki fiil bağlamında örneğin suç aracından suça konu objeden veya neticeden saptığında önem arz eden failin azmettiren tarafından yaratılan riski ne ölçüde gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. *Weßlau*, a.g.m., s. 126.

<sup>2059</sup> Bununla birlikte burada gerçekleşen neticeye ilişkin taksirin cezalandırılabilir olduğuna kanunda açıkça yer verilmiş olması gerekir. Aksi halde sadece hedeflenen netice bakımından teşebbüs nedeniyle cezalandırma söz konusu olur. Erdem, a.g.m. (2019), s. 57.

<sup>2060</sup> Erdem, a.g.m. (2019), s. 54; Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 430; Winkelbach, a.g.e., s. 20.

<sup>2061</sup> Backmann, a.g.m., s. 114.

<sup>2062</sup> Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, a.g.m. (2019), s. 55-56.

<sup>2063</sup> Erdem, a.g.m. (2019), s. 53; Gropp, a.g.m., s. 60-61. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, hedeflenen ile gerçekte meydana gelen fiilin yöneldiği konular bakımından fail hedeflediğinden farklı konu üzerinde fiilin gerçekleşebileceğini öngörüyor ve kabulleniyorsa olası kast kapsamında sorumluluğu söz

gerçekleştirmesi nedeniyle olmayıp, kendisinin ortaya çıkardığı rizikoyu bilmesi ve somut olarak gerçekleşen neticede fiili nedensellik süreci aracılığıyla öngörmesi nedeniyle sorumludur<sup>2064</sup>. Böylelikle somutlaştırılmış konu üzerinde fiilin gerçekleşip gerçekleşmediği belirleyicidir.

Doktrinin bir kısmı<sup>2065</sup> bu yaklaşımın yerine isabet ettirilen konuya ilişkin tamamlanmış kasten işlenen suçtan dolayı cezalandırmayı kabul etmektedir. Eşdeğerlik teorisi şeklinde adlandırılan bu yaklaşıma göre<sup>2066</sup>, isabet ettirilen konu da hedeflenen konu ile (aynı türe dâhil olduğundan) hukuk tarafından aynı ölçüde korunmaktadır. Ceza hukuku suçun konusunun kişisel özelliklerini sorgulamadığından, failin kastının gerçekte isabet ettirilen bakımından tür unsurunu kapsamı yeterli olmak zorundadır. Türe aitliğe ilişkin bilme kast için yeterlidir<sup>2067</sup>. Aslında fail isabet ettirilen konuyu en azından tür olarak tasavvur etmektedir. Bu nedenle isabet ettirmek istediğinin ve suç iradesinin karşısında yer alan bir netice meydana gelmemektedir<sup>2068</sup>. Böylelikle bu yaklaşım suçun konusunda hatada olduğu gibi failin hedefte sapmasını önemsiz/esaslı olmayan şekilde değerlendirmektedir<sup>2069</sup>.

Doktrinde bir görüş ise hedefte sapma bakımından korunan hukuksal değer niteliğine göre<sup>2070</sup> farklı sonuçlara ulaşmıştır. *Hillenkamp* kısmen eşdeğerlik teorisinden

---

konusu olur. Burada sapmadan söz edilemez. Erdem, a.g.m. (2019), s. 53. Benzer yönde Hakeri, a.g.m., s. 88.

<sup>2064</sup> Erdem, a.g.m. (2019), s. 56.

<sup>2065</sup> Welzel, a.g.e., s. 73; Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 310 vd.

<sup>2066</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 21 vd.

<sup>2067</sup> Backmann, a.g.m., s. 114. Ayrıca bkz. Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 1-2; Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 314.

<sup>2068</sup> Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 312. Yazar ayrıca kast için fiile ilişkin konunun tür unsuru bakımından yeterli olması şeklindeki görüşünü desteklemek için suç seyrine yönelik tüm ayrıntının kast kapsamında bulunmasının her durumda mümkün olamayacağına vurgu yapmıştır. Loewenheim, a.g.m., s. 313.

<sup>2069</sup> Erdem, a.g.m. (2019), s. 55. Görüşe yönelik eleştiri için bkz. Winkelbach, a.g.e., s. 30-31. Yazar bazı suçlar bakımından korunan hukuki değere ilişkin konunun sadece belirli bir hukuki değere karşılık geldiğini, öldürme suçunda konunun insan hayatı olması ve burada hukuki değere yönelik saldırının insan hayatına yönelik saldırıya karşılık gelmesi, böyle durumlarda ilk bakışta hukuki değer taşıyıcısının kim olduğunun ihlal edilen hukuki değer bakımından önem arz etmediği sonucunun ortaya çıktığını belirtmiştir. Bununla birlikte yazar ceza hukuku korumasının öncelikle her bir insana yönelik hukuki değerlerin somut olarak vücut bulmuş haline ilişkin olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle belirli bir kişi ile ilişkili suç kararının aynı kapsamda farklı kişileri de kapsamı gerektiği yaklaşımı isabetli değildir. Eşdeğerlik, ceza hukuku koruması garantisinin ölçütü bakımından bir ibare olarak dikkate alınabilir. Ancak bu, (A)'ya yönelen kastın (B)'yi de kapsayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Winkelbach, a.g.e., s. 31.

<sup>2070</sup> Aynı suç kapsamında birden fazla hukuki değer söz konusu olduğu suçlar bakımından konunun ele alınmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Hillenkamp, a.g.e., s. 118 vd.

farklılaşmakla birlikte esas olarak bu temel üzerine yaklaşımını gerekçelendirmiştir<sup>2071</sup>. Nitekim fiil ile hedeflenen konu ve gerçekleşen fiile ilişkin konu, eğer fiil en yüksek kişisel nitelikte olmayan bir hukuksal değere aitse (örneğin hırsızlık, mala zarar verme vs.), failin kast sorumluluğu bakımından etki etmez. Çünkü fiilin haksızlığı spesifik bireysel alana zarar verilmesinden kaynaklanmadığı için, niteliksel olarak farklı bir haksızlığın gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Sadece niceliksel olarak bir haksızlık değişikliği ortaya çıkabilir. Bununla birlikte en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler (yaşam, beden bütünlüğü, özgürlük vs.) söz konusu olduğunda, bunlara yönelik ihlali içeren fiilin değersizliği ilgili mağdurla somutlaşmaktadır. İlgili hukuki değer muhatabının kişiliğine içkin durumda olduğundan, fiil hedeflenen konu dışında bir başka konu üzerinde gerçekleşirse, eşit değerde bir haksızlık değil tamamen farklı bir haksızlık ortaya çıkar<sup>2072</sup>. Şeklî olarak aynı suç tipi kapsamında kalsa bile maddi olarak farklı bir haksızlığı gündeme getirmektedir<sup>2073</sup>. Sonuç olarak, hedefte sapma sadece en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerler bakımından önem arz etmektedir<sup>2074</sup>.

Failin hedefte sapması suça iştirak açısından ele alındığında<sup>2075</sup> konu sadece tipikliğin sübjektif unsuru ile sınırlı kalmamaktadır. Zira suça iştirak öğretisi içinde iştirak türlerinin özellikleri, şerikliğin bağlılığının esası da önemlidir<sup>2076</sup>. Şeriklik, faillik niteliğindeki diğer iştirak türlerinden bağlılık kuralı kapsamında farklılık gösterdiğinden hedefte sapma<sup>2077</sup> bakımından dikkate alınması gereklidir. Bununla birlikte azmettirilenin

---

<sup>2071</sup> Yazar, bu yaklaşımını maddi eşdeğerlik teorisi (*materiellen Gleichwertigkeitstheorie*) olarak adlandırmıştır. Hillenkamp, a.g.e., s. 85 vd. Yazar, türe göre suça ilişkin konuya yönelik tasavvurun bulunmasının kast bakımından yeterli olduğunu belirtmiştir. Hillenkamp, a.g.e., s. 88.

<sup>2072</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 113 vd.

<sup>2073</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 125.

<sup>2074</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 113 vd.

<sup>2075</sup> Çalışmada hedefte sapma bağlamında azmettirme bağlı bir şeriklik türü olarak dikkate alınacaktır. Bu nedenle ikilik sistemi çerçevesinde değerlendirmede bulunulacak olup, tek faillik sistemi bağlamında inceleme yapılmayacaktır.

<sup>2076</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 49.

<sup>2077</sup> Konuya ilişkin olarak doktrinde bir görüş de failin hedefte sapması halinde öncelikle tek neticeli hedefte sapmanın mı yoksa çok neticeli hedefte sapmanın mı bulunduğu dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Eğer tek neticeli hedefte sapma varsa bu durumda taksirli suça iştirak söz konusu olmayacağı için azmettirenin sorumluluğundan bahsedilemez. Eğer çok neticeli hedefte sapma varsa, bu durumda diğer neticelerin taksirle mi olası kastla mı olduğu dikkate alınacaktır. Taksirli bir suç söz konusuysa burada yine azmettirenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Eğer diğer netice bakımından fail olası kastla hareket ettiyse azmettirenin kastı dışında gerçekleşen bir suç söz konusu olacağı için, sorumlu tutulamaması gerekir. Ancak olay yeri, kullanılan araç, birlikte yapılan suç planları dikkate alındığında azmettiren bakımından da olası kast tespit ediliyorsa azmettirenin gerçekleşen neticeden sorumluluğu gerekir (Mahmutoğlu, a.g.m., s. 106). Ayrıma yönelik değerlendirme için bkz. Eroğlu, a.g.m., s. 635.

hedefte sapmasının azmettirenine yönelik etkisi sadece bağıllık kuralı çerçevesinde değerlendirilebilecek bir konu değildir<sup>2078</sup>.

Doktrinde failin hedefte sapması bakımından ileri sürülen yaklaşımlar, suça azmettiren olarak iştirak edenin sorumluluğunun tespiti bakımından da değerlendirmede bulunmuşlardır. Hedefte sapmada suçun konusunun eşdeğer olması durumunda meydana gelen netice failin kastı kapsamında değerlendirilebiliyorsa azmettirenin sorumluluğunun da kabul edilmesi bakımından bağıllık kuralı engel teşkil etmez<sup>2079</sup>. Doktrinde eşdeğerlik teorisi (*Gleichwertigkeitstheorie*) şeklinde nitelendirilen bu görüşe göre, azmettirilenin hedefte sapması azmettirenin sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olmaz. Diğer bir ifadeyle failin azmettirilen konudan farklı bir konu üzerinde fiili gerçekleştirmiş olması azmettiren bakımından önemsizdir. Bununla birlikte doktrinde farklı yönde görüş, failin hedefte sapmasının azmettiren bakımından hedefte sapma olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>2080</sup>. Bu bağlamda azmettiren için hedeflenen suç bakımından teşebbüs sorumluluğu, bununla birlikte gerçekleşen suç bakımından taksir sorumluluğunun incelenmesi gerekecektir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması bağıllık kuralının niceliksel şartını gerçekleştirdiğinden buna ilişkin sorun ortaya çıkmaz. Buna karşılık, azmettirme bakımından bağıllık kuralının niteliksel şartı kapsamında kasten işlenen suça azmettirme söz konusu olabileceği için taksirli fiile azmettirmeden dolayı azmettiren sorumlu tutulamaz<sup>2081</sup>. Diğer bir ifadeyle azmettirenin kastettiğinin dışında

---

<sup>2078</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 60-61.

<sup>2079</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 61. Bu yönde ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 671; Özkan, a.g.e., s. 154.

<sup>2080</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 61.

<sup>2081</sup> Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 430. *Özen* taksirli suça iştirakin mümkün olmadığını belirtmekle birlikte azmettirenin gerçekleşen netice bakımından sorumluluğuna gidileceğini kabul etmiştir (Özen, a.g.e., s. 868). Benzer yönde Yargıtay kararı için; "...Sanık E.'in 'olası kastla yaralama' suçundan kurulan hüküm yönünden, Sanığın, diğer sanıkları azmettirdiği ve eylem için plan yapıldığı sırada, mağdur M.'nin da olay sırasında maktul M.'nin yanında olabileceğini *öngörmesinin beklenemeyeceği* ve suçun işlendiği yerin özellikleri de dikkate alındığında, unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi, (...) Y. 1. CD, E. 2012/4489, K. 2013/1435, T. 26.2.2013, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 16.07.2019.

meydana gelen suç bakımından azmettirenin sorumluluğu<sup>2082</sup> en azından olası kastı varsa mümkündür<sup>2083</sup>.

Son olarak gerçekleşen fiil, suçun işleniş şeklinde veya suçun gerçekleşeceği yerde ya da zamanda azmettirenin tasavvurundan sapma teşkil ederse bu husus esaslı olmayan bir sapma olarak kabul edilmelidir<sup>2084</sup>. Azmettiren fiil hâkimiyetine sahip olmadığından ve fiilin icrasını faile bıraktığından, suçun karakteri bakımından değişiklik arz etmeyen suçun işlenme şekline ilişkin değişiklikler azmettiren için de önemsizdir<sup>2085</sup>.

## 2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar

Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya farklı bir neticeye sebep olması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan söz edilir<sup>2086</sup>. Bu tür suçlar tipikliğin subjektif unsuru olarak kast ve taksir bakımından farklı varyasyonları içeren suçlardır<sup>2087</sup>. Temel suç tipinin kasten işlenmesi halinde meydana gelen ağır veya farklı neticeye yönelik kast bulunabileceği gibi taksir de bulunabilir<sup>2088</sup>. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar sadece failin sorumluluğu bakımından önem arz etmemekte, iştirak halinde işlenen suçlar bakımından da suça iştirak eden diğer kişilerin sorumluluklarının tespitinde ön plana

<sup>2082</sup> Sapma halinin azmettirene karşı gerçekleşmesi diğer bir ifadeyle azmettirenin mağdur olması halinde ise fail yine sorumlu olmakla birlikte azmettireni yasal hükümler çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün gözükmemektedir (Mahmutoğlu, a.g.m., s. 107). Bu aynı zamanda şerikliğin cezalandırılma nedeni olarak bağlılığa dayanan hukuki değer ihlalinin benimsenmesinin de sonucudur. Azmettiren bakımından sadece teşebbüs aşamasında kalan şeriklik değerlendirmesi yapılabilir ancak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı da sorumluluk doğmaz. Buna TCK'da yer verilmemiştir.

<sup>2083</sup> Akbulut, a.g.e., s. 646. Failin işlediği fiilin azmettirenin tasavvurundan esaslı sapma teşkil etmesi durumunda ve azmettirenin somut olarak mümkün görmemesi ihtimalinde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeyi kabul eden *Joecks*, azmettirenin bu sapmayı somut olarak mümkün görmesi durumunda gerçekte işlenen suça yardım eden olarak sorumlu olacağını belirtmiştir (*Joecks*, a.g.e., s. 1242).

<sup>2084</sup> *Joecks*, a.g.e., s. 1242. *Baumann*, aynı mağdura ait olmak şartıyla fail tarafından azmettirenin kastettiğinden farklı bir şeyin çalınmasını esaslı olmayan bir sınır aşımı olarak kabul ederken; hırsızlık suçunun farklı bir kişiye karşı işlenmesini esaslı bir sınır aşımı olarak nitelendirmiştir (*Baumann*, a.g.m. (JuS 1963), s. 135).

<sup>2085</sup> *Hillenkamp*, a.g.e., s. 53.

<sup>2086</sup> *Koca/Üzülmez*, a.g.e., s. 241; *Zafer*, a.g.e., s. 342.

<sup>2087</sup> *Cristoph Sowada*, "Das sog. 'Unmittelbarkeits'- Erfordernis als Zentrales Problem erfolgsqualifizierter Delikte", *JURA*, 1994, ss. 643-652, s. 644.

<sup>2088</sup> Temel suç tipi taksirle gerçekleşip, ağır veya farklı neticenin taksirle gerçekleşmesi durumu da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında ele alınmaktadır. TCK md. 89 düzenlemesi bu nitelikteki neticesi sebebiyle ağırlaşan suça örnektir. Bununla birlikte taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanması kabul edilmediğinden, bu konu kapsam dışıdır. Nitekim neticesi sebebiyle ağırlaşan suçları yasal düzenlemeyi göz önünde bulundurarak üçe ayıran *Gössel*, taksir-taksir kombinasyonu şeklinde gerçekleşen suçların da neticesi sebebiyle ağırlaşan suç kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, suça iştirak kapsamında fail tarafından kasten gerçekleştirilen esas fiil gerekliliği nedeniyle bu bağlamda ele alınamayacağını belirtmiştir (*Gössel*, a.g.m., s. 223). Ayrıca bkz. *Akbulut*, a.g.m., s. 199; *Taşkın Kapusuzoğlu*, a.g.e., s. 150.

çıkılmaktadır. Bağlı bir iştirak şekli olarak azmettirme için konu aynı zamanda azmettirilenin sübjektif tipiklik unsuru ile beraber değerlendirmeyi gerektirir. Sorun, azmettirilenin sevk edildiği fiili azmettirme kastına uygun şekilde gerçekleştiremediği durumlara ilişkindir. Nitekim kasten yaralama suçu bakımından azmettirilen birinin hareketi ölüm neticesini ortaya çıkardığında, azmettirenin sorumluluğu bakımından dikkate alınması gereken farklı kıstasların devreye girmesi kaçınılmazdır<sup>2089</sup>.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kapsamında şerik sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiğine yönelik olarak farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, meydana gelen ağır neticeden dolayı suça şerik olarak katılanların kastı bulunmaması halinde sorumluluklarından söz edilemeyecektir. Zira şerik, kastı kapsamında meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilir<sup>2090</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, neticeye yol açan sebepler bakımından bir ayırım öngörülemediğinden hareketle gerçekleşen ağır netice için şeriklerin de, kastı olmasa dahi, sorumlu olması gerekir. Daha ağır netice bakımından da şeriklerin gerçekleştirdikleri hareketin etkisi bulunmaktadır. Eşdeğerlik teorisine dayanan bu yaklaşım<sup>2091</sup> sonuç olarak daha ağır netice bakımından şerikler açısından objektif sorumluluk şeklinde değerlendirme yapmaktadır<sup>2092</sup>. Söz konusu iki yaklaşım meseleyi, dikkate aldıkları esaslar çerçevesinde tartışmaya mahal bırakmaksızın sonuca bağlamaktadır.

Bununla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar kapsamında şeriklerin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ayırım yapılması gerektiğini belirten görüş, gerçekleşen ağır neticeye yönelik taksirinin bulunması kriterini esas almaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suç özel netice bakımından en azından taksir sorumluluğu gerektirdiği için, kasten gerçekleştirilen özel netice söz konusu olduğunda da bu kapsamda ele alınmaktadır<sup>2093</sup>. Bu şekli, aslında suça iştirak bağlamında ceza sorumluluklarının tespiti

---

<sup>2089</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 513. Yazar konuya ilişkin şu örneği vermiştir: “(A), (B)’yi soygun amacıyla (C)’nin evine gönderse ve eline de bir silah verse; (B), ev sahibinin uyanması ve çığlık atmaya başlaması üzerine, silahını ateşlemek suretiyle onu öldürmesinde, azmettiren ve silahı veren (A)’nın, *‘ben silah kullanmasın dedim; ama her ihtimale karşı da silah verdim’* demesi, eğer bu netice şeriklere isnat edilebilir ise onların sorumluluğunu kaldırmaz.” Demirbaş, a.g.e., s. 513.

<sup>2090</sup> Bu görüşü savunanlar için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 488.

<sup>2091</sup> Bu kapsamda eski Alman düzenlemesine ilişkin bkz. Sowada, a.g.m., s. 644.

<sup>2092</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 490.

<sup>2093</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından şekli-maddi ayırımı esas alan yaklaşım, gerçekleşen daha ağır netice bakımından en azından taksir sorumluluğunun gerektiği suçları şekli neticesi sebebiyle ağırlaşan suç kapsamında değerlendirirken; bu neticenin sadece taksirle gerçekleştirilmesini şart koşan neticesi sebebiyle ağırlaşan suçları ise maddi olarak nitelemektedir (Hans Joachim Hirsch,

bakımından daha kolay çözüm bulmaktadır<sup>2094</sup>. Böyle bir ihtimalde daha ağır neticeye yönelik de kast arandığından iştirak kapsamında azmettirme mümkündür. Diğer bir ifadeyle, gerçekleşen özel netice bakımından hem suça yönlendirenin hem de failin kasten hareket etmesi halinde azmettirmenin kabulü bakımından sorun bulunmamaktadır<sup>2095</sup>. Belirtilen sonuç, ancak özel neticeye yönelik kastın varlığını neticesi sebebiyle ağırlaşan suç yapısının içinde bulunduran durumlar bakımından geçerlidir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun ancak özel neticeye ilişkin taksirin varlığı halinde ortaya çıktığı durumlar bu kapsamda değildir.

Bu bağlamda kasten işlenen esas fiilin taksirli bir neticeye sebep olması şeklinde karakterize edilen ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların klasik şeklini oluşturan<sup>2096</sup> hali sorun teşkil etmektedir (örneğin, kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunda kasten yaralamanın yanında en azından taksirle neden olunan netice eklenir). Çünkü azmettirme ve yardım etme sadece kasten işlenen suçlarda mümkün olabilir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve kast-taksir kombinasyonları maddi olarak taksirli fiil olmalarına rağmen hukuki sonuçları bakımından kasten gerçekleşen fiille eşdeğer kabul edildiğinde ancak bu tür suçlara şerikliğin mümkün olduğunun kabulünü gerekli kılmaktadır<sup>2097</sup>. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda bu durum hem şeriki açıkça adlandıran md. 18'in<sup>2098</sup> hem de md. 11'in lafzından ortaya çıkmaktadır<sup>2099</sup>. Bu düzenlemelere göre hareket bakımından kastı şart koşan tipiklik gerçekleştiğinde, bununla birlikte neden olunan özel netice bakımından taksir yeterli olduğunda da kasten işlenmiş bir suç söz

---

“Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts”, *GA*, 1972, ss. 65-78, s. 65). Ayrıca bkz. Riemer, a.g.e., s. 85-86. Söz konusu ayırım Türk doktrininde gerçek-görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suç şeklinde *Koca/Üzülmez* tarafından ifade edilmektedir (Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 244 vd.). Bununla birlikte gerçek-görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından gerçekleşen özel neticenin temel suçun daha ağır şeklini içermesi durumunda gerçek, buna karşılık temel suçtan farklı bir suç içermesi halinde görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suç ayırımı da yapılmaktadır (Zafer, a.g.e., s. 346 vd.).

<sup>2094</sup> Gössel Karl Heinz, “Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB”, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, ss. 219-239, s. 224.

<sup>2095</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 309.

<sup>2096</sup> Sowada, a.g.m., s. 644.

<sup>2097</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 608; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 223; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 599.

<sup>2098</sup> *Gössel* ilgili düzenlemenin şerikin taksirli davranışı nedeniyle daha fazla ceza tehdidine maruz kalma ihtimalini barındırdığını belirtmiştir. Gössel, a.g.m., s. 219.

<sup>2099</sup> Joecks, a.g.e., s. 1248; Köhl, a.g.e., s. 902; Sowada, a.g.m., s. 643.



konusudur<sup>2100</sup>. Böyle bir durumda şerik için de<sup>2101</sup> ağır neticeye ilişkin taksir isnadiyeti yapılmalıdır<sup>2102</sup>. Belirtmelidir ki, gerçekleşen ağır netice bakımından failin taksirinin bulunup bulunmadığı azmettiren ile ilişkin taksir değerlendirmesinde önemli olmayacaktır<sup>2103</sup>. Ağır neticeye yönelik en azından taksir sorumluluğunun bulunmasının anlamı, suça katılanlar bakımından meydana gelen neticeyi önlemek için gerekli olan dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaları gerektiğidir<sup>2104</sup>.

Kast-taksir kombinasyonunda taksirli kısım bakımından azmettirmenin kabul edilmesi gereği, taksirli kısmın bir kusur türü olarak ele alındığı ihtimalde bağlılık kuralı yapısıyla çelişki ortaya çıkaran bir durum teşkil etmez. Çünkü azmettiren neticeye ilişkin kendi taksirinden dolayı sorumlu olur<sup>2105</sup>. Bununla birlikte haksızlık kapsamındaki kast ve taksir incelemesi sınırlı bağlılık kuralı bakımından sorun arz etmektedir. Şerik için aynı fiilde karşılıklı olarak birbirinden farklı iştirak biçimleri olan temel suç kapsamında şeriklik ve ağır netice kapsamında taksirli yana yana faillik bir araya gelmektedir<sup>2106</sup>. Konuya ilişkin Alman doktrininde suça iştirak edenlerin kusuruna ilişkin düzenleme olan ACK md. 29'un neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ve kast-taksir kombinasyonunda özel netice bakımından uygulanması şeklindeki öneri, hatalı sonuca yol açacağı sebebiyle

<sup>2100</sup> Heinrich, a.g.e., s. 567; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 419; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 799; Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 370; Eryıldız, a.g.e., s. 24. Doktrinde neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların taksirle neticeye sebep olmanın özgü tipikliğini oluşturduğu ve bu nedenle taksirli suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Gössel, a.g.m., s. 235 vd.

<sup>2101</sup> Bu bağlamda verilen örnek şu şekildedir: (A), aldığı alkol nedeniyle araç kullanmaya elverişli durumu bulunmayan (T)'yi aracıyla eve dönmeleri için ikna eder. (T) alkole bağlı olarak ortaya çıkan dikkatsizliği ile yaya (Y)'nin yaşamını tehlikeye sokar. (T) kasten alkollü şekilde araç kullanmıştır ve bunun neticesinde somut bir tehlikeye sebebiyet vermiştir. ACK md. 315c III/1 (trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçu) kapsamında sorumluluğu doğar. (A)'nın ise bu suça azmettiren olarak sorumluluğu ortaya çıkar (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 799; Kühl, a.g.e., s. 828).

<sup>2102</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 318; Schlehofer, a.g.m., s. 315; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 254; Özen, a.g.e., s. 872. *Schlehofer*, her ne kadar şerikliğe ilişkin düzenlemeler çerçevesinde şeriklik ile faillik arasında şekli bir ayrıma yer verilse bile, özellikle azmettirme bakımından faillikten maddi ayrıma yer verilmediğini belirtmiştir. Yardım etme bakımından kabul edilen ceza indirimi azmettirme bakımından geçerli değildir. Azmettirenin faille eş konumunun neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar için de kabul edildiğini belirten yazar, bu tür suçlarda azmettirenin özel netice bakımından faille aynı ceza kapsamında ele alınmasının önünde engel olmadığına dikkat çekmiştir. Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 371.

<sup>2103</sup> Joecks, a.g.e., s. 1248.

<sup>2104</sup> Schlehofer, a.g.m. (GA 1992), s. 315.

<sup>2105</sup> Gössel, a.g.m., s. 225. Bununla birlikte yazar taksirin haksızlık alanına ait bir unsur olmasından hareketle bu görüşü kabul etmemektedir. Gössel, a.g.m., s. 225. Aynı şekilde Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 309.

<sup>2106</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 296. Yazar bu kombinasyonun şeriklik kapsamında kabul edilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir. Renzikowski, a.g.e., s. 296.

isabetli bulunmamıştır. Zira kast ve taksir kusurun unsuru değil, tipikliğin sübjektif unsurudur<sup>2107</sup>.

Bu zorluğu bertaraf etmeye çalışan azınlık görüşü, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç kapsamında temel suç bakımından şeriklik bununla birlikte özel netice bakımından taksirle gerçekleşen yan yana failliğin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>2108</sup>. Diğer bir ifadeyle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağır netice bakımından (taksirlerinin bulunması şartıyla) yan yana faillik durumu ortaya çıkmaktadır<sup>2109</sup>. Temel suça ilişkin gerçekleşen şeriklik tali niteliktedir<sup>2110</sup>. Hatta failin ağır neticeye yönelik kasten hareket etmesi halinde dahi suça diğer katılanlar bakımından taksirle gerçekleştirilmiş yan yana faillik söz konusu olabilir<sup>2111</sup>. Temel suç tipine kasten gerçekleştirilen şeriklik ve özel netice bakımından taksirli faillik kabulüne ilişkin bu yaklaşım, dar ve geniş fail kavramlarının yan yana kullanılması sebebiyle isabetli bulunmayarak eleştirilmiştir<sup>2112</sup>. Kast-taksir kombinasyonu şeklinde ortaya çıkan suç tiplerinde azmettirmenin kabul edilmesini ikilik sisteminin yapısı ile bağdaşır nitelikte bulmayan bir görüş, bu tür suçlarda şeriklik niteliğindeki hareketlerin tek faillik kavramına dayanan ve bu açıdan taksirle azmettirmenin de cezalandırılmasının mümkün olduğu sistemler bakımından geçerli olabileceğine vurgu yapmıştır<sup>2113</sup>. Bu nedenle istisnai olarak taksirli şerikliğin kabul edilmesinden başka bir çözüm yolu bulunmadığı<sup>2114</sup> ileri sürülmüştür. Konuya

---

<sup>2107</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 297.

<sup>2108</sup> Frister, a.g.e., s. 378. Aynı yönde Welzel, a.g.e., s. 122; Joecks, a.g.e., s. 1248; Hirsch, a.g.m., s. 76. Çözüm şekli olarak doğru kabul edilebilirse de kanun lafzıyla çeliştiği, burada temel suç ile özel netice bakımından iki ayrı suç şeklinde bir ayrıma gidildiği eleştirisi ileri sürülmüştür (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 309). Ayrıca bu kabulün neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların yasal yapısını ihlal ettiği, bu suç tipini içtima düzenlemesi şeklinde nitelendirdiğini ileri süren görüş bulunmaktadır. Gössel, a.g.m., s. 229.

<sup>2109</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 262. Alman Ceza Kanunu'nda yan yana faillik düzenlenmemiştir. *Bringewat*, bir katılım şekli olmadığı aksine birbirinden bağımsız ve doğrudan doğruya hareket eden faille ilişkin özgü bir durum olduğunu belirtmiştir. *Bringewat*, a.g.e., s. 299. Aynı yönde Frister, a.g.e., s. 325.

<sup>2110</sup> Gössel, a.g.m., s. 236. Yazar neticesi sebebiyle ağırlaşan madde düzenlemesinin de göz önüne alınarak sadece kasten işlenen temel suç ve kasten gerçekleştirilen özel neticeye şerik olarak katılımın kapsam dâhilinde kaldığını belirtmektedir (Gössel, a.g.m., s. 237). Sonuç olarak kasten gerçekleşen temel suç neticesinde taksirle gerçekleşen özel neticeye şerik olarak katılımı kabul etmemektedir. Bu bağlamda yan yana faillik olasılığına dikkat çekmektedir. Gössel, a.g.m., s. 239.

<sup>2111</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 262; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 690.

<sup>2112</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 295.

<sup>2113</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 317.

<sup>2114</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 296. *Gössel* neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda özel neticenin taksirle gerçekleşmesi halinde şerikliğin kabulünün aynı zamanda taksirli fiile şerikliğin kabulünü de ortaya çıkaran bir sonuç olduğunu belirtmiştir. Suçun maddi olarak baskın kısmının kasten gerçekleştirilen temel suç olduğu yönündeki gerekçeyi ikna edici bulmamaktadır. Gössel, a.g.m., s. 227.

ilişkin diğer bir yaklaşım neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda temel suç ve gerçekleşen özel netice arasında gerçek bir anlam birliğinin oluşması, diğer bir ifadeyle bütünün parçaları olarak temel suç ve özel neticenin bağımsız bir suç olarak ele alınması halinde bütün fiile yönelik şerikliğin mümkün olabileceğini ileri sürmüştür<sup>2115</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda Alman Ceza Kanunu'nda yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların<sup>2116</sup> kasten işlenen suç olduğu şeklindeki düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu tür suçlarda iştirakin de mümkün olduğuna yönelik argüman olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından kanun ifadesindeki (“...kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için...”) kişi teriminin kullanımının bilinçli bir tercih olduğuna dikkat çekilmiştir<sup>2117</sup>. Böylelikle sadece fail bakımından değil şerik

<sup>2115</sup> Görüşü savunan yazarlar için bkz. Gössel, a.g.m., s. 230. Burada dikkate alınan ölçüt, ön gelen hareketin daha ağır özel netice bakımından menfaat ihlalini sonuçlayan tehlikeye yol açmasıdır. Temel suç tipinde tipik olarak bulunan potansiyel tehlikenin ortaya çıkmasına sebep olunması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suç bütün olarak anlam birliği içinde değerlendirilebilir. Örnek olarak ise dolandırıcılık suçunun neticesinde ölümün meydana gelmesinin neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta şerik olarak katılım kapsamında değerlendirilmeme durumunu vermişlerdir. Burada dolandırıcılık kapsamındaki hareket ölüm neticesi bakımından tehlike durumunu yaratmaz, bu nedenle burada tipik bir fikri içtima durumu bulunmaktadır (Gössel, a.g.m., s. 230). Bu yaklaşımın ancak temel suçun zarar suçu özel neticenin ise tehlike suçunun yer aldığı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından mümkün olabildiği eleştirisi için bkz. Gössel, a.g.m., s. 230.

<sup>2116</sup> *Zafer*, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların genel hükümlerde düzenlenmiş olmakla beraber, bu şekilde işlenebilecek suçların taksir gibi ayrıca belirtilmesinin gerekli olduğu iddiasını neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların cezaya ne şekilde etki edeceğine ilgili düzenlemede (TCK md. 23) yer verilmemiş olmasına dayandırmıştır. *Zafer*, a.g.e., s. 342.

<sup>2117</sup> TCK md. 23'te geçen kişi ifadesinin sadece fail için mi geçerli olduğu yoksa tüm suçta katılanları kapsayan bir düzenleme mi olduğu konusunda Türk hukukunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde farklı yönde bir görüş, bu düzenlemenin şerik bakımından uygulanamayacağını belirtmiştir (Demirel, a.g.e., s. 398). Bu ifadenin sadece fail için geçerli olduğu şeklindeki tespit ileri sürülen teşebbüs argümanı isabetli değildir. Teşebbüs düzenlemesine bakıldığında teşebbüs “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da...*” şeklinde ifade edilerek doğrudan suçu işleyen kişiye yöneliktir. Diğer bir ifadeyle, hükmün azmettiren için uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira azmettiren suç işlemeyi düşünen kişi değil, aksine bir başkasında suç işleme düşüncesi uyandıran kişidir. Bir şekilde düzenlemede geçen kişi ifadesinin azmettiren de kapsadığı düşünülse bile, teşebbüse ilişkin cezalandırmayı ilgilendiren ikinci fıkrada açıkça fail ifadesine yer verildiği görülmektedir. Ayrıca teşebbüsün cezalandırılması bakımından meydana gelen zarar veya tehlike kriter olarak alınmıştır. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin suçun konusu bakımından ortaya çıkarmış olduğu doğrudan zarar veya tehlikeden bahsedilemez. Bu bakımdan da hüküm azmettiren kapsar şeklindeki değerlendirmeyi mümkün kılmaz. Buna karşılık TCK md. 23'te geçen ifadeye bakıldığında fiil esas alınmış olup, kişi üzerinden düzenleme yapılmamıştır: “*Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için...*”. Ayrıca düzenlemede açıkça şerik ifadesine yer verilmemiş olsa da aynı zamanda açıkça dışlanmamıştır. Çünkü ilgili hüküm doğrudan faili muhatap kılacak şekilde de bir sınırlamaya gitmemiştir. Bu nedenle ilgili hükümde geçen kişi ifadesinin şeriki de kapsar şekilde ele alınmasının önünde engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda şeriklik bakımından dikkate alınması gereken, bu suç türünün şeriklik yapısı ile uyum arz edip etmediğidir. Aşağıda ayrıca değinilecektir.

bakımından da uygulanabilir bir hüküm olduğu belirtilmiştir<sup>2118</sup>. Bu nedenle azmettirenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan genel kural çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği<sup>2119</sup> kabul edilmiştir. Suçun temel şekline faili azmettiren kişi gerçekleşen ağır veya farklı neticeye yönelik taksiri varsa sorumlu tutulabilecektir<sup>2120</sup>. Gerçekleşen ağır neticenin azmettirenine de yüklenebilmesi gerekir<sup>2121</sup>. Meydana gelen ağır netice fail tarafından öngörülmesine rağmen azmettiren tarafından öngörülemiyorsa ağır neticeden dolayı azmettiren sorumlu tutulamaz<sup>2122</sup>.

<sup>2118</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 500; Evik, a.g.e., s. 350; Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 2. bs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 275; Eryıldız, a.g.e., s. 50; Özkan, a.g.e., s. 127; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 149; Çelen, a.g.e., s. 395; Özyüksel, a.g.e., s. 152. Yargıtay'ın neticesi sebebiyle ağırlaşan suça azmettirme kabulüne ilişkin karar için bkz. Özkan, a.g.e., s. 127.

<sup>2119</sup> İçel, a.g.e., s. 491; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 486; Koca/Üzülmez, a.g.m., s. 812; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 671; Özen, a.g.m., s. 242; Sancar, a.g.e., s. 59; Önok, a.g.e., s. 85; Özkan, a.g.e., s. 127. *Önok*'un verdiği örnek şu şekildedir: "...eli çok ağır olan ve 'katil' olarak bilinen (P) 'ye dayak atma görevi verilmiş ve o da mağduru 'komalık' etmişse, yaralama sonucunda mağdurun yaşamının tehlikeye girmesinden, (P) 'nin bu karakter yapısını bilen veya bir şekilde onun aşırıya gidebileceğini öngörebilecek durumda olan tüm şerikler sorumludur." Önok, a.g.e., s. 85

<sup>2120</sup> Akbulut, a.g.m., s. 199. Benzer yönde görüş için bkz. Zafer, a.g.e., s. 531; Demirbaş, a.g.e., s. 516; Evik, a.g.e., s. 350. Yargıtay da vermiş olduğu kararda bu yönde görüş bildirmiştir. "... sanığın maktulün darp edilmesi konusunda Yalçın'ı azmettirdiği, bu darp olayı sonucunda ölümün meydana gelmesinin beklenebilir bir netice olması ve bu neticeden de sanığın sorumlu tutulmasının gerekmesi karşısında sanığın neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya azmettirme suçundan 5237 sayılı TCK.nun 38/1, 86/1-3 maddeleri yollamasıyla 87/4-2. cümlesi uyarınca cezalandırılması yerine, yaralamaya azmettirme suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması", Y1. CD, 13.12.2010-8229/7889'dan aktaran Zafer, a.g.e., s. 532. Doktrinde bir görüş mağdura tokat atması için faili sevk eden kişinin failin tokat atarken mağdurun burnunu kırması durumunda gerçekleşen ağır netice bakımından da sorumlu olacağını belirtmiştir. Burada ağır neticeye ilişkin azmettirenin taksir sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varmak güçtür. Zira taksir sorumluluğu için, tokat atarak bir kişinin burnunun kırılabileceğini azmettirenin öngörebilmesi gerekir. Azmettirenin sorumlu olması yönündeki görüş için bkz. Özkan, a.g.e., s. 128. Benzer yönde bir görüşe göre ise, *başkası tarafından gerçekleştirileceğini bildiği bir suça olayın akışını tamamen bir başkasına bırakarak katkı sağlayan kişinin gerçekleşecek neticeler bakımından müdahil olma ihtimalinin olmadığı bilinci ile hareket ettiğini* belirtmiştir. Bu görüş, şeriklerin neticeleri baştan kabul ettiğini ileri sürmüştür (Çelen, a.g.e., s. 398).

<sup>2121</sup> Akbulut, kasten yaralamanın ağırlaşan hallerinde olduğu gibi ağır veya başka neticenin meydana gelebileceğinin muhtemel olduğu durumlarda şeriklerin sorumlu olduğu konusunda bir tereddüt bulunmadığını belirtmiştir (Akbulut, a.g.m., s. 199). Benzer şekilde *Hakeri*'ye göre yapılan hareket iştirak iradelerinin sınırları içerisindeyse, bu hareketten doğan ağır neticeler faile isnat edilebiliyorsa diğer suça katılanlara da isnat edilebilir. Örneğin, azmettiren, mağdurun dövülmesi için telkinde bulunmuş fakat yaralama sonucunda mağdurun çenesinde sabit eser kalmış ise, fail hangi neticeden sorumlu tutulacaksa azmettiren de o neticeden sorumlu tutulmalıdır (Hakeri, a.g.m., s. 87). Aynı yönde Hafızoğulları/Özen, a.g.e., s. 343.

<sup>2122</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 151. Bununla birlikte Yargıtay eski kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda "sanığı müessir fiilde bulunmaya azmettiren kimsenin, objektif sorumluluk esaslarına göre müessir fiilin tüm sonuçlarından azmettirilen sanık gibi sorumlu olacağına hükmetmiştir. Verilen silahla öldürülenin yaralanması için, azmettirilen sanık anlaşma sınırını aşarak kasten adam öldürme suçunu işlemişse, TCY.nın 448 ( 449 veya 450 ), müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişinin de 64/2, 452. maddeleri gereğince cezalandırılmaları yasaya uygundur. Ceza Yasamıza göre, bir kişiye karşı müessir fiilde bulunan sanığın, illiyet bağı kurulabildiği takdirde ölüm sonucunun husule gelmesi dâhil ( TCK. m. 452 ), objektif sorumluluk esaslarına göre müessir fiilin tüm sonuçlarından sorumlu

TCK bağlamında sorun neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların kasten işlenen suçlar olduğuna yönelik açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır<sup>2123</sup>. Temel suç tipi ve özel neticeden meydana gelen bu tür suçlara ilişkin inceleme bazı durumlarda fail için bile güçlük arz ederken, şerikin söz konusu olduğu ihtimaller bakımından daha da karmaşık bir hal almaktadır. Zira şeriklik esası ile söz konusu suç türü yapısının birlikte ele alınması çelişki arz eder niteliktedir. Bu bağlamda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların kasten işlenen suçlar kapsamında değerlendirilememesi şerik bakımından sınırlı bağıllık kuralı kapsamında sorun teşkil edecektir. Böyle bir durumda, fiilin tamamı bakımından kasten işlenen suç kabul edilmezse, gerçekleşen ağır veya farklı neticeye yönelik şerik olarak iştirak kabul edilmediği için ya fail ve şerikin ağır neticeye ilişkin taksirli yan yana faillliği söz konusu olacak ya da azmettiren bağıllık kuralı kapsamında sadece suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılacaktır. Ağır netice bakımından yan yana faillik kabulü<sup>2124</sup> şerik bakımından hem tek fiile ilişkin farklı sorumluluk statülerinin söz konusu olması anlamına geleceği hem de yan yana faillik için azmettirenin faillik niteliğindeki katkısının bulunmaması nedeniyle isabetli değildir. Her ne kadar taksirli işlenen suçlara şeriklik söz konusu olmasa da, burada suç tipinin arz ettiği özellik ve fiilin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara şerik olarak katılımın kabulü taksirli şerikliğin de örtülü kabulü anlamına gelecektir.

TCK'da şerik sorumluluğu açıkça kasten işlenen hukuka aykırı fiilin varlığına bağlı kılındığından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara şerik olarak iştirak için kanunda bu

---

tutulması gerekmektedir. Sanığı müessir fiilde bulunmaya azmettiren kimse de, aynı şekilde sorumludur ( TCK. m. 64/2 ). Sanığın müessir fiilde bulunmaya azmettirdiği kimse, anlaşma hududunu aşarak adam öldürmeye teşebbüs veya kasten adam öldürme suçlarını işlediği takdirde; pek çok olayda adam öldürme sonucu müessir fiilde bulunma neticesi gerçekleştiğinin azmettiren kimse tarafından da bilinmesi, yasa koyucunun yukarıda açıklandığı şekilde, müessir fiillerde kastın aşılmasını TCK.nun 458 ve 452. maddeleriyle özel müeyyideye tabi tutması da nazara alındığında, ( müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişi öldürmeye teşebbüs suçunu işlediğinde TCK.nun 448 ( 449 veya 450 ), 62; azmettiren kişi ise, mağdur hakkında 456. maddenin 3. fıkrası ile ); müessir fiilde bulunmaya azmettirilen kişi kasten adam öldürme suçunu işlemişse, TCK.nun 448 ( 449 veya 450 ), müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişinin de 452. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği halde, adam öldürme suçundan hakkında verilen mahkûmiyet hükmü onanan sanık Lütfi'yi öldürülen İsmail'e silah vererek ve silahla vurması için müessir fiilde bulunmaya azmettiren sanık Selahattin'in TCK.nun 64/2, 452. maddesi ile cezalandırılması gerekirken, TCK.nun 64/2, 456/4, 457/1, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesi, (...)" . Y1.CD, E. 1996/464, K. 1996/1519, T. 24.4.1996, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). (erişim tarihi): 23.09.2019.

<sup>2123</sup> Doktrinde bir görüş, kanunda böyle bir düzenlemenin yer almamasına rağmen hareketin haksızlığına öncelik verilmesi durumunda bu tür karma tipiklikleri de kasıtlı suç olarak kabul etmenin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Doğan, a.g.e., s. 275.

<sup>2124</sup> Demirel, a.g.e., s. 401.

suçların kasten işlenen suç niteliğinde olduğuna yönelik açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Kanun sistematığında kasten işlenen suç kapsamında yer almayan suçlar şerik olarak iştirak edilebilir fiil niteliğini karşılamamaktadır. TCK md. 23 düzenlemesinin şeriki kapsar nitelikte olması, iştirakin kasten işlenen fiil gerekliliğine ilişkin şüpheyi ortadan kaldırmak bakımından yeterli değildir<sup>2125</sup>. Diğer bir ifadeyle, kanunda bu suçların kasten işlenen suç niteliğinde olduğuna dair hükme yer verilmiş olsaydı, ilgili düzenleme açıkça faille sınırlandırılmadığı sürece şerikin iştirakinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilecekti. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda bu tür suçların kasten işlenen suç kapsamında yer aldığı (ACK md. 11) açıkça düzenlenmiştir.

Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda özellikle taksirle gerçekleşen farklı neticenin genellikle temel suçun seyrine bağlı olarak ortaya çıktığı hususu dikkate alındığında, gerçekleşen bu farklı neticeden dolayı azmettirenin sorumluluğunun neticeye yönelik en azından olası kastının bulunması halinde mümkün kabul edilmelidir. Zira azmettiren suç işlemeye yönelik karar bakımından etkin konumda olup, fiilin icrasında hâkimiyeti söz konusu değildir. Gerçekleşen farklı netice genellikle fiilin icrası sırasında ortaya çıkan harici koşullar veya failden kaynaklanan sebeplere dayanmaktadır. Azmettirme belli bir suçu işlemeye yönelik söz konusu olacağından, burada gerçekleşen farklı neticenin azmettiren bakımından sınır aşımı teşkil ettiği de dikkate alınmalıdır. Azmettirenin farklı neticeye yönelik en azından olası kastla hareket ettiği durumlarda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan dolayı sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, farklı neticeye yönelik taksirinin bulunması halinde sorumluluğu temel suç tipinden dolayı belirlenmeli ve azmettirme hareketini gerçekleştirdiği sırada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından kaynaklanan taksir sorumluluğu cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır<sup>2126</sup>. Bunun dışında tamamen failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı ağır veya farklı neticenin meydana gelmesi ihtimalinde azmettiren sadece suçun temel şeklinden dolayı sorumlu tutulabilecektir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar kapsamında yardım etmeden farklı olarak azmettirme bakımından dikkate alınması gereken farklı bir husus bulunmaktadır.

---

<sup>2125</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların taksirli suçlar olduğu yönünde görüş için bkz. Gössel, a.g.m., s. 239.

<sup>2126</sup> Aynı yönde Demirel, a.g.e., s. 401.

Azmettirenin failde suçun ağırlaşan haline ilişkin hataya sebep olarak suçu işlemesini sağlaması durumunda sorumluluğu bakımından ne şekilde etki edeceği önem taşır. Azmettiren kişinin, eşinde bulunan özel sağlık sorununu ve ona yönelik bir darbenin hayati risk taşıdığını bilmesine rağmen buna yönelik azmettirilene hiçbir bilgi vermeden sadece dövmesini istemesi ve bunun sonucunda eşinin ölmesi halinde sorumlulukların ne şekilde belirleneceğine dikkat etmek gerekmektedir<sup>2127</sup>. Burada fail yaralama kastıyla hareket etmekle birlikte, ölüm neticesi meydana gelmektedir. Olay bağlamında failin ölüm neticesine ilişkin taksiri dahi bulunmuyorsa sorumluluğunun kasten yaralamadan dolayı belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda bağlılık kuralı gereği arka planda yer alanın yaralama suçu bakımından azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte öldürme suçu bakımından arka planda yer alanın sorumluluğunun bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Arka planda yer alan öldürme suçu bakımından ön planda yer alan kişiye nazaran üstün gelen bilgisi ile hareket etmektedir. Zira eşinde bulunan özel sağlık sorunu nedeniyle ölüm neticesine yönelik riskin bilincindedir. Her ne kadar ön planda yer alan yaralama suçu bakımından kasten hareket ediyor olsa da, harici etkenler nedeniyle failin meydana getireceği sonuçlara yönelik herhangi bir kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle failin arka planda yer alanla öldürme suçuna ilişkin bir suç birliğinden söz edilemez. Arka planda yer alanın ölüm neticesine yönelik en azından olası kastı bulunduğu hareketle, yaralama suçundan değil, gerçekleşen ağır neticeden dolayı sorumluluğunu kabul gerekir.

Bu bağlamda arka planda yer alanın mağdurun ölümüne yönelik kasten hareket etmesi halinde ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Konuya ilişkin örnek şu şekildedir: (A), (B)'yi (O)'yu etkisiz hale getirerek cüzdanını alması konusunda ikna eder. Ayrıca verdiği ilaçla (O)'yu bayılabileceğini söyler. Gerçekte ise, (O)'nun ölmesini isteyen (A), (B)'ye zehir vermiştir. Bu bağlamda (B), yağma suçu bakımından kasten hareket etmişse de, ölüm neticesi bakımından taksiri söz konusudur. (A) ise icra hareketinin başlangıcında üstün bilgisi ile duruma hâkimdir. (B)'nin taksirli sorumluluğu bulursa bile, durum değişmez<sup>2128</sup>. Failliğin tipiklik ilişkili olduğuna dikkat edilmelidir.

<sup>2127</sup> Doğan, a.g.e., s. 285.

<sup>2128</sup> Murmann, a.g.m., s. 323. Ayrıca bkz. Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 177. *Murmann*'a göre, aynı esas arka plandaki kişinin hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının bulunduğu sanan ön plandaki kişiyi kullanması halinde de geçerlidir. Burada da arka plandaki kişi üstün bilgisiyle hâkim konumdadır. Murmann, a.g.m., s. 323.

Daha açık ifadeyle, aynı hareket bir suç tipi bakımından dolaylı failliği diğer bir suç tipi bakımından ise azmettirmeyi oluşturabilir. Yağma suçu bakımından azmettirdiği kişiye, mağduru etkisiz kılmak için uyku ilacı olduğunu söylediği zehri veren kişi mağdurun ölümü halinde yağma suçu bakımından azmettiren, kasten öldürme bakımından dolaylı fail olarak sorumludur<sup>2129</sup>. Burada aslında arka planda yer alanın haksızlık içeriğinin fazlalığı konusunda ön planda hareket edende bir hataya yol açması durumu mevcuttur<sup>2130</sup>. Ön planda hareket edenin kast ettiğinden daha ağır olan netice arka planda yer alanın kastının kapsamında yer almaktadır<sup>2131</sup>. Haksızlık içeriğinin fazlalığı konusundaki hatanın esaslı olması halinde arka planda yer alan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>2132</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken haksızlık içeriğinin fazlalığı konusundaki hatanın aynı suç tipinde kalmak şartıyla niceliksel anlamda bir farklılığa sebep olmadığı, aksine farklı bir haksızlığın gerçekleşmesine sebebiyet vermesidir.

## B. FAİLİN ŞAHISTA HATASI DURUMUNDA AZMETTİRENİN SORUMLULUĞU

Doktrinde failin şahısta hataya düşmesi<sup>2133</sup> halinde, bu durumun failin sorumluluğu bakımından önemsiz olduğu, failin tamamlanmış, kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulacağı yaklaşımı hâkimdir<sup>2134</sup>. Zira suçun konusunda hatanın hukuki sonucu ikili ayrımla ele alındığında; karıştırılan konunun hukuki eşdeğerliğinde (şahısta hata bu kapsamdadır) tamamlanmış kasıtlı suçtan dolayı cezalandırma söz konusuyken<sup>2135</sup>, konu

<sup>2129</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 31. Aynı yönde Zahit Yılmaz, *Türk Ceza Hukukunda İştirakin bir Türü Olarak Dolaylı Faillik* (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2018, s. 290. Yardım etmeye yönelik benzer yönde değerlendirme için bkz. Çelen, a.g.e., s. 400.

<sup>2130</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 41.

<sup>2131</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 41.

<sup>2132</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 41.

<sup>2133</sup> Şahısta hata, suçun konusunda hatanın alt durumu olarak yer almaktadır (Andreas Winkelbach, *Die Strafbarkeits des Anstifters beim error in persona des Täters*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2004, s. 4). Suçun konusunda hatada nedensel süreç fail tarafından istenilene uygundur (Backmann, a.g.m., s. 115). Burada sadece hedeflenenin kimliği, suç kapsamındaki objenin kime ait olduğu konusunda hata vardır (Welzel, a.g.e., s. 73). Doktrinde bu şekilde suçun konusunun değişimi durumları motiv hatası veya nitelik/özellik hatası ya da kimlik/özdeşlik hatası olarak nitelendirilmektedir (Winkelbach, a.g.e., s. 4). Motiv hatasına ilişkin durumlar, ilgili hukuki değer kapsamındaki konunun tipiklik dışındaki özelliğine ilişkin failin yanlış tasavvurunu teşkil eder (Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 2).

<sup>2134</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 166; Winkelbach, a.g.e., s. 6 vd.; Walter Gropp, “Der Zufall als Merkmal der Aberratio ictus”, *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, München, 1998, ss. 55-68, s. 56.

<sup>2135</sup> Nitekim Puppe bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Failin tasavvuru gerçek durumdan saptığında, bu hatanın fail ve failinin olası sonuçları bakımından belirleyici bir öneme sahip olup olmadığı önem arz etmeksizin, esas olarak kast sorumluluğu mevcudiyetini korur”. Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 1.



hukuken farklı nitelikte olduğunda tamamlanmayan suçtan dolayı teşebbüs ve tamamlanan suçtan dolayı (taksirli hali cezalandırılıyorsa) taksirli suçun içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelir<sup>2136</sup>. Hedeflenen kişinin özellikleri veya hedeflenen kişinin kimliği konusundaki tasavvurun fark etmemesi, motivin değil bilakis fiilin tamamlanmasına yönelik oluşturulan kastta suçun konusunun somutlaştırılmasının yasal olarak önemli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>2137</sup>.

Failin şahısta hataya düşmesi esas olarak azmettirenin sorumluluğunun tespitinde<sup>2138</sup> problem oluşturmaktadır. Azmettiren amaçladığı ve bu amaca uygun olarak failin gerçekleştirdiği suçtan tam olarak sorumludur. Bununla birlikte suçun işlenmesi sırasında fail kaynaklı ortaya çıkabilecek durumlardan azmettirenin ne ölçüde sorumlu olması gerektiği ayrıca değerlendirilmelidir. Konu bakımından sadece Türk ceza hukukunda değil, Alman ceza hukukunda da görüş birliğine varılamamış olup<sup>2139</sup>, halen farklı yaklaşımlar ileri sürülmektedir. Nitekim Alman doktrininde çok tartışılan *Rose/Rosahl* olayı vardır<sup>2140</sup>. Bu olay paralelinde mahkeme kararına konu olan diğer bir olayda (*Hoferben-Fall*)<sup>2141</sup> oğlunu öldürmesi için azmettiren babanın, azmettirilenin

---

<sup>2136</sup> Backmann, a.g.m., s. 114.

<sup>2137</sup> Weßlau, a.g.m., s. 130.

<sup>2138</sup> Failin şahısta hatası durumunda mağdurun azmettiren olması ihtimalini de değerlendiren *Hake*, burada azmettiren bakımından elverişli bir teşebbüs bulunduğunu belirtmiştir. Yazar azmettiren tarafından istenilen fiilin azmettirenin hukuki değere yönelik saldırısı bakımından en başından itibaren elverişsiz olmadığını altını çizmiştir. Çünkü azmettirme hareketinin gerçekleştiği zamanda azmettiren bakımından bir başkasını fiili gerçekleştirmeye azmettirme yasağı oluşmaktadır. Bununla birlikte yazar gerçekte azmettirme hareketinin meydana gelen neticesinin genel olarak azmettirilenin objektif yönünü gerçekleştirmek bakımından yeterli olmadığına dikkat çekmiştir. Bu durumda sadece esas fiilin neticesi azmettirenine karşı korunan hukuki değeri ihlal etmez. Hâlihazırda fail tarafından gerçekleştirilen ihlale yönelik teşebbüs de azmettirenine yönelmektedir. Bu nedenle ileri sürülen bu yasağa karşı objektif bir ihlal olarak kabul edilmemesi gereklidir (*Hake*, a.g.e., s. 73). “*Failin fiili fiilin genelinde azmettirenine yönelmiştir ve bu bakımdan başkasını yaralamaya azmettirme yasağına karşı objektif olarak bir ihlal gerçekleşmemektedir. Bu sonucu, azmettirenin tüm durumların bilgisinde hareket etmesi halinde ortaya çıkan sonuç da onaylamaktadır. Zira azmettiren kendisine zarar vermesini (azmettirenine) failden isteseydi bu durumda sadece azmettirenin kendisine zarar vermesi yasak kapsamında değildir, bir başkasını buna azmettirmesi de yasak kapsamındadır. Bu objektif elverişsizlik, azmettirenin başkasına zarar vermeye azmettirdiğine inanması ile giderilemez*” (*Hake*, a.g.e., s. 74).

<sup>2139</sup> Gropp, a.g.m., s. 56.

<sup>2140</sup> Olaya ilişkin Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi tarafından 1859 yılında verilmiş karar için bkz. *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 292.

<sup>2141</sup> Davaya konu olay şu şekildedir: Çiftçi olan (B), oğluyla arasında olan sorunlar nedeniyle onu öldürmeye karar verir. Bununla birlikte bunu bizzat gerçekleştiremeyeceğini düşünen (B), (A)’yı belli bir vaatle oğlunu öldürmesi için azmettirir. (B), oğlunun alışkanlık haline getirdiği, eve gelmeden önce ahıra uğradığını bildiğinden; (A)’nın, oğlunu burada öldürebileceğini söyler. (B) ayrıca oğluna ilişkin ayrıntıları (A)’ya anlatır ve (A)’nın, oğlunu tanıyabilmesi için oğluna ait bir resmi verir. (A), yaptığı plan dâhilinde ahırdaki karanlıkta duran samanların arkasına gizlenir ve (B)’nin oğlunu beklemeye başlar. Fotoğraftakine benzer birinin içeri girdiğini gören (A) silahını ateşler ve içeri gireni

şahısta hataya düşerek bir başkasını öldürmesinde ceza sorumluluğunun ne olacağı gündeme gelmiştir<sup>2142</sup>. Failin veya araç kişinin şahısta hatasının, azmettiren için hedefte sapma mı teşkil edeceği veya onun, ön plandaki kişi gibi suçun konusunda hata kuralına göre mi ele alınması gerektiği çıkış noktasını oluşturmuştur. Doktrinde bir kısım, sözü edilen durumun fail bakımından değerlendirildiği şekilde dikkate alınması gerektiğini<sup>2143</sup> ileri sürerken; bir kısmı ise azmettirenin sorumluluğunun failin sorumluluğundan farklı olduğunu ve farklı bir değerlendirmeyi gerekli kıldığını ifade etmiştir.

---

vurur. Bununla birlikte ölenin (B)'nin oğlu değil de komşusu olduğu anlaşılır (BGH, Urt. v. 25.10.1990 – 4StR371/90'dan aktaran Ingeborg Puppe, "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1991, S.3, ss. 123-126, s. 123; Gropp, a.g.m., s. 55-56). BGHSt 37, 214 kararıyla, Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin 1859 tarihli kararına katılmaktadır. Esas fiilin azmettirenin tasavvurundan önemli ölçüde saptığında, azmettirenin ceza sorumluluğunun sona ermesi doğrudur. Bununla birlikte, fail tarafından suç mağdurunun karıştırılması, genel yaşam tecrübelerine göre öngörülebilir sınırlar içinde kalıyorsa, önemsiz, yasal olarak anlam taşımayan bir sapmayı haklı çıkaracaktır. Faillik ile şeriklik arasındaki norm bağlantısından, failin mağdura ilişkin hatasının, kural olarak azmettiren için de önemsiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda fiilin somut seyri azmettiren tarafından istenmemiş olsa da, kastına ilişkin sorumluluğunu engellemez (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 292). Benzer şekilde davaya konu olan *Autobombenfall* olayı için bkz. 07.10.1997 tarihli BGH kararından aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 106 vd.

<sup>2142</sup> Kurulun (*Senat*) görüşüne göre, çıkış noktası kanunda düzenlemiş şekliyle faillik ve şeriklik ilişkisi olmalıdır. "Azmettirmeye ilişkin madde düzenlemesinde azmettirenin fail gibi cezalandırılacağına yer verilmiştir. Buna göre esas olarak azmettiren faile eşdeğer bir haksızlık gerçekleştirmektedir ve aynı şekilde sorumlu olması gerekir. Azmettirmenin cezalandırılma nedeni azmettirenin uzaktan bir sebep olarak suça yol açması ve böylece suça ilişkin hukuki değer ihlali bakımından nedensel olmasıdır. (...) Diğer sanığın hatası azmettiren için fiile ilişkin olaydan sapma teşkil etse de bu hukuken önemli değildir, hayatın olağan akışı içinde öngörülebilir nitelik taşır; bu nedenle farklı bir değerlendirme hukuka uygun olmaz. Azmettiren olay için belirlediği yerle birlikte olayın gelişim sürecini elinden çıkarmıştır. Bulunulan yerin aydınlatma özelliği bakımından, ilgili yere yaklaşanların mağdurla karıştırılma tehlikesi bulunmaktadır. Fiile ilişkin süreci azmettiren istememiş olsa da kasta ilişkin isnadı engellemez. (...) Sanık teşebbüste kalmış azmettirmeden dolayı değil, nitelikli öldürmeye yönelik tamamlanmış azmettirmeden dolayı sorumludur." Puppe, a.g.m. (NStZ 1991), s. 124.

<sup>2143</sup> *Loewenheim*, konuyu şerikliğin cezalandırılma nedeni olarak şerik haksızlığının bağlılığı esasını temelinde ele almıştır. Bu çerçevede konunun değerlendirilmesi gerektiğini belirten yazar, azmettirmenin esas fiile bağlı olduğunu ve bu nedenle failin ceza sorumluluğunu etkilemeyeceğini şahısta hatanın azmettirenin de ceza sorumluluğunu etkilemeyeceğini ifade etmiştir (Kurt Loewenheim, *Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte*, s. 52 vd.'dan aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 111 vd.). Buna ilişkin olarak bir görüş, şahısta hata kabulünün bağlılık kuralı ile gerekçelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Şerikin kastı failin kastına tabi değildir, şerikin kastı tipikliğin objektif unsuruna başvurulması bakımından şarttır. Eğer kast için isabet ettirilen objenin bireyselleştirilmesine yönelik bir tasavvur gerekliyse, o zaman şerik buna bizzat sahip olmalıdır, failin kastı şerike isnat edilemez (Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 6). Benzer yönde bkz. Günter Bemmman, "Zum Fall Rose-Rosahl", *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1958, ss. 817-822, s. 819.

## 1. Önemsizlik Teorisi (Unbeachtlichkeitstheorie)

Doktrinin bir kısmı tarafından<sup>2144</sup> savunulan görüşe göre, fail için önemsiz olan bir hata azmettiren için de önemsizdir (katı bağlılık)<sup>2145</sup>. Bu nedenle azmettirenin sorumluluğu tamamlanmış suça azmettirme kapsamında belirlenir. Azmettiren faili bir insanı öldürmesi için suça sevk etmektedir ve fail birisini öldürmek üzere harekete geçmekte, neticeyi meydana getirmektedir<sup>2146</sup>. Bu, kanuna göre cezalandırma bakımından yeterli olan tipik neticedir. Nasıl ki fail suçun konusunu karıştırma riskini taşıyorsa, azmettiren de taşımak zorundadır<sup>2147</sup>.

Azmettirmenin esas fiile bağlılığından dolayı failin hatasının benzer şekilde azmettiren üzerinde etki göstermesi gerekir<sup>2148</sup>. Ancak failin azmettireni yanlış anlaması ve azmettirenin kast ettiğinden farklı bir neticeyi gerçekleştirmesi halinde azmettirenin sorumluluğunu tamamlanmış suça azmettirmeden dolayı belirlemek söz konusu

---

<sup>2144</sup> Welzel, a.g.e., s. 75; Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 177; Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 167; Backmann, a.g.m. (JuS 1971), s. 119; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 310; Ibach, a.g.e., s. 80 vd.; Gropp, a.g.e., s. 389; Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 120; Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 135; Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 492; Önder, a.g.e., s. 452; İçel, a.g.e., s. 491; Mahmutoglu, a.g.m., s. 106; Hakeri, a.g.m., s. 88; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 671; Özkan, a.g.e., s. 114 vd.; Töngür, a.g.m., s. 246. *Weßlau*, söz konusu hatanın azmettiren bakımından da sorumluluk ortaya çıkarabilmesini azmettirme kapsamındaki suça sevk etmenin suçun konusunu karıştırma tehlikesi veya olasılığını içermesi halinde kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle şahısta hatanın azmettiren için de doğrudan önemsiz olduğu sonucundan farklı yönde görüş ileri sürmüştür. Bir nevi şarta bağlı kılmaştır (Weßlau, a.g.m., s. 105). Benzer yönde bkz. Gropp, a.g.m., s. 65. *Backmann* ise failin şahısta hatasının azmettiren bakımından önemsiz olduğu sonucuna failin hedefte sapması kapsamında geliştirdiği bakış açısı ile ulaşmıştır. Yazara göre hedefte sapma sadece tipiklik kapsamındaki nedensel süreç bakımından söz konusu olabilir. Tipiklik dışı veya tipikliğe ön gelen bir nedensellik sapması hedefte sapma olarak değerlendirilemez. Hedefte sapma suça ilişkin icra hareketinin bizzat kendisi bakımından bir nedensellik sapmasını içerir. Azmettirme hareketi ise failin icra hareketine ön gelen bir nedensellik ortaya çıkarır. Bu nedenle failin şahısta hatası azmettiren bakımından hedefte sapma olarak değerlendirilemez (Backmann, a.g.m., s. 119).

<sup>2145</sup> Akbulut, a.g.e., s. 645. Bununla birlikte yazar mağdurun kimliği ile belirlemeye gidilmişse bu hatanın hem azmettiren hem de azmettirilen kişinin sorumluluğu bakımından önem taşıdığını belirtmiştir. Bu kapsamda olmak üzere, herhangi birinin öldürülmesi için azmettirilen kişinin hatayla Cumhurbaşkanı öldürmesi halinde TCK md. 81'den dolayı sorumluluk doğar. Akbulut, a.g.e., s. 645.

<sup>2146</sup> Backmann, a.g.m., s. 119; Gropp, a.g.m., s. 56.

<sup>2147</sup> Puppe, a.g.m. (NSTZ 1991), s. 123. *Winkelbach*, azmettirmenin kendi azmettirme hareketi esnasında bu değişim riskini göze alması halinde ancak failin şahısta hatasının azmettiren bakımından da önemsiz olabileceğini belirterek bu yaklaşımı eleştirmiştir. Winkelbach, a.g.e., s. 123-124.

<sup>2148</sup> Backmann, a.g.m., s. 119; Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 314; Welzel, a.g.e., s. 117. Aynı yönde Erdem, a.g.m., s. 212; Özen, a.g.e., s. 867. *Özen*, failin hatasının suçun oluşmasını engellemesi ve faile sorumluluk yüklenememesi durumunda şeriklerin de sorumlu tutulamayacaklarını belirtir. Örneğin, çalınan malın aslında faile ait olması durumunda ortada suç bulunamayacağından şerikler sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte hata, suçun oluşmasına engel olmuyorsa ve faile sorumluluk yüklenebiliyorsa şerikler de sorumlu tutulur. Özen, a.g.e., s. 867.

olmaz<sup>2149</sup>. Buna karşılık failin şahısta hatası durumunda fail ile azmettirenin kastı aynı yöndedir. Fail azmettiren ile anlaşma sağladığı konu üzerinde fiili gerçekleştirme kastı ile hareket etmektedir<sup>2150</sup>.

Ayrıca argüman olarak, azmettirenin bağlılığından hareketle azmettirenin fail gibi cezalandırılacağına ilişkin düzenleme ileri sürülmektedir<sup>2151</sup>. Belirleyici olan, azmettirilenin azmettiren tarafından sebep olunan kasttan harekete geçmiş olmasıdır<sup>2152</sup>. Hâkim olan hata öğretisinin öncülleri bağlamında failin, fiili azmettiren tarafından sevk edildiği kastın dışında gerçekleştirdiğini söylemek doğru değildir<sup>2153</sup>. Zira azmettiren faildeki suç kararının oluşmasına neden olduğundan, azmettirilenin hatasından da sorumlu olmalıdır. Aksi takdirde azmettiren azmettirilen karşısında ayrıcalık tanınmış olacaktır<sup>2154</sup>. Azmettiren kendisi bizzat fail olduğunda da hataya düşebileceği için kendisi tarafından azmettirilen failin hatasına ilişkin sorumluluktan kurtulamaması gerekir<sup>2155</sup>. Azmettiren ayrıca failin gerçekleştirdiği sapmayı istemediği veya doğrudan doğruya suçun icrasını bir başkasına bıraktığı gerekçesi ile bundan uzak duramaz, diğer bir ifadeyle sorumluluktan kurtulamaz<sup>2156</sup>. Azmettiren suçun konusunu bireyselleştirmiş olsa da suçun icrası sırasında suçun konusunun belirlenmesini tamamen azmettirilene bıraktığı tüm durumlarda aynı şey geçerlidir<sup>2157</sup>.

Azmettirme, sadece azmettirilenin bilerek azmettirenin yönlendirmesi dışına çıktığında yani sınır aşımında ortadan kalkar<sup>2158</sup>. Bu nedenle bu teori fail bakımından suçun konusuna ilişkin hata öğretisini azmettirenin tasavvuru ile gerçekleşen suç

---

<sup>2149</sup> Winkelbach, a.g.e., s. 113.

<sup>2150</sup> Ibach, a.g.e., s. 81 vd.

<sup>2151</sup> BGHSt 37/214'ten aktaran Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 817. Benzer bir argüman da *Halschner* tarafından ileri sürülmüştür. Yazara göre, manevi fail olarak azmettiren azmettirilenin gerçekleştirdiği fiilden sorumludur. Çünkü azmettirilen azmettirenin adeta aracı konumundadır. Bununla birlikte azmettirilen azmettirenden farklı bir amaçla hareket ediyorsa azmettirenin sorumluluğu kabul edilemez. Aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 124 vd.

<sup>2152</sup> Bu, özellikle şerikliğin cezalandırılma nedeni kapsamında ileri sürülen bağlılığa dayanan sebep olma teorisi ile paralellik göstermektedir. Azmettiren korunan hukuki değere yönelik dolaylı bir saldırıda bulunmaktadır. Klaus Geppert, "Zum "error in persona vel objecto" und zur "aberratio ictus", insbesondere vor dem Hintergrund der neuen "Rose-Rosahl-Entscheidung" (BGHSt 37, 214ff)", *JURA*, 1992, ss. 163-168, s. 167.

<sup>2153</sup> Weßlau, a.g.m., s. 130.

<sup>2154</sup> Backmann, a.g.m., s. 119

<sup>2155</sup> Axel Montenbruck, "Abweichung der Teilnehmergebietung von der verwirklichten Tat", *ZStW*, 1972, ss. 323-352, s. 323.

<sup>2156</sup> Backmann, a.g.m., s. 119

<sup>2157</sup> Weßlau, a.g.m., s. 130.

<sup>2158</sup> Backmann, a.g.m., s. 119; Puppe, a.g.m. (NSTZ 1991), s. 124.

arasındaki sapma bakımından da geçerli kılmaktadır. Bu teori sözde esaslı olan ve olmayan kast somutlaşması ayrımını reddetmektedir. Bu kapsamda eğer fail eşdeğer bir suç konusuna karşı fiili gerçekleştirirse tipikliğe ilişkin bir hata yoktur, zira kanun belirli bir objeye karşı kast somutlaşmasını gerektirmemektedir<sup>2159</sup>.

Belirtilen görüş kapsamında ulaşılan sonuç failin (kasten öldürme suçu bakımından) hatasının farkına varıp, sonrasında doğru kişiyi öldürmesi halinde azmettirenin birden fazla öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulabileceği ihtimali ile düşünülmelidir. Böylelikle fail hatasını fark eder ve işlediği suçtan sonra bu sefer doğru konuya karşı bir yenisini daha işlerse, azmettirenin her iki suçtan dolayı da azmettiren olarak cezalandırılması gerekeceği hususuna dikkat çekilmiştir<sup>2160</sup>. Önemsizlik teorisi kapsamında böyle bir hatanın da önemsiz olduğunu kabul ederek azmettirenin sorumluluğunun tüm ölümler bakımından söz konusu olması gerektiğini ileri sürmek mümkündür. Zira azmettiren ilk öldürmenin gerçekleşmesinden de bu teoriye göre sorumluyken, fail ikinci öldürmede azmettirenin kastettiği neticeyi gerçekleştirmiştir. Diğer bir ifadeyle ikinci fiili azmettirene atfedilemeyecek bir sınır aşımı olarak kabul etmek doğru olmaz. Bu fiil, failin azmettirenin iradesine göre hareket ettiği ve üzerinde anlaşıkaları fiildir. Burada fail tarafından gerçekleştirilen fiil azmettirenin tasavvur ettiği ve meydana gelmesini istediği neticedir. Failin azmettirenle anlaşmasının dışına çıkması durumu ortada yoktur<sup>2161</sup>.

---

<sup>2159</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 1. *Weßlau*, bunun azmettiren bakımından, herhangi bir kast somutlaşmasının önemsiz olduğu ve bunun kabulünün, suç mağdurunun fail tarafından bilinçli olarak değiştirildiği durumlarda da tamamlanmış azmettirmenin kabul edilmesine sebep olacağını belirtir (Weßlau, a.g.m., s. 118). *Bemmann* da kastın somutlaştırılmasının/bireyselleştirilmesinin sadece suçun konusunun hukuken eşdeğer olmadığı durumlar bakımından önem arz ettiği görüşüne karşı çıkmıştır. Azmettirenin kastının herhangi bir kişinin öldürülmesine yönelik olmadığı durumlarda, failin kastı gibi azmettirenin kastının da somutlaştırılmış olması durumunun kast kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir (Bemmann, a.g.m. (MDR 1958), s. 821).

<sup>2160</sup> Alman doktrininde bu durum *Binding* tarafından (Die Normen und ihre Übertretung, Bd.3, s. 214) ifade edildiği şekliyle "*Blutbad*" veya "*Gemetzel- Argument*" olarak anılmaktadır. Aktaran Joecks, a.g.e., s. 1246. Bu yöndeki BGH kararlarına ilişkin bkz. Joecks, a.g.e., s. 1246. Ayrıca bkz. Gropp, a.g.m., s. 68; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 291.

<sup>2161</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 170. *Puppe* bu problemin hedefte sapma kabulünde de ortaya çıktığını belirtmiştir (Puppe, a.g.m. (NSStZ 1991), s. 125). Bununla birlikte *Roxin* bunun doğru olmadığını, ilk atışla hedeflenen farklı birinin ölmesine rağmen ikinci atışla hedeflenen ölmüş olsaydı tamamlanmış öldürmeden dolayı sadece bir azmettirme bulunacağını belirtmiştir. Zira başlangıçtaki teşebbüs aşamasında kalan suç daha sonra meydana gelen tamamlanmış suç ile olan ilişkisinde tali niteliktedir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 170).

Böyle bir durumda tek bir azmettirmeden dolayı cezalandırılması gerektiğini<sup>2162</sup> kabul eden *Puppe*'ye göre, söz konusu durumda sadece şahısta hata yoktur, ayrıca meydana gelen neticelerin miktarı bakımından da hata vardır ve böylece failde bir tür sınır aşımı mevcuttur. Arka planda yer alan, kastına uygun olarak sadece bir kişinin öldürülmesi bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulabilir<sup>2163</sup>. Yazar, gerçekleşen iki fiilden hangisinin azmettirme kapsamında bulunması gerektiğine yönelik tespitten kaçınmıştır<sup>2164</sup>. Bazı azmettirme görüşünün savunucuları da gerçekleşen ikinci fiilin sınır aşımı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, böyle bir durumda ikinci fiil bakımından azmettirenin kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir<sup>2165</sup>. İki neticeden de azmettirenin sorumlu olması beklenemez, zira azmettiren sadece bir kişiye yönelik azmettirmeyi gerçekleştirmiştir<sup>2166</sup>. İki öldürmenin azmettirenin kastında olması kabul edilemeyeceğinden, ilk olay bakımından tamamlanmış bir azmettirme reddedilmelidir. Ayrıca azmettiren tarafından azmettirilen bu saldırıda kendisi bizzat mağdur olsaydı, mantık kurallarına aykırı bir sonuca varılacaktı. Çünkü o zaman tamamlanmış bir kasten yaralamadan bizzat azmettiren olarak cezalandırılması gerekir<sup>2167</sup>.

Bu görüş kapsamında azmettirilenin hatayla veya kastı bulunmaksızın bir başka konu üzerinde fiili gerçekleştirmesi hedefte sapma yapısına uygun olmadığından, azmettirenin sorumluluğunun hedefte sapma kuralları dâhilinde belirlenmesi reddedilmektedir<sup>2168</sup>. Hedefte sapma nedensel süreçte sapmaya ilişkin özgü bir durum olarak geliştirilmiştir ve failin öngördüğünden farklı bir konu üzerinde fiilin

---

<sup>2162</sup> Aynı yönde BGHSt 37, 214 (219)'dan aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 106.

<sup>2163</sup> Puppe, a.g.m., s. 19; Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 167. *Schünemann*, *Puppe* tarafından kabul edilen sınır aşımı önerisini isabetsiz bulmuştur. Yazara göre, hangi fiilin sınır aşımı teşkil ettiğine yönelik saptamanın cevapsız bırakılması farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır (Schünemann, a.g.e., s. 2019). Ayrıca bkz. Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 297-298.

<sup>2164</sup> Puppe, a.g.m. (NStZ 1991), s. 125.

<sup>2165</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 168; Gropp, a.g.m., s. 68; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 818.

<sup>2166</sup> Puppe, a.g.m. (NStZ 1991), s. 123. *Rengier*, bu teorinin getirdiği “katliam argümanı”nın ikna edici olmadığını şu gerekçeyle ileri sürmektedir: O zaman azmettirme kastı ve o noktaya kadar cezalandırılabilir bir azmettirme kabul edildiğinde; suç, kişilerin değişmesine rağmen azmettirenin fiili olarak yüklenecektir. Böylece öldürme kastı, devam eden suçlar bakımından kime karşı yöneldiğinden bağımsız olarak kullanılmaktadır. *Rengier*, a.g.e., s. 399.

<sup>2167</sup> Heinrich, a.g.e., s. 582.

<sup>2168</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 169.

gerçekleştirilmesidir<sup>2169</sup>. Bu bağlamda hedefte sapma kabulü, salt mekanik bir azmettirme modelini şart koşması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>2170</sup>.

Önemsizlik teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri ise, failin hataya düşmesi ile bilinçli olarak azmettirenin kastettiğinden farklı bir konu üzerinde fiili gerçekleştirmesi arasında bir ayırım yapılamayacağına ilişkin olmuştur<sup>2171</sup>. Bu durumda azmettirenin tasavvur ettiğinden ne ölçüde sapıldığı arasında bir farklılık yoktur<sup>2172</sup>. Oysa azmettirilenin bilinçli olarak azmettirenin kastettiğinden farklı bir konu üzerinde fiili gerçekleştirmesi azmettirenin kastını dışlayan bir sınır aşımı teşkil etmektedir.

## 2. Esaslılık Teorisi (Wesentlichkeitstheorie)

Çok geniş kapsamlı olan önemsizlik teorisi, BGH tarafından savunulan bu teori ile sınırlandırılmıştır. Buna göre failin mağdurun kimliğinde düştüğü önemsiz hata temel olarak azmettiren için önemsiz olsa da, bu ancak tasavvur edilenden fiiliyatta ortaya çıkan nedensel süreçte önemli bir sapma yoksa kabul edilebilir<sup>2173</sup>. Sorunu kast problemi çerçevesinde ele alan bu yaklaşıma göre, dikkate alınması gereken husus; fail aracılığıyla suçun konusunun karıştırılmasının azmettiren bakımından tasavvur edilen nedensel süreçten esaslı veya esaslı olmayan sapmanın bulunup bulunmadığı ile ilgilidir<sup>2174</sup>. Bu tür durumlarda çok sayıda olasılık düşünülebileceğinden, sadece esnek bir değerlendirme ölçütü olan esaslılık kriteriyle birlikte dikkate alınırca tatmin edici sonuçlara ulaşmak mümkün olabilir<sup>2175</sup>. Bu esaslılığı değerlendirmek için farklı çözüm olasılıkları sunulabilir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi, fail tarafından mağdurun

<sup>2169</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 169.

<sup>2170</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1984), s. 121. *Schreiber*, şahısta hata ile hedefte sapma arasında değerlendirilen ayrımı objektif olarak adlandırılabilir kriterlerle bağlantı kurarak açıklamayı denemiştir. Ona göre, hedefte sapmanın reddedilmesi bakımından gerekçe olarak nedensel sürece ilişkin hâkimiyet eksikliği ileri sürülebilir (JuS, 1985, s. 875'den aktaran Weßlau, a.g.m., s. 114). *Weßlau*, bu ölçütün gerçekten ayırıcı olup olmadığı sorunu dışında, bu yasal figürün böyle bir yorumunda, azmettirmeye aktarılmasının söz konusu olamayacağını belirtir. Azmettiren esasında neticeye yol açan nedensel sürece hiçbir şekilde hâkim değildir ki böyle olsaydı azmettirme bakımından şeriklikten değil, müşterek veya dolaylı faillikten söz edilmesi gerekirdi (Weßlau, a.g.m., s. 114).

<sup>2171</sup> Bemmann, a.g.m. (MDR 1958), s. 817; Letzgus, a.g.e., s. 56 vd. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Montenbruck, a.g.m., s. 324.

<sup>2172</sup> Letzgus, a.g.e., s. 56-57.

<sup>2173</sup> BGH'nin kabulüne yönelik eleştiri için bkz. Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 296.

<sup>2174</sup> Freund, a.g.e., s. 416; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 231; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 818.

<sup>2175</sup> Heinrich, a.g.e., s. 582.

karıştırılmasının genel yaşam tecrübelerine göre öngörülebilir<sup>2176</sup> sınırın dışında olması halinde<sup>2177</sup> esaslı bir sapmanın kabul edilebileceğini belirtmiştir<sup>2178</sup>.

Diğer bir görüş ise, en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerlerde her zaman esaslı bir farklılığın/sapmanın kabul edileceğini savunmaktadır<sup>2179</sup>. Fiilin yanlış konuya isabet etmesi sadece bu nitelikteki hukuki değerler bakımından kastı dışlar, bunun dışındakiler (malvarlığı bu kapsamdadır) bakımından bu şekilde değerlendirilmez<sup>2180</sup>. Zira en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerde haksızlık içeriği tamamen spesifik kişisel alanın ihlal edilmesinden doğar. Eğer saldırı böyle bir hukuki değeri koruyan suç tiplerinde hedeflenen farklı birisine isabet ederse aynı değerdeki bir haksızlık tasavvurundan söz edilemez, aksine farklı bir değersizlik gerçekleşmiş olur<sup>2181</sup>. Özgü suçlarda olduğu gibi en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değerlerde de ortak sonuçların elde edilebileceği sistematik bir kategorileştirme söz konusu değildir<sup>2182</sup>. Böylece bu yaklaşım çerçevesinde şahısta hata, bir tür nedensel süreçte hata olarak ele alınmaktadır<sup>2183</sup>.

Sonuç olarak bu yaklaşım çerçevesinde esaslı olmayan bir sapma mevcutsa, azmettirenin tamamlanmış suçtan dolayı kastı çerçevesinde cezalandırılması söz konusudur. Buna karşılık önemli bir sapma mevcutsa, o zaman arka planda yer alan bakımından hedefte sapma ortaya çıkar. Bu durumda gerçekleşen neticeye ilişkin kast ortadan kalkar ve azmettiren bakımından sadece teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme ile taksirli gerçekleştirilen haksızlık fikri içtima hükümleri çerçevesinde değerlendirilir<sup>2184</sup>.

<sup>2176</sup> BGH'nin öngörülebilirlik kriterine yönelik ayrıntılı bilgi ve kriterlere yönelik eleştiri için bkz. Schlehofer Horst, "Der error in persona des Haupttäters- eine aberratio ictus für den Teilnehmer?", GA, 1992, ss. 307-318, s. 308 vd. Yazar ayrıca BGH'nin görüşünü kanunda düzenlenen faillik ile şeriklik arasındaki ilişki bakımından da yerinde olmadığını azmettirmeyi düzenleyen madde hükmünün uygulanabilmesinin kastı gerektirdiğini belirtmiştir (Schlehofer a.g.m., s. 310). Öngörülebilirlik kriterine yönelik diğer bir eleştiri için bkz. Roxin, a.g.m. (FS Spendel), s. 295.

<sup>2177</sup> Roxin bu bağlamda öngörülebilirliğin belirsiz bir kavram olduğunu BGH'nin bunu yeterli şekilde gerekçelendirmeden kabul ettiğini belirterek eleştirmiştir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 170.

<sup>2178</sup> BGHSt 37, 214 vd.'dan aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 140; Geppert, a.g.m. (1997), s. 363; Schlehofer, a.g.m., s. 307. Bu görüşte Krey/Esser, a.g.e., s. 433-434; Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 430. Öngörülebilirlik kriterinin kasta ilişkin isnadiyeti temellendirmek bakımından uygun olmadığı eleştirisi için bkz. Winkelbach, a.g.e., s. 141.

<sup>2179</sup> Heinrich, a.g.e., s. 582.

<sup>2180</sup> Thomas Hillenkamp, *Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierung bei abweichendem Kausalverlauf*, Göttingen, 1971, s. 85.

<sup>2181</sup> Schulz, a.g.e., s. 158.

<sup>2182</sup> Schulz, a.g.e., s. 160.

<sup>2183</sup> Bloy, a.g.e., s. 335.

<sup>2184</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 363.



### 3. Bireyselleştirme/Kişiselleştirme Teorisi (*Individualisierungstheorie*)

Bu yaklaşım çerçevesinde failin şahısta hatasının arka planda yer alan sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği farklılaşmaktadır. Failin suçun konusunu karıştırma rizikosunun ne ölçüde arka planda yer alana isnat edilebileceği belirleyici olmaktadır<sup>2185</sup>. Vardığı sonuçlar bakımından büyük oranda önceki bahsedilen teori ile örtüşen bu teori, azmettiren mağdurun bireyselleştirilmesi konusunu faile bırakmışsa, failin suçun mağdurunu karıştırması halinde bunun her durumda azmettiren için de önemsiz olacağı sonucuna varmaktadır<sup>2186</sup>. Mağdurun bireyselleştirilmesinde faile daha fazla alan bırakılmışsa, azmettiren failin hataya düşme rizikosunu yaratmış olur ve azmettiren ortaya çıkan neticeden sorumludur<sup>2187</sup>. Çünkü karıştırma rizikosunu faille aynı şekilde taşımaktadır<sup>2188</sup>. Bu nedenle söz konusu yaklaşım çerçevesinde *Rose-Rosahl* olayında<sup>2189</sup> arka plandaki kişi mağdurun bireyselleştirilmesini faile bıraktığından, mahkemenin varmış olduğu sonuç doğrudur<sup>2190</sup>.

Bu yaklaşıma göre *önemsizlik teorisi (Unbeachtlichkeitstheorie)*, azmettirenin mağdurun bireyselleştirilmesini faile bırakmış olması ve failin fiilin icrasında, kendisine verilen emir veya talimatlara uyması durumunda, anlam kazanır<sup>2191</sup>. Örneğin, azmettiren öldürme suçunun mağduru olarak kabul edilen kişiyi dış görünüşüne ve belirli diğer özelliklerine göre açıklarsa, suç seyri azmettirenin tasavvuruna esas olarak uygun olduğu

<sup>2185</sup> Günter Stratenwerth, “Objektsirrtum und Tatbeteiligung”, *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Ernst und Werner Gieseking, 1992, ss. 57-69, s. 57 vd.; Weßlau, a.g.m., s. 126 vd.

<sup>2186</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 292; Weßlau, a.g.m., s. 105 vd.; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 550; Blei, a.g.e., s. 255; Stratenwerth, a.g.m. (FS Baumann), s. 65-66.

<sup>2187</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 572-573.

<sup>2188</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 353. *Ibach* azmettiren bakımından sadece suçun konusunda hata kabulünü şöyle gerekçelendirmektedir: Her şeyden önce zarar verilmek istenen suçun konusu fail tarafından doğru hedef olarak tanınmalıdır ve bu konunun bireyselleştirmesi, failin beklentisine aykırı olarak karışıklık meydana gelse bile gerçekte de uyusmalıdır. *Bemann* ise bunun olgusal nedenlerden ötürü yanlış olduğunu belirtmiştir. Yazara göre bu şekilde suçun konusunun bireyselleştirilmesi ancak azmettirenin failin bir başkasını da doğru hedef olarak muhafaza edebileceğinin bilincinde olması halinde kabul edilebilir. Puppe, a.g.m., s. 6.

<sup>2189</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 166.

<sup>2190</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 573. Bu hususta başka bir görüş ise, esaslılık değerlendirmesinde, azmettirenin suçu yer ve zamana göre ne kadar somut tasavvur ettiğinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır ve örnek olayda da her şekilde esaslı bir sapmanın olduğunu kabul etmiştir. Bu görüşe karşı, esaslılık kriterine göre yapılan sınırlandırmanın sonuç olarak keyfiliklere sebep olabileceği ve makul bir sınırlama kriterinin getirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Heinrich, a.g.e., s. 583.

<sup>2191</sup> Rengier, a.g.e., s. 398.

ölçüde<sup>2192</sup>, azmettirilenin tarife uyan kişiye saldırıda bulunduğu ve öldürdüğü sonucuna varmak mümkün olacaktır. Talimatlara uygun şekilde hareket etmeye çalışan fail, kendisine bırakılan mağdurun seçiminde hataya düşerse, söz konusu koşullar altında suçun konusunun karıştırılması hâlâ yaşamın genel tecrübeleri kapsamında öngörülebilir olan sınırlar içinde kalıyorsa, azmettiren bu neticeden sorumlu olmalıdır<sup>2193</sup>. Fail tarafından mağdurun karıştırılması, planlanan suç seyrinden bir sapma gösterse bile kural olarak yaşam tecrübelerine göre öngörülebilir sınırlar içinde bulunur<sup>2194</sup>. Bu durumda fail tarafından suçun konusunun karıştırılması azmettiren bakımından esaslı olmayan bir motiv hatasından ibaret olacaktır<sup>2195</sup>.

Buna karşılık faile mağdurun bireyselleştirilmesine yönelik talimat tam olarak verilmişse, arka planda yer alan fail tarafından gerçekleştirilen neticeden tamamlanmış azmettirme kapsamında sorumlu olamaz<sup>2196</sup>. Eğer fail azmettirenin talimatlarından saparsa veya onun talimatlarına aykırı olacak şekilde suçun konusunda bireyselleştirmeye giderse, bu durumda gerçekleştirilen fiil azmettiren için sınır aşımı teşkil eder. Çünkü fiil artık azmettirenin planladığı fiil kapsamında değildir. Bunun sonucu olarak söz konusu olan netice azmettirenin isnat edilemez. Bununla birlikte eğer somut fiil azmettiren için öngörülebilir nitelikteyse hedefte sapma gereğince değerlendirme yapılması gerekir. Bu durumda taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir<sup>2197</sup>.

---

<sup>2192</sup> Örneğin, (A), (T)'yi hastanede 10 numaralı odada yalnız kalmakta olan (O)'yu öldürmesi için azmettirir. (T), kısa bir süre sonra 10 numaralı odadaki (X)'i öldürür, çünkü (O) başka bir odaya geçirilmiştir. (A), kasten öldürmeye azmettirme kapsamında sorumludur (Rengier, a.g.e., s. 398). Burada failin şahısta hatası değil, azmettirenin şahısta hatası söz konusudur. Fail, kendisine belirtilen yer ve zamanda bulunan mağdura karşı fiili gerçekleştirmiştir. Bu nedenle azmettirenin sorumluluğunun değerlendirilmesinde failin şahısta hatası üzerinden hareket edilmemeli doğrudan azmettirenin şahısta hatası dikkate alınmalıdır (Winkelbach, a.g.e., s. 97). Buna karşılık (T), oda numaralarını karıştırarak 9 numaralı odada kalan (Y)'yi öldürürse kişiselleştirilen talimatlardan kastı dışlayan bir sınır aşımına ulaşabilecek kadar bir sapma göstermiş olur. Bu nedenle (A) burada sadece teşebbüste kalmış azmettirmeden sorumludur (Rengier, a.g.e., s. 398).

<sup>2193</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 292. Benzer yönde Schünemann, a.g.e., s. 2019.

<sup>2194</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 292.

<sup>2195</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 353.

<sup>2196</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 572-573. Bu görüşe karşı bireyselleştirme unsurunun net olmadığı eleştirisi ileri sürülmüştür. Bu teorinin savunucuları tarafından mağdurun azmettiren tarafından bizzat bireyselleştirildiği ve bu yüzden buna ilişkin hatanın önemli olduğuna ilişkin hiçbir durumun zikredilemediği belirtilmiştir. Heinrich, a.g.e., s. 583; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 291.

<sup>2197</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 353. Bu görüş, *Rose-Rosahl* olayında da azmettirenin sorumluluğunun hedefte sapma (*aberratio ictus*) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Çünkü *Rosahl*, *Rose*'un mağduru bildiğinden hareket etmektedir. Hâlihazırda mağdurun fail tarafından ismen bilinmesinden daha iyi bir kişiselleştirme olamaz. Buradaki hata rizikosu azmettirenin mağduru yanlış daha doğrusu kabaca, çok genel bir şekilde tanımlamasına dayanmamaktadır. Aksine failin mağduru hatalı şekilde

#### 4. Hedefte Sapma Teorisi (*Aberratio ictus theorie*)

Doktrinin bir kısmı, sözü edilen teorilerin zayıf yönlerinden, savundukları bu teori ile kaçınmaya çalışmıştır. Fail bakımından önemsiz olan şahısta hata durumu esas olarak azmettiren için hedefte sapma (*aberratio ictus*) özelliği gösterir<sup>2198</sup>. Zira azmettiren mağdurun kimliğinde yanılmamıştır, kendisi tarafından ortaya atılan nedensel kapsamın gelişiminde hata söz konusudur<sup>2199</sup>. Azmettirenin somut rizikoya yönelik bilgi eksikliği nedeniyle gerçekleşen fiil, kastının dışında kalmaktadır. Bu nedenle icra hareketlerini gerçekleştirenin ortak suç planından şahısta hataya düşerek sapmasının, azmettiren bakımından hedefte sapma olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>2200</sup>. Suç seyri karşısında azmettiren ve failin aynı konumda bulunmadığı ve bunun sonucunda fiile ilişkin konunun somutlaştırılmasının da ikisi bakımından farklı şekilde gerçekleştiği kabulü, failin şahısta hatasının azmettiren bakımından hedefte sapma teşkil etmesini meşru kılar<sup>2201</sup>.

Bu yaklaşımın savunucularına<sup>2202</sup> göre, hedefte sapma bakımından dolaylı faillikteki paralel şekilde araç kişi aracılığıyla gerçekleşen yanlış isabetle, doğrudan fail tarafından kullanılan suç aracının yanlış isabetinin eşdeğer olması gerekir. Ayrıca azmettirenin kastı belirli bir fiil üzerine somutlaşmalıdır<sup>2203</sup>. Azmettiren her zaman somut bir suçu kendi tasavvurunda belirlemelidir. Bununla birlikte eğer fail öldürmesi gereken kişi yerine başkasını öldürürse, azmettirme başarısızdır. Yanlışlığın kaynağı suçun konusunda hatanın standart durumundaki gibi failin (burada azmettirenin) kararı algılama

---

bireyselleştirmesinden kaynaklanmaktadır. Kindhäuser, a.g.e., s. 354. Aynı yönde Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 310.

<sup>2198</sup> Hillenkamp, a.g.e., s. 63; Bemmann, a.g.m. (MDR 1958), s. 821; Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 314; Letzgus, a.g.e., s. 54 vd.; Schmidhäuser, a.g.e., s. 316; Eryıldız, a.g.m., s. 48.

<sup>2199</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 167. BGH hedefte sapma çözümünün kabul edilemeyeceğini, olay seyrine ilişkin nedensel süreçte sapmanın özgü bir durumu olarak hedefte sapmada failin, hedeflediğinden farklı bir konu üzerinde neticenin gerçekleşmesinin söz konusu olduğunu ve bu nedenle bu kuralın diğer durumlar bakımından da uygulanmasının güçlük arz edeceğini belirtmiştir. BGHSt 37, 214, (219)'dan aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 105.

<sup>2200</sup> Winkelbach, a.g.e., s. 177.

<sup>2201</sup> Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 294; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 562.

<sup>2202</sup> Bemmann, a.g.m. (MDR 1958), s. 821; Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 296; Hillenkamp, a.g.e., s. 66; Hoberg, a.g.e., s. 98; Winkelbach, a.g.e., s. 164 vd.; Schlehofer, a.g.m. (GA 1992), s. 307; Hünerfeld, a.g.m., s. 250; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 690; Letzgus, a.g.e., s. 58; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 254; Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 314; Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 946; Otto, a.g.e. (AT), s. 316. Konuya ilişkin doktrindeki bir görüş ise failin şahısta hatasının azmettiren bakımından hedefte sapma teşkil edeceğini kabul etmekle birlikte; en yüksek kişisel hukuki değer ihlal edilirken, azmettiren tarafından bireyselleştirilen kişiden farklı olarak birinin öldürülmesini suça ilişkin azmettirenin kastından önemli bir sapma olarak değerlendirmiştir (Hauf, a.g.e., s. 98).

<sup>2203</sup> Letzgus, a.g.e., s. 59.

sürecinde değildir, bilakis onun tarafından seçilen aracın başarısızlığındadır<sup>2204</sup>. Bu durumlarda esas suçun ve azmettirmenin bağıllığı ortadan kaldırılmalıdır. Failin başarısızlıkla sonuçlanan bir mekanik alet kullanıp kullanmaması veya azmettirenin hataya düşen insanı araç olarak kullanıp kullanmadığı arasında aslında ayırım yapılamaz<sup>2205</sup>. Bu nedenle bir başkasının ölümü kast sorumluluğu kapsamında isnat edilemez. Bu tür durumlarda azmettiren yararına, kastını içermeyen bir suç seyri olduğu kabul edilmelidir. Azmettirenin kastının esas fiilin neticesini de kapsamaması gerektiği ve azmettiren tarafından hedeflenen neticenin failin hata yapması sonucunda istenmemesi göz önünde bulundurulmalıdır<sup>2206</sup>.

Önemsizlik teorisi bağlamında kabul edilen çözümü savunanlar arasında azmettirenin fail gibi sorumlu olacağına yönelik sonuca ulaşmak sorun arz etmezken, hedefte sapma çözümünü savunanlar arasında sorun ortaya çıkar. Hedefte sapmanın varlığı halinde kural olarak kast kalkacağından, gerçekte isabet alan suçun konusu bakımından cezalandırılabilir olduğu sürece taksirli sorumluluğun gündeme gelmesi gerekir. Bununla birlikte azmettirme kapsamında hedefte sapmanın dikkate alınacak olması farklı sonuca ulaşan iki görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

#### ***a. Teşebbüs Aşamasında Kalan Suç Kapsamında Azmettirmenin Kabulü***

Bu yaklaşım bağlamında benimsenen ilk çözüm, başlangıçta hedeflenen konuya ilişkin teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirmeden dolayı cezalandırmanın kabul edilmesine ilişkindir<sup>2207</sup>. Hedeflenen netice bakımından teşebbüs aşamasında kalan suç

<sup>2204</sup> Puppe, a.g.m. (GA 1981), s. 6; Heinrich, a.g.e., s. 559.

<sup>2205</sup> Heinrich, a.g.e., s. 584.

<sup>2206</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 363. Bununla birlikte bir görüş de tamamlanmış kastın işlenen suçtan dolayı sorumlu olacağını belirtmiştir (Loewenheim, a.g.m. (JuS 1966), s. 310). Bu yaklaşım suçun konusunun sadece tür olarak belirlenmesinin kastın kapsamında olmasını yeterli bulması nedeniyle eleştirilmiştir. Letzgus, a.g.e., s. 59. Ayrıca bkz. Schlehofer, a.g.m., s. 317.

<sup>2207</sup> Puppe, a.g.m. (NStZ 1991), s. 124; Stratenwerth, a.g.e., s. 105; Blei, a.g.e., s. 255; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 254. Geppert bu çözümün ikna edici olmadığını belirtmiştir. Yazara göre, bu durumda esas fiil bir kez tamamlanmaktadır ve teşebbüste kalmamaktadır. Bunun sonucunda şahısta hata ile hareket eden failde tamamlanmış öldürme teşebbüste kalmış öldürme şeklinde görülemez (Geppert, a.g.m. (1997), s. 363; Geppert, a.g.m. (JURA 1992), s. 167). Bu yaklaşımın bağıllık kuralı ile bağdaşmadığı görüşü için bkz. Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 301; Roxin, a.g.e. (AT), s. 168. Roxin ayrıca teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirme kabulünün failin sorumluluğu bakımından gerçekte isabet ettirilen kişiye yönelik tamamlanmış suçtan ve bunun yanı sıra hedeflenen kişiye yönelik teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı değerlendirme yapılması sonucunu ortaya çıkaracağını belirtmiştir (Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 301).

söz konusu iken, gerçekleşen netice bakımından taksirli sorumluluk gündeme gelir<sup>2208</sup>. Bu görüşe göre, yanlış konuya yönelik icranın gerçekleşmesi azmettiren açısından her zaman doğru hedefin teşebbüs aşamasında kalması anlamına gelir. Bu nedenle failin hedefte sapması, azmettirenin sorumluluğunun teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirme kapsamında belirlenmesini gerektirir<sup>2209</sup>. Zira azmettirenin tasavvur ettiği fiil bakımından fail icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamıştır<sup>2210</sup>. Azmettiren tarafından fail üzerinde gerçekleştirilen psişik etki bulunmasaydı, fiilin icrasının başlaması da söz konusu olamazdı<sup>2211</sup>. Sonuç olarak suça, azmettirenin neden olması ve failde suç kararı aldırma etkili olmasına karşılık fail karşısında nasıl ayrıcalıklı olduğunun problem teşkil ettiği ileri sürülebilir<sup>2212</sup>. Fail tarafından gerçekleştirilen teşebbüsün azmettirene isnat edilebilirliği azmettirenin beklentisinin objektif olarak yerine getirilmesine değil, azmettirenin direktiflerine içerik olarak olan uygun suç kararına göre hareket edilmiş olmasına bağlıdır<sup>2213</sup>.

### ***b. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme***

Diğer bir görüş, burada ilk planlanan suçun konusu üzerinde teşebbüsün söz konusu olmadığından ve şahısta hatanın fail bakımından önemsiz olduğundan hareketle taksirli sorumluluğun yanında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden<sup>2214</sup> dolayı cezalandırma

<sup>2208</sup> Letzgus, a.g.e., s. 59; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 562; Hauf, a.g.e., s. 92; Heinrich, a.g.e., s. 584; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 690; Hünerfeld, a.g.m., s. 250.

<sup>2209</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 105; Blei, a.g.e., s. 255.

<sup>2210</sup> Blei, a.g.e., s. 255.

<sup>2211</sup> Stratenwerth, a.g.m. (FS Baumann), s. 67.

<sup>2212</sup> Heinrich, a.g.e., s. 584. Yazara göre, bu eleştiriler azmettirenin başka bir suçun işlenmesini istemesi sorununun aşılmasına yardımcı olamamaktadır. Yaklaşımaya yönelik eleştiri için ayrıca bkz. Schlofer, a.g.m., s. 311.

<sup>2213</sup> Stratenwerth, a.g.m. (FS Baumann), s. 68.

<sup>2214</sup> Letzgus'a göre, failin azmettirme ile anlaşmaya vardığı fiilden farklı bir fiili bilinçli olarak gerçekleştirmesi halinde de teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden söz edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda objektif bakımdan her iki durum arasında bir farklılık bulunmamaktadır (Letzgus, a.g.e., s. 54). Benzer şekilde *Hillenkamp*, fiilin konusu bakımından azmettirilenin kastındaki her bir değişikliğin azmettiren bakımından hedefte sapma teşkil ettiğini belirtir (Hillenkamp, a.g.e., s. 56). Bununla birlikte geliştirmiş olduğu maddi eşdeğerlik teorisi kapsamında en yüksek kişisel nitelikteki hukuki değer söz konusu olması halinde hedefte sapmanın esaslı olduğunu; bunun dışındaki hukuki değerlere yönelik konu bakımından esaslı kabul edilemeyeceğini de ekler. Bu bağlamda yazar hırsızlık ve yağma suçu üzerinden konuyu ele alarak azmettirilenin hırsızlık suçu bakımından azmettirenin kastettiği kişiden farklı bir kişiye ait eşyayı çalması halinde azmettirenin sorumluluğu bakımından esaslı olmayan bir sapma olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtirken; yağma suçunda korunan hukuki değer aynı zamanda en yüksek kişisel değer bileşenine de sahip olmasından dolayı azmettirilenden farklı bir kişi üzerinde yağma suçunun gerçekleştirilmesi halinde azmettiren bakımından esaslı bir sapma olduğunu kabul eder (Hillenkamp, a.g.e., s. 116 vd.). Buna karşılık *Baumann* ise suçun konusunun farklı kişilere ait olması durumunda hukuki değer taşıyıcısının da farklı olduğunu belirterek en yüksek kişisel değer söz konusu olmasa bile, örneğin malvarlığına yönelik suç

yoluna gidilmesini savunmaktadır<sup>2215</sup>. Yaklaşım, azmettirenin tasavvurunda somut fiili oluşturması gereğinden hareket eder. Failin yanlış kişiyi öldürmesi azmettiren tarafından istenen mağdur bakımından sadece bir teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme teşkil eder ve bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan suç kapsamında azmettirmeden dolayı sorumluluk belirlenemez<sup>2216</sup>. Fail, azmettirenin tercih ettiği konudan başka bir konu üzerinde fiili gerçekleştirirse, azmettirenin kastından esaslı noktalarda sapma ortaya çıkarsa azmettirme başarıya ulaşmaz. Failin şahısta hatası azmettiren bakımından hedefte sapma teşkil eder ki teşebbüs aşamasında kalan azmettirme<sup>2217</sup> nedeniyle cezalandırmaya sebep olur<sup>2218</sup>. Yanlış konu üzerinde gerçekleşen fiil, doğru konu üzerinde gerçekleşmesi gereken fiil bakımından teşebbüsü içermez<sup>2219</sup>.

## 5. Değerlendirme

Azmettirenin, failin suçun konusunda hataya düşmesi halinde ceza sorumluluğunun tespiti salt bağlılık kuralı kapsamında ele alınamaz. Sınırlı bağlılık kuralı şerik hareketinin cezalandırılabilirliğini kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilmiş esas fiile bağlamakla birlikte, azmettirmenin kastının niteliğine ilişkin bir gereklilik ortaya koymaz. Fail bakımından gerçekleştirilen suçun konusunda hatanın bu hatayı gerçekleştirilmeyen azmettirenin sorumluluğunu nasıl aynı şekilde etkileyeceği sorunu sınırlı bağlılık kuralı

---

söz konusu olduğunda, azmettirme bakımından da esaslı bir sapmanın bulunduğunu kabul eder. Fakat aynı kişiye ait olmak koşuluyla azmettirilenden farklı bir şeye karşı suçun gerçekleştirilmesi halinde azmettiren bakımından da esaslı olmayan sapma olduğunu belirtir (Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 134).

<sup>2215</sup> Letzger, a.g.e., s. 59. Aynı yönde Hake, a.g.e., s. 73; Wilkenbach, a.g.e., s. 188; Hillenkamp, a.g.e., s. 66; Schlehofer, a.g.m., s. 317. Aksi yönde Joecks, a.g.e., s. 1247. *Roxin* konuya ilişkin daha önce *Spendel* tarafından müşterek faillik kapsamında şahısta hatada olduğu sonucun burada da geçerli olduğunu ve azmettirenin sadece teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı sorumlu olabileceğini ve aşkın kısım bakımından sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir (Roxin, a.g.m. (FS Spindel), s. 300-301). *Binding*, (eski Alman Ceza Kanunu'nda) teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılmadığı bir sistemde teorik olarak ulaşılan bu sonucun hukuk politikası açısından cezalandırma gerekliliğini karşılamaması nedeniyle müsebbiplik (*Urheberschaft*) kurumunun ceza altına alınması gereğine dikkat çekmiştir. Aktaran Winkelbach, a.g.e., s. 189.

<sup>2216</sup> Heinrich, a.g.e., s. 584.

<sup>2217</sup> Schlehofer, a.g.m. (GA 1992), s. 307; Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 946; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 690; Roxin, a.g.e. (AT), s. 167; Letzger, a.g.e., s. 54 vd.; Köhler, a.g.e., s. 528; Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 562.

<sup>2218</sup> Bemmann, a.g.m. (MDR 1958), s. 821; Loewenheim, a.g.m., s. 315. *Wessels/Beulke/Satzger* teşebbüste kalan azmettirme kabulüne ilişkin şu eleştiride bulunmuşlardır: “*Bu bakış açısı tatmin edici değildir. Kanun sadece cürüm için teşebbüste kalmış azmettirmeyi cezalandırmıştır. Bu durumda cünha söz konusu olduğunda bir cezasızlık alanı oluşacaktır. Teşebbüste kalan suçta azmettirmeden dolayı cezalandırma önerisi de ikna edici değildir. Çünkü yanlış kişiye yönelen saldırı doğru kişiye karşı teşebbüste kalmış saldırı ile eşit kabul edilemez.*” *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 292. Aynı yönde Rengier, a.g.e., s. 399.

<sup>2219</sup> Puppe, a.g.m. (NSTZ 1991), s. 124.

ile ikna edici bir cevap bulmaktan uzaktır. Bu noktada azmettirmenin bir şeriklik türü olarak esas fiile karşı konumunun ve azmettirenin gerçekleştirdiği azmettirme hareketinin objektif ve sübjektif unsurlarının dikkate alınması gerekir. Öncelikle azmettiren fail gibi fiil üzerinde hâkimiyet sağlamaz. Azmettiren suçun icrası öncesinde mağdura veya suçun işlenmesine yönelik yaptığı açıklamalar çerçevesinde suç seyrine etki etmekle birlikte, suç seyri üzerinde nihai yönlendirme sadece faile aittir. Azmettiren sadece suça sevk etme üzerinde hâkimiyet sahibi olabilir. Her ne kadar azmettiren mevcut düzenleme bağlamında işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacak olsa bile suçun işleniş süreci göz önüne alındığında azmettirenin konumu failinkinden farklıdır. Azmettiren ne kadar detaylı bir plan oluştursa da suçun işlenme sürecini faile bırakır. Azmettirenin suçun işlenmesi sırasında dahi talimat vermesi mümkün olmakla birlikte, hiçbir zaman fiile failden daha yakın olmayacağı açıktır. Buna karşılık azmettirenin sevk etmesi doğrultusunda failin hareket etmesi beklenir ve bu sevk in kapsamını azmettiren belirler. Suça yönelik sadece genel bir sevk etme söz konusu olabileceği gibi; suçun işleneceği yeri, zamanı veya suçun konusunun özelliklerini kapsayan bilgilerden oluşan sevk etmeden de bahsedilebilir. Bu nedenle azmettirenin fiile ilişkin ya da suçun konusunun somutlaştırılmasına yönelik vermiş olduğu bilgilendirme veya açıklamaların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Burada azmettirilenin sorumluluğu için söz konusu olan tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma azmettiren bakımından doğrudan uygulanabilir değildir. Azmettirilen azmettirme çerçevesinde hareket ettiği ve fiili gerçekleştirdiği sürece meydana gelen netice kapsamında azmettirenin cezalandırılması gündeme gelecek iken; bu çerçevenin dışında farklı bir neticenin gerçekleşmesi halinde azmettirenin cezalandırılmasına yönelik farklı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Azmettirenin kastına yönelik incelemede azmettirenin failde genel bir suç işleme kararı oluşturmadığına, azmettirenin kastının belirli bir suçun işlenmesine yönelik olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Ayrıca azmettirenin şahısta hataya düşmesi ile azmettirilenin şahısta hataya düşmesi arasındaki ayrım da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda azmettirenin kendi şahısta hatası halinde meydana gelen neticeden sorumlu olacağı belirtilmelidir. Bu nedenle azmettirenin şahısta hatası ile azmettirilenin şahısta hatasının azmettirenin sorumluluğunda farklı şekilde etki etmesi gereklidir. Failin hataya düşmesinin sonuçlarının azmettirenin hatası bulunmadığı halde azmettireni aynı şekilde etkilemesi beklenemez.

Azmettirenin şahısta hatasının bulunması ihtimalinde bu hata azmettiren bakımından önemsiz kabul edileceğinden, azmettiren gerçekleşen netice kapsamında sorumludur. Örneğin, mağdurun fiilin gerçekleşeceği zamanda belirli bir yerde bulunacağı zannıyla faili suça sevk eden azmettiren orada bulunan farklı bir kişiye karşı suçun işlenmesi halinde gerçekleşen neticeden azmettiren olarak sorumlu olur. Burada azmettirilen azmettiren tarafından verilen bilgiler çerçevesinde hareket etmiş olup söz konusu hata kendisinden kaynaklanmamaktadır. Bununla birlikte azmettirilenin şahısta hataya düşmesinin azmettiren bakımından ne şekilde etki edeceğinin bireyselleştirme teorisi ile hedefte sapma teorisi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada belirleyici olan azmettirenin kastının kapsamıdır. Azmettiren mağdurun bireyselleştirmesini genel hatlarıyla belirlemekle birlikte o kapsama girebilecek birden fazla ihtimalin bulunduğunu göze alıyorsa bu durumda gerçekleşen neticeden sorumludur.

Azmettiren verdiği bilgiler çerçevesinde mağdurun tam olarak bireyselleştirmesini yapmış ve bu noktada sorun sadece azmettirilenin şahısta hatasından kaynaklanıyorsa gerçekleşen netice azmettiren bakımından hedefte sapma teşkil eder. Böyle bir durumda azmettirenin tasavvur ettiği ile gerçekte meydana gelen fiil aynı değildir. Azmettiren azmettirme hareketi ile belirli bir mağdur üzerinde fiile ilişkin tehlikeyi suç planı aracılığıyla oluşturmaktadır. Bununla birlikte azmettirmenin hedefi faildeki şahısta hata nedeniyle istenilen neticeye ulaşmamaktadır. Bu durumda azmettirenin kastının dışında gerçekleşen neticenin azmettirenin hatasının da bulunmadığı göz önüne alındığında, azmettirene aynı şekilde sorumluluk yüklemesi beklenemez. Burada failin de diğer mağdura yönelik bir suç işleme kastının bulunmadığı, diğer bir ifadeyle fiilin sınır aşımı teşkil etmediği ileri sürülebilir. Ancak söz konusu hata failin hatasıdır ve bu bağlamda azmettirenin buna yönelik etkisinden söz edilemez.

Sonuç olarak azmettirilenin şahısta hatasının azmettirene objektif olarak isnat edilebilirliği yeterli olmadığından, ayrıca tipikliğin sübjektif unsuru kapsamında isnat edilebilirlik gerekli olduğundan hareketle azmettirenin gerçekleşen fiile yönelik azmettirme hareketinin oluşturduğu tehlikeyi en azından göze almış olması gerekir. Failin şahısta hatasının tamamen failden kaynaklanması halinde arka planda yer alanın hedeflediğinden başka bir kişi üzerinde fiilin gerçekleşmesi söz konusu olacağından, azmettiren bakımından hedefte sapma kapsamında değerlendirme yapılması gereklidir.



Fail bakımından gerçekleştirilen hedefte sapmada hedeflenen fiil bakımından teşebbüs aşamasında kalan suç buna karşılık gerçekleşen fiil bakımından taksir sorumluluğu söz konusu olur. Bu durumda azmettiren bakımından hedefte sapma değerlendirilmesinde fail adeta azmettirenin aracı konumundadır. Nitekim dolaylı faillikte de ön planda yer alanın şahısta hatası halinde arka planda yer alan dolaylı failin sorumluluğu hedefte sapma kapsamında değerlendirilmektedir<sup>2220</sup>. Hedefte sapma bakımından önem arz eden suçla ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin araç veya tam sorumlu kişi olması değildir. Diğer bir ifadeyle suçla ilişkin icra hareketlerinin ne şekilde gerçekleştirildiği hedefte sapma bakımından belirleyici değildir<sup>2221</sup>. Bununla birlikte dolaylı failliğin bağlı bir iştirak türü olmadığı hususu göz önünde bulundurulduğunda, azmettiren bakımından aynı sonuca ulaşılmasına bağlılık kuralı engeldir. Azmettiriminin faillik türü olmaması ve azmettirme haksızlığının esas fiil aracılığıyla gerçekleşmesi nedeniyle farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Failin şahısta hatasının azmettiren bakımından sınır aşımı teşkil ettiği ve bu nedenle fiile yönelik bağlılığın geçerli olmadığı kabul edilse dahi, azmettirenin hedeflediği neticeye yönelik fiil teşebbüs aşamasına varmamıştır. Eğer azmettiriminin cezalandırılma nedeni olarak şerik haksızlığının bağımsızlığını esas alan yaklaşımlar benimsenmiş olsaydı, azmettiren bakımından teşebbüs aşamasında kalan suç kapsamında değerlendirme yapmak mümkün olabilirdi. Ancak ilk bölümde belirtildiği üzere, çalışmada benimsenen bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı olarak azmettirme kabulünde bu sonuca ulaşılamaz. Bu nedenle arka planda yer alanın sorumluluğu teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir değerlendirme ACK bakımından sorun teşkil etmese de TCK bakımından arka planda yer alanın sorumluluğuna ilişkin cezasızlık alanı oluşturmaktadır<sup>2222</sup>. Belirtilmelidir ki, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye ilişkin bu soruna 3. bölümde ayrıca değinilecektir.

<sup>2220</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 70; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 474.

<sup>2221</sup> Letzgus, a.g.e., s. 59.

<sup>2222</sup> Nitekim *Demirel*, bu soruna değinerek teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye TCK'da yer verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. *Demirel*, a.g.e., s. 428.

## C. ŞAHISTA HATANIN ÖZEL DURUMU OLARAK FAİLİN ŞAHISTA HATASINA ARKA PLANDA YER ALANIN SEBEP OLMASI

Failin şahista hatasına ilişkin bu kapsamda verilen örnek olay<sup>2223</sup> şu şekildedir: (A), (B)'nin (X)'i belirli bir yer ve zamanda öldüreceğini öğrenir. Bunun üzerine kendi düşmanı (O) ile söz konusu yer ve zamanda görüşmek üzere anlaşır. Amacı (X)'in yerine (O)'nun ölmesini sağlamaktır. Olay yerinde (B) şahista hataya düşerek (X)'in yerine (O)'ya ateş eder ve öldürür. Belli bir kişiyi öldürmek isteyen failde hataya sebep olarak başkasının ölümüne yol açılması halinde icra hareketlerini gerçekleştirenin faillliğini ortadan kaldıran bir durum bulunmamaktadır. Zira fail, kasten öldürme suçu bakımından tipik olarak hareket etmektedir. Bununla birlikte arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesi gerekir.

Konu bağlamında ileri sürülen bir görüş<sup>2224</sup> şahista hataya yol açan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu olduğu yönündedir. *Roxin*'e göre, birden fazla kişinin suça katılımı söz konusu olduğunda her bir katılanın somut tasavvuru dikkate alınarak değerlendirme yapılması gereklidir. Yazar dolaylı faillik bakımından arka plandaki kişinin ön planda birini öldürmeyi planlayan kişide hataya sebep olarak aslında kendi öldürmeyi planladığı kişinin ölmesini sağlaması halinde ortada iki failin bulunduğunu<sup>2225</sup> belirtmiştir<sup>2226</sup>. *Roxin*'e göre şahista hataya yol açanın hataya düşen karşısında üstünlüğü fiilin anlam içeriğinin oluşmasında ortaya çıkar. Mağdurun kim olduğuna yönelik bilginin, icra hareketlerini gerçekleştiren hataya düştüğü ve sadece mağdurun bir insan olduğu konusunda net olduğu sürece fiil hâkimiyetini temellendiren unsur olarak dikkate alınması gerekir<sup>2227</sup>. Bu durumda mağdurun kimliğine ilişkin olarak ön plandaki kişi arka

<sup>2223</sup> Doktrinde bu olay *Dohna Fall* olarak anılmaktadır. Schroeder, a.g.e., s. 195 vd.

<sup>2224</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 752, 785; Noltenius, a.g.e., s. 291; Kühl, a.g.e., s. 787; Roxin, a.g.e. (TuT), s. 212; Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 189 vd.; Schmidhäuser, a.g.e., s. 300; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 203; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 530; Murmann, a.g.m. (JA 2008), s. 324; Rengier, a.g.e., s. 362; Maurach, a.g.e., s. 642; Schroeder, a.g.e., s. 145 vd.; Sax, a.g.m. (ZStW 1957), s. 434; Hillenkamp, a.g.e., s. 70; Özyüksel, a.g.e., s. 142. Aksi yönde Zieschang, a.g.m., s. 516.

<sup>2225</sup> Failin arkasındaki fail kavramının kabul edildiği ihtimalinin beraberinde şekli-objektif ve maddi faillik öğretilerinin aynı fiil bakımından söz konusu olup olamayacağı sorusunu getirdiğini belirten *Schroeder*, çifte faillik durumu teşkil eden bu olayın şekli-objektif teori ile maddi teorisinin kombinasyonu ile açıklanamayacağını, burada ön planda yer alanın aynı zamanda maddi olarak fiil hâkimiyetine sahip olduğundan fail statüsünde olduğunu ileri sürmüştür. Schroeder, a.g.e., s. 195 vd.

<sup>2226</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 215.

<sup>2227</sup> Bloy, a.g.e., s. 358. *Hillenkamp* da ön planda yer alanda şahista hataya yol açılmasının kast problemi teşkil etmediğini, aksine fiil hâkimiyetine ilişkin bir problem olduğunu belirtmiştir. Hillenkamp, a.g.e., s. 70.

plandaki kişinin kör aracıdır. Böylece *Roxin* farklı aşamaları kapsayan iki fiil hâkiminin bulunduğu ileri sürmüştür. Tipik anlamın gerçekleştirilmesi söz konusu olduğu sürece ön plandaki kişi faildir. Bununla birlikte mağdurun bireyselleştirilmesiyle somut hareket anlamının oluşumu söz konusu olduğu sürece arka plandaki kişi faildir<sup>2228</sup>.

*Roxin* ön plandakinin şahısta hatasından hareket ederek aslında somut hareket anlamı, diğer bir ifadeyle tipikliğin somut gerçekleştirilmesi üzerindeki hataya dikkat çekmektedir. Arka plandaki kişinin bu hata üzerinde hâkimiyeti bulunmaktadır<sup>2229</sup>. Zira mağdurları değiştirerek tipik haksızlığın niteliğinde farklılaşmaya neden olmuştur. Her ne kadar icra hareketlerini gerçekleştirirken bir kimsenin ölümüne yönelik hâkimiyet bulursa da mağdurun somut bireyselleştirilmesi tek başına arka plandaki kişinin bilincinde olduğu bir durumdur<sup>2230</sup>. Bu durumda fail tarafından öldürülmek istenen kişinin değiştirilmesiyle yeni bir mağdur ortaya çıkarılmaktadır. Ayrıca arka planda yer alan, fail tarafından somutlaştırılan kasttan farklı bir kastla hareket etmektedir<sup>2231</sup>. Daha yüksek aşamalı bir fiil hâkimiyetinden (*höherstufige Tatherrschaft*) söz edebilmek için bu yeterlidir<sup>2232</sup>. Böylelikle başkasının planını kullanan hem faili hem de mağduru bilinçli

<sup>2228</sup> Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 191.

<sup>2229</sup> Bloy, *Roxin* tarafından ileri sürülen görüşe karşı çıkmıştır. Yazara göre *Roxin*'in bu düşüncesi, şahısta hataya yol açmaya ilişkin aldatma olmaksızın gerçekleşen paralel durumlarda azmettirmeyi buna karşılık eklenen aldatma unsuru ile hataya yol açma durumunda dolaylı failliği kabul ettiğinden, çelişki içerir. Yazar bu kabulün suç kararını harekete geçiren her bir yanlış talimatta, arka plandaki kişinin azmettirmesini değil dolaylı failliğini temellendirmek zorunda kalacağını ileri sürmüştür. Diğer ifadeyle motiv hatasını meydana getiren her bir durumda aldatan dolaylı fail olmak zorundadır ki bu *Roxin*'in somut hareket üzerindeki hatanın motiv hatasından ayrılması gerektiği şeklindeki kendi yaklaşımı ile de çelişir (Bloy, a.g.e., s. 359). Yazara göre *Roxin*'in bunun üzerine açıkladığı diğer iştirak şekillerinin somut bir bakış açısını gerektirdiği gibi dolaylı faillikte de somut sürecin anlam içeriğine dayanması gerektiği argümanı kabul edilebilir. Bununla birlikte yazar *Roxin*'in öncelikle doğrudan faillikte böyle bir somutlaştırmayı göz ardı ettiğini ileri sürmüştür. Buna gerekçe olarak aksi takdirde *Roxin*'in şahısta hatanın kastı kaldırdığını kabul etmek zorunda kalacağını göstermiştir. Yazar burada dolaylı failliğin söz konusu olmayacağını ise şu gerekçeye dayandırmıştır: “*Dolaylı faillik bağlı bir iştirak türü olmadığından, araç kişi dolaylı faile isnat edilen haksızlığı gerçekleştirmez. Dolaylı faile sadece araç kişinin hareketi kendisinin olarak isnat edilir. Diğer bir ifadeyle tipikliğin gerçekleştirilmesi yalnızca dolaylı failin kendisiyle ilişkilidir. Bu nedenle tipikliğin gerçekleşmesine dayanmayan hatalar doğrudan faillikte olduğu gibi dolaylı fail bakımından önemsiz olmak zorundadır. Mağdurun bireyselleştirilmesi tipik gereklilik arz etmediğinden, şahısta hataya sebep olunması dolaylı failliği ortaya çıkarmaz. Farklı sonuca ulaşılmak istenirse şahısta hatanın motiv hatası olarak değil, tipiklik hatası olarak kabul edilmesi gerekir. Sadece bu şekilde tutarlı bir çözüm söz konusu olabilir. Aksi takdirde şahısta hataya yol açılması dolaylı failliği ortaya çıkarmaz.*” Bloy, a.g.e., s. 360.

<sup>2230</sup> Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 189 vd.; Noltenius, a.g.e., s. 103; Frister, a.g.e., s. 364; Köhler, a.g.e., s. 508.

<sup>2231</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 45.

<sup>2232</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 530; Frister, a.g.e., s. 364; Köhler, a.g.e., s. 508. Bu öğretiyeye yönelik eleştiri fiil hâkimiyeti kavramının tipiklik ilişkisinin böylelikle ortadan kalkmasıdır. Ceza hukukundan çözülen bir incelemede mağdurun kimliğine yönelik bilme veya bilmeme durumunun,

olarak suç seyrine bağladığından dolayı fail olmalıdır<sup>2233</sup>. Belirtilmelidir ki, böyle bir ihtimalde dolaylı failliğin kabul edilmemesi, arka plandaki kişinin cezasızlığına neden olabilecektir. Zira fail hâlihazırda suç işlemeye karar vermiş bir kişi olduğundan azmettirmeden söz edilemez. Ayrıca arka plandaki kişi, failin gerçekleştirmek istediği fiile engel olarak failin fiiline yardım eden olarak da sorumlu tutulamaz<sup>2234</sup>.

*Sax*'a göre de arka plandaki kişi icra hareketlerini gerçekleştirenin suça ilişkin kararlılığını kendi amacı doğrultusunda kullanarak suç seyrine hâkim pozisyonda olduğundan, dolaylı fail olarak cezalandırılmalıdır<sup>2235</sup>. Söz konusu durum şeriklik kapsamında değerlendirilirse, hem şeriklik hem de faillik kapsamı belirsiz hale gelir. Aslında suçun işlenip işlenmeyeceği ve ne zaman işleneceği noktasında belirleyici pozisyonda olan arka plandaki kişi olduğundan fiil adeta onun fiili kabul edilir<sup>2236</sup>. Ön planda yer alanın şahısta hatasının önemsizliği arka plandaki kişinin cezasızlığını sonuçlamaz, zira hataya yol açan kendisidir. Böyle bir durum ön planda yer alanın şahısta hataya düşmesi halinde arka plandakinin ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceğinden bağımsızdır. Arka plandaki kişi üstün gelen bilgisi nedeniyle olay seyrini yönlendirmektedir<sup>2237</sup>.

Doktrinde aksi yöndeki görüş ise arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği yönündedir<sup>2238</sup>. Bu görüş, arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi

---

suça iştirak edenlerin suç seyri bağlamında fiilin anlamına yönelik algısını (*sinnverständnis*) önemli ölçüde etkilediği tartışılmaz. Bununla birlikte, bu hususun fiil hâkimiyetine yönelik hukuki anlam eksikliği nedeniyle tipiklik kapsamında önemi bulunmaz. Bu nedenle bu, dolaylı failliği temellendirmek bakımından yeterli değildir. Bloy, a.g.e., s. 359.

<sup>2233</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 752; Noltenius, a.g.e., s. 291; Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 189; Cramer/Heine, a.g.e., s. 530.

<sup>2234</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 46.

<sup>2235</sup> Sax, a.g.m. (ZStW 1957), s. 434.

<sup>2236</sup> Sax, a.g.m. (ZStW 1957), s. 434. Burada bir diğer yaklaşım ise şekli-olumsuz gerekçeden hareketle olayda ne azmettirmenin ne de müşterek failliğin bulunduğunu, bu nedenle dolaylı failliğin kabul edilmesi gerektiğini belirtir (Detlef Krauß'dan aktaran Schroeder, a.g.e., s. 144). *Schroeder* ise hâlihazırda suç işlemeye karar vermiş kişinin suçun işlenmesinde kullanılması kapsamında nitelendirdiği bu durum bakımından arka planda yer alanın sorumluluğunu dolaylı faillik çerçevesinde ele almıştır. Ön planda yer alanın amacını gerçekleştirmesi yalnızca arka planda yer alanın yol açacağı bir şarta bağlıysa arka plandaki kişi tarafından durumun kullanıldığından bahsedilir. Bir başkasının almış olduğu kesin suç işleme kararıyla birlikte arka plandaki kişinin şerik olarak değerlendirilmesi bakımından gerekli olan neticenin gerçekleşmesinin belirsizliği ortadan kalkar. Sadece motiv hatası böyle bir etkiye sahip olamaz. Böylelikle bir başkasında şahısta hataya yol açan kimse suç seyri üzerinde hâkim konumdadır. Şeriklik ise bir başkasının suç işleme kararına ve bunun icrasına bağlıdır. Schroeder, a.g.e., s. 146 vd.

<sup>2237</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 785; Noltenius, a.g.e., s. 103.

<sup>2238</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 667; Herzberg, a.g.e., s. 24, 49; Welzel, a.g.e., s. 117; Bloy, a.g.e., s. 359 vd.; Zieschang, a.g.m., s. 516; Mahmutoğlu, a.g.m., s. 75.

manipüle ederek ön plandaki kişinin kastını etkilemeksizin sadece motiv hatasına yol açarak suçu gerçekleştirmeye yönlendirmesi gerekçesiyle arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul etmez<sup>2239</sup>. Çünkü ön plandaki kişinin hatası önemsizdir ve fiil hâkimiyeti hâlâ ön plandaki kişidedir<sup>2240</sup>. Böyle bir motiv hatasının arka plandaki kişinin suça iştirak şeklinin belirlenmesi bakımından belirleyici olduğunu kabul etmek, motiv hatasının suça iştirak türlerinin belirlenmesinde rol oynamadığı kabulüyle çelişki ortaya çıkarır<sup>2241</sup>. Bu nedenle arka plandaki kişinin böyle bir hataya etkisi dolaylı failliğini sonuçlamaz. Aksi takdirde faillik kavramının ayrılmasına sebep olur. Doğrudan faillikte tipiklik (mağdurun kimliğinden soyut olarak) yeterli iken, buna karşılık dolaylı faillik bakımından kriterler genişletilerek somutlaştırılmış unsurların da dâhil edilmesi fail kavramının parçalanmasına yol açar<sup>2242</sup>.

Azmettirme ise somut esas fiile bağlıdır. Bu nedenle şeriklik bakımından mağdurun bireyselleştirilmesi tipik olarak önemsiz olamaz. Şerikliğin bağlı haksızlık yapısı nedeniyle arka plandaki kişinin şahısta hataya yol açmasında azmettirme kabul edilmelidir<sup>2243</sup>. Bu bağlamda arka plandaki kişinin ön plandaki kişiye yönelik psikik etkisinin bulunmaması önemli değildir<sup>2244</sup>. Zira arka plandaki kişi ön plandaki kişinin iradesi üzerinde etkide bulunur ve böylece somut kişi (mağdur) bakımından suç kararına sebep olur<sup>2245</sup>. Ayrıca arka plandaki kişi durumu manipüle ederek fiilin sosyal anlam

<sup>2239</sup> Dolaylı faillik yaklaşımını reddedenlerin bir kısmı ise, arka planda yer alan cezasızlık durumundan yan fail olarak veya doğrudan fail olarak sorumlu tutarak kurtulmaya çalışmıştır. Bu yaklaşıma göre, arka plandaki kişinin hareketi ön plandaki kişi üzerinde değil, aksine doğrudan mağdur üzerinde etkisini gösterir (Hünerfeld, a.g.m., s. 243; Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 169; Freund, a.g.e., s. 369). Roxin'e göre, burada göz ardı edilen şey, suçun bir başkası aracılığıyla işlenmiş olmasının hem yan yana failliğin hem de doğrudan failliğin yapısına uygun olmamasıdır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 46). Benzer yönde eleştiride ise mağdur üzerindeki etkinin doğrudan ölüm neticesini gerektirmediğine ve dahası arka plandaki kişinin öldürmeye yönelik icra hareketinin gerekli olduğuna dikkat çekilmiştir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 784).

<sup>2240</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 235; Otto, a.g.e. (AT), s. 293; Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 25; Bloy, a.g.e., s. 358 vd.; Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 169; Schumann, a.g.e., s. 77; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 247.

<sup>2241</sup> Bloy, a.g.e., s. 359.

<sup>2242</sup> Bloy, a.g.e., s. 361.

<sup>2243</sup> Bloy, a.g.e., s. 359. Aynı yönde Welzel, a.g.e., s. 117. Bu görüşe karşılık sadece somut olarak mağdur bakımından değil tüm fiil bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğinden burada failin konumunun tamamen reddedildiği eleştirisi getirilmiştir. Burada fail hâlihazırda suç işleme kararı vermiş bir kişidir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 215.

<sup>2244</sup> Bloy, a.g.e., s. 361. Spindel bu durumda yardım eden olarak da sorumluluğun söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Çünkü arka planda yer alan kişi fiilin üzerinde gerçekleştiği mağdur bakımından suç kararına sebep olan ilk etkiyi oluşturmaktadır. Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 170-171.

<sup>2245</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 235; Harro Otto, "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", JURA, 1987, ss. 246-258, s. 255.

içeriğinin yoğunluğu bakımından fiili icra eden kişiye karşı üstün görünse bile ön plandaki kişiyi sorumluluktan kurtarmaz<sup>2246</sup>. Öldürme suçlarında mağdur kimliğinden bağımsız olarak korunmaktadır. Bir kimseyi öldürdüğünü bilen kimse kasten hareket etme şartı bakımından yeterlidir<sup>2247</sup>.

Arka planda yer alan failin şahısta hataya düşmesine yol açması durumu, ön planda yer alan fail olarak sorumluluğunun bulunması nedeniyle arka planda yer alan ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği şeklinde gerekçelendirilemez. Suça iştirak edenlerin katkılarının maddi olarak faillik niteliğinde olmadığı durumda şeriklik incelemesi söz konusu olur. Bu nedenle öncelikle arka planda yer alanın dolaylı faillik kapsamında sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Arka planda yer alan, kendi hedefinde bulunan mağdura yönelik suç seyrini belirleyen ve bu doğrultuda başkasını öldürme amacıyla hareket eden faili araç olarak kullanan kişidir. Ön planda yer alan suçun konusuna ilişkin hataya düşmüştür. Söz konusu hatanın failin sorumluluğu bakımından önemsiz addedilmesinin sebebi ihlal edilen hukuki değer hedeflenen hukuki değerle eşdeğerde olmasıdır. Bu, failin belli bir saikle suçu işlemeye karar vermesi halinde salt bu saikin değiştirilmesine sebep olmadan farklı bir durumdur. Failin şahısta hatasının kendi sorumluluğu bakımından önemsiz olması arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesinde aynı şekilde etki etmez. Zira ön planda yer alanın kastının ortadan kalkmasına neden olmayacak düzeyde olmakla birlikte arka planda yer alanın failde hataya yol açması söz konusudur. Arka planda yer alan kendi hedeflediği mağdura yönelik adeta failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasını kendi suç planı doğrultusunda kullanmaktadır. Ön planda yer alan mağdurun hedeflediği mağdur olmadığını farkına varsaydı, söz konusu fiili gerçekleştirmeyecektir. Failin kendi hedefine yönelik kararlılığını kullanmak suretiyle arka planda yer alan neticenin gerçekleşmesini bir nevi garanti ederek fiil hâkimiyetine sahip olmaktadır<sup>2248</sup>.

Ön planda yer alanın tipik hareketi gerçekleştirmesi ve tam sorumlu olması sebebiyle arka planda yer alanın dolaylı failliğini kabul etmeyen görüşler esas alındığında

---

<sup>2246</sup> Bloy, a.g.e., s. 329; Heghmanns, a.g.m., s. 487.

<sup>2247</sup> Bloy, a.g.e., s. 359 vd.; Stein, a.g.e., s. 295; Zieschlang, a.g.m., s. 516; Otto, a.g.e. (AT), s. 293; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 235.

<sup>2248</sup> Schroeder, a.g.e., s. 144 vd.

arka planda yer alanın azmettiren olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu kapsamda azmettirme bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, iştirak şekli olarak azmettirminin s3z konusu olabilmesi için suç işleme dūřüncesi bulunmayan failde suç kararı oluşturması gerekir. Bu, azmettirminin esaslı unsurudur. Dolaylı failliğin kabul edilemediği her durumda doğrudan azmettiren sorumluluğu s3z konusu olamaz. Bu durumda arka planda yer alanın hedeflediği kişiye y3nelik suç işleme dūřüncesi oluşturduğu kabul edilirse, 3ldürme suçu bakımından mağdurun somutlaştırılmasının dikkate alınması gerekecektir ki, yaklaşımın savunucuları buna karşı çıkmaktadır. Arka planda yer alan tarafından hedef g3sterilen mağdura y3nelik yeni bir suç kararının oluştuğu kabul edilse bile, fail bu suç kararı kapsamında kasten hareket etmemektedir. Ayrıca arka planda yer alan, azmettirenin sadece suç işleme kararı oluşturma ile sınırlı katkısını ařar şekilde suç seyrini şekillendirdiğinden, suç seyri arka planda yer alanın da hâkimiyeti çerçevesinde gerçekleşmektedir.

## BÖLÜM 3:

### BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA AZMETTİRMEYE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

#### I. SINIRLI BAĞLILIK KURALININ AZMETTİRMEYE ETKİSİ

##### A. KASTEN İŞLENEN TİPİK FİİL GEREKLİLİĞİ

Şerikliğin cezalandırılmasının esas fiile bağlı olmasının sonucu olarak öncelikle esas fiil bakımından tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarına ilişkin bir değerlendirme gereklidir. Kanunda tipik olarak düzenlenmeyen bir fiile şerik olarak katılmak mümkün değildir<sup>2249</sup>. Bu nedenle fail tarafından gerçekleştirilen davranış, fiil niteliğine sahip olmalıdır<sup>2250</sup>. Şeriklerin ceza sorumluluğunun esasını teşkil eden esas fiil, ceza kanununun özel hükümler kısmında bulunan suçun kanuni tanımında ifade edilen haksızlık olarak anlaşılmaktadır. Bu haksızlığın gerçekleştirilmesi, suçun tüm objektif (maddi) ve sübjektif (manevi) unsurlarının yerine getirilmesini gerekli kılmaktadır<sup>2251</sup>. Bu nedenle örneğin suçun konusunun bulunmaması durumunda azmettirme veya yardım etme için mümkün olabilecek bir esas fiilden söz edilemeyeceğinden, elverişsiz şeriklik<sup>2252</sup> söz konusu olur ve cezalandırma ortaya çıkmaz. Belirtilmelidir ki, suçun kanuni unsurlarının gerçekleştirilmiş olması durumunda iştirak edilebilir fiil icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir<sup>2253</sup>. Ayrıca esas fiilden dolayı şerikliğin cezalandırılabilmesi için fail tarafından kanunda yer alan ilgili unsurların (ihmali suçlar bakımından garantörlük durumu gibi) da

---

<sup>2249</sup> Kühl, a.g.e., s. 824; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 649. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda iştirak bağlamında kabul edilen sınırlı bağlılık kuralı gereği, intihar suç olarak düzenlenmediğinden, buna azmettirme veya yardım etme bakımından cezasızlık alanı ortaya çıkmaktadır. 2015 yılında kabul edilen ve Alman Ceza Kanunu md. 217'de yer verilen hükümlerle (*geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*) duruma ilişkin özel bir suç tipi düzenlenmiştir (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 280). Bununla birlikte söz konusu düzenleme 26.02.2020 tarihinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

(çevrimiçi)<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-012.html>.

<sup>2250</sup> Akbulut, a.g.m., s. 193.

<sup>2251</sup> Akbulut, a.g.m., s. 193.

<sup>2252</sup> Özkan azmettirme bağlamında bu durumu imkânsız azmettirme olarak nitelendirmiştir. Özkan, a.g.e., s. 229.

<sup>2253</sup> Akbulut, a.g.e., s. 635.



gerçekleştirilmiş olması gerekir<sup>2254</sup>. Zira suça ilişkin tanımda fiili karakterize eden unsurlara yer verilmişse ancak bu unsurların bulunması halinde suç gerçekleşebilir<sup>2255</sup>.

İştirak bakımından suça iştirak edenlerin hepsi için icra hareketlerine başlanan fiilin aynı olması<sup>2256</sup> gerekir<sup>2257</sup>. Fiilin aynı olması gerekliliği aslında suça iştirakin özünde yer alan bir husustur. İştirak ortak bir konu üzerinde fikir birliğine varılmasını içerir<sup>2258</sup>. Suça katılanlar tarafından önceden karar verilen ve iradelerinin birleştiği fiilden farklı bir fiilin işlenmesi<sup>2259</sup> fiilin iştirak kapsamında ele alınmasına engeldir<sup>2260</sup>. Suçun aynı olması şartı ayrıca tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının da katılanlar bakımından aynı olması sonucunu doğurur. Suça katılanlardan bazılarının kasten bazılarının ise taksirle hareket ediyor olması suçun aynı olması niteliğine zarar verir<sup>2261</sup>. Aynı zamanda taksirle işlenen suça taksirli hareketle gerçekleştirilen şeriklik de söz konusu olamaz. Bu durumda suça katılan herkesin, şartları gerçekleştirmesi şartıyla, kendi taksirli hareketi nedeniyle

---

<sup>2254</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 124.

<sup>2255</sup> Akbulut, a.g.e., s. 636. Aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecek olan özgü suçlar bu kapsamdadır.

<sup>2256</sup> Suçun tüm katılanlar bakımından aynı olması şartı 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda açıkça yer verilen bir husustur (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 484). TCK'da bu hususa açıkça yer verilmemiştir. İştirak, belirli bir suça yönelik irade birliği anlamına geldiğinden, bu ifadeye yer verilmemiş olması eksiklik oluşturmaz. Aydın, a.g.e., s. 89.

<sup>2257</sup> Özbek, vd., a.g.e., s. 519; Zafer, a.g.e., s. 531; Önok, a.g.e., s. 82; Hakeri, a.g.e., s. 513; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 647; Kaymaz, a.g.m., s. 119; Aydın, a.g.e., s. 89. Bununla birlikte Aydın, azmettirenin işlenecek suçun mağduru konusunda azmettirileni yanıltmasının, bazen her biri açısından farklı bir suça neden olabileceğini belirtmiştir. Verilen örnek şu şekildedir: "Azmettiren sigorta bedelini almak istediğini gizleyerek, bir kişiye para verip ticari rakibine ait olduğunu söylediği, gerçekte kendine ait aracın veya işyerinin yakılmasını sağlamış olsun. Bu olayda azmettirilen malın kime ait olduğu konusunda hataya düşürülmüştür ancak buradaki hata suçun varlığına etki etmediği gibi kusuru da ortadan kaldırmaz. Ancak azmettiren açısından TCK m. 158/f.1, k'daki 'sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık', azmettirilen açısından ise TCK m. 151'deki 'mala zarar verme' suçunun olduğunu kabul etmek gerekir". Aydın, a.g.e., s. 265. Burada arka planda yer alan için dolandırıcılık suçu bakımından dolaylı faillik mala zarar verme suçu bakımından azmettirme şartları oluşmuştur. Bununla birlikte mala zarar verme suçunda kendi malına yönelik suça sevk etme söz konusu olduğu için arka planda yer alan bu suç kapsamında sorumlu tutulamaz. Ancak dolandırıcılık suçu kapsamında suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması sebebiyle dolaylı failliğin kabulü gerekir. Bu nedenle mala zarar verme suçu kapsamında arka planda yer alan ile doğrudan hareket eden bakımından aynı fiil üzerinden değerlendirme yapılması gereklidir.

<sup>2258</sup> Özen, a.g.e., s. 864.

<sup>2259</sup> Bununla birlikte örneğin, (A), (D)'yi dövmesi için (B)'ye ve daha sonra cüzdanı (D)'den çalmak için (C)'ye para verirse, (B) ve (C)'nin yağma suçunun müşterek faili olup olmadığı veya birbirlerinden habersiz olmaları nedeniyle her birinin gerçekleştirdiği fiille ilgili olarak sadece kasten yaralama veya hırsızlıktan dolayı sorumlu olması, niceliksel bağlılığı esas alan ve her bir iştirak edenin kendi katkısına göre sorumlu tutulduğu sistem açısından önem arz etmez. Her iki ihtimalde de fiil (A)'ya kendi hareketi olarak atfedilecek ve (A)'nın planı aracılığıyla gerçekleşen fiilin bütünlüğü esas alınacağından, tamamlanmış yağma için cezalandırılması söz konusu olacaktır. Prensipten, (B) ve (C)'nin kasten, hukuka aykırı ve kusurlu davranıp davranmadığı önemsizdir. Hamdorf, a.g.e., s. 21.

<sup>2260</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 466.

<sup>2261</sup> Özen, a.g.e., s. 864.

sorumluluğu mevcuttur<sup>2262</sup>. Bu husus ikilik (şeriklik) sistemi bakımından geçerlidir. Zira tek faillik sisteminde kasten veya taksirle işlenen fiile taksirle gerçekleştirilen katılım da cezalandırılabilir<sup>2263</sup>. Bu bağlamda iştirak edilebilir suç için fiil kasten işlenmiş olmalıdır<sup>2264</sup>. Azmettirme ve yardım etme yasal düzenleme gereği sadece kasten işlenebilen suçlarda söz konusu olduğundan<sup>2265</sup>, taksirli işlenen suçlar bakımından bu ayrımın bir önemi bulunmamaktadır<sup>2266</sup>. Arka plandaki kişi faili taksirle işlenebilecek bir suça yönlendirirse, dolaylı faillik söz konusu olabilirse<sup>2267</sup> de yasal düzenleme gereği azmettirmeden söz edilemez<sup>2268</sup>. Kasta ilişkin incelemede olası kast olasılığı da ele

<sup>2262</sup> Önder, a.g.e., s. 445; Özen, a.g.e., s. 856. Farklı yönde bkz. Hruschka, a.g.m., s. 609 vd. Yazar bu bağlamda taksirli suç bakımından sadece taksirli suça yönelik neticeye sebep olan kişinin sorumlu tutulabileceğini, bununla birlikte taksirli suça ilişkin failde taksirle suç işleme kararına sebep olan neticeye sebep olan olarak sorumlu tutulamayacağını, bu nedenle faillik bakımından geçerli olan taksirli suça ilişkin düzenlemelerin taksirli azmettirme bakımından uygulanabilirliğinin olmadığını belirtmiştir (Hruschka, a.g.m., s. 610).

<sup>2263</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 343.

<sup>2264</sup> Bununla birlikte *Otto* taksirle işlenen suçlara da şerik olarak iştirakin mümkün olabileceğini belirtmiştir (Harro Otto, "Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich", *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, ss. 271-288, s. 276). Türk hukukunda *Erem* iradelerin fiilen birleştiği her durumda suça iştirakin mümkün olduğunu, bu nedenle taksirli işlenen suçlar bakımından da iştirakin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte yazar bunun asli iştirakte söz konusu olabileceğine, fer'i iştirakte mümkün olmadığına vurgu yapmıştır (Erem, a.g.m. (Suça İştirak), s. 69 vd.).

<sup>2265</sup> Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 370; Nydegger, a.g.e., s. 65; Zafer, a.g.e., s. 556; Demirbaş, a.g.e., s. 525 vd.

<sup>2266</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 8; Weißer, a.g.e. (2011), s. 22; Hoberg, a.g.e., s. 59; Hruschka, a.g.m., s. 609; Riemer, a.g.e., s. 43; Kindhäuser, a.g.e., s. 323; Özkan, a.g.e., s. 287 vd. Taksirli suçlarda bu ayrımın önem kazanıp kazanmadığı, özellikle taksirli birlikte faillikte suça katılanların karşılıklı sorumluluklarının olup olmadığı hususunun tartışmalı olmakla birlikte, bu konuda böyle bir ayrımın gereksiz olduğu yönünde bkz. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 260. Yazarlar, dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranmayı kapsayan ortak bir karara ilişkin birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen hangi hareketin netice bakımından nedensel olduğunu açıklığa kavuşturabilmenin mümkün olması halinde ceza hukuku anlamında taksirli birlikte faillik üzerinden taksirli sorumluluğun kabul edilebileceğini ileri sürmüşlerdir (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 260).

<sup>2267</sup> Özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar bakımından arka planda yer alanın suçun gerektirdiği niteliğe sahip olmaması durumunda bu sonuç geçerli değildir. Akbulut, a.g.e., s. 636.

<sup>2268</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 305; Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 427; Önder, a.g.e., s. 444; Akbulut, a.g.e., s. 636. *Köstlin* taksirli hareket eden kişinin de özgür iradesiyle hareket ediyor olduğu yaklaşımından hareketle bu kişinin fiilinin ceza hukuku bakımından ilgisiz doğal nedensellik kapsamında olmadığından fail olarak kabul edileceğini ve bu nedenle bu kişiyi suç işlemeye sevk eden kişinin azmettiren olacağını belirtmiştir. Bununla birlikte bu durumu kendi içinde çelişkili bir şekilde incelemektedir. Suçu icra edenin gerçek hareketi bulunduğundan, bir yandan arka planda yer alanın fiilini şeriklik alanında tasnif etmek isterken; diğer yandan icra hareketlerini gerçekleştirenin azmettiren karşısında daha az kusuru bulunmasından ötürü "görece pasif araç" olarak görünmesi nedeniyle azmettireni kastından dolayı onu ise taksirinden dolayı sorumlu tutmak istemiştir. Burada azmettiren hukuki sonuç bakımından doğrudan fail gibi ele alınmaktadır (Poppe, a.g.e., s. 111).

alınmalıdır. Çünkü suçun olası kastla işlenmesi halinde iştirak kapsamında değerlendirilebilir fiil olduğu kabul edilmektedir<sup>2269</sup>.

Suçun işlenebilmesi bakımından kast dışında diğer subjektif unsurların<sup>2270</sup> gerekli olması ihtimalinde, fail tarafından ilgili unsurun gerçekleştirilmesi aranır. Esas fiil tüm subjektif tipiklik unsurlarına sahip olmalıdır<sup>2271</sup>. Suçun subjektif tipiklik unsurları (kast, amaç) failin iç dünyasına ait olmakla birlikte, bunlar bulunmaksızın failin fiilinin anlam içeriği ve dolaylı olarak şerikin davranışının anlam içeriği oluşamaz. Bu nedenle şerik failin suç tipinin gerektirdiği diğer subjektif tipiklik unsurunu gerçekleştirdiğini bilmelidir<sup>2272</sup>. Belirtmelidir ki, ilgili subjektif unsurun şerikte bulunması gerekli değildir<sup>2273</sup>. Söz konusu unsurlar şerikte bulunmakla birlikte, failde bulunmuyorsa şerikin cezalandırılmasından bahsedilemez<sup>2274</sup>. Zira böyle bir durumda failden ve fiilden söz edilmesi mümkün değildir<sup>2275</sup>.

Esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliği yasal olarak açıklık kazanmakla birlikte, doktrinde esas fiilin özellikle bilinçli taksirle gerçekleştirilmesi haline ilişkin tartışmalar ve arka planda yer alanın suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin kastının bulunup bulunmadığına ilişkin hatası halinde sorumluluğunun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususu, taksirle işlenen suçlara şeriklik konusunun ayrıca değerlendirilmesini gerektirmektedir.

---

<sup>2269</sup> Olası kastla iştirakin mümkün olduğu kabulünün olası kastın hangi katılında bulunması durumuna göre sorun çıkarabileceğini belirten Özen, failin doğrudan kastla hareket etmesi ihtimalinde azmettirenin veya yardım edenin olası kastla suça katılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte failin olası kastla hareket etmesi durumunda azmettiren veya yardım edenin olası kastla hareket edip etmeyeceği soruludur. Yazara göre, bu durumda iştirak, şeklen mümkün olsa da, kabul edilmemelidir (Özen, a.g.e., s. 864). Yazar bu ihtimali şöyle bir örnekle açıklamıştır: “Azmettirilen kişi, tamam, bu suçu işleyeceğim. Ama ne pahasına olursa olsun işleyeceğim demiyorum. İşlesem iyi olur, fikirlerin aklıma yattı. Fırsatını bulursam, ortam müsait olursa işleyeceğim diyebilir” (Özen, a.g.e., s. 873). Burada azmettirilen tarafından suçun olası kastla işlendiğinden söz edilemez. Zira henüz suç kararının alınması aşamasındaki bir kararsızlık söz konusudur. Suçun işlenmesine yönelik azmettirilen olası kastla hareket etmiş değildir.

<sup>2270</sup> “Örneğin, hırsızlıkta (TCK md. 141/1) yarar sağlamak maksadıyla, insanlığa karşı suçlar açısından (TCK md. 77/1), bazı fiillerin ‘siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle’ işlenmesi, tefecilik suçunda (TCK md. 241) kazanç elde etmek amacı bu niteliktedir.” Akbulut, a.g.m., s. 194.

<sup>2271</sup> Akbulut, a.g.m., s. 194.

<sup>2272</sup> Kühl, a.g.e., s. 830.

<sup>2273</sup> Akbulut, a.g.m., s. 194.

<sup>2274</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 344.

<sup>2275</sup> Poppe, bunların yüksek kişisel niteliğine sahip unsur olarak ele alınamayacağını, bunların fail ve şerik davranışının sosyal öneminin tespiti bakımından belirleyici olduğunu ifade etmiştir. Poppe, a.g.e., s. 468.

## 1. Taksirle İşlenen Suça Sevk Etme

Alman Ceza Kanunu'nda 1975 yılında getirilen değişiklik suça iştirak açısından esas fiilin kasten işlenmesi gerektiği yönünde önemli bir gelişme olmuştur. Şeriklerin suça katılımı bakımından kasten işlenen esas fiilin varlığı ifadesine açıkça yer verilerek bu kapsamdaki tartışmaya yasal çerçevede netlik getirilmiş<sup>2276</sup> ve şeriklik, esas fiil kasten işlenmiş olmasıyla sınırlandırılmıştır<sup>2277</sup>. İştirak kapsamındaki yeni düzenlemelerin açıkça hukuka aykırı ve kasten işlenen fiil şartını araması nedeniyle, taksirli suçlara iştirak yasal çerçevede mümkün gözükmemektedir<sup>2278</sup>. Fiilin gerçekleştirilmesinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan kişi, taksirli suçun faili olarak sorumludur<sup>2279</sup>. Bu

<sup>2276</sup> Bloy, a.g.e., s. 98. Azmettirmeye ilişkin madde düzenlemesinde azmettirmenin sadece kasten gerçekleştirilen fiiller bakımından söz konusu olabileceğinin kabulüyle, azmettirmenin tasnifinde azmettirmeyi faillik şekli olarak dikkate alan ana ayrımın etkisini tamamen yitirdiği hakkında bkz. Schulz, a.g.e., s. 139.

<sup>2277</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 559; Akbulut, a.g.m., s. 195; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 649.

<sup>2278</sup> Herzberg, a.g.e., s. 109. "Tanıklar... ve ...'nin sanığın örtü temizliği yapmak için kendilerini işçi olarak tuttuğunu, alanı temizleyip çalı çırpıyı yaktıklarını beyan etmeleri, mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında yangının örtü temizliği yapılan alandan başlayıp ormana sıçradığının tespit edilmesi ve sanığın suçlamayı kabul etmemesi karşısında, *taksirli suça azmettirmenin mümkün olmadığı gözetilmeyerek* sanığın atılı suçtan beraati yerine mahkumiyetine hükmedilmesi, (...)" Y. 19. CD., E. 2019/29510 K. 2019/15256 T. 10.12.2019. Bununla birlikte doktrinde bu kabule yönelik eleştiri getirilmiştir. Dogmatik veya ceza politikasına dayanan sebeplerle taksirli şerikliğin cezasızlığının, taksirli fiile yönelik kasten gerçekleştirilen şeriklik bakımından yerinde olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, arka planda yer alanın kasten gerçekleştirdiği hareket genellikle, kasten işlenen ilgili suç kapsamında (ön planda yer alanın suçun işlenmesinde kullanılması durumu) dolaylı faillik olarak kabul edilmesine rağmen, burada kasten gerçekleştirilen iştirakin dolaylı failliğin belirleyici unsuru olmadığı göz ardı edilmemelidir. Yazarlar, taksirle gerçekleşen suça kasten gerçekleşen katılımın en azından şerik olarak cezalandırılmasının mümkün olması gerektiğini kabul etmişlerdir. Bağlılık kuralı nedeniyle taksirli suçun ceza kapsamından hareket edilmesi gerekse de şerikliğin kasten gerçekleştirilmiş olması cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır. Böylece kasten gerçekleşen şerikliğin taksirli faillik karşısında daha fazla ceza ile cezalandırılması avantajı da söz konusu olur. Peña/Conlledo, a.g.m., s. 608.

<sup>2279</sup> Kühl, a.g.e., s. 822; Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 177; Hauf, a.g.e., s. 73; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 498. Bloy, taksirli suçlarda failliği fiil hâkimiyeti kavramını farklı şekilde ele alarak tehlike durumu üzerinde hâkim olabilme (*Beherrschbarkeit der Gefahrensituation*) şeklinde ifade etmiştir. Bloy, a.g.e., s. 142.

nedenle taksirli suçlara birlikte etki sadece yan yana faillik<sup>2280</sup> ve dolaylı failliğin<sup>2281</sup> şartlarında söz konusu olabilir<sup>2282</sup>.

Ayrıca kişisel haksızlık anlayışının nedensel haksızlık anlayışına üstün gelmesinden sonra<sup>2283</sup> kasten işlenen suçlara şerikliğin kasten gerçekleşen hareketle ve taksirle işlenen suçlara iştirakin sadece failin taksirli fiilinin bulunmasıyla mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Farklı bir sonucun kişisel haksızlık öğretisi temelinde gerekçelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Zira bu sonuç, şerikliğin tipiklik bağlantısından

---

<sup>2280</sup> *Hoberg* bu bağlamda doktrinde verilen bir örneğe değinerek, azmettirme kapsamında kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Örnek olay şu şekildedir: (D), (E)'ye şaka yapmak ister. Bunun için akarsuyun üzerindeki tahta köprüyü kesmesi için (F)'yi sevk eder. Böylelikle evine ulaşması bakımından tek yol bu olan (E) akarsuya düşecektir. Her ikisi de suyun kabarmakta olduğunu fark etmezler. Suya düşen (E) boğulur. Doktrinde bu durumda her ne kadar neticeye yönelik bir kast bulunmasa da hareket bakımından kastın söz konusu olduğu ve bu nedenle netice öngörülmeksizin failin taksirli davranışa bilinçli olarak sevk edilmesinin kasten şeriklik kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Olay kapsamında (D)'nin, taksirli davranışa kasten azmettiren olarak cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Çünkü bir başkasının iradesinin bilerek ve istenerek etkilenmesi söz konusudur. Bunun sonucunda azmettiren tarafından istenen hareket gerçekleştirilmiştir. *Hoberg*, böyle bir kabulün kastın yanlış anlaşılmasının sonucu olduğunu, kast gerekliliği olarak bilmenin olayda gerçekleşmediğini ve netice açısından arka planda yer alanın kasten değil, taksirli hareketinin söz konusu olduğunu ve sonuç olarak her ikisi bakımından yan yana failliğin bulunduğunu belirtmiştir (*Hoberg*, a.g.e., s. 24).

<sup>2281</sup> *Herzberg*, ön planda yer alanın taksirli fiili nedeniyle arka planda yer alanın dolaylı failliğinin kabul edildiği durumları sorumluluk prensibinin istisnası kapsamında değerlendirmiştir. Taksirli suçlarda da ön planda yer alanın sorumluluğu bulunmasına rağmen arka planda yer alanın failliği kabul edilmektedir. *Herzberg*, a.g.m. (JURA 1990), s. 24.

<sup>2282</sup> *Kindhäuser*, a.g.e., s. 323. Kastan gerçekleştirilen suçta kasten yardım edenin faile nazaran daha az ceza ile cezalandırılması kanun tarafından öngörülmekle birlikte, taksirle gerçekleştirilen suçta taksirle iştirak bakımından neden daha az ceza öngörülmediğine yönelik eleştiri için bkz. *Peña/Conlledo*, a.g.m., s. 599. İspanyol ceza hukuku gelişimi esas olarak Alman ceza hukuku dogmatikliğinden etkilenmekle birlikte, yakın zamanda çoğunluk tarafından taksirli suçlarda da faillik ile şeriklik ayırımının mümkün olabileceği üzerinde durulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Peña/Conlledo*, a.g.m., s. 601 vd.

<sup>2283</sup> Kastan işlenmeyen suçlara şeriklik tartışmasındaki yaklaşımlara bakıldığında, *Lange* tarafından savunulan yaklaşıma göre şeriklik kasten işlenen esas fiili şart koşmaz (*Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 205 vd.). *Mezger* ve *Lange* eski nedensel iştirak teorisi (*altere kausale Teilnahmetheorie*) savunucularındandır. Şeriklik bakımından esas fiilin özel faillik unsuru hariç tutularak sadece hukuki değer ihlali kapsamında ele alınması yaklaşımı nedensel iştirak teorisinin kapsamının çok geniş olması nedeniyle eleştirilmiştir (*Mayer*, a.g.m., s. 264). *Mezger* ise suç tipinin failin belirli bir bilgisini şart koştuğu durumlarda (hırsızlık suçu bakımından suçun konusunun başkasına ait olduğu bilgisi), azmettirilenin ancak failin bunu bilmesi halinde mümkün olacağını ileri sürmüştür (*Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 195). *Mezger*'in konuya ilişkin olan ana tezi diğer bir ifadeyle taksirle işlenen suçlara şerikliğin mümkün olabileceği yaklaşımı bir noktada sınırlanmaktadır. Sübjektif unsur içeren suç tiplerinde azmettirme ve yardım etme failin amaca yönelik bilerek hareket etmesini şart koşar. Nitekim hırsızlık suçu hukuka aykırı şekilde mal edinme amacını gerektirir. Bu amaç da ancak malın başkasına ait olduğunu bilmekle mümkündür. Bu nedenle *Mezger*'in yaklaşımına göre ulaşılan sonuç da ilave bir unsurun gerekli olduğu suçlarda (hırsızlık suçu bakımından mal edinme amacının bulunması gibi) azmettirme her zaman kasten işlenen bir suçun varlığına bağlıdır (*Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 204). Diğer suçlar bakımından ise azmettirme bir başkasında suç kararına sebep olma olarak ele alındığında suç kararı kasttan farklı bir kavram olarak değerlendirilebilirse, taksirle işlenen suçlara yönelik azmettirme mümkündür. *Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 205.

ve final-nedensel anlam birliği olarak tipiklik yapısından ortaya çıkmaktadır<sup>2284</sup>. Ayrıca suçta iştirak bakımından gerekli olan suçta iştirak iradesi taksirli suçlarda bulunmamaktadır<sup>2285</sup>. İştirak bakımından gerekli olan işbirliği taksirli suçlarda uygulanamaz<sup>2286</sup>. Suç teşkil eden fiilin bir kısmı bakımından (hareketin gerçekleştirilmesi konusunda) iradelerin birleşmesinden söz edilebilirse<sup>2287</sup> de netice öngörülmediği için taksirli suç için iştirak iradesinin bulunduğu söylenemez<sup>2288</sup>. Birden fazla kişinin taksirli hareketi neticeye sebep vermiş olabilir ve fakat hepsinin tek başına cezalandırılması

<sup>2284</sup> Poppe, a.g.e., s. 461. Doktrinde bir görüş de taksirle gerçekleştirilen suçta şerik olarak iştirakin yasal düzenleme ile mümkün kılınmasının yeni bir iştirak türünün kabul edilmesi anlamına geleceği, bu durumun ise hâlihazırdaki şeriklik kurumu ile uyuşmadığı sonucuna varmıştır. Riemer, a.g.e., s. 30.

<sup>2285</sup> Özen, a.g.e., s. 856.

<sup>2286</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 495. Taksirli suçların iştirak halinde işlenebileceği kabulü, dayanak noktası olarak iştirakin işbirliği bilincini gerektirmemesini esas alır. Taksirli hareketlerin bir araya gelmesi sonucu suç gerçekleşmiş ise iştirak halinde işlenmiş suçun varlığı kabul edilmelidir. Başkasının hareketine katılma iradesinin bulunmaması iştirak halinde işlenen suçun bulunmasını engellemez. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 495.

<sup>2287</sup> Nitekim *Mahmutoğlu*, taksirli suçlarda istenmeyen neticenin bulunduğuna ve bu nedenle taksirli suçta azmettirmenin olmayacağına ancak taksirli suçta ilişkin harekete azmettirmenin tartışmalı olduğuna dikkat çekmiştir. Yazar örnek olarak ise araba kullanan arkadaşımlı hızlı sürmek konusunda yönlendiren kişinin hareketi ile boş arazide silah atmaya teşvik eden kişinin hareketini vermiştir. Belirtilen durumlarda birinin yaralanması veya ölümü halinde söz konusu netice bakımından yönlendiren kişinin de sorumlu olacağını, bu yönlendirici hareketin etkisiyle kişilerin işbirliği içinde hukuk düzeniyle çatıştığını ifade etmiştir. Sonuç olarak, taksirli suçun hareket kısmına azmettirmenin isabetli olduğunu kabul etmiştir (*Mahmutoğlu*, a.g.m., s. 67). Bununla birlikte doktrinde bir görüş, araç sürücüsünün iradi olarak hareket etmesi nedeniyle sürücünün davranışı sonucunda ortaya çıkan neticeden sürücüyü hız sınırını aşmaya azmettiren kişinin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir (*Schumann*, a.g.e., s. 108). Benzer bir yöndeki görüşe göre, tipik neticeye sebep olmaya yönelik nedensel olarak katkı sağlayan veya destekleyen veya bu fiili gerçekleştirmeye faili sevk eden taksirle hareket eden kişi fail olarak değil, sadece (cezasız kalan) şerik olarak anlaşılmalıdır (*Peña/Conlledo*, a.g.m., s. 606). Yazarlar, kasten işlenen suçta taksirle şerikliğin de cezasız kalacağını belirterek buna yönelik İspanya Yüksek Mahkemesinin 29.01.1983 tarihli kararını örnek vermişlerdir. Karar için bkz. *Peña/Conlledo*, a.g.m., s. 607. *Mitsch*, benzer bir örnek bakımından ulaşılan cezasızlık sonucunun tatmin edici olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte yasal çerçevede azmettirme bakımından başka bir sonucun mümkün olmadığını belirten yazar, böylelikle taksirli suçlar bakımından suçta sevk etmenin sadece dolaylı faillik kapsamında değerlendirilmesinin yerleşik hale geldiği sonucuna ulaşmaktadır (*Mitsch*, a.g.e., s. 101). Türk hukukunda *Özbek vd.*, söz konusu durumda azmettiren kişinin sorumluluğunun iştirak kapsamında belirlenmeyeceğini, azmettirenin neticeden kusuru oranında sorumlu olacağını kabul etmişlerdir (*Özbek vd.*, a.g.e. (2017), s. 472). Benzer bir örnek *Demirbaş* tarafından verilmiştir. Yazar örneği şu şekilde formüle etmiştir. “(A), (B)’nin kullandığı otomobilin karşıya geçmek isteyen yayaya çarpmasını sağlamak amacıyla sürücü (B)’yi hızlı kullanmaya azmettirirse ve aracın da, karşıdan karşıya geçmekte olan (Y)’ye çarparak ölümüne neden olması durumunda; fiil aynı olmakla birlikte, kusur unsuru bakımından suç aynı değildir. Sürücü (B)’nin kusuru taksir; azmettiren (A)’nın kusuru kast olduğundan, ikisi arasında iştirak yoktur.” (*Demirbaş*, a.g.e., s. 511). Bu olayda arka plandaki kişinin suç seyrine yönelik üstün gelen bilgisinin de göz önünde bulundurularak, ön plandaki kişiyi suçun işlenmesinde kullanıyor olması halinde dolaylı faillik ihtimaline dikkat edilmesi gerekmektedir.

<sup>2288</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 493. Yazarlar ayrıca neticenin cezalandırma koşulu olmadığını da belirtmişlerdir. Bu nedenle taksirli suç kapsamında iştirak edilebilir hareket suçun tüm maddi unsurunu oluşturan bir unsur değildir. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 494.

gerekir<sup>2289</sup>. Kaldı ki, taksirli suçlarda kasten işlenen suçlarda olduğu gibi fiilin kısımlara ayrılması söz konusu değildir. Taksiri oluşturan her hareket başlı başına suçun icrasını gerçekleştirir<sup>2290</sup>. Taksirli hareketlerin birliğinden bahsedilebilirse de iştirak halinde işlenen taksirli suçtan bahsedilemez<sup>2291</sup>.

Bu nedenle kanunda fiilin kasten işlenmiş olmasına açıkça yer verilmesinin, kastın tipikliğin sübjektif unsuru olarak kabul edildiği sistemde, gereksiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>2292</sup>. Böyle bir durumda bu sonuç zaten failin kasten gerçekleştirilmesi zorunlu olan tipik hareketinin gerekliliğinden ortaya çıkmaktadır<sup>2293</sup>. *Roxin*'e göre, eğer faillik fiil hâkimiyetini şart koşarsa ve şeriklik bakımından fiil hâkimiyeti olmaksızın iştiraktan bahsediliyorsa, arka plandaki kişinin durumu bilmesine rağmen ön plandaki kişinin kasten hareket etmediği ihtimalinde kasten işlenmeyen fiile azmettirmeden söz edilmesi mümkün değildir<sup>2294</sup>. Böyle bir durumda kişide fiil seyrine yönelik hâkimiyet eksik olduğundan, kişi fail olamaz. Şerikin fiile hâkim olduğunu kabul etmek ise öğretinin

---

<sup>2289</sup> Akbulut, a.g.e., s. 636.

<sup>2290</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 493. Buna karşılık *Çelen*, taksirli suçlarda da teknik olarak faillik ve şeriklik ayrımının bulunduğunu kabul ederek, neticenin gerçekleştirilmesinde nedensel etkiye sahip davranışların fiil hâkimiyeti çerçevesinde faillik kapsamına girip girmediğinin tespit edilebileceğini belirtmiştir. *Çelen*, a.g.e., s. 220 vd.

<sup>2291</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 495.

<sup>2292</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 129.

<sup>2293</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 129. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, kasten işlenen suçlara kasten gerçekleştirilen iştirakin yanı sıra diğer hukuki değer ihlallerine (taksirli suçlar) kasten katılımın veya tüm hukuki değer ihlallerine taksirli katılımın da etkin olarak ortaya çıktığını ve fakat kanun tarafından kapsama alınmamasının eksiklik olduğunu belirtmiştir. Yazar, bu hareketlerin de haksızlık içeriğine sahip olduğunu ve cezalandırılması gerektiğini vurgulamıştır (Bertschi, a.g.e., s. 39). Ceza hukukunda karşı çıkılan hukuki değer ihlallerini kasten işlenen suçlar ve sadece hukuki değer ihlalleri şeklinde iki gruba ayıran *Bertschi*, sadece hukuki değer ihlallerinin kapsamına kasten işlenen suçlar haricinde ceza hukuku tarafından karşı çıkılan tüm hukuki değer ihlallerinin gireceğini belirtmiştir. Sadece hukuki değer ihlaline kasten iştirak, klasik şeriklik türlerine (azmettirme ve yardım etme) kıyasen sadece sebep olma veya sadece destek olma şeklinde oluşur (Bertschi, a.g.e., s. 39). Bu yeni iştirak türlerine ilişkin şu örneği vermiştir: “(A), çok sarhoş olan (B)’nin sendeleyerek arabasına yöneldiğini görür. (B) sarhoşluğu nedeniyle aracın kapısını açmayı başaramaz. (A), (B)’nin yanına gider ve ona yardım eder. Ancak bu yardımı, ona karşı düşmanlık beslediği için, kaza yapmasına sebep olma umuduyla yapar. (B) sonuçta ölümle sonuçlanan kazaya taksirle sebep olur.” *Bertschi*, burada *H. Mayer*’in de (H. Mayer, a.g.m., s. 262, 272) benzer yönde olduğuna vurgu yaparak yazarın tamamlayıcı (dolaylı) müsebbiplik (*Urheberschaft*) kavramını kullanmasını vurgulamıştır (Bertschi, a.g.e., s. 40). Yazara göre, (A)’yı yardım eden olarak nitelendirmek mümkün değildir, şeriklik ancak kasten işlenen suçlar bakımından geçerlidir. Ayrıca (A), (B)’ye karşı garantör konumunda da değildir. Çünkü (B)’nin yasal olarak neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sonuç olarak mevcut iştirak şekilleri çerçevesinde (A)’nın sorumluluğunun hukuka uygun şekilde tespit edilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle yeni iştirak şekli olarak sadece hukuki değer ihlalini destekleme veya ihlale sebep olmanın dikkate alınması gerekir (Bertschi, a.g.e., s. 41).

<sup>2294</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 366.

esası ile uyuşmamaktadır. Bu durumun geçersizliği “eşyanın doğasından” değil, aksine kavramsal yapının mantığından kaynaklanmaktadır<sup>2295</sup>.

Esas fiile ilişkin kast gerekliliği, ön planda yer alanda tipiklik hatasının bulunması halinin de ele alınmasını gerektirir. Zira tipiklik hatası kastı kaldıran etkiye sahiptir. Bu durum özellikle dolaylı faillik ve azmettirme bakımından özellik arz etmektedir. Herkes tarafından işlenebilen suçlar bakımından arka planda yer alan, doğrudan hareket edende kastı kaldıran bir hata (*vorsatzausschließenden Tatumstandsirrtrum*) oluşturursa veya hâlihazırda var olan hatasını kullanırsa<sup>2296</sup> azmettirme mevcut olamaz. Kural olarak burada sebep olanın fiil hâkimiyeti iradesi vardır<sup>2297</sup>. Bu yüzden o, gerçekleştirilen fiilden dolaylı fail olarak sorumludur<sup>2298</sup>. Dolaylı faillikte sorumluluğu meşrulaştıran neden, arka plandaki kişinin ön planda hareket edenin iradesi üzerinden oluşturduğu fiil hâkimiyetidir<sup>2299</sup>. Burada araç kişi insan dışı diğer nedensel faktörlerle eş konumda bulunan ve karar verilmiş olan suç planına dâhil olan kişidir. Her ne kadar araç kişinin tipiklik dışı neticelere yönelik iradesinden söz edilebilirse de, amaçlanan netice bakımından araç kişinin iradesinden söz edilemez<sup>2300</sup>. Hareketin tehlikeliliğine yönelik daha fazla bilgiye sahip olan kimsenin bu rizikoyu bilmeyen kimseyi suça yönlendirmesi hali dolaylı faillik bakımından tipik bir durumdur. Dolaylı fail araç kişi üzerinde sahip olduğu üstün bilme ve irade hâkimiyetiyle fiil seyrini elinde tutmakta ve böylelikle araç kişiyi kullanarak fiili gerçekleştirmektedir<sup>2301</sup>. Ön plandaki kişinin taksirli sorumluluğu arka plandaki kişinin dolaylı failliğini ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, dolaylı failliğin kastı bulunmayan kişilerin suçun işlenmesinde kullanılması ihtimalinde

<sup>2295</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 366.

<sup>2296</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 666.

<sup>2297</sup> Kühn, a.g.e., s. 772 vd. Sözü edilen hata halinde neticeye yönelik olarak suç seyrini yönlendiren kişi arka planda yer alan kişidir. Bu kişi en başından itibaren amaca yönelik olarak hareket edendir. Arka planda yer alan dışındaki tüm faktörler onun amaca yönelik harekete geçmesiyle birbiriyle bağlantılı hale gelir ve arka plandaki kişi bunların işbirliği ile hedeflediği neticeyi meydana getirmeye çalışır. Böylelikle dış dünyada vuku bulan olay tüm bu süreci belirleyen kişinin eseri olarak ona isnat edilebilir. Bu, aynı zamanda fiil hâkimiyeti öğretisinin temel yapısına da uygundur ve yasal düzenlemeyle uyumludur. Zira nedensel faktörler arasındaki bağlantıyı sağlayan ve bu şekilde olayın gelişim seyrini elinde tutan kişi fail olarak kabul edilmelidir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 172.

<sup>2298</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 133; Roxin, a.g.e. (AT), s. 29; Gallas, a.g.e., s. 97. Nitekim (A)'nın restorandan çıkarken (B)'den montunu getirmesini istemesi ve fakat gösterdiği montun (O)'ya ait olması ancak (B)'nin bunu bilmeyerek getirmesi halinde (A)'nın ceza sorumluluğunun ne olacağı bu kapsamdadır. Murmann, a.g.m., s. 326.

<sup>2299</sup> Murmann, a.g.m., s. 322.

<sup>2300</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 173.

<sup>2301</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 773.



bu kişinin objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünü ihlal ederek mi ya da etmeksizin mi<sup>2302</sup> hareket ettiğinin arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından<sup>2303</sup> bir farkı bulunmamaktadır<sup>2304</sup>. Bilinçsiz taksirle hareket eden araç kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davransaydı nedensel süreci kesebilecek veya değiştirebilecek durumda olan kişidir ve bu yükümlülüğüne uygun davranmamasıyla suç seyri üzerindeki hâkimiyeti arka planda yer alana bırakması nedeniyle dolaylı faillik ortaya çıkmaktadır. Ön planda yer alanın taksirle gerçekleştirdiği hareketi olmasaydı, arka planda yer alanın olayın seyri üzerindeki hâkimiyetinden de söz edilemeyecekti<sup>2305</sup>. Arka plandaki kişinin dolaylı failliği bakımından aldatmanın mutlaka onun tarafından oluşturulması şart değildir. Hâlihazırda var olan hatanın kullanılması<sup>2306</sup> durumu da yeterlidir<sup>2307</sup>. Bununla birlikte hem ön planda yer alanın hem de arka planda yer alanın tipiklik hatası bulunmaktaysa hata nedeniyle her ikisi bakımından kast sorumluluğu kalkmakla birlikte,

<sup>2302</sup> *Roxin* konuya ilişkin şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: Bu bağlamda kastı kaldıran hataya sebep olan veya bundan yararlanan kişinin dolaylı failliğinin, icra hareketlerini gerçekleştirenin bilinçli taksirle hareket etmesi halinde de kabul edilip edilemeyeceği önem taşımaktadır. Böyle bir durumda söz konusu netice bakımından araç kişinin tamamen kör olduğundan söz edilemez. Bilinçli taksirle hareket edilmesi halinde de neticenin öngörülebilirliği söz konusudur. Bununla birlikte arka planda yer alan kişinin neticenin meydana gelme olasılığını veya kesinliğini bilerek ön planda yer alan kişiye göre neticeyi daha fazla öngörmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bilinçli taksirle hareket eden kişide sürecin olumlu yönde devam edeceğine güven sebebiyle engel olma motivisi (*hemmungsmotiv*) bulunmaz. Bu eksikliğin kullanılması, netice için çabalayan veya en azından gerçekleşme olasılığını ciddiye alan kişinin failliğini gerektirir (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 31). Aynı yönde *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 227. Doktrinde taksir durumunda ayırım yapılarak sonuca varılması gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür. Ön plandaki kişide kastı kaldıran hataya sebep olunması halinde ön plandaki kişinin kastı kalkmakla birlikte, taksirli sorumluluğu devam etmekte ise basit ve bilinçli taksirde arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından ayrıma gidilmelidir. Eğer basit taksir sorumluluğu var ise dolaylı faillik kabul edilmeli, buna karşın bilinçli taksirde artık netice öngörülebildiğinden kabul edilmemelidir (*Mahmutoglu*, a.g.m., s. 71).

<sup>2303</sup> *Hamdorf* taksirle işlenen fiile kasten gerçekleştirilen katılımlın, şeriklik sisteminde de (dolaylı) faillik kapsamında değerlendirildiğini belirtmekle birlikte, böyle bir durumda aslında sadece sorumluluk alanlarının söz konusu olduğuna ve dar fail kavramından bahsedilemeyeceğine vurgu yapmıştır. *Hamdorf*, a.g.e., s. 345.

<sup>2304</sup> *Welzel*, a.g.e., s. 102. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 777. Hata hâkimiyetinin bu formu doğrudan faillığe yaklaşır, çünkü arka plandaki kişi nedensel süreci ayrıntılarıyla bilir, bizzat geliştirdiği nedensel faktörleri devreye sokar. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 30.

<sup>2305</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 179.

<sup>2306</sup> Konuya ilişkin örnek şu şekildedir: Avlanmak için (B) ile birlikte ava giden (A), gördüğü korkuluğa ateş etmek ister. (B), (A)'nın gördüğü sözde korkuluğun (C) olduğunu fark eder ve fakat (A)'ya belli etmez. (A)'ya tüfeği verir. (A), hatayla (C)'yi vurur ve ölümüne sebep olur. Burada (B)'nin ihmali hareketle yardım etmeden dolayı sorumluluğunun olup olmayacağı sorun teşkil eder. (A)'nın hatası kastı kaldıran bir hatadır. Taksirli sorumluluğu saklı olmakla birlikte yardım etme bakımından yapısal olarak kasten işlenen bir fiilin varlığı gereklidir. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 30.

<sup>2307</sup> Aynı yönde *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 778; *Frister*, a.g.e., s. 365. Doktrinde bir görüş ancak ön planda hareket edenin hataya düşürülmesi halinde dolaylı failliğin kabul edileceğini, bununla birlikte hâlihazırda hata içinde hareket edenin suça yönlendirilmesinde dolaylı failliğin sadece arka plandaki kişinin açıklama yükümlülüğü bulunduğunda kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. *Frister*, a.g.e., s. 365.

taksir sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu durumda taksirli işlenen suçlara iştirak söz konusu olmadığı için her biri bakımından TCK md. 22/5 kapsamında değerlendirme yapılması gereklidir<sup>2308</sup>.

Bununla birlikte icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin bilinçli taksirle hareket etmesi halinde, arka planda yer alan kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmayacağı sorun arz eder. Zira dolaylı faillik bakımından hata halleri için kabul edilen araç kişinin olayın seyri kapsamında amaçlanan netice bakımından kör olması bilinçli taksirle hareket eden araç kişi bakımından söz konusu değildir. Her ikisinde de neticenin gerçekleşme rizikosuna ilişkin bilinç bulunmaktadır ve bu açıdan arka plandaki kişi olay seyrini daha iyi yönlendirebilecek üstün bir durumda değildir<sup>2309</sup>. Nitekim *Jescheck/Weigend*, taksirle işlenen suçlarda basit taksir ve bilinçli taksir bakımından ayrı incelemede bulunmuşlardır. Yazarlar birden fazla kişinin aynı suça yönelik basit taksirlerinin bulunması halinde neticeye ilişkin öngörebilirlik hepsinde eksik olacağından; suçun iştirak halinde işlenmesinin söz konusu olamayacağını, suç seyrine ilişkin bir hâkimiyetin bulunmadığını belirtmişlerdir. Böyle bir durumda fail-şerik ayırımından da söz edilemeyecektir<sup>2310</sup>. Bununla birlikte bilinçli taksirle işlenen suçlar söz konusu olduğunda, suça katılan tipikliğin gerçekleşmesini hareketinin olası sonucu olarak tasavvur edebilmektedir<sup>2311</sup>.

*Roxin*'e göre, ön planda yer alan kişinin neticeyi öngörebilmesi halinde arka plandaki kişi sadece iradi (*voluntativ*) alanda üstün konumda bulunacağından, bu husus kast ve taksirin sınırlanması bakımından belirleyicilik taşısa da, failliği temellendiren suça ilişkin olay seyrinin final yönlendirmesi bakımından etkili değildir. Fiile yönelik süreci yönlendiren amaç sayesinde oluşan irade hâkimiyetinin bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Ancak arka planda yer alanın fiile ilişkin süreç üzerinde amaca

---

<sup>2308</sup> *Özkan* böyle bir ihtimalde arka planda yer alanın asli fiilin müsebbibi kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Özkan*, a.g.e., s. 146). Taksirli fiile sevk etmenin müsebbiplik teşkil ettiği yönünde ayrıca bkz. *Ibach*, a.g.e., s. 55.

<sup>2309</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 180.

<sup>2310</sup> *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 654.

<sup>2311</sup> *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 655. Ancak hem azmettirmeyi hem de yardım etmeyi düzenleyen hükümler açıkça, kasten işlenen suçlara katılımı gerektirir. Bu nedenle bilinçli taksirle işlenen suçlar bakımından da fail-şerik ayrımı yoktur (*Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 655). Benzer şekilde *Gallas* bilinçli taksirle işlenen suçlar bakımından azmettirme kapsamında suç kararı için, bilinçli taksirle hareket eden neticenin gerçekleşmesine yönelik rizikoyu öngörmesi nedeniyle yeterli olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle yazar taksirli suçlar alanında sadece azmettirmenin bilinçli taksirle hareket eden fail söz konusu ise mümkün olacağını belirtmiştir (*Gallas*, a.g.e., s. 150).

yönelik yönlendirmesinden bahsedilebilirse dolaylı faillik kabul edilir<sup>2312</sup>. Böylece *Roxin*, bilinçli taksirle işlenen suçlar bakımından arka planda yer alanın sadece dolaylı fail olabileceği kabulüne karşı çıkmıştır. Dikkat edilmesi gereken ise, amaca yönelik olan ve olmayan hareket ayrımının geleneksel anlamda kast-taksir ayrımıyla bağdaşım bağdaşmadığıdır<sup>2313</sup>. Eğer bilinçli taksirle tipikliğin gerçekleştirilmesi belli bir amaca yönelik olay olarak kabul edilirse, arka planda yer alanın nedensel süreç üzerindeki tek karar veren olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu ihtimalde arka planda yer alan ile neticeye yönelik iradesi arasında başka bir irade daha mevcuttur. Bu durumda arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinden de söz edilemez<sup>2314</sup>. Zira arka plandaki kişi bilinçli taksirle hareket eden birini suça yönlendirirse; icra hareketlerini gerçekleştiren, neticenin meydana gelebileceğini ve hangi riski ortaya çıkaracağına ilişkin durumu arka plandaki kişi gibi öngörebilir<sup>2315</sup>. Aynı şekilde oluşan bu netice tasavvurunda hâkim bir motiv bulunmaktadır ki, bu ön planda yer alanın neticeye yönelik sadece bir şart faktörü olarak kabul edilmesini engeller. Ön plandaki kişi sebepsiz şekilde neticenin meydana gelmeyeceğine güveniyorsa kanun koyucu daha az olan suç enerjisi nedeniyle onu sadece kast sorumluluğundan kurtarmıştır. Fakat bu arka plandaki kişinin hâkimiyetinde bir değişikliği sonuçlamaz<sup>2316</sup>. Nedensel süreci ön planda hareket edenden daha iyi şekilde göremeyen arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinden söz edilemez<sup>2317</sup>. Sadece kasten hareket ediyor olması arka plandaki kişiye olay hâkimiyeti sağlamaz<sup>2318</sup>. Böylece *Roxin* doğrudan hareket ile arka planda yer alanın olayı aynı şekilde öngörmeleri ve bilişsel

---

<sup>2312</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 180.

<sup>2313</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 180.

<sup>2314</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 181. *Franzheim* özgü suçlarda bilinçli taksirle hareket eden ve özgü niteliğe sahip olan kişiyi fail, bununla birlikte kasten hareket eden ve özgü niteliğe sahip olmayan kişiyi şerik olarak değerlendirmiştir. Bilinçli taksirle işlenen suçlarda potansiyel fiil hâkimiyeti suça katılanların fiilî hâkimiyetinin karşısında durmadıkça failliği temellendirir (Franzheim, Die Teilnahme an unvorsatzlicher Haupttat, 1961, s. 38'den aktaran Bottke, a.g.e., s. 26). Potansiyel fiil hâkimiyeti kavramına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Bottke, a.g.e., s. 27. Ancak *Roxin* potansiyel fiil hâkimiyeti kabulüne karşı çıkmıştır. *Roxin* gerçek, fiilî olay yönetimi anlamında kasta eşdeğer fiil hâkimiyetini kabul etmektedir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 190).

<sup>2315</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 191. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Mahmutoğlu, a.g.m., s. 71.

<sup>2316</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 191. *Özkan*, bilinçli taksirle hareket eden fail ve kasten hareket eden arka planda yer alan arasındaki ilişkinin salt fiil hâkimiyeti kriteri ile çözülemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre, doğrudan veya olası kastla hareket eden arka plandaki kişi aracı kişiyi öngörülebilir netice karşısında karşı konulamaz hataya sevk etmesi halinde dolaylı failliği kabul edilmelidir (Özkan, a.g.e., s. 240). Bununla birlikte bu yaklaşım belirsizlik arz etmektedir. Burada karşı konulamaz hata ile ne kastedildiği açıklanmamıştır. Ayrıca hâlihazırda bilinçli taksirle hareket eden fail üzerinde kasten karşı konulamaz hata oluşturan kişinin de her ne kadar yazar tarafından itiraf edilmese de fiile ilişkin üstün gelen konumunun ortaya çıkardığı hâkimiyeti söz konusudur.

<sup>2317</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 189.

<sup>2318</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 189.

açından aralarında bir fark olmaması halinde, ön planda hareket edenin bilinçli taksirinin bulunmasının arka planda yer alanın ise kasten hareket etmesinin dolaylı failliğin kabulü bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>2319</sup>. *Roxin* bilinçli taksirle hareket eden araç kişinin hatası durumunda arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul etmeyerek, bilinçli taksirle işlenen suçlara şerik olarak iştirak olanağını başarısız bulmamıştır<sup>2320</sup>. Arka planda yer alanın suça iştirakinin dolaylı faillik kapsamında olmadığını kabulü şeriklik bakımından önemli bir sonucu da ortaya çıkarmaktadır. Bilinçli taksirle işlenen suçlara şerik olarak iştirakin mümkün olabileceği iddiası bağlılık kuralı da dikkate alındığında karmaşık bir hal almaktadır. *Roxin* bu durumda kasten işlenen esas fiil eksikliğinin hiçbir şeyi değiştirmediyi ileri sürmüştür. Bağlılık kuralı kapsamında göz önünde bulundurulması gerekenin hukuka aykırı ve tipik bir fiil olduğunu belirtmiştir<sup>2321</sup>.

İcra hareketlerini gerçekleştirenin bilinçli taksirle hareket etmesi halinde düşünülmesi gereken iki hata durumunun olduğunu belirten *Roxin*, ilk olarak ön planda ve arka planda yer alanın nedensellik bilgisinin aynı olduğu, bununla birlikte ön planda yer alanın öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmesine rağmen arka plandaki kişinin neticenin gerçekleşmesine yönelik çabasının bulunduğunu sanması ihtimalini ele almıştır. *Roxin*, arka plandaki kişinin ön planda yer alanın bilinçli taksirle hareket ettiğini bilse bile kastına rağmen fiil hâkimiyetine sahip olmayacağını ve ancak şerikliğinin gündeme geleceğini belirtmiştir<sup>2322</sup>. Diğer ihtimalin ise ön planda yer alanın risk hatasının<sup>2323</sup> varlığı halinde ortaya çıkacağını ifade eden *Roxin*, arka planda yer alanın ön planda hareket edenin yanlış tasavvurunu bilmemesi halinde<sup>2324</sup> şeriklikten söz edilmesi

<sup>2319</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 189.

<sup>2320</sup> Poppe, a.g.e., s. 380.

<sup>2321</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 190.

<sup>2322</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 267.

<sup>2323</sup> *Roxin*, ön planda yer alanın tipik, hukuka aykırı ve *final* hareket etmesine rağmen neticenin meydana gelme olasılığında hataya düşmesi ve tüm durumu daha iyi bilen arka plandaki kişi tarafından suça yönlendirilmesi halini bu kapsamda ele almıştır. *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 220-221.

<sup>2324</sup> *Roxin* şu örneği ise dolaylı faillik kapsamında değerlendirmiştir: “(A) ve (B) bir evin çatı katında bir şeyler ararken savaş zamanından kalan ve patlamamış durumda olan bombayı fark ederler. (A), diğer konutlara zarar vermemek için, çatı aralığından bahçeye atmak ister ancak atarken tesadüfen patlarsa, yan tarafta çalışmakta olan (C)’nin zarar görebileceğinden korkar. (B), savaş zamanı bomba uzmanı olarak çalıştığını ve bu bombanın patlama olasılığının çok düşük olduğunu söyler. Gerçekte ise yüksek olasılıkla bombanın patlayacağını bilir. Fakat (B) hasmı olan (C)’nin ölmesini istemektedir. (A), (B)’nin bombaya ilişkin verdiği bilgiler çerçevesinde (B)’ye inanır. Bombayı atar fakat (C)’nin ölümüne neden olur” (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 221). *Roxin* bu durumda arka plandaki kişinin nedensel sürecin oluşumunu ön planda hareket edene göre daha iyi şekilde gördüğünü bununla birlikte ön plandaki kişinin de tipik, hukuka aykırı ve kusurlu hareket ettiğini belirtmiştir. Burada arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin ancak fiil hâkimiyetinin dördüncü aşamasına sahip olursa mümkün

gerektiğini, böyle bir durumda arka planda yer alanda fiil hâkimiyetinin eksik olduğunu belirtmiştir<sup>2325</sup>. Burada ön planda yer alan, neticenin gerçekleşme olasılığının bilincinde olmasından dolayı fiil hâkimi konumundadır<sup>2326</sup>. Ön planda yer alanın risk hatasına rağmen kasten hareket ettiği kabul edilirse, çözümün bağluluk kuralıyla bağdaştığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonuç, bilinçli taksirle hareket etmesi halinde de değişmemelidir. Zira her iki davranış şekli de aynı *final* yapıya sahip olduğundan, aralarındaki ayırımın sadece kusurun ölçütü bakımından söz konusu olduğu ve şeriklik ihtimalinde sınırlı bağluluk kuralı kapsamında bir anlam ifade etmediği sonucuna varmak mümkündür<sup>2327</sup>. Bununla birlikte amacın olası kastı hariç bırakarak kastı kapsamı halinde farklı sonuca varmak mümkündür. Bu yaklaşım bağlamında doğrudan kastla hareket eden arka plandaki kişinin bilinçli taksirle hareket eden birini suçun işlenmesinde kullanması halinde dolaylı failliğin ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>2328</sup>.

Konuya ilişkin diğer bir yaklaşım ise, bilinçli taksir hariç bırakılarak amacın kastın türlerini kapsamıdır. *Kaufmann, Welzel* ve *Stratenwerth* tarafından dikkate alınan bu yaklaşım kapsamında yazarlar davranışın *final* (amaççı) yapısına uygun olarak olası kast ile bilinçli taksir arasında ayırım olduğunu ve olası kastta neticeye ilişkin *final* bağlantının bulunduğunu, ancak bilinçli taksirde bundan söz edilemeyeceğini belirtmişlerdir<sup>2329</sup>. *Welzel* ekolünün amaççılığı ve kastı fiil hâkimiyeti kriteri bakımından da aynı görmesinin sonucu olarak, arka plandaki kişide *final* gerçekleştirme iradesinin bulunması ve bilinçli taksirle hareket eden ön plandaki kişinin kullanılması halinde dolaylı faillik ortaya çıkar<sup>2330</sup>.

---

olabileceğini vurgulamıştır. Yazara göre eğer ön plandaki kişi de arka plandaki kişinin zarar görmesini istediği kişinin zarar görmesini istiyorsa bu durumda arka plandaki kişinin nedensellik süreci üzerindeki hâkimiyeti görünüşte kalacaktı. Diğer bir ifadeyle suça yönelik genel gidişata bir etkisinin olduğundan söz edilemeyecekti. Bu nedenle yazar arka plandaki kişinin duruma yönelik daha fazla bilgiye sahip olması hedeflenen netice bakımından her ikisinin de aynı yönde hareket ediyor olması ihtimalinde bir anlam ifade etmeyeceğini ifade etmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 222). Yazar bu örnekten hareketle şu sonuca ulaşmıştır: “*İcra hareketlerini gerçekleştirenin suç kararı bakımından neticenin meydana gelme olasılığı üzerindeki aldatma nedensel ise veya gerçek risk bilgisi doğrudan hareket edenin hareketini yapmasını engelleyecek idiyse bu durumda arka plandaki kişiyi dolaylı fail olarak kabul etmek gerekir. Ön planda yer alanın netice bakımından önemsiz olan risk hataları söz konusu ise buna sebep olan veya bu hatayı kullanan arka plandaki kişinin suça katkısının şeriklik düzeyinde olduğu söylenebilir.*” Roxin, a.g.e. (TuT), s. 225.

<sup>2325</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 267.

<sup>2326</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 267.

<sup>2327</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 267.

<sup>2328</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 183.

<sup>2329</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 183-184.

<sup>2330</sup> Poppe, a.g.e., s. 378.

## 2. Ön Planda Yer Alanın Kastına İlişkin Hatası Nedeniyle Arka Planda Yer Alanın Sorumluluğu

Esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliğinin, ön planda yer alanın kastına ilişkin hata durumları bakımından sorun ortaya çıkarması nedeniyle konunun ayrıca incelenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayırım bakımından önem taşıyan bu konu, iştirak öğretisinin üzerinde uzlaşa sağlayamadığı konularındandır. Bu bağlamda ön planda yer alanın kastının bulunup bulunmadığı ve buna bağlı olarak arka planda yer alanın tasavvurunun farklı şekilde ortaya çıkması ihtimalleri ayrı ayrı incelenecektir.

### a. Ön Planda Yer Alanın Kastının Bulunmaması

Bu kapsamda ilk olarak arka planda yer alanın ön plandaki kişinin kastına ilişkin hataya düşmesi durumu incelenmelidir. Arka planda yer alanın ön planda yer alan kişinin kasten hareket ettiğine yönelik hatasında, ön planda yer alan tipikliğin gerçekleştirilmesi bilinci olmaksızın hareket ediyorsa, diğer bir ifadeyle ön planda hareket eden suç işlediğinin bilincinde değilse, bununla birlikte arka planda yer alan ise kasten işlenen bir suça katıldığını sanıyorsa ceza sorumluluklarının ne şekilde belirlenmesi gerektiği ön plana çıkar. Zira suça iştirakte fail kasten hareket etmekle birlikte, şeriklerin de failin kasten gerçekleştirdiği fiile iştirak etme iradesine sahip olmaları gerekir<sup>2331</sup>. Ancak burada arka planda yer alan hata sonucu, sadece taksirle hareket edenin kasten hareket ettiğine inanır. Arka planda yer alan gerçekte fiil hâkimiyeti bulunmasına rağmen bu durumu bilmez ve sadece suça azmettirdiğini zanneder. Bu nedenle arka plandaki kişi azmettiren olduğunu sanmasına rağmen objektif olarak şartları oluşan dolaylı failliktir<sup>2332</sup>. Ön plandaki kişinin kastı olmadığı halde arka plandaki kişi bulunduğunu zannetmesi ihtimalinde, şeriklik kabulü için esas fiilin kasten gerçekleştirilmesi şartının aranması<sup>2333</sup> konuya ilişkin farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

<sup>2331</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 649.

<sup>2332</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 339. Bu durumlarda ceza sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği sorun teşkil etmektedir. Yazara göre sorun, fiil hâkimiyeti bakımından fail ile şerik arasındaki ayırımın sadece niceliksel bir farklılığa mı yoksa niteliksel bir ayırma mı dayandığıdır. Kindhäuser, a.g.e., s. 339.

<sup>2333</sup> Bu bağlamda Alman ceza hukukunda bu nitelikteki suça iştirak durumları için kanunda şerik gibi cezalandırılma olanağına yer verilmesi şeklindeki öneri kabul görmemiştir. Paul Bockelmann, “Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten”, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, ss. 261-272, s. 261.

Doktrinde bir görüş, arka plandaki kişinin ön planda bulunanın kasten hareket ettiğini sanması halinde dolaylı failliğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürer. Bu yaklaşıma göre, arka plandaki kişinin yanlış tasavvuruna rağmen, dolaylı faillik bakımından objektif fiil hâkimiyetinin bulunduğunu kabul etmek gereklidir<sup>2334</sup>.

Aksi yöndeki görüşe göre, arka planda yer alan ön planda yer alanın kastının varlığı konusunda hataya düşerse<sup>2335</sup>, dolaylı faillik ortaya çıkmaz. Dolaylı faillik arka planda yer alanın sadece azmettirme kastıyla hareket etmesinden dolayı ortadan kalkar<sup>2336</sup>. Burada arka plandaki kişi fiil üzerinde hâkimiyet kurmak istememektedir, dolayısıyla ön planda yer alanı araç olarak kullandığını da bilmemektedir<sup>2337</sup>. Bununla birlikte arka planda yer alanın sorumluluğunu faillik sorunu kapsamında ele almaksızın şeriklik kapsamında değerlendiren yaklaşımların ise farklı dayanak noktaları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, arka plandaki kişinin katkısı şeriklik niteliğindedir. Her ne kadar ön plandaki kişi kastı olmaksızın hareket etse de burada azmettiren olarak sorumluluk kabul edilmelidir<sup>2338</sup>. Bu bağlamda arka planda yer alanın (tamamlanmış) azmettirmeden dolayı sorumluluğunun tespiti gereklidir. Bu durumda azmettiren hata ile ön plandaki kişinin kasten hareket ettiğini düşünüyorsa esas fiil kasten işlenmemekle birlikte azmettirme kabul edilerek<sup>2339</sup>, bağlılık kuralı ile bağdaşmayan bir sonuca varılmaktadır.

*Roxin* ise farklı bir açıdan konuya yaklaşarak aynı sonuca varmıştır. Ön planda yer alanın failliğinden fiil hâkimiyeti bulunmadığı için söz edilemez. Bu durumda arka planda

---

<sup>2334</sup> Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 262. Görüşü savunanlar için ayrıca bkz. Uthmann, a.g.e., s. 38. *Roxin* dolaylı failliğin bulunduğuna yönelik yaklaşımlarda dayanılan kabulün yanlış olduğunu belirtir. Fiil hâkimiyetinin sübjektif olarak kasttan fazlasını gerektirmediği, faillik ile şeriklik arasında tasavvur içeriği bakımından bir ayrım olmadığına ilişkin argümanı eleştirmiştir. Yazara göre yalnızca fiil hâkimiyeti iradesine dayanan salt sübjektif bakış açısı dolaylı faillik kapsamında özellikle hata durumlarında güçlük ortaya çıkarır. Arka plandaki kişi fiil hâkimiyeti iradesine sahip olmakla birlikte, objektif olarak ön plandaki kişi fiil hâkimiyetine sahipse dolaylı faillik reddedilmelidir. *Roxin*'e göre azmettiren ve yardım edeni de karakterize eden kendi nedenselliğinin bilincinde olma tek başına fiil sürecinin yönetimine olanak vermez. Bu nedenle yazar dolaylı faillikte kastın değil, aksine hâkimiyeti temellendiren tüm objektif faktörlerin bilinmesinin ve bilinçli olarak kullanılmasının, katılanı fiil seyrinin merkezine taşıdığına altını çizmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 263). Suça yönelik objektif katkının ağırlığının yanı sıra ona eklenen bilmeye arka plandaki kişi olayın seyrini yönlendirebilir ve böylece onun irade hâkimiyetinden bahsedilebilir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 66).

<sup>2335</sup> Konuya ilişkin örnek durumlar için bkz. Kretschmer, a.g.m., s. 535.

<sup>2336</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 671.

<sup>2337</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 67

<sup>2338</sup> Schöneborn, a.g.m. (ZStW 1975), s. 911.

<sup>2339</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 394. Yazarlar bu yaklaşımın kıyas yasağını ihlal edeceğini, kasten işlenen esas fiil gerekliliğinin azmettirenin yanlış tasavvuru ile ikame edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Krey/Esser, a.g.e., s. 394.

yer alanın azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu ancak faillik bulunmaksızın da şerikliğın mümkün olduğu kabul edilirse gündeme gelebilir<sup>2340</sup>. Amaççı olmayan bir esas fiile şerik olarak katılımın mümkün olup olmadığı sorununun şerikliğın esas kapsamında cevaplanması gerektiğini belirten *Roxin*, şerikliğın tali, ikincil bir kavram olduğunu vurgular. Faillığın belirleniş şekline göre şerikliğın değiştini ve aslında faillığın negatif görüntüsü (*negativen Spiegelbild*) olduğunu; daha açık ifadeyle örneğin, faillığın tipikliğin bizzat gerçekleştirilmesi olarak tanımlanması halinde şerikliğın tipikliğin bizzat gerçekleştirilmemesi olarak tanımlanması gerektiğini ifade eder<sup>2341</sup>. Kısacası şeriklik, fail kavramının şartlarını gerçekleştirilmeyen, fiile katkı sağlayan davranıştır<sup>2342</sup>. Fiil hâkimiyeti kapsamında ifade edilmesi gerekirse, şerik fiil hâkimiyeti olmaksızın fiile katkı sağlayan kişidir. Kişi kasten işlenen bir fiile katıldığını düşünürse, gerçekte doğrudan hareket eden amaççı (*Tatbestandsfinalität*) olmaksızın hareket etmektedir, bu sonucu değiştirmez. Arka planda yer alan kişi tipikliğin gerçekleştirilmesine yine fiil hâkimiyeti olmaksızın katkı sağlamaktadır<sup>2343</sup>. Bu durumda azmettirme hata ile oluşan davranışa ilişkin karara neden olma, yardım etme ise söz konusu fiili farklı şekilde desteklemedir<sup>2344</sup>. Sonuç olarak, tamamlanmış bir şeriklik bakımından amaççı esas fiilin bulunması zorunlu değildir<sup>2345</sup>. *Roxin* bu durumlarda fiil hâkimiyeti çerçevesinde gerekçelendirilmenin yapılabilmesi için ne fiil hâkimiyeti iradesine dayandırmak suretiyle faillik kavramının sübjektifleştirilmesine<sup>2346</sup> ne de şerikliğın kanunda öngörülmeven müsebbiplik (*Urheberschaft*) kavramı üzerine genişletilmesine gerek olduğunu belirtmiştir<sup>2347</sup>.

Baskın görüş ise burada kasten işlenmeyen esas fiilin bulunduğunu ve bu nedenle tamamlanmış azmettirmenin kabul edilemeyeceğini, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>2348</sup>. Diğer bir ifadeyle şerikin

<sup>2340</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 267.

<sup>2341</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 268.

<sup>2342</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 268.

<sup>2343</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 268.

<sup>2344</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 268.

<sup>2345</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 268. Bu kabule yönelik eleştiri için bkz. Bloy, a.g.e., s. 312.

<sup>2346</sup> Alman doktrininde bu yaklaşım *Baumann* tarafından ileri sürülmüştür. *Baumann*, a.g.m. (JZ 1958), s. 231 vd.

<sup>2347</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 269.

<sup>2348</sup> Bockelmann, a.g.e., s. 96; Bockelmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 264 vd.; Herzberg, a.g.e., s. 45 vd.; Kühl, a.g.e., s. 794; Maurach, a.g.e., s. 675; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 256; Krey/Esser, a.g.e., s. 395; Gropp, a.g.e., s. 417; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 226; Letzgus, a.g.m., s. 29; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2003), s. 535; Welzel, a.g.e., s. 123-124; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600;



failin kastının bulunduğu tasavvuruyla<sup>2349</sup> hareket etmesi azmettirme ve yardım etmenin ortaya çıkması bakımından yeterli değildir<sup>2350</sup>. Azmettirmeye ilişkin düzenlemenin açık ifadesi karşısında bu bakımdan istisna tanınmaz. Sübjektif iştirak öğretisi temelinde kasten işlenen fiile azmettirmenin arka plandaki kişinin en azından sübjektif olarak kasten işlenen fiile azmettirmeyi istediği durumları dışlamaması gereği, kıyas yasağı nedeniyle ikna edici değildir<sup>2351</sup>. Suça iştirak edenin sadece tasavvurunda şerikliğin bulunması, objektif olarak şerikliği meşru kılmaz<sup>2352</sup>. Suça katılanların iradesi faillik ve şeriklik arasındaki ayırım bakımından belirleyici kriter olsa bile bu kriter objektif şartların yerine geçemez<sup>2353</sup>. Failin kasten hareket ettiğine yönelik hatalı bir kabulle kasten işlenmeyen bir fiile katılmak isteyen şerikin<sup>2354</sup> sadece teşebbüs aşamasında kalan şeriklik

---

Üzülmez, a.g.m., s. 94. Bu bağlamda fiil hâkimiyeti kriterinin belirleyici olduğunu belirten *Maurach*, arka planda yer alanın fiil hâkimiyetinden söz edilebilmesi için suça ilişkin seyir üzerinde yönlendirebilme olanağının bulunması gereğine dikkat çekmiştir. Burada ise arka planda yer alanın fiil hâkimiyetine yönelik bir bilinci bulunmamaktadır. *Maurach*, a.g.e., s. 675.

<sup>2349</sup> Bununla birlikte doktrinde bir görüş ise şerikin gerçekte fiilin kasten işlendiğini bilmesinden vazgeçerek kasten işlendiğini zannetmesini de yeterli kabul etmiştir. Azmettirenin en azından failin kasten hareket ettiğini tasavvur etmesi gerektiği yaklaşımı meseleyi bağlılık kuralı probleminden daha çok şeriklik kastı problemi olarak görür. Eğer ön plandaki kişi kasten hareket etmiyorsa ve arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin kasten hareket ettiğine yönelik sadece inancı söz konusuysa arka plandaki kişinin esaslı olmayan nitelime (*subsumtion*) hatası bulunmaktadır (*Uthmann*, a.g.e., s. 23). *Bockelmann* bu kapsamda *Dahm* ve *Sax* tarafından savunulan yaklaşımı eleştirmiştir. Esas fiil gerçekte kasten işlenmiyor olsa da şeriklerin tasavvurunun kasten işlendiğine yönelik olması durumunda azmettirme veya yardım etmenin kabul edilmesi gerektiği şeklindeki bu yaklaşıma göre *Bockelmann* aslında sadece teşebbüs aşamasında kalan şeriklikten söz edilebileceğini belirtmiştir (*Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 199). Bu doğrultuda daha ileri gidildiğinde şerikin tasavvurunun ölçütüne göre cezalandırılması söz konusu olacak ve tamamlanmış şeriklik kabulünden hareket edilirse failin gerçekleştirdiği fiilden ötürü taksirli sorumluluğu gündeme gelirken azmettiren duruma göre suçun nitelikli halinden dahi cezalandırılabilir. Bu sonuç objektif olarak var olan durum ile kıyaslandığında (teşebbüs aşamasında kalan şeriklik) orantısız bir cezalandırmanın ortaya çıkması anlamına gelir (*Bockelmann*, a.g.m. (GA 1954), s. 200). *Uthmann* burada *Bockelmann*'a atıfta bulunarak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı sorumluluğun belirlenmesi gerektiğini benimsemiştir (*Uthmann*, a.g.e., s. 23).

<sup>2350</sup> *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 656. Bununla birlikte yazarlar arka planda yer alanın ön planda yer alanın kusur yeteneği bulunduğu noktasında hataya düşmesi halinde tamamlanmış azmettirmeden dolayı sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Çünkü icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin bulunduğunu sanarak hareket etmesi halinde objektif olarak tamamlanmış bir dolaylı faillik ve sübjektif olarak, azmettirmeye ilişkin düzenlemede aranan kasten işlenen bir fiilin varlığından dolayı, azmettirme bulunmaktadır. *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 671.

<sup>2351</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 800; *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 261; *Weßlau*, a.g.m. (ZStW 1992), s. 108. Aksi yönde *Baumann*, a.g.m. (JZ 1958), s. 234, *Schöneborn*, a.g.m. (ZStW 1975), s. 911.

<sup>2352</sup> *Bockelmann*, a.g.m., s. 264.

<sup>2353</sup> *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 801.

<sup>2354</sup> Farklı bir görüşe göre ise kasten işlenen esas fiilin bulunmaması nedeniyle ne tamamlanmış ne de teşebbüs aşamasında kalan azmettirme söz konusudur. *Koca/Üzülmez*, a.g.e., s. 470; *Özen*, a.g.e., s. 854.

kapsamında sorumluluğu doğabilir<sup>2355</sup> ki, bu da ancak yasal olarak yaptırım altına alınmış ise mümkündür. Nitekim teşebbüs aşamasında kalan şeriklik, yardım etme bakımından cezasızlıkla sonuçlanırken; azmettirme bakımından ancak cürmün varlığı halinde yaptırımı tabi tutulur<sup>2356</sup>. Cünha bakımından teşebbüste kalan azmettirme gibi durumlarda ortaya çıkan ceza boşluğu, kanun koyucunun şerikliğe ilişkin azmettirme ve yardım etme düzenlemelerinde kasten işlenen hukuka aykırı bir esas fiili isteme kararına dayanır<sup>2357</sup>. Burada arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından adil olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kişi, hem neticeyi istemekte ve hatta buna yönelik bir katkısı bulunmakta hem de yasal çerçevede hareketi cezasız kalmaktadır<sup>2358</sup>.

Bir görüş ise bu durumda yasal düzenleme kapsamında bir iştirak türüne ilişkin sorumluluk tespiti yapılamayacağını, suç politikası bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husus olduğunu kabul etmiştir<sup>2359</sup>. Nitekim *Bloy* bu yaklaşımına ilişkin Alman Ceza Kanunu Tasarısı'nda yer alan düzenlemeyi argüman olarak ileri sürmüştür. Alman Ceza Kanunu'na ilişkin tasarıda (E. 62 md. 32) fiile bu şekilde etki edenlerin azmettiren veya yardım eden olarak kabul edilemeyeceğine ve fakat *azmettiren veya yardım eden gibi* cezalandırılması gerektiğine yer verilmiştir<sup>2360</sup>. Böylece bu tür davranışların yasal şeriklik şekillerinin hiç birine uygun olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur. Şerik haksızlığının türetildiği esas fiil haksızlığı ancak objektif tipikliğin kasten gerçekleştirilmesinin başarıya ulaştığı zaman tamamıyla mevcut olacaktır<sup>2361</sup>. Sadece sözde kasten işlenen fiile iştirakin karma şekline ilişkin ne azmettirme ne de yardım eden olarak cezalandırmayı mevcut yasal düzenlemeler mümkün kılıyorsa, özgü bir düzenleme

<sup>2355</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 281; Bockelmann, a.g.m. (FS Gallas), s. 266; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 256; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 513; Krey/Esser, a.g.e., s. 395; Gropp, a.g.e., s. 417; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 226; Welzel, a.g.e., s. 123-124; Letzgus, a.g.m., s. 29. Konuya ilişkin olarak *Roxin* tarafından verilen örnek şu şekildedir: Hatalı bir kabulle, kocasını öldürmek istediğini sandığı kadına zehirli bir ilaç veren kişi (gerçekte kadın tedavi edici niteliği olduğunu sanmaktadır ve bu nedenle eşine bu ilacı verir) gerçekleşen ölüm neticesinden yardım eden olarak sorumlu tutulamaz. Yardım etmeye teşebbüs gündeme gelecekse de herhangi bir ceza karşılığı bulunmamaktadır. Bu durumda zehirli ilacı veren kişi cezasız kalacaktır. Roxin, a.g.e. (AT), s. 140.

<sup>2356</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 67. Aynı yönde Kretschmer, a.g.m., s. 536.

<sup>2357</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 278.

<sup>2358</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 67. Yazar objektif olarak düşündüğünden daha fazla şekilde söz konusu neticenin gerçekleşmesine katkıda bulunmuş kişinin birçok durumda cezasız kalmasına neden olan teşebbüs aşamasında kalan şeriklikten dolayı sorumlu olmasının, gerçekleştirdiği fiilin yasal değeriyle (*gesetzlichen Wertvorstellungen*) bağdaşmadığını belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 269.

<sup>2359</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 313. Benzer şekilde *Beling* bu durumda cezasızlık sonucunu savunmaktadır. Uthmann, a.g.e., s. 38.

<sup>2360</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 312.

<sup>2361</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 312.

aracılığıyla kendi türünde bir iştirak şekli olarak dikkate alınıp alınamayacağı sorusu hukuk politikası açısından çözüm beklemektedir<sup>2362</sup>.

Son olarak değinilmesi gereken görüş ise, bu bağlamda arka planda yer alan sorumluluğunu ne dolaylı faillik ne de azmettirme kapsamında ele alır. Geçerli olan hukuka göre, bir başkasını suç işlemeye yönlendiren kişinin sorumluluğu azmettirme veya dolaylı faillik kapsamında değerlendirilir, üçüncü bir tür mümkün değildir<sup>2363</sup>. Bununla birlikte doktrinde farklı bir iştirak türü olarak müsebbiplik üzerine değerlendirmeler bulunmaktadır. *H. Mayer* bunu üçüncü bir iştirak şekli olarak kabul etmiştir. Şerikliği ve müsebbipliği birbirinden katı şekilde ayırmıştır<sup>2364</sup>. *Mayer* fail, azmettiren, yardım eden olmaksızın cezaya layık şekilde araç kişiyi objektif tipikliğe yönlendiren kişinin müsebbip olacağını belirtmiştir<sup>2365</sup>. *Mayer*'e göre müsebbiplikte cezaya layık olma ifadesinden failin hareketi gibi aynı ölçüde hukuk düzenine zarar verme anlaşılır. Ancak cezalandırma bizzat şeriklik esasına göre ortaya çıkar<sup>2366</sup>. Buna karşılık müsebbipliği yeni bir iştirak şekli olarak değerlendirmeye alan diğer bir yaklaşım ise burada üçüncü bir iştirak şeklinin değil, aksine şeriklik kapsamında yer alan bir hukuki figürün bulunduğunu ifade etmiştir<sup>2367</sup>. Bu teoriye göre aslında hukuki değer korunmasına hizmet eden şeriklik kategorisi iki heterojen görünümü kapsar. Bunlardan ilkinde şerik icra hareketlerini gerçekleştirmez ve başkasının fiil hâkimiyetine tabidir (gerçek şeriklik-*echte Teilnahme*). Diğerinde ise fiil hâkimiyeti veya faillik iradesiyle hareket eden müsebbibin hareketi dolaylı faillik kapsamında yer almaz (gerçek olmayan şeriklik-*unechte Teilnahme*)<sup>2368</sup>. Bu şekilde yasal şeriklik şekillerine müsebbipliğe ilişkin durumların dâhil edilmesiyle azmettirme ve yardım etmenin niteliksel bağıllığı

<sup>2362</sup> Bloy, a.g.e., s. 313; Özgenç, a.g.e. (1996), s. 257 vd.; Yılmaz, a.g.e., s. 288.

<sup>2363</sup> Uthmann, a.g.e., s. 7.

<sup>2364</sup> Poppe, a.g.e., s. 393. *Gallas* bu şekilde müsebbiplik (*Urheberschaft*) üzerinden geniş fail kabulünün ne pratik ne de teorik olarak sürdürülebilir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bu iştirak statüsünün kabulü halinde suça katılımda katkıyı gerçekleştiren kişinin hareketinin nedenselliğinin ön plana çıkması gerektiğini ve bu durumda da özellikle azmettirme kapsamında yer alan durumlar ile dolaylı faillik kapsamında yer alan durumların farklı haksızlık içeriklerine rağmen eşdeğer olarak ele alınması tehlikesinin bulunduğunu ve ayrıca cezalandırılma alanının önemli ölçüde genişlemesine neden olacağını belirtmiştir (*Gallas*, a.g.e., s. 116). *Gallas* ayrıca faillik ile şeriklik ayrımının kanun koyucunun iradesinden önce var olan bir olguya dayandığına ve bu nedenle tesadüfi şekilde manipüle edilemeyeceğine ve ihtiyaca göre genişletilip daraltılamayacağına da dikkat çekmiştir. *Gallas*, a.g.e., s. 116.

<sup>2365</sup> Aktaran Uthmann, a.g.e., s. 45.

<sup>2366</sup> Aktaran Uthmann, a.g.e., s. 45.

<sup>2367</sup> Poppe, a.g.e., s. 393.

<sup>2368</sup> Dahm, MDR 1959, s. 510'dan aktaran Poppe, a.g.e., s. 394.

müebbipliğe indirgenir. Şöyle ki, objektif tipikliği içeren ancak kasten işlenmeyen fiile şerikliğın de kabul edilmesi gerekir<sup>2369</sup>. Böylece müebbiplik, faillik ve yardım etme dışında neticeye kasten sebep olma durumudur. Bu tanım azmettirmeyi ve onun boşluklarını kapsayıcı nitelik taşır<sup>2370</sup>. Belirtilmelidir ki, şeriklik kavramının kapsamına fiil hâkimiyeti veya faillik iradesi kriteri üzerine belirlenecek olan müebbipliğin dâhil edilmesi şerikliğın esası ile çelişir. Faillik ile şerikliğın sınırları belirsizleşir ve böylece ikilik sistemi temelden sarsılmış olur<sup>2371</sup>.

### ***b. Ön Plandaki Kişinin Kasten Hareket Etmesi***

Arka plandaki kişinin ön planda yer alanın fiile yönelik kastının bulunmadığını zannederek hareket etmesi ve fakat gerçekte ön planda yer alanın kastının bulunduğu durumlarda, arka plandaki kişi fiil hâkimiyetine sahip olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir<sup>2372</sup>. Doktrinde konuya ilişkin klasik örnek şu şekildedir: Doktor (D), durumdan haberdar olmadığını sandığı hemşire (K)'ya rahatlatıcı iğne olduğunu söylediği, ancak gerçekte zehirli olan iğneyi hastanede yatmakta olan ve nefret ettiği üvey annesine vurmasını söyler. (K), iğnenin zehirli olduğunu anlar, fakat fark ettirmez ve hastaya enjekte eder<sup>2373</sup>.

Arka planda yer alan kişinin fiil hâkimiyetini temellendiren durumlara yönelik hatalı kabulü halinde, ön planda yer alanın duruma yönelik bilgisi tamdır. Arka plandaki kişinin tasavvuruna rağmen, eğer ön plandaki kişi kasten hareket etmişse kasten öldürmenin faili olarak kabul edilmelidir. Burada arka plandaki kişinin cezalandırılması sorunlu noktayı oluşturur. Zira arka planda yer alan kişi fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunu zannetmesine karşın, icra hareketlerini gerçekleştirenin hastayı öldürmeye yönelik kasten hareket ettiğini bilmemektedir<sup>2374</sup>. Diğer bir ifadeyle arka plandaki kişi ön planda yer alanın suç işlediğini bilmediğini sanarken, gerçekte ön planda yer alan bunun

<sup>2369</sup> Dahm, MDR 1959, s. 510'dan aktaran Poppe, a.g.e., s. 394.

<sup>2370</sup> Uthmann, a.g.e., s. 55.

<sup>2371</sup> Poppe, a.g.e., s. 394. *Uthmann*'a göre de kasten işlenmeyen suçlara azmettirmeyi reddeden kişi ortaya çıkan boşluk problemini azmettirmeyi müebbinin içinde değiştirerek ortadan kaldıramaz. Gerçek olan ve gerçek olmayan şerikliğın karışımı eşyanın doğasına aykırıdır. Çünkü azmettirilenin kasten hareket etmediği durumda katılacak bir esas fiil bulunmamaktadır. Bu eksiklik ise sadece terminoloji değişikliği ile yok edilemez. Uthmann, a.g.e., s. 56.

<sup>2372</sup> *Kühl*, bu durumu sözde fiil hâkimiyeti (*vermeintlichen Tatherrschaft*) olarak ifade etmiştir. Kühl, a.g.e., s. 791.

<sup>2373</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 364; Kretschmer, a.g.m., s. 536.

<sup>2374</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2013), s. 17 vd.; Riemer, a.g.e., s. 27.

tamamen bilincinde hareket etmektedir. Objektif olarak azmettirme mevcut olmakla birlikte, sübjektif anlamda dolaylı faillikteki kastı olmadan hareket eden araç kişiyi kullanmaktadır<sup>2375</sup>. Bu durumda esas olarak ileri sürülen yaklaşımlar çerçevesinde ulaşılan sonuçlar üçe ayrılmaktadır.

İlk yaklaşım, objektif özellikleri dikkate almaksızın suça iştirak şekilleri arasındaki ayırmda faillik veya fiil hâkimiyeti iradesine dayanmaktadır. Böylelikle arka planda yer alanın dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>2376</sup>. Sübjektif teoriye göre, (A)'yı burada dolaylı fail olarak kabul etmek gereklidir<sup>2377</sup>. Çünkü (K)'yı araç olarak kullandığını zannetmekte ve (S)'nin ölümünü faillik iradesiyle gerçekleştirdiğini düşünmektedir<sup>2378</sup>. Bu çözüm şekli faillik ve şeriklik arasındaki ayrımı failin iradesine dayandıran yaklaşımdan hareket etmektedir<sup>2379</sup>. Bu nedenle arka plandaki kişinin dolaylı failliğin objektif şartları üzerindeki hatası, sorumluluğun tespiti bakımından önem taşımaz<sup>2380</sup>. Onun ön plandaki kişinin fiilin işlenmesinde kastının bulunmadığı yönündeki hatası, fiili faillik iradesiyle kendisi için istediği sonucunu değiştirmez<sup>2381</sup>. Ters durumda da, daha açık ifadeyle, arka planda yer alanın fiile ilişkin kastı bulunduğunu sandığı kişiyi suç işlemeye yönlendirmesi halinde dolaylı failliğinden

<sup>2375</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 364; Hauf, a.g.e., s. 91.

<sup>2376</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 271; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 599; Werner Beulke, "Die vermeintliche mittelbare Täterschaft", *Festschrift für Kristian Kühn zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2014, ss. 115-135, s. 116. Sübjektif teorinin vardığı sonuçtan farklılaşan *Mezger* iştirak öğretisini objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunduğu karma bir yaklaşıma dayandırmasına rağmen faillik ile şeriklik iradesinin tespiti bakımından öncelikle belirleyici olanın arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi bağımsız bir fail olarak mı yoksa sadece bir yardım eden olarak mı değerlendirdiği olduğunu ileri sürmüştür. Bununla birlikte hata durumlarında her zaman azmettirmeyi kabul etmektedir. Zira daha geniş olan faillik kastı azmettirmeyi içerir (Schroeder, a.g.e., s. 173).

<sup>2377</sup> Bu bağlamda arka plandaki kişinin failliğini kabul eden sübjektif teorinin kendi esasıyla çeliştiği eleştirisi için bkz. Renzikowski, a.g.e., s. 23, dn. 54.

<sup>2378</sup> *Kretschmer* sübjektif teori kapsamındaki bu kabulün failin arkasındaki faile meşruluk tanınmasını gerektirdiğine dikkat çekmiştir. Yazar, araç kişinin normatif olarak kendi sorumluluğunda hareket etmesi nedeniyle failin arkasındaki failin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Kretschmer, a.g.m., s. 537.

<sup>2379</sup> Hauf, a.g.e., s. 91.

<sup>2380</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 339. Bu sonucun, ortaya çıkacak ceza boşluklarını engel olmak bakımından ceza politikası gereği cezalandırma amacına uygun olmakla birlikte, yaklaşımın geçerli olan hukuk ile uyuşmadığı görüşü için bkz. Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 5.

<sup>2381</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 339. Fiil hâkimiyeti teorisi için bu çözüm yolu kapalı olmalıdır. Burada sözü edilen hâkimiyet sadece (D)'nin tasavvurudur. Gerçekte fiil hâkimiyeti eksiktir ve bu da failliğini gerekçelendiremez. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 279; Beulke, a.g.m., s. 117.

söz edilemeyecektir<sup>2382</sup>. Bu nedenle arka planda yer alan kişi ya teşebbüs aşamasında kalan müşterek faillik ya da azmettirmeden dolayı cezalandırılabilir<sup>2383</sup>.

*Roxin* bu hata türünde arka planda yer alanın dolaylı failliğinin fiil hâkimiyeti öğretisi ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Burada ne olay seyri üzerinde gerçekleştirilen üstün bir yönlendirmeden ne de ön planda yer alan üzerinde gerçekleştirilen psikolojik veya fiziksel baskıdan söz edilebileceğine dikkat çeken *Roxin*, irade hâkimiyeti olasılığının ortadan kalktığını vurgulamıştır<sup>2384</sup>. Dolaylı faillik sonucunu kabul eden yaklaşım<sup>2385</sup>, görüşünü fiil hâkimiyeti öğretisine değil<sup>2386</sup>, kast (*dolus*) teorisine yakınlaşarak açıklamıştır<sup>2387</sup>. Fiil hâkimiyeti yaklaşımını benimsemekle birlikte bir görüşe göre, her ne kadar tam sorumlu hareket eden fail söz konusu olsa da fiile ilişkin neticenin arka plandakinin eseri olarak dikkate alınması mümkündür. Zira sonuç olarak gerçekleşen olay seyri tipik olarak fiile sebep olanın yarattığı ortaya çıkış tehlikesinde temellendirilir<sup>2388</sup>. Böylelikle sübjektif teorinin dolaylı faillik kabulünün aksine bu yaklaşım arka planda yer alan bakımından doğrudan faillik sonucuna ulaşmaktadır<sup>2389</sup>.

Hâkim olan görüşe göre doğrudan veya dolaylı faillikten değil, tamamlanmış azmettirmeden dolayı sorumluluk ön plana çıkar<sup>2390</sup>. Arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinin sübjektif unsuru gerçekleşmesine rağmen objektif unsuru oluşmamaktadır.

<sup>2382</sup> Kindhäuser, a.g.e., s.339.

<sup>2383</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 339.

<sup>2384</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 273.

<sup>2385</sup> Faillik iradesi nedeniyle dolaylı faillik kabulü yaklaşımı için bkz. Baumann, a.g.m. (JZ 1958), s. 233.

<sup>2386</sup> Buna karşılık fiil hâkimiyeti öğretisinin adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini belirten *Baumann*, hem suçun teşebbüs aşamasında kalması hem de *omnimodo facturus* durumunun (Kavrama ilişkin açıklama için çalışmanın 2. bölümünde ilgili kısma bakınız.) söz konusu olması halinde arka plandaki kişinin sübjektif sınırlama kapsamında faillik iradesiyle hareket etmesi nedeniyle esas fiile teşebbüsten dolayı cezalandırılacağını, bununla birlikte fiil hâkimiyeti öğretisi kapsamında her iki durumda da objektif olarak aynı hareketi gerçekleştirmesine ve sübjektif olarak da aynı suç iradesine sahip olmasına rağmen farklı sonuca ulaşılmasını eleştirmiştir (Baumann, a.g.m. (JZ 1958), s. 233). Fiil hâkimiyeti öğretisi kapsamında ön planda yer alanın fiili teşebbüs aşamasında kalırsa arka plandaki kişi teşebbüse azmettirmeden dolayı cezalandırılacak, bununla birlikte *omnimodo facturus* durumu söz konusu olduğunda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme gündeme gelecektir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 273). *Roxin* her iki durumun aynı olduğunu ileri süren yaklaşımı, iştirak hareketinin yol açtığı neticeyi dikkate almaması nedeniyle eleştirmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 274.

<sup>2387</sup> Baumann, a.g.m. (JZ 1958), s. 233.

<sup>2388</sup> Sorunu objektif isnadiyet çerçevesinde ele alan bakış açısı için bkz. Beulke, a.g.m., s. 117.

<sup>2389</sup> Beulke, a.g.m., s. 117. *Beulke* doğrudan faillik kabulünde geniş fail kavramına sebep olma tehlikesinin bulunduğunu ve bunun da tek faillik sistemini sonuçlayacağını belirtir. Eleştiri için bkz. Beulke, a.g.m., s. 118.

<sup>2390</sup> Kindhäuser, a.g.e.,s. 339; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 279; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 513; Hauf, a.g.e., s. 91; Beulke, a.g.m., s. 118 vd.; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 671; Uthmann, a.g.e., s. 39; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 271; Üzülmöz, a.g.m., s. 94; Yılmaz, a.g.e., s. 289.

Diğer bir ifadeyle söz konusu fiil bakımından ön planda yer alanın objektif ve sübjektif olarak fiil hâkimiyetinin bulunması arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetini ortadan kaldırır<sup>2391</sup>. Zira burada ön planda yer alanın faillik kapsamında gerçekleştirdiği esas fiil bulunmaktadır<sup>2392</sup>. Ancak kasten gerçekleştirilen azmettirme hareketinin<sup>2393</sup> varlığı konusu sorunludur<sup>2394</sup>. Bununla birlikte dolaylı faillik kastı azmettiren kastı karşısında daha fazladır<sup>2395</sup> ve azmettirme kastını kapsar<sup>2396</sup>. Azmettirme kastının fiil hâkimiyeti bilincinde bulunmasına dayanılmıştır<sup>2397</sup>. Azmettirme kabulü arka planda yer alanın hareketinin haksızlığından daha fazlasının isnat edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaz. Bu nedenle arka plandaki kişi faillik kastıyla hareket etmek isterken objektif olarak

<sup>2391</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 227.

<sup>2392</sup> Beulke, a.g.m., s. 118.

<sup>2393</sup> Azmettirmenin faille olan ilişkisi bağlamındaki gerekliliği salt sebep olma teorisi kapsamında ele alınırsa bu açıdan meselenin izahı kolaydır. Çünkü suç kararına herhangi bir şekilde sebep olma bu teori kapsamında yeterlidir (Beulke, a.g.m., s. 119). Yazar ayrıca zihinsel iletişim (*geistige Kontakt*) teorisi kapsamında da zihinsel iletişimin faille her türlü iletişimsel etki şeklinde anlaşılması halinde bu durumun açıklanabileceğini belirtir. Bununla birlikte faille azmettiren arasında suç kararına sebep olan herhangi bir iletişim yerine bir adım daha giderek gizli anlaşmanın varlığı aranır, bu durum bakımından kasten gerçekleşen azmettirmenin reddedilmesi gerekecektir (Beulke, a.g.m., s. 119). Sonuç olarak azmettirme hareketinin belirlenmesinde içerik ne kadar dar dikkate alınırsa, bu durum bakımından azmettirme kabulünü meşrulaştırmak o derece zorlaşmaktadır.

<sup>2394</sup> *Beulke*, azmettirmenin objektif şartının kasten ve hukuka aykırı bir fiilin bulunması olduğuna dikkat çekerek, arka planda yer alanın azmettiren olarak cezalandırılmasının gerekçelendirilmesindeki zorluğa vurgu yapar. Kast ister geleneksel anlamıyla bilme ve isteme unsurlarından oluştuğu şeklinde ele alınıp ister sadece bilmenin varlığı yeterli kabul edilsin her iki sonuç da kolaylık sağlamamaktadır. Beulke, a.g.m., s. 123.

<sup>2395</sup> *Bloy* azmettirme kabulünün suça iştirak türleri arasında niceliksel bir farklılığın kabul edilmesi anlamına geleceğini belirterek bu yaklaşımı eleştirmiştir (Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 20). Yazara göre iştirak türleri arasında niceliksel aşamalandırma sadece hareket isnadiyetini meşru kılar. Bununla birlikte haksızlık isnadını açıklayamaz. Bu durumda haksızlık her bir katılanın kendisinde ortaya çıkar. Böylece başkasının fiili ile kendi fiili arasındaki farklılık ortadan kalkar. Sonuç olarak şeriklik, failliğin daha hafif şekli olarak kabul edilir (Bloy, a.g.m., s. 21). Bu nedenle *Bloy*, iştirak türleri bakımından hukuki değere yönelen ihlali ne şekilde gerçekleştirdiğine göre yapılacak ayırımın hareketin niteliğini dikkate alacağını ve böylece niceliksel ayırımın kabul edilmeyeceğini ifade eder. Şerikliğin kendi haksızlığından sorumluluğun yanı sıra başkasının haksızlığından dolayı da sorumluluğunun kabulü iştirak şekillerine ilişkin tekçi anlayışa (tek faillik sisteminin esası) karşılık ikilik anlayışının öne geçmesi sonucunu ortaya çıkarır (Bloy, a.g.m., s. 21).

<sup>2396</sup> Wessels/Beulke/Satzger, s. 279; Heinrich, a.g.e., s. 558; Hauf, a.g.e., s. 92; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 671; Beulke, a.g.m. s. 123; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 470. Azmettirme kabulünü şerikliğin cezalandırılma nedenine dayanarak açıklayan bir diğer yaklaşıma göre ise, şeriklik bağlı hukuki değer saldırısı teşkil ettiğinden haksızlık içeriği önemli ölçüde esas failin filine bağlıdır. Bu nedenle şeriklik kastının faillik kastında iştirak olduğu kabulüne ulaşmak zor değildir. Böylece şerikliğin izin verilmeyen riziko oluşturmasıyla dolaylı olarak hukuki değere saldırısının aynı olduğuna itiraz edilemez. Bu sadece kısmi bir farklılaşmaya (*Teilaliud*) yol açar ki bu, şerik haksızlığının önemli ölçüde faillik haksızlığı ile kesiştiği sonucunda bir değişiklik yapmaz (Beulke, a.g.m., s. 124). Azmettirme kabulü, haksızlığa iştirak temelinde de tutarlıdır. Bu teoriye göre şerikliğin cezalandırılma nedeni niceliksel olarak daha az haksızlığı gerçekleştirmiş olmasıdır (Kindhäuser, a.g.e., s. 340). Esas fiile ilişkin azmettirme kastının eksikliğinin fiil hâkimiyeti iradesi ile dengelendiği görüşü için bkz. Beulke, a.g.m., s. 123.

<sup>2397</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 671. Teşebbüs aşamasında kalan dolaylı faillik yaklaşımı için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 227; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2003), s. 537.

azmettirmenin bulunduğu durum sınır aşımı olarak kabul edilemez<sup>2398</sup>. Her ne kadar ceza politikası açısından azmettiren faille eşdeğer cezalandırılrsa da, azmettirme bir şeriklik şeklidir ki, şerikliğin haksızlık içeriği failinkine nazaran daha azdır<sup>2399</sup>. Ayrıca esas fiile yönelik azmettirme kastı bakımından nedensel süreçten esaslı bir sapmanın olmadığı argümanı ileri sürülmüştür. Buna göre arka plandaki kişinin tasavvur ettiği ile ön planda yer alanın icra hareketlerini gerçekleştirdiği fiil esas olarak aynı ise azmettirmenin bulunduğunu kabul etmek gerektiği belirtilmiştir<sup>2400</sup>. Bu nedenle burada azmettirme kastının eksik olduğu ve anayasal bir ilke olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği itirazı<sup>2401</sup> ileri sürülemez<sup>2402</sup>. Hukuki değer ihlalinin objektif olarak gerçekleştiğinden hareketle arka planda yer alanın tamamlanmış azmettirmeden dolayı cezalandırılması gerekir<sup>2403</sup>. Burada bağlılık kuralı bakımından da sorun ortaya çıkmaz; zira ön planda yer alan kasten hareket etmektedir<sup>2404</sup>.

Fiil hâkimiyeti yaklaşımını benimsemekle birlikte *Roxin* bu konuyu farklı şekilde gerekçelendirmiştir. Arka plandaki kişi, ön plandakinin kastının bulunmadığına veya haksızlık hatası içinde olduğuna inanırsa (gerçekte kasten hareket etmektedir veya haksızlık hatası bulunmamaktadır) fiil hâkimiyetini temellendiren durumlara ilişkin hatası söz konusu olur. Dolaylı faillik gerçek bir fiil hâkimiyetini gerektirdiğinden bu tür durumlarda da kabul edilemez<sup>2405</sup>. *Roxin* arka planda yer alanın tamamlanmış şeriklikten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir. Burada da fiil hâkimiyeti bulunmaksızın fiile yönelik katkının söz konusu olduğunu vurgulamıştır. Arka planda yer alan bakımından fiil hâkimiyetinin şartlarının objektif olarak oluşmadığını belirten *Roxin*,

<sup>2398</sup> Beulke, a.g.m., s. 121.

<sup>2399</sup> Beulke, a.g.m., s. 121.

<sup>2400</sup> Beulke, a.g.m., s. 120.

<sup>2401</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 27.

<sup>2402</sup> Beulke, a.g.m. s. 123; Wessels/Beulke/Satzger, s. 279; Heinrich, a.g.e., s. 558; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 671.

<sup>2403</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 69-70; Kühl, a.g.e., s. 793. Bununla birlikte *Wolfgang Schild* (Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, s. 45-46), bu şekilde gerçekleşen durumlarda ön planda yer alanın sadece yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. *Schild*'in yaklaşımı ve bu yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Renzikowski, a.g.e., s. 23.

<sup>2404</sup> Gallas, Gutachten'den aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 271. Şeriklik nedeniyle cezalandırma arka plandaki kişinin hatalı şekilde kabul ettiği isnadiyet eksikliğinin sadece kusur ilişkili olması halinde mümkün olabilir. Bu durumda kasten işlenen ve hukuka aykırı bir fiil mevcuttur. Eksik olan kusura yönelik hatalı kabul, azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen hükümler bakımından önemsizdir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 474.

<sup>2405</sup> Bu bağlamda sadece katı sübjektif teori kapsamında dolaylı failliğin kabulünden bahsedilebilir ancak ne doktrinde ne de pratikte uygulanabilirliği kalmıştır. Roxin, a.g.e. (AT), s. 68.



hâkimiyet durumuna ilişkin hatalı kabulün var olan şeriklik bakımından bir şeyi değiştirmediyi ileri sürmüştür<sup>2406</sup>. Arka planda yer alanın doğrudan hareket edenin kastını bilmesi ve fakat hatayla, ön planda yer alanın haksızlık bilinci olmadığına inanması veya kusur yeteneği bulunmadığını düşünmesi ya da kendisinin failliğini mümkün kılan diğer durumların mevcut olduğunu zannetmesi nedeniyle fiil hâkimi olduğunu sanması halinde şeriklikten dolayı cezalandırmaya engel bir durum bulunmamaktadır<sup>2407</sup>. Zira arka planda yer alan şeriklik neticesini (*Teilnahme-erfolg*) sadece objektif olarak amaçlamaz, aynı zamanda sübjektif olarak da bilir<sup>2408</sup>. Bu tür durumlarda faillik kastının şeriklik kastını da içerdiği yaklaşımı yerine *Roxin*, fail tarafından hedeflenen daha yüksek aşamada fiil hâkimiyetinin daha düşük hâkimiyet aşamasına denk gelen objektif ve sübjektif olarak tamamlanmış şerikliğı içerdiğine dikkat çeker<sup>2409</sup>. Bu nedenle objektif olarak şerikliğin mevcut olduğu, fakat arka plandaki kişinin bunu bilmemesi halinde *Roxin*, tamamlanmış şerikliğı kabul etmiştir. Çünkü yazar azmettirme veya yardım etme iradesinin şerikliğin gerekliliğı olmadığını benimsemiştir<sup>2410</sup>. Ona göre şeriklik, ancak şartları bilindiğı takdirde sahip olunabilecek olan hâkimiyetten tamamen farklıdır. Söz konusu farklılığın sebebi, şerikliğin asli/birincil bir kavram olmayıp ikincil kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle şeriklik pozitif şartlara da sahip değildir, içeriğı faillik kriterlerinin eksikliği ile negatif olarak belirlenen bir kavramdır. Arka planda yer alan kişinin kendisini olayın merkezi figürü olarak konumlandırmasına yönelik tasavvurunun bu sonuç bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak bu kabul, geliştirilen fiil hâkimiyeti öğretisinin esası ile uyum arz etmektedir<sup>2411</sup>.

---

<sup>2406</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 271.

<sup>2407</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 272.

<sup>2408</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 272.

<sup>2409</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 272.

<sup>2410</sup> Tipik neticeye bir başkası aracılığıyla sebep olma temeline dayanan bağı hukuki değere saldırı anlayışı, arka plandakinin ön planda yer alanın kasten hareket ettiği tasavvuruna sahip olup olmadığından bağımsız olarak mevcuttur. Bu tarz durumlarda şerikliğin şartı, şeriklik iradesi değildir. Arka planda yer alanın sadece kendini fail konumunda zannetmesinden dolayı, kasten bir fiile sebebiyet vermesinin cezasız kalması gereğı anlaşılamayacağından şerik olarak cezalandırılması adalet gereğı de isabetli bir sonuçtur. Roxin, a.g.e. (AT), s. 70.

<sup>2411</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 272. Buna yönelik olarak ise şu eleştiri getirilmiştir. Bu kabul tüm iştirak şekillerini hukuki değer ihlaline sebep olma şekilleri bakımından aynı kabul eden görüşün argümanı olabilir. Dolayısıyla geniş fail kavramına uygun bir sonucu ortaya çıkarır. Ayrıca bu anlayış azmettirme ve yardım etmeye ilişkin madde düzenlemelerini ihlal eder. Zira cezalandırılabilir şeriklik şerikin de tasavvur etmesi gerektiğı kasten işlenen esas fiili şart koşar. Şerikliğin bağılılığı kanuna aykırı şekilde sübjektif tipiklikte değiştirilemez. Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 26 vd.

*Roxin* arka planda yer alanın yanlış tasavvuru nedeniyle tamamlanmış şerikliğin yanı sıra teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin de incelenebileceğini, fakat bu ihtimalin uygulanabilirliğinin bulunmadığını belirtmiştir. Burada ön planda yer alan en başından itibaren faillik kapsamında fiili gerçekleştirmektedir<sup>2412</sup>. Sonuç olarak *Roxin*, arka plandaki kişinin hâkimiyeti temellendiren durumlara ilişkin hatası söz konusu olduğunda her zaman tamamlanmış şeriklikten dolayı cezalandırılması gerektiği yaklaşımını kabul etmektedir<sup>2413</sup>. Aksi yöndeki görüş, niteliksel ayırmadan hareket etmekte ve dolaylı faillik kapsamında teşebbüs aşamasında kalan öldürme suçunu kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre, dolaylı faillik azmettirme karşısında *aliud* ilişkisi içinde bulunduğu; dolaylı faillik kastı, azmettirme kastından farklı bir konudur<sup>2414</sup>. Böylelikle fiil hâkimiyeti iradesiyle azmettirme kastı arasındaki ayrıma vurgu yapılmaktadır. Ayrıca failliğin şerikliğin daha ağır formu olmadığı ileri sürülmektedir. Arka plandaki kişinin sadece dolaylı fail olabileceği, bununla birlikte dolaylı faillik şeklinde işlenen suça teşebbüsten<sup>2415</sup> dolayı ceza verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Arka plandaki kişinin tasavvuruna göre dolaylı faillik olsa da, objektif olarak sadece azmettirme vardır<sup>2416</sup>. Sübjektif olarak arka plandaki kişi fiil hâkimiyetine ilişkin kasta sahiptir, ama fiil hâkimiyeti objektif olarak eksiktir. Bu klasik teşebbüs durumuna uygundur<sup>2417</sup>. Arka plandaki kişinin cezalandırılması, dolaylı faillikte teşebbüs edilen suçun işlenmesi (fiilin işlenmesinin teşebbüste kalması) nedenine dayanır. Arka plandaki kişinin tasavvuruna göre sözde araç kişi üzerindeki etkisi hazırlık hareketleri aşamasını aşarsa, teşebbüsten söz edilmesi gerekir. Arka plandaki kişi gerekli olan kastla hareket etmektedir ve araç kişiyi kendi hâkimiyet alanından çıkardığı anda teşebbüs başlamıştır. Bu durumda gerçeği bilmediğini sandığı bir hemşireye zehirli iğneyi vererek hastaya enjekte etmesini isteyen doktor hemşirenin kasten zehri hastaya enjekte etmesi halinde fiil hâkimiyetini elde

---

<sup>2412</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 273.

<sup>2413</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 274.

<sup>2414</sup> Bloy, a.g.m. (ZStW 2005), s. 27; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 801; Maurach, a.g.e., s. 675; Krey/Esner, a.g.e., s. 431; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 599 vd.; Gropp, a.g.e., s. 418; Kudlich, a.g.m. (JuS 2003), s. 758; Herzberg, a.g.e., s. 45; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2003), s. 536.

<sup>2415</sup> Beulke, a.g.m., s. 125; Riemer, a.g.e., s. 27. Doktrinde baskın görüş, kavramı “dolaylı faillikte ilgili suça teşebbüs” olarak kabul ederken; diğer görüş, “teşebbüs aşamasında kalan dolaylı faillik” olarak kabul eder. Beulke, a.g.m., s. 125.

<sup>2416</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 279; Hünerfeld, a.g.m., s. 245. Alman ceza hukukunda dolaylı faillik bakımından teşebbüs aşamasına ne zaman geçildiğine yönelik ileri sürülen görüşler ve çözüm yolları için ayrıca bkz. Hünerfeld, a.g.m., s. 246.

<sup>2417</sup> Herzberg, a.g.e., s. 45

edememiş olur<sup>2418</sup>. Bununla birlikte arka planda yer alan ancak genel kurallar ölçüsünde hâlihazırda kendi davranışıyla suçun işlenmesine doğrudan başlamışsa söz konusu olabilir. İlk olarak ön planda hareket edenin davranışı doğrudan doğruya icrayı oluşturuyorsa, dolaylı faillik kapsamında gerçek fiil hâkimiyeti eksikliğinden dolayı bir sorumluluk mümkün olmadığından, dolaylı failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilmesi ortadan kalkar<sup>2419</sup>. Belirtilen durumda teşebbüs çözümü kabul edilirse, arka plandaki kişi ele alındığında tamamlanan hukuki değer ihlaline hiçbir etkisi yokmuş gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır<sup>2420</sup>. Bu nedenle fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında tamamlanmış azmettirmeden dolayı cezalandırma yaklaşımı teşebbüs aşamasında kalan dolaylı faillik yaklaşımını<sup>2421</sup> kabul etmez. Her durumda, mevcut olan teşebbüste kalan dolaylı faillik geri planda kalır<sup>2422</sup>. Fiil hâkimiyetini temellendiren durumlara ilişkin hatalı kabulün teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi failliğin (maddi olarak) tipikliğin gerçekleştirilmesi olduğu sonucunu ortaya çıkarır. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan faillik, tipikliğin gerçekleşmesinin teşebbüs aşamasında kalması olarak kendini gösterir. Burada elverişsiz araçlarla teşebbüs söz konusudur. Ön plandaki kişi kendi failliği ile arka

---

<sup>2418</sup> Burada dolaylı faillik bakımından hazırlık-icra hareketi ayrımının teşebbüs öğretisi kapsamında dikkate alınması gerekir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 69). Bununla birlikte dolaylı faillikte doğrudan doğruya icraya başlamanın ne zaman kabul edilmesi gerektiğinin belirsiz olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Beulke, a.g.m., s. 125. Yazar ayrıca teşebbüse ilişkin madde düzenlemesinde teşebbüs hareketinin tipiklik bağlantısını gerektirdiğini ve hem teşebbüsün hem de tamamlanmanın fiil üzerinden gerçekleşmesi gerektiğini bu nedenle yasal olarak öngörülen iştirak şekilleri ile ilişkilendirilmediğini belirtmiştir. Teşebbüs ve tamamlanma kavramları farklı iştirak aşamalarına ilişkin değildir. Aksine suçun gerçekleşmesine ilişkin aşamaları ifade eder. Suça teşebbüs düzenlemesi iştirak aşamalarını da kapsıyor olsaydı daha geniş bir ceza skalası öngörülmesi gerekirdi. Yazar ayrıca fiil hâkimiyetine sahip olmak gerekli olsa bile bir suçun objektif tipikliğini gerçekleştirmek için yeterli olmadığından hareketle sadece fiil hâkimiyetini amaçlayan bir teşebbüsün de suçun doğrudan doğruya icraya başlanması anlamına gelemeyeceğini belirtmiştir. Aynı sonuç fiil hâkimiyetini temellendiren durumlara ilişkin hatanın bulunması halinde de ortaya çıkar. Sonuç olarak teşebbüs edilen dolaylı faillik teşebbüs kurumunun alt türü değildir (Beulke, a.g.m., s. 126). Yazar ayrıca teşebbüs aşamasında kalan dolaylı failliğin teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamındaki ceza ile cezalandırılması yönündeki görüşe de karşı çıkmıştır (Beulke, a.g.m., s. 127).

<sup>2419</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 279.

<sup>2420</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 279; Hauf, a.g.e., s. 92. Yazarlar burada kanun koyucunun azmettirmeye ilişkin bu şekildeki istisnai durumda faile göre daha az bir cezayla cezalandırılmasına yönelik bir düzenlemeye gitmesi gerektiğini, sözde araç kişinin mevcut durumu bilmesinden ötürü fiil hâkimiyetini elinde bulundurmanın daha kötü bir konumda bulunmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 279.

<sup>2421</sup> Görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Herzberg, a.g.e., s. 45. Bu görüş için ayrıca bkz. Bertschi, a.g.e., s. 17.

<sup>2422</sup> Burada teşebbüste kalmış dolaylı faillik ile tamamlanmış azmettirme arasında içtima (fiil tekliği) hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik bkz. Geppert, a.g.m. (1997), s. 364.

plandaki kişinin failliğini imkânsız hale getirdiğinden, arka plandaki kişi fiili bir başkası aracılığıyla işlemek istese bile araç bunun için yeterli değildir<sup>2423</sup>.

Azınlıkta kalan bir görüş ise böyle bir hata durumunda arka planda yer alanın taksirli sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürmüştür. Arka plandaki kişi fiile sevk etmesiyle özen yükümlülüğüne aykırı davranarak ön planda yer alan kişinin doğrudan fail olarak neticeyi gerçekleştirme rizikosunu ortaya çıkarmıştır. Bu riziko objektif olarak neticede gerçekleştiğinden isnadiyet için sorun ortaya çıkmaz<sup>2424</sup>.

### *c. Değerlendirme*

Ön planda yer alanı suça sevk eden kişinin, bu kişinin kasten hareket edip etmediğine yönelik hatası halinde sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiği hususu, birçok durum ile ilişkili olduğundan karmaşık bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu sorun konuya ilişkin çok fazla farklı görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İkilik sisteminde suça iştirak edenlerin sorumluluk statülerinin tespitinde öncelikle dikkate alınması gereken, suça iştirak edenin fiile yönelik katkısının faillik niteliğinde olup olmadığına ilişkin belirlemedir. Eğer suça katılanın faillik niteliğinde bir katkısından söz edilemiyor ve sorumluluğu faillik kapsamında belirlenemiyorsa, bu durumda tamamlayıcı niteliği haiz olan şeriklik incelemesine geçilmesi gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda suça şerik olarak iştirak sadece faillik kapsamında yer almayan tüm durumların şeriklik kapsamında değerlendirilmesine elverişli şekilde düzenlenmemiştir. Diğer bir ifadeyle, suça iştirak eden fail olarak sorumlu tutulamıyorsa gerçekleştirdiği herhangi bir katkıdan dolayı azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşamamaktadır. Bu hususlar göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapmak gerekirse, arka planda yer alanın ön plandaki kişinin suça ilişkin kastının bulunduğunu zannederek kişiyi suça sevk etmesi halinde suça ilişkin gerçekleştirdiği katkı objektif olarak dolaylı faillik niteliğindedir. Bununla birlikte dolaylı faillik bakımından gerekli olan fiil hâkimiyeti iradesi ile hareket etmeye yönelik

<sup>2423</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 69.

<sup>2424</sup> Beulke, a.g.m., s. 133. *Beulke* böyle bir yaklaşımda arka planda yer alan kişinin faillik kastıyla hareket ettiğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirterek yaklaşımı eleştirmiştir. Bu durumda kasıtlı hareket ile taksirli hareketin birbirini dışlayıp dışlamayacağına veya kastın sadece, taksirin nitelikli şekli oluşturduğunun mu kabul edilmesi gerektiğine yönelik sorunlar ortaya çıkacaktır. Kast ve taksir arasında aşama ilişkisi doktrinde genel olarak kabul görmemektedir. Bu bağlamda kastın en başından itibaren taksiri dışladığı sonucuna ulaşılmaktadır. Beulke, a.g.m., s. 133.

kastından söz edilememektedir. Zira ön planda yer alanı sadece azmettiren olarak suça sevk etmeye yönelik kastı bulunmaktadır. Böyle bir durumda dolaylı faillik kapsamında sorumluluğunun belirlenmesi faillik kriteri olarak fiil hâkimiyetini benimseyen TCK kapsamında söz konusu değildir. Şeriklik incelemesi bağlamında konu ele alındığında ise, şeriklik bakımından gerekli olan esas fiilin kasten işlenmesi şartının gerçekleşmediği görülmektedir. Ön planda yer alanın taksirinin bulunması nedeniyle arka planda yer alanın bağıllık kuralı kapsamında azmettiren olarak kabul edilmesi mevcut düzenleme çerçevesinde söz konusu değildir. Bu nedenle ikilik sisteminin dikkate alındığı iştirak öğretisinde arka planda yer alanın teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

Bununla birlikte bu değerlendirme, Türk ceza hukuku için iki açıdan sorun teşkil etmektedir. Öncelikle TCK'da teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kabul edilmemesi nedeniyle sorun çözümsüz kalmaktadır. Burada bir ihtimal olarak suça herhangi bir şekilde katkısı bulunduğu hareketle suça sebep olan olarak kabul edilmesi gündeme gelse de bu şekilde bir iştirak şekline TCK'da yer verilmemesi nedeniyle böyle bir ihtimal kabul edilebilir değildir. Kaldı ki, böyle bir kabul, ikilik sisteminin esasına aykırıdır. Söz konusu halde katkının salt nedensel olmasından ötürü cezalandırılma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda suça katkının cezasız kalması ihtimali gündeme gelir ki, haksızlığın maddi içeriği göz önünde bulundurulduğunda adil olmayan bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle faillik niteliğine ilişkin hata durumu ile sınırlı kalmak kaydıyla kanunda açıkça yer verilecek düzenleme bu kapsamda ileri sürülen çözüm yolları içinde en adil sonucu içermektedir. Böyle bir düzenleme ise bağıllık kuralına istisna teşkil etmektedir

Ön planda yer alanın kasten hareket etmesine rağmen arka plandaki kişinin bunu bilmemesi ihtimalinde ise, arka planda yer alan fiil hâkimiyeti kapsamında ön planda yer alanın üzerinde herhangi bir hâkimiyetinden söz edilemediğinden dolayı fail olarak kabul edilememektedir. İcra hareketlerini gerçekleştiren fiil üzerinde tam hâkim durumdadır. Bu nedenle burada arka planda yer alanın da suçun işlenmesi üzerinde hâkimiyetinin bulunduğu hareketle failin arkasındaki fail olarak kabulünü mümkün kılacak bir durumdan söz edilememektedir. Bu durum arka planda yer alanın suça yönelik katkısının faillik niteliğinde olmaması nedeniyle şeriklik kapsamında değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Arka planda yer alanın kastı ön planda yer alanı suçun işlenmesinde

kullanmak olmakla birlikte, ön planda yer alanın fiilin icrasında hâkim konumda olması nedeniyle, sorumluluğunun azmettirme kapsamında kabul edilebilirliği üzerinde durmak gerekir. Dolaylı faillik ve azmettirmede asıl olan bir başkasının suça yönlendirilmesidir. Bu yönlendirme dolaylı faillikte ön planda yer alanı suçun işlenmesinde araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleşirken, azmettirmede suça sevk etme ile gerçekleşmektedir. Suça sevk etmenin kurucu unsuru suç işleme düşüncesi bulunmayan kişide suç işleme kararı alınmasına sebep olmaktır. Bu bağlamda dolaylı fail olduğunu sanarak hareket eden kişinin aynı zamanda ön planda yer alan kişide suç işleme kararı almasına sebep olduğu reddedilemez. Burada ön planda yer alan kişi arka planda yer alanın hareketi ile birlikte suç işleme kararı almış olup öncesinde buna yönelik bir kararı bulunmamaktadır. Ayrıca dolaylı faillik ile azmettirme arasında yapısal anlamda birbirlerinin dışlanmasına sebep olacak olan unsurun fiil hâkimiyeti olduğunu belirtmek gerekir. Arka planda yer alanın azmettiren olarak kabulü ayrıca bağlılık kuralı ile de çelişki arz etmez. Çünkü ön planda yer alan hukuka aykırı ve tipe uygun fiili kasten gerçekleştirmektedir.

### **3. Özel Durum Olarak Arka Planda Yer Alanın Mağduru Kendine Zarar Vermeye Sevk Etmesi**

Bağlı bir şeriklik türü olarak azmettirmenin sorumluluğunun tespitine yönelik inceleme, kişinin kendine zarar vermeye yönlendirilmesi durumu için de gereklidir. İntiharın cezalandırılabilir bir fiil olmaması, bağlılık kuralı gereğince şerik için gereken kasten gerçekleştirilen hukuka aykırı fiili de ortadan kaldırır. Bununla birlikte kişinin kendine zarar vermesine yönelik fiile iştirak halinde suça katılan (azmettiren veya yardım eden) bakımından ceza sorumluluğunun belirlenmesi noktasında farklı görüşler mevcuttur. Bu durumda cezalandırılabilir bir esas fiilin bulunmaması nedeniyle sınırlı bağlılık kuralı uyarınca şeriklerin cezalandırılmayacağı görüşü, hâkim olan görüştür<sup>2425</sup>. Bununla birlikte bir görüş de sadece belirli bir hareketin şerikliğin bağlı fiili olarak var olması gerektiğini ileri sürer. Hareketin hukuki niteliği şerikin cezalandırılabilmesi bakımından önemli değildir. Failin tipiklik unsurunu (bir başkasını yaralama veya öldürme) gerçekleştirmemesi bir rol oynamaz. Şerik, zarar verilen kişi kendisi bakımından bir başkası olduğu için, iştirak türüne göre azmettiren veya yardım eden

---

<sup>2425</sup> Herzberg, a.g.e., s. 105; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. bs, Seçkin, Ankara, 2020, s. 208

olarak sorumlu tutulur<sup>2426</sup>. Aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşan bir diğer görüşe göre ise, bağlılık kuralı intihara şerik olarak katılımın cezalandırılmasını engellemez. Zira intihar da kasten öldürme suçu anlamında tipik haksızlıktır. Kanun koyucu intihardan dolayı cezasızlığı yalnızca fail tarafından kendi hayatına son vermesi kapsamında tanımıştır<sup>2427</sup>. İlk bölümde belirtildiği üzere, kendine zarar vermeye şerik olarak iştiraki kabul eden bu görüş, salt sebep olma teorisinin benimsenmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

İkilik sistemi kapsamında arka planda yer alanın dolaylı failliğinden söz edilemediği sürece azmettiren bakımından ceza boşluğu oluşturan bu duruma ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda özel bir düzenlemeye<sup>2428</sup> yer verilmiştir<sup>2429</sup>. İntihara yönlendirme suçunda fail aslında şeriklik hareketi niteliğindeki hareketleri gerçekleştirerek suçu işlemektedir. Suçun gerçekleşmesi için intiharın gerçekleşmesi gerekli değildir<sup>2430</sup>. Bu nedenle sadece kanunda yer verilen seçimlik hareketlerden birinin<sup>2431</sup> gerçekleştirilmiş olması cezalandırılabilirlik için yeterli kabul edilmiştir<sup>2432</sup>. TCK md. 84/4 düzenlemesine bakıldığında; işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişilerin intihara sevk edilmesi veya cebir veya tehdit kullanmak

<sup>2426</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 168. Herzberg, Lüderssen'in bu yaklaşımını şerikliğin bağlılığını salt fiili bir bağlılığa indirgediğinden dolayı eleştirmiştir. Bu yaklaşımın ancak sebep olma teorisiyle birlikte ele alındığında tutarlı sonuçlara ulaşmanın mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bu yaklaşım her şerik bakımından ona karşı hukuki değer korunup korunmadığını sorgulamaya zorlar. Lüderssen, şerik bakımından bağlılık kuralının ihlallerini bağlılık kuralını tamamen ortadan kaldıracı şekilde genelleştirmektedir. Bu yaklaşım, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle de çelişkiyi içerir. Herzberg, a.g.e., s. 105.

<sup>2427</sup> Aktaran Herzberg, a.g.e., s. 106.

<sup>2428</sup> TCK md. 84-“(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”

<sup>2429</sup> Kanundaki mevcut şeriklik şekilleri bakımından azmettiren yardım edene göre daha fazla ceza ile cezalandırılırken, intihara yönlendirme suçunda tüm şeriklik katkılarının aynı ceza kapsamında ele alınması isabetli değildir (Mahmutoğlu, a.g.m., s. 74). Aynı yönde Özkan, a.g.e., s. 295.

<sup>2430</sup> 765 sayılı TCK'da intihara yönlendirme mağdurun ölmesi halinde cezalandırılmaktaydı. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 209.

<sup>2431</sup> Suç tipine ilişkin seçimlik hareketler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 210 vd.

<sup>2432</sup> İçer, “olması gereken hukuk açısından, muhatabın en azından intihara girişmiş olmasının, objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilip bu koşula ceza normunda yer verilmesinin” gerekli olduğunu ifade etmiştir. İçer, a.g.m., s. 318. Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 214.

suretiyle<sup>2433</sup> kişilerin intihara mecbur edilmesi kasten öldürme suçundan sorumluluk sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>2434</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nda ise buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Aşağıda öncelikle hata ve cebire ilişkin özellik arz eden ve dolaylı faillik ile azmettirme arasında sınır alanı olarak kabul edilen durumlar incelenecek ve daha sonra TCK'da düzenlenen intihara yönlendirme suçu ile bağlantı kurularak değerlendirme yapılacaktır.

### ***a. Mağdurda Hataya (Motiv Hatası) Sebep Olarak Kendine Zarar Vermeye Yönlendirme***

Ön planda yer alanda motiv (saik) hatasına sebep olma durumunda arka planda yer alanın sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği dolaylı faillik-şeriklik ayrımı bakımından önem arz eder. Ön plandaki kişide motiv hatası oluşturulduğunda genel kabul gören görüşe göre, arka plandaki kişi bakımından azmettirme kabul edilir<sup>2435</sup>. Fiile ilişkin durumlarda hata halinde her zaman dolaylı faillik söz konusu olur<sup>2436</sup>. Örneğin; (A), (B)'yi (C)'yi öldürmek için gerçeğe aykırı olarak (C)'nin (B)'nin eşiyle zina yaptığını söyleyerek kışkırtır. Burada aldatma suçun kendisiyle değil, aksine suçun işlenme gerekçesiyle ilişkili olduğundan, (A) azmettiredir (*Motivirrtum*)<sup>2437</sup>. Motiv hatasında icra hareketlerini gerçekleştiren tam sorumlu olarak hareket etmektedir<sup>2438</sup>. Diğer bir

<sup>2433</sup> Cebir ve tehdidin niteliğinin ve ağırlığının belirleyici olduğu ve bu nedenle mağdurun iradesi üzerindeki etkisinin çok yoğun boyutta olması gerektiği yönünde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 218.

<sup>2434</sup> Konuya ilişkin bkz. İçer, a.g.m., s. 331 vd. *Sınar*, yerinde olarak TCK md. 84/4 düzenlemesine kanunda ayrıca yer verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Dolaylı faillığe ilişkin hükümler çerçevesinde arka planda yer alanın dolaylı fail olarak sorumlu tutulması mümkündür. *Sınar*, a.g.m., s. 68. Benzer yönde bkz. Üzülmöz, a.g.m., s. 87.

<sup>2435</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 447; Mahmutoğlu, a.g.m., s. 71. Doktrinde bir görüşe göre böyle bir olayda arka planda yer alan işlenen suçun failidir. Tipik olay seyrine hâkim olduğundan burada tek başına failliği söz konusu olur. *Baummann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 787.

<sup>2436</sup> *Baummann*, a.g.m. (JuS 1963), s. 130.

<sup>2437</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 31; *Schroeder*, a.g.e., s. 163; *Herzberg*, a.g.e., s. 26. Motiv hatasına yol açılması halinde (eşinin aldattığı yönünde failde hataya yol açılarak aldattığı kişiyi dövmesine veya öldürmesine neden olunması) *Bockelmann* failin arkasındaki fail sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir. Burada azmettirme bakımından gerekli olan azmettiren ile azmettirilen arasındaki zihinsel iletişim bulunmamaktadır. *Schroeder*, a.g.e., s. 162.

<sup>2438</sup> Motiv hatası son zamanlarda özellikle, *Roxin* tarafından geliştirilen somut hareket anlamı üzerinde hata (*Irrtum über den konkreten Handlungssinn*) kapsamında gündeme gelmiş ve tartışmalara neden olmuştur. Tipikliğe, hukuka aykırılığa veya kusura dayanmaksızın fiilin somut hareket anlamını ilgilendiren durumlara yönelik ön planda yer alan kişinin hatası durumunda sorumluluk prensibinin ne şekilde değerlendirileceğine yönelik farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Burada konu suç yapısının üç aşaması bakımından anlam ifade etmeyen tüm hataların motiv hatası olarak fiil hâkimiyeti bakımından da önemsiz olup olmadığı veya motiv hatası ile somut hareket anlamı üzerinde hata arasında ayırım yapılarak sonucunu bakımından dolaylı failliğin kabul edilip edilemeyeceğine



ifadeyle, failin gerçekleştirdiği fiil hukuka aykırı olmakla birlikte, failin sorumluluğunun azalmasına veya ortadan kalkmasına neden olabilecek bir durum da bulunmamaktadır. Bu bağlamda failde motiv hatasına yol açılmasının yanı sıra var olan hatanın kullanılması da sonucu değiştirmez. Motiv hatası hâkimiyet ilişkisini değiştirmeye yönelik bir etki göstermez<sup>2439</sup>. Bununla birlikte *Roxin*, eğer hata somut hareket üzerinde özellikle de etki eden zararın türü ve ölçüsüne ilişkinse, motiv hâkimiyetinin dolaylı failliği gerekçelendirmek bakımından yeterli olduğunu belirtmiştir<sup>2440</sup>.

Burada özellikle kendine zarar vermeye yönelik dolaylı faillik ve şeriklik sınırlandırmasının, azmettirme ve dolaylı faillik ayrımından pratik olarak daha önemli olduğuna dikkat edilmelidir. Zira ilk durumda (dolaylı faillik ve şeriklik sınırlandırması bakımından) cezalandırılabilirlik ve cezasızlık söz konusuysen; ikincisinde (dolaylı faillik ve azmettirme ayrımı bakımından) tamamlanmış bir fiilde faillik ve azmettirme bakımından ceza kapsamı aynıdır<sup>2441</sup>. Daha açık ifadeyle, burada araç olarak kullanılan üçüncü kişinin motiv hatasından farklı olarak özellik arz eden bir durum bulunmaktadır. Sadece motiv hatasıyla hareket eden üçüncü kişinin gerçekleştirdiği fiil halen hukuka aykırı ve kasten işlenmiş tipik bir fiildir. Arka plandaki kişi bakımından dolaylı faillik kabul edilemeyecek olsa da şeriklik kapsamında değerlendirilme yapılması mümkündür.

---

ilişkindir (Bloy, a.g.e., s. 351). Ayrıca bkz. Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 25. Eğer fail suçun gerçekleşmesinin dışında bulunan durumlar üzerinde hata aracılığıyla harekete geçerse fiil bakımından önemli olmayan motiv hatası mevcut olmalıdır; buna karşılık fail için işlenen suçun anlam içeriğini değiştiren bir hata söz konusu oldukça fiil bakımından önemli hareket şartlarına etki eder. *Roxin*'in ulaştığı sonuçlara rağmen somut hareket anlamı üzerindeki hata çoğunluk tarafından reddedilmiştir. Bu iki nedene dayandırılmaktadır. İlk olarak somut hareket anlamı üzerindeki hatanın objektif olarak motiv hatasından ayrılamayacağı ileri sürülmüştür. Olayın objektif anlamı üzerindeki hatalar motiv hatalarından kavramsal (*logisch- begrifflich*) olarak ayrılamaz. Bunlar her zaman motivasyondaki ayrımla ortaya çıkar. Aslında burada sadece hareket motivinin, suçun konusunun iddia edilen bir özelliğine kayması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle burada da suçun işlenmesinin dışında bulunan durumlar üzerinde hata bulunmaktadır. Diğer nedeni ise böyle bir kabulde fiil hâkimiyeti kavramının tipiklik ilişkililiği bakımından ihlal söz konusudur (Bloy, a.g.e., s. 352 vd). *Herzberg*, söz konusu hata türünün fiilî duruma ilişkin bir hata olduğunu ve hukuki anlamda ele alınabilecek bir hata olmadığını belirtmiştir (Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 25). Diğer bir görüş, somut hareket anlamı üzerindeki hatanın dogmatik açıdan gereksiz bir çaba olduğunu ve burada arka plandaki kişinin her zaman en azından azmettiren olarak sorumlu olduğunu ve dolaylı failliğin özgü bir durumu olarak savunulabilir bir sonuç olarak kabul edilmesine zorlayan bir durum olmadığını belirtmiştir (Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 235). Aksi yönde görüş için bkz. Renzikowski, a.g.e., s. 82.

<sup>2439</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 31.

<sup>2440</sup> Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 184. *Herzberg*, *Roxin*'in gerekçesi ile somut hareket üzerindeki hatanın fiil hâkimiyeti bakımından önem arz etmeyen motiv hatasından ayrımının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. *Herzberg*, a.g.e., s. 25.

<sup>2441</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 33. Bu bağlamda bir görüş dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayrımı ilgilinin rızası kapsamında hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde ele almıştır (Mitsch, a.g.e., s. 89).

Buna karşılık motiv hatası içindeki kişinin kendisine zarar vermesi halinde gerçekleştirdiği fiil tipik bir fiil değildir. Bu nedenle bağluluk kuralı kapsamında iştirak edilebilir bir suçtan söz edilemez<sup>2442</sup>.

Alman doktrininde *Sirius-Fall* ve *Doppelsebstmord*<sup>2443</sup> (eşini birlikte intihara ikna eden kişinin eşine zehri vermesi ve eşinin zehri içerek ölmesi) örnekleri bu kapsamda ele alınmaktadır. Her iki durumda da mağdur, ölüm neticesine ön gelen durumlar üzerinde hataya düşmektedir. Bununla birlikte yanlış tasavvurlarının ne ile ilişkili olması gerektiği şüphelidir<sup>2444</sup>. Mağdurda oluşturulan hata hallerinde arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin kabul edilebilmesi bakımından hatanın türünün dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda *Sirius* olayında mağdur arka plandaki kişi tarafından kendi ölümü bakımından bir sebep olduğu üzerine aldatılmıştır. Alman yargılamasında davaya<sup>2445</sup> (BGH 1 StR 168/83 BGHSt 32, 38/42) konu olan bu olayda intihara teşebbüs etmesine sebep olunan kadına yönelik aldatma bakımından ne psikolojik bir rahatsızlık ne de cebir durumu bulunmaktadır. Bu karara göre, mağdurun aldatılması sonucu oluşan intiharda kasten öldürme bakımından dolaylı faillik ile cezasız şeriklik bakımından yapılan ayırım hatanın

<sup>2442</sup> Frister, a.g.e., s. 366.

<sup>2443</sup> Türk ceza hukukunda benzer bir olayda Yargıtay intihara yönlendirme suçunun gerçekleştiği sonucuna varmıştır. Yargıtay kararına konu olan bu olayda; “evli ve iki çocuk babası olan 31 yaşındaki sanık Bilal ile 16 yaşındaki mağdur Kader’in arkadaşlık yapmasını ailelerinin onaylamaması üzerine, Bilal’in 11.03.2010 tarihinde Kader’in telefonuna mesaj çekerek ‘benimle her şeye var mısın’ dediği, Kader’in de ‘evet’ şeklinde cevap vermesi üzerine, bu kez de mağdureden öldürecek bir ilaç getirmesini istediği, 12.03.2010 tarihinde Kader’in evden 4 kutu ilaç alarak okul çıkışı Bilal ile bulunduğu, birlikte Mersin’den Erdemli’ye gittikleri, burada bir pansiyonda kaldıkları, 14.03.2010 tarihinde Bilal’in Kader’e ilaçları getirip getirmediğini sorduğu, Kader’in de getirdiğini söylemesi üzerine ilaçları paylaştıkları, önce Kader’in içmeye başladığı, Bilal’in de ilaçları içtiği, bir süre sonra hastaneye gittikleri ve tedavi sonucu yaşama döndürüldükleri olayda, intihar etmeyi sanık Bilal’in teklif ettiği ve intihar etmekte kullanılan ilaçları sanığın isteği üzerine mağdurenin temin ederek getirdiği anlaşılmakla, sanığın eylemine uyan intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeksizin, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi”ni bozma sebebi saymıştır. Y.1. CD., 04.12.2013, 2013/4118, 2013/7481’den aktaran İçer, a.g.m., s. 306. Bu olayda intihara ikna eden kişinin diğer kişiyi birlikte intihar etmeye ilişkin aldatma kastı olmaksızın hareket ettiğine dikkat edilmelidir. Bu yönüyle Alman doktrininde ele alınan konudan farklılık göstermektedir.

<sup>2444</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 467.

<sup>2445</sup> Olay kısaca şu şekildedir: *Sirius* gezegeninden geldiğini iddia eden kişi, sigorta dolandırıcılığı amacıyla bir kadını öldürmesini ister. Kadının batıl inançlarını kullanarak, Cenevre Gölü’nde bir alanda arıtılmış bir vücutla tekrar hayata geleceğini söyler. Bunun için küvette fön makinesini çalıştırmasını ve bu şekilde eski bedeninden ayrılacağını belirtir. Kadın bu söylemleri dikkate alarak fön makinesini küvette çalıştırmayı dener fakat teknik nedenlerden ötürü ölümcül elektrik çarpması meydana gelmez ve sadece vücudunda karıncalanma hisseder. Aktaran Spindel, a.g.m. (FS Lüderssen), s. 605-606.

türüne ve etkisine bağlıdır<sup>2446</sup>. Arka plandaki kişi üstün gelen bilgisi<sup>2447</sup> ile ön plandaki kişiyi aracı haline getirmiştir. Bu nedenle dolaylı faildir<sup>2448</sup>. Mağdur, bu dünyada, vücudunu arındırırsa tekrar yaşayacağına inandığı için bir tipiklik hatası içinde bulunmaktadır<sup>2449</sup>. İntihar edenin intiharının altında yatan gerçek, hatanın varlığıysa, hataya yönlendiren ve bu hataya düşen kişinin kendini öldürmesine sebep olan veya bunun üzerine hedeflenen olay seyrini bilerek ve isteyerek yaratan kişi, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalan öldürme suçu bakımından üstün iradesinin gücüyle hatayla hareket edeni yöneterek ve onu kendisine karşı araç olarak kullanması nedeniyle sorumludur<sup>2450</sup>. Üçüncü kişinin hukuki değerinin ihlalinde ön planda yer alanın fiile ilişkin motivini neticeye ilişkin neden olarak nitelendirmek söz konusu değilken; intihar olayında farklı bir durum bulunmaktadır. Zira ne kişinin kendine zarar verme veya öldürme fiili hukuken engellenmiştir ne de kendi yaşama isteğinden farklı bir engelin üstesinden gelmek zorundadır. Bu nedenle intihar kararı ve buna yol açan motiv başlı başına neticeye ilişkin neden olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle kişide motiv hatasına sebep olarak intihara yönlendiren arka planda yer alan dolaylı fail olarak kabul edilmelidir<sup>2451</sup>. Mağdur ister davranışının tehlikeliliğini en başından itibaren bilmiyor olsun ister hatalı şekilde rizikoyu kendisi tarafından hâkim olunabilir olarak değerlendirsin, mağdurun kendi sorumluluğunda hareket ettiğinden söz edilemez. Dikkat edilmesi gereken arka plandaki kişinin rizikoyu üstün gelen durum bilgisiyle, kendisini bizzat tehlikeye atan kişiden daha iyi idrak edebilmesidir<sup>2452</sup>. Bu şekilde mağdura farklı

<sup>2446</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 274.

<sup>2447</sup> *Jakobs*'a göre, dolaylı faillik bakımından belirleyici olan ön planda yer alanın kastının bulunmaması değildir. Dikkate alınması gereken, ön planda yer alan sorumlu tutulamazken, arka planda yer alanın sorumlu tutulabilmesidir. Bu nedenle dolaylı faillik objektif isnat edilebilirliğin bir şeklidir. Günther Jakobs, "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", *GA*, 1997, ss. 553-572, s. 553 vd.

<sup>2448</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 775. Yazarlar eşlerden birinin diğerine birlikte ölmek istediğini söyleyerek onun zehir içerek ölümüne sebebiyet vermesi halinde de sözü edilen hatanın doğrudan hukuki değer olarak yaşam hakkına ilişkin olmadığını belirtmişlerdir. Arka plandaki kişi bilgi ve irade hâkimiyeti nedeniyle ön plandaki kişinin kararının oluşmasına planlı olarak neden olmaktadır. Bu tür durumlarda dolaylı faillik kabul edilmelidir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 776.

<sup>2449</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 33. Konuyu kaçınılabilir yasak hatası kapsamında ele alan *Schaffstein*, arka planda yer alanın fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığına yönelik belirlemenin her bir somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği görüşünün kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bakımından tehlike teşkil ettiğini ileri sürmüştür (*Schaffstein*, a.g.m., s. 157).

<sup>2450</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 274. *Roxin* bu durumu hata hâkimiyeti olarak ifade etmektedir (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 32).

<sup>2451</sup> Schünemann, a.g.m. (FS Schroeder), s. 411.

<sup>2452</sup> BGHSt 32, 262'den aktaran Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 468.

bir tercih hakkı bırakmamaktadır<sup>2453</sup>. BGH davaya konu olay bakımından söz konusu kişinin dolaylı faillik kapsamında teşebbüs aşamasında kalan öldürmeden dolayı cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>2454</sup>. Birlikte intihar olayında da BGH eşini birlikte intihara ikna eden kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğunu kabul etmiştir. Çünkü ölen kişinin sadece aldatılarak ölümüne neden olunmamıştır, aksine intihara yönlendiren eş tarafından planlanan olay seyri üzerindeki hâkimiyet kendisi tarafından elde tutulmaktadır<sup>2455</sup>.

Benzer şekilde *Roxin* de arka planda yer alanın üstün gelen riziko bilgisinin burada önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Zira riziko her ikisi bakımından aynı ölçüde öngörülebiliyorsa, mağdurun kendine zarar vermesi sonucu ortaya çıkan neticeden arka planda yer alanın dolaylı fail olarak değil, şerik olarak sorumluluğu dikkate alınır<sup>2456</sup>. Bu nedenle riziko bilgisinin daha az olması koşuluyla kişinin kasten kendisini tehlikeye atması halinde de dolaylı faillik ortaya çıkabilir<sup>2457</sup>. Belirtilmelidir ki, aldatma dışında

---

<sup>2453</sup> Kühl, a.g.e., s. 771.

<sup>2454</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 33. Dolaylı failliği kabul etmeyen görüş için bkz. Spindel a.g.m. (FS Lüderssen), s. 605 vd.

<sup>2455</sup> BGH (GA 1986), s. 508 vd.'dan aktaran Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 469. Bu kabul arka planda kalan kişinin sadece kötü iradesinden (*Böswilligkeit*) dolayı cezalandırılmasını ortaya çıkarır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 469). Aldatmaya bağlı motiv hatalarına isnadiyetin tümüyle bağlantılandırılması ikna edici değildir. Birisi bir başkasını hukuki değere ilişkin konuyu bizzat ilgilendirmeyen hareketinin sebebi bakımından aldattığında henüz daha aldattığı kimsenin hukuki alanına müdahale etmiş olmaz. Burada kendisine zarar veren kişi bir başkasının etkisinde değil, hâlâ kendi iradesiyle hareket etmektedir. Motiv hatası ancak aldatan, aldatma aracı olarak kullandığı motivden ortaya çıkan hukuksal bir bağlantı bulunursa önemli olabilir. Dolaylı faillik şeklindeki isnadiyet aldatmayla mağdurun karar alma alanı sınırlandığında gündeme gelebilir. Aldatmayla birlikte mağdurda bir çatışma durumu ortaya çıkmalıdır ve bunun sonucunda bizzat kendine zarar verme özgür bir irade ürünü olmamalıdır. Bu nedenle eşin intihara yönelik aldatması diğer eş bakımından bir çatışma durumunu temellendirmez ve bunun sonucu olarak intihar kendi sorumluluğunda kabul edilmelidir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 469). Gerçekleştirdiği hareketin kendi hukuki değeri üzerindeki sonuçlarını bilen kimse hukuki alanı bakımından kendi sorumluluğunda hareket etmektedir. Bu nedenle kendi sorumluluğunu başkasına yüklemek hukuka uygun değildir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 468). Bununla birlikte verdikleri şu örnekte durumun farklı olduğunu, dolaylı failliği kabul ederler. Bir doktor bir süredir (M)'nin eşiyle ilişki yaşamaktadır. Muayene esnasında (M)'ye tedavisi olmayan bir hastalığa yakalandığını ve şiddetli ağrı ve acılar yaşayacağını gerçeğe aykırı biçimde söyler. Bunun üzerine (M) intihar eder (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 469). Konuya ilişkin değerlendirmeye için bkz. Nepomuck, a.g.e., s. 148. Diğer bir görüş ise, burada rıza çözümünü argüman olarak ileri sürerek dolaylı failliği kabul etmektedir (Schünemann, a.g.m. (FS Schroeder), s. 404). Bununla birlikte yazar burada iki hususa dikkat çekmiştir. Öncelikle rızada irade eksikliğinin etkilerinin son derece tartışmalı olması göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca intihar durumunda ön planda yer alanda oluşturulan motiv hatasının arka planda yer alanın sorumluluğunu neden dolaylı faillik kapsamında değerlendirmek bakımından yeterli olduğuna ilişkin ikna edici bir gerekçelendirmenin eksik olduğuna dikkat edilmesi gerekir (Schünemann, a.g.m., s. 404).

<sup>2456</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 43.

<sup>2457</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 43.

mağdurun intiharını motive edebilecek diğer hatalara sebep olma dolaylı failliğin kabulü bakımından uygun değildir<sup>2458</sup>. Bununla birlikte dolaylı faillik kapsamında intihar veya diğer kendine zarar verme durumlarına ilişkin sıklıkla karşılaşılan bir diğer durum da, dışarıda duranın doğrudan hareket edene göre neticenin gerçekleşme rizikosunu daha iyi görebilmesidir<sup>2459</sup>. Bu bağlamda her ikisinin de muhtemel neticeye ilişkin olası kastla hareket etmesi ve mevcut rizikoyu aynı şekilde bilmesi halinde dolaylı faillikten bahsedilemez. Cezasız kalan bir şeriklik gündeme gelir<sup>2460</sup>.

### ***b. Cebir/Zorlama ile Mağduru Kendisine Zarar Vermeye Yönlendirme Durumu***

Bu bağlamda Alman doktrininde dikkate alınan diğer bir husus, kendine zarar vermeye yönlendirme halinde azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki sınırın belirlenmesinin taşıdığı önemdir. Eğer kişinin gerçekleştirdiği yönlendirme istenilen zorlama derecesi kapsamında değerlendirilmezse bağlılık kuralı nedeniyle şerikin cezalandırılması söz konusu olmayacağı için cezasızlık sonucu<sup>2461</sup> ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte istenilen zorlama derecesine ulaştığı kabul edildiğinde, arka planda yer alan dolaylı faillığe ilişkin ceza kapsamına tabi olacaktır<sup>2462</sup>. Burada başkasının kendini öldürmesine cezalandırılmayan iştirak<sup>2463</sup> ve dolaylı faillikte cezalandırılabilir öldürme arasındaki sınır ön plana çıkmaktadır. Sorun, ne zaman kendine zarar vermeye yönelik suç bakımından iradi kararın varlığından söz edilebileceği ve böylelikle arka plandaki kişinin sorumluluğunun ortadan kalkacağıdır<sup>2464</sup>. Azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayırmda, bizzat kendine zarar verme halindeki gibi mağdur ile araç kişinin aynı olduğu durumlarda, kişinin bu duruma girmesindeki belirleyici etkinin ne olduğu da dikkate alınmalıdır<sup>2465</sup>. Hâkim görüş bu durumda da ACK md. 35 kapsamında kusurluluğu kaldıran bir cebirden söz edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>2466</sup>. Nitekim bu konuda

<sup>2458</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 33.

<sup>2459</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 34.

<sup>2460</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 34.

<sup>2461</sup> Kendine zarar verme durumlarında suça katılım bağlamında şeriklik kapsamındaki katkıların cezasız kalmasına rağmen müşterek faillik veya ihmali suçlar bakımından garantörlük kapsamında gerçekleşen katkıların cezalandırılması arasında çelişki bulunduğu görüşü için bkz. Herzberg, a.g.m. (ZStW 1987), s. 69.

<sup>2462</sup> Maiwald, a.g.m., s. 353.

<sup>2463</sup> Kendini öldürmeye şerik olarak katılımın cezalandırıldığı ceza sistemlerinin bulunduğuna yönelik bilgi için bkz. Hünerfeld, a.g.m., s. 229.

<sup>2464</sup> Maurach, a.g.e., s. 642. Ayrıca bkz. Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 23.

<sup>2465</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 273.

<sup>2466</sup> Bununla birlikte karşıt görüş sorumluluk prensibinin bu konuda rıza ile çelişkili bir durum ortaya çıkardığını ve bunun engellenmesi için kişinin kendine zarar vermeye zorlandığı duruma ilişkin

doktrinde bir kısım yazarlar<sup>2467</sup> yalnızca mazeret benzeri durumları (*Exkulpation*) esas olarak ve bu bağlamda sorumluluğu belirleyen düzenlemelere (ACK md. 19, 20, 35) dayanarak kendisine zarar veren mağdurun aynı şartlar altında üçüncü kişiye zarar vermiş olsaydı hukuken sorumlu olup olmayacağı sorusunu dikkate almaktadırlar. Hukuken sorumlu olmayacağı durumda zarar verirse, özgür iradeyle verilmiş karardan söz edilemez. Sorumluluk arka plandaki kişiye geçer<sup>2468</sup>. Mağdurun kendisini öldürmeye zorlandığı bir zorunluluk hali (*Nötigungsnotstands*) bulunduğu varsayımında üçüncü kişiye zarar verme durumunda mağdur mazeret nedeni içinde hareket ediyor olacaktır. Aynı şey kusur yeteneği bulunmayan kişinin kendisini öldürmeye sebep olduğunda da geçerlidir<sup>2469</sup>.

Buna karşılık diğer bir görüş rıza (*Einwilligung*) çözümünün kabul edilmesi taraftarıdır<sup>2470</sup>. Bu gibi durumlarda arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti bakımından kusuru kaldıran sebepler değil, aksine hukuka uygunluk sebebi kapsamında kalan ilgilinin rızası belirleyicidir<sup>2471</sup>. İsnadiyet kurallarına göre özgür iradeye dayanmayan fiile yönelik kararın sınırlandırılması ve böylece bu durumlarda dolaylı failliğin uygulanabilmesi başkasına zarar verme bakımından meşruluk kazanır. Zira burada sadece başkasının hukuki değerine zarar verme söz konusu değil, ayrıca ceza tehdidi altına alarak bu zarar vermelerin karşısında duran normatif sınırlamaların da aşılması söz konusudur. Bu problemle, isteğe bağlı olan kendine zarar verme halleri kıyaslanamaz. Burada bir başkasının hukuki alanına müdahaleden kimin sorumlu olup olmadığının tespiti değil, intihar edenin hayatından vazgeçmesinin kendi iradi kararının ve bilinçli bir vazgeçmenin sonucu mu olduğu belirleyicidir. Kararın iradiliği noktasında ise, karar verenin bu kararının anlam ve sonuçlarını her açıdan anlayıp anlamadığı dikkate alınır<sup>2472</sup>. Burada kendi sorumluluğu kapsamında kalan kendine zarar verme bakımından başkasına zarar verme halinde mağdurun rızasının bulunmasındaki duruma benzer şekilde katı ölçütlerden söz edilmesi gerekir. Mağdur verdiği kararın sorumluluğunu anlayabilecek

---

istisnai olarak daha az gerekliliğin belirlenmesini savunur. Rıza prensibi (*Einwilligungslösung*) cebir altında hareket edenin rızasının, uygulanan cebir nedeniyle etkisiz kalması halinde dolaylı failliğin kabul edilmesi temeline dayanır (Frister, a.g.e., s. 370).

<sup>2467</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 27 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 774. Bottke, a.g.e., s. 77 vd.

<sup>2468</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 774.

<sup>2469</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 774.

<sup>2470</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 273 vd.

<sup>2471</sup> Herzberg, a.g.e., s. 38.

<sup>2472</sup> Otto, a.g.e. (AT), s. 296.

şekilde algılama yeteneğine sahip olmak zorundadır. Ayrıca aldatma, tehdit veya cebir gibi hukuki değere ilişkin irade eksikliği oluşturacak durumların da bulunmaması gerekir<sup>2473</sup>.

Konu Türk hukuku bağlamında ele alındığında mağdurun intiharına yönelik arka planda yer alan tarafından uygulanan cebrin veya tehdidin ölçütü, arka planda yer alanın sorumluluğunun intihara sevk etme veya dolaylı faillik kapsamında gerçekleştirilen kasten öldürmeden hangisi kapsamında belirleneceği sorununun gündeme getirir. Burada yasal düzenlemede yer alan cebir veya tehdit boyutuna varmayan intihara sevk etme bakımından TCK md. 84/1 düzenlemesi, her hâlükârda arka planda yer alanın cezasızlığına engel olmaktadır<sup>2474</sup>. Arka planda yer alanın sorumluluğu, TCK md. 84/4 atfıyla kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilemezse de ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde TCK md. 84/2 kapsamında dikkate alınacaktır. Bu durumda söz konusu düzenlemelerin karşılık geldiği ceza kapsamları göz önünde bulundurulduğunda, cebir veya tehdidin belirleyiciliği önem taşımaktadır.

## B. ESAS FİİLİN HUKUKA AYKIRI OLMASI GEREKLİLİĞİ

### 1. Genel Olarak

Şeriklerin fail tarafından gerçekleştirilen fiil bakımından sorumluluğu yalnızca tipik fiilin varlığını değil aynı zamanda fiilin hukuka aykırılığını gerektirir<sup>2475</sup>. Diğer bir ifadeyle, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması şeriklerin esas fiile katkısından dolayı sorumlu tutulabilmesinin diğer bir şartıdır. Fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenlerin bulunması halinde fail tarafından gerçekleştirilen fiil suç teşkil etmeyeceğinden cezalandırılabilir şeriklikten de söz edilemez<sup>2476</sup>. Örneğin,

<sup>2473</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 775.

<sup>2474</sup> Konuya ilişkin bkz. İçer, a.g.m., s. 336.

<sup>2475</sup> Akbulut, a.g.m., s. 199.

<sup>2476</sup> Akbulut, a.g.m., s. 199. *Mitsch*, hukuka uygunluk sebeplerinin bağlı olarak mı ele alınması gerektiğine yönelik olarak farklı bir görüş ileri sürmüştür. Yazara göre hukuka uygunluk sebeplerinin bağlı şekilde ele alınması bazı durumlarda azmettirenin, hukuka uygunluk sebebi kapsamında hareket etmesine rağmen, cezalandırma amacına aykırı şekilde hukuka aykırı fiilden sorumlu tutulması sonucunu ortaya çıkarabilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin esas failin gerçekleştirdiği fiilden bağımsız şekilde ele alınması kabul edilirse, hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının azmettirme hareketi ile gerçekleştirilmesi mümkün olmaz. Yazar bu nedenle ara çözüm yolu önerisinde bulunmuştur. Hukuka uygunluk nedenlerinin şartları kapsamında hareketle ilişkili unsurların bağlı olduğunu buna karşılık kişi ile ilişkili unsurların bağlı olmadığını kabul etmektedir. Hukuka uygunluk sebebinin hareket ile ilişkili unsurları her zaman esas fiilde mevcut olmalıdır. Buna karşılık kişi ile ilişkili unsurlar her bir katılan tarafından bizzat gerçekleştirilmelidir. Burada bağlılık kuralı geçerli değildir. Sübjektif hukuka aykırılık unsuru diğer bir ifadeyle örneğin meşru savunma kapsamında saldırıyı defetmeye yönelik

kendisine karşı gerçekleştirilen saldırıdan kurtulması için faile yardım edilmesi halinde, failin fiili meşru savunma kapsamında hukuka uygun olup suç teşkil etmez. Dolayısıyla bu fiile katılan şerik için de sorumluluk ortaya çıkmaz<sup>2477</sup>. Kapkaççılar tarafından saldırıya uğramakta olan kişiye kendisini savunması çağrısında bulunulması halinde, bu kişi kendisini savunurken kasten yaralama suçu bakımından tipik olarak hareket etse de hukuka aykırı hareket etmemektedir. Cezalandırılabilir bir hareket söz konusu olmadığından, çağrıda bulunan bu durumda azmettiren olamaz<sup>2478</sup>. Her iki durumda da hem fail hem de şerik fiilin hukuka uygunluğunu bilmektedir. Bu bağlamda hem hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığının fiilin hukuka uygunluğu bakımından yeterli kabul edildiği ihtimalde hem de fiile katılanların bunu bilmelerinin gerekli görüldüğü ihtimalde sorun ortaya çıkmayacaktır. Söz konusu fiil bakımından hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediğinden bağluluk kuralı kapsamında şerikin sorumlu tutulması mümkün değildir.

Bununla birlikte bazı durumlarda aynı fiil kapsamında hukuka uygunluk nedeninin bulunduğunu sadece fail veya arka planda yer alan kişi bilmekte veya bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda fail hata içinde hareket edebilmektedir. Öncelikle fail tarafından hukuka uygunluk nedeninin bilinmediği, bununla birlikte failin arka planda yer alan tarafından üçüncü kişi yararına hukuka uygun bir fiile yönlendirilmesi halinde arka planda yer alanın ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığına değinilmesi gerekir<sup>2479</sup>. Bu durumda fail tarafından haksızlığın objektif ve sübjektif unsuru gerçekleştirilmektedir. Sorun teşkil eden husus, fiilin hukuka uygun olup olmadığıdır.

Bu bağlamda doktrinde bir görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif varlığını yeterli kabul etmemekte aynı zamanda kişinin hukuka uygunluk sebebini bilerek hareket

---

iradenin azmettireninde bulunup bulunmadığı ayrıca tespit edilmelidir. Azmettiren, failin hareketinin hukuka uygunluk sebebini objektif şartını gerçekleştirdiği bilinci ile hareket etmelidir. Böylelikle failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi halinde tamamlanmış suçtan dolayı mı yoksa teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı mı cezalandırılacağına yönelik tartışmanın azmettirenin cezalandırılması veya cezasız kalması bakımından etkisi olmaz. Mitsch, a.g.e., s. 188-189.

<sup>2477</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 124-125. *Herzberg* tarafından konuya ilişkin verilen örnek için bkz. *Herzberg*, a.g.e., s. 107.

<sup>2478</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 128. Önleyici meşru savunmaya ilişkin bilgi için bkz. Özkan, a.g.e., s. 134 vd.

<sup>2479</sup> *Mitsch* konuyu açıklamak için şu örneği vermiştir: (A) ve (T) birlikte ormana giderler. (T)'nin yanında silahı da vardır. (A) kendilerine biraz uzak mesafede duran (Y)'i ve onu öldürmek için silahını doğrultan (X)'i fark eder. (T) sadece (X)'i görür ve (Y)'yi görmez. (Y)'yi kurtarmanın tek yolu olduğunu düşünerek (A), (T)'ye (X)'i vurmasını söyler. (T), düşmanı (X)'i vurur. Mitsch, a.g.e., s. 185.



etmesini de gerekli görmektedir. Diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için hem objektif unsurunun hem de sübjektif unsurunun gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>2480</sup>. Hukuka uygunluk sebebinin sadece objektif varlığının fiilin hukuka uygunluğu bakımından yeterli olmadığı kabul edildiğinde, fail bakımından tamamlanmış suçtan dolayı<sup>2481</sup> mı, yoksa teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı mı sorumluluk belirleneceği hususunda ayrım ortaya çıkar<sup>2482</sup>. Burada objektif olarak hukuka uygunluk sebebinin bulunması nedeniyle netice değersizliğinin gerçekleşmediği kabul edilirse, teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı sorumluluk belirlenir<sup>2483</sup>. Bununla birlikte şerikin objektif olarak hukuka uygunluk sebebinin varlığını bilip<sup>2484</sup> bilmemesinin ne şekilde ceza sorumluluğunu etkileyeceği de önem taşımaktadır. Bu yaklaşım kapsamında faili böyle bir fiile yönlendirenin, bağlılık kuralı gereğince<sup>2485</sup> azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir<sup>2486</sup>. Özellikle şerik sorumluluğunun esas fiile bağlılığını kabul eden ve böylece bağlılık kuralının sadece cezalandırma şartı teşkil etmediği aynı zamanda cezayı temellendirme işlevi olduğunu benimseyen yaklaşımlar<sup>2487</sup> çerçevesinde bu sonuca ulaşılmaktadır.

---

<sup>2480</sup> Welzel, a.g.e., s. 84.

<sup>2481</sup> BGH'nin ve Alman doktrinin bir kısmının bu yönde olduğuna ilişkin bkz. Demirel, a.g.e., s. 469, dn. 332.

<sup>2482</sup> Mitsch, a.g.e., s. 186. Doktrinde bir görüşe göre, tek faillik sisteminde azmettirme ve yardım etmenin faillik türü olarak kabulünün sonucu olarak her bir katılanın fiilinin haksızlığı sadece ilgisini ilgilendirir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı sübjektif nitelikte olduğundan, suça iştirak bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Kienapfel/Höpfel/Kert, a.g.e., s. 255.

<sup>2483</sup> Mitsch, a.g.e., s. 186.

<sup>2484</sup> Demirel, hukuka uygunluk nedeninin bulunduğunu bilerek ve fakat bunu bilmeyen ve suç işlediği bilinciyle hareket eden faili suça sevk etmesi veya onu desteklemesi halinde şerikin bu şekilde haksızlık içeren hareketlerinin görmezden gelinmemesi gerektiğini belirterek sübjektif yaklaşım lehine bir değerlendirmede bulunmuştur. Demirel, a.g.e., s. 473.

<sup>2485</sup> Bununla birlikte ilk bölümde belirtildiği üzere şerik sorumluluğu bakımından bağlılığın sadece cezalandırma şartı teşkil ettiği esastan hareket eden yaklaşımlar çerçevesinde şerikin fiilinin hukuka aykırılığı ayrıca değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu durumda fiilin hukuka uygun olduğu bilinciyle hareket eden şerik bakımından cezasızlık sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır. Konuya ilişkin bkz. yuk. 106 vd.

<sup>2486</sup> Mitsch, a.g.e., s. 186. Bu bağlamda Mitsch arka planda yer alanın cezasızlığının ne sübjektif tipiklik unsurundan ne de objektif tipiklik unsurundan hareketle sağlanabileceğini belirtir. Bu bağlamda hukuka aykırılık hukuki değer ihlali ile ilişkilendirilirse, bu aşamada sübjektif ve objektif unsurları ile gerçekleşen tipik hareketin cezaya layık olmayan bir hukuki değer saldırısı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Hukuki değer ihlali, hukuki değere ilişkin konunun ceza hukuku kapsamında ihlal yasağına karşı çıkılarak durumunun kötüleştirilmesi anlamına geldiğinden, ihlal teşkil eden hareket hukuk düzeni tarafından izin verilen bir hareket olduğunda hukuki değer ihlali de gerçekleşmez. Çünkü hukuka uygunluk şartları gerçekleşmiştir. Hukuka uygunluk durumunun bilincinde olan kişi, hukuki değeri ihlal etme iradesi ile hareket etmez. Mitsch, a.g.e., s. 187.

<sup>2487</sup> Bkz. yuk. 120 vd. Bu nedenle bu sonuç, TCK kapsamında benimsenen yaklaşımın bağlılığa dayanan sebep olma teorisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif niteliğe sahip olduğu yönündeki görüş çerçevesinde şerikin aslında faili hukuk tarafından izin verilmeyen bir fiile yönlendirdiği tasavvuruna sahip olmasına rağmen objektif olarak bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde teşebbüs aşamasında kalan bir azmettirme veya yardım etme gündeme gelecektir<sup>2488</sup>. Zira burada arka planda yer alan hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmemekte ve böylece hareketi ile gerçekleşen haksızlık nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu bağlamda azmettirenin bağlılık kuralı kapsamında tamamlanmış şeriklikten dolayı cezalandırılma ihtimali ortaya çıkmayacaktır<sup>2489</sup>. Alman ceza hukukunda teşebbüs halinde kalan azmettirmenin fiil cürüm teşkil etmesi halinde cezalandırılacak olmasına karşılık (ACK md. 30/1), Türk ceza hukukunda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme veya yardım etmeyi yaptırım altına alan bir düzenleme yoktur.

Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunun kabulü halinde ise fail tarafından hukuka uygunluk nedeninin varlığının bilinip bilinmemesi önem arz etmez. İştirak bağlamında ele alındığında, hukuka uygunluk nedeninin bulunduğunu bilip bilmeme durumundan bağımsız olarak ilgili fiile katılan herkesin bundan yararlanması söz konusudur<sup>2490</sup>. Bu nedenle sübjektif yaklaşımın aksine burada birbirinden farklılaşan çok fazla ihtimal ortaya çıkmamaktadır. Zira bir hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığı halinde şerikin ve failin bunu bilmemesi ile failin bilip şerikin bilmemesi veya tersi durum bakımından farklı bir sonuca ulaşılamaz. Hukuka uygunluk sebepleri fail tarafından bilinmese de vardır<sup>2491</sup>. Şerik fiilin hukuka aykırılığı konusunda hataya

---

sübjektif yaklaşımı benimseyen görüşlerin iştirak bağlamında ulaşacağı sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>2488</sup> Herzberg, a.g.e., s. 108. Aynı yönde Jakobs, a.g.e., s. 662. Benzer yönde Çelen, a.g.e., s. 141. *Freund* ise bu konuya ilişkin farklı bir kabule ulaşmıştır. Ona göre, cebre dayanan zorunluluk halinde esas failin hukuka uygun davrandığı kabul edilmekle birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif niteliğe sahip olmasının sonucu olarak cebir durumuna yol açan arka plandaki kişinin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Onun için hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirilen fiil varlığını korur ve bu nedenle azmettiren olarak cezalandırılması mümkündür. Yazar zorunluluk halini mazeret nedeni olarak değil, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir. *Freund*, a.g.e., s. 373.

<sup>2489</sup> Demirel, a.g.e., s. 473.

<sup>2490</sup> Evik, a.g.e., s. 257; Özkan, a.g.e., s. 132.

<sup>2491</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 485; Kangal a.g.e. (2010), s. 203. Yazar Türk hukuk sisteminde hukuka uygunluk nedenlerinin yapısı göz önünde bulundurulduğunda, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının aranması anlayışının geçerli olamayacağını belirtmiştir. Failin hukuka uygunluk koşulları kapsamında hareket ederken amacının neye yönelik olduğunun önem arz etmediğini belirten yazar, bu nedenle TCK'da objektif anlayışın benimsendiği sonucuna ulaşabileceğini mümkün görmüştür. Kangal, a.g.e. (2010), s. 203.

düşmüş olsa bile, mevcut hukuka uygunluk sebebinden yararlanır<sup>2492</sup>. Şerikin, filinin hukuka aykırı olduğunu zannederek, bir kimseyi azmettirmesi cezalandırılan bir hareket teşkil etmez<sup>2493</sup>. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olarak varlığının hukuka uygunluk nedeninin bulunması için yeterli kabul edilmesinin, şerikliğin haksızlığının büyük oranda bağlı olduğu kabulüne dayanan bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı teorisi kapsamında daha elverişli sonuçları beraberinde getirdiğine dikkat edilmesi gerekir. Özellikle failin hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı zannıyla ve şerikin de bu nedeni bilerek hareket etmeleri halinde sübjektif yaklaşımın benimsenmiş olduğu ihtimalde esas fiil teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi gerçekleşmektedir ve şerikin niceliksel bağlılığı için bu yeterlidir. Oysa objektif yaklaşım çerçevesinde hukuka uygun bir fiil söz konusu olacağı için, şerikin sorumlu tutulabileceği bir esas fiilden söz edilemeyecektir.

Bununla birlikte fiilin hukuka uygunluğu konusunda ön planda yer alanı kendi amacı doğrultusunda kullanan arka planda yer alanın sorumluluğuna ayrıca değinmek gerekmektedir. Zira arka planda yer alanın hukuka uygun şekilde hareket eden üçüncü kişiye etkide bulunarak araç kişiyi suçun işlenmesinde kullanması halinde ceza sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği sorunu da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu husus şerik sorumluluğunun bağlılığından ziyade arka planda yer alanın dolaylı faillik kapsamında sorumluluğunun tespiti bakımından önem taşımaktadır. Durumu somutlaştıran örnek şu şekildedir: (A), kendisinden kurtulmak istediği (X)'i (C)'ye bıçakla saldırması için yönlendirir. (A)'nın amacı, (C)'nin meşru savunma kapsamında (X)'i öldürmesidir<sup>2494</sup>. *Hegler* böyle bir durumda arka planda yer alanın dolaylı failliğini kabul eder. Ona göre, doğrudan hareket eden meşru savunma kapsamında hukuka uygun hareket etmektedir ve fakat suça yönlendiren bakımından böyle bir hukuka uygunluk sebebinden söz edilemez. Bu nedenle hukuka aykırılık alanındaki üstünlük suça yönlendirende, diğer bir ifadeyle arka planda hareket edendedir. Bu üstünlük nedeniyle arka planda yer alan dolaylı faildir<sup>2495</sup>. *Roxin* hukuka uygun hareket eden kişinin araç

---

<sup>2492</sup> Evik, a.g.e., s. 257.

<sup>2493</sup> Akbulut, a.g.m., s. 199; Evik, a.g.e., s. 275. *Evik*, konu kapsamında bir kimsenin zinaya azmettirilmesi halinde, zina fiili artık TCK'da suç olarak yer almadığından, cezalandırılmayacağı örneğini vermiştir. Evik, a.g.e., s. 275.

<sup>2494</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 163.

<sup>2495</sup> Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 164. Benzer şekilde *Mezger*'e göre burada fail savunma iradesiyle hareket eden kişi olduğundan, meşru savunma hareketi sadece fail bakımından hukuka uygundur.

olarak kullanılması durumunda, arka plandaki kişinin saldıran üzerinde de hâkimiyete sahipse ancak olay sürecine ilişkin yönlendirebilme ihtimalinden söz edileceğini belirtmiştir. Zira arka plandaki kişi araç kişi sayesinde hukuka uygun hareket edeni istediği netice bakımından savunma hareketini yapması için zorlayabilir<sup>2496</sup>. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebine dayanak teşkil eden olaya sebebiyet veren kişinin meydana gelecek netice bakımından dolaylı failiği gündeme gelebilir. Hâlihazırda hukuka uygunluk sebebi içinde bulunan kişiyi netice bakımından yönlendiren kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğu ortaya çıkmaz<sup>2497</sup>.

Hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak varlığının yeterli olduğu kabulü çerçevesinde iştirak bakımından salt bu nedenin varlığına ilişkin belirlemenin şerik sorumluluğunu tespit bakımından gerekli ve yeterli olması sonucuna ulaşılmakla birlikte, bu sonuç hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata haline ilişkin şerik sorumluluğunun tespiti bakımından çözüm getirmemektedir. Zira böyle bir ihtimalde hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır ve gerçekleştirilen fiil hukuka aykırıdır. Failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata içinde bulunması halinde söz konusu fiile sevk edenin sorumluluğunun bağlılık kuralı kapsamında ne şekilde tespit edileceği, taşıdığı önem sebebiyle ayrıca değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

## **2. Failin Hukuka Uygunluk Sebebinin Maddi Koşullarına İlişkin Hata İçinde Bulunduğu Durumların Azmettirenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**

Azmettirme sadece kasten işlenen esas fiilin varlığı halinde cezalandırılabilir. Kastem işlenen esas fiil gerekliliği, ceza hukuku dogmatikinde azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler kapsamında şerikliğin esas fiili gerçekleştiren failin hukuka uygunluk şartlarında hataya düşmesi halinde de var olup olmayacağı noktasında

---

Bununla birlikte arka planda yer alan bakımından böyle bir iradede söz edilemeyeceği için onun fiili bakımından hukuka aykırılık devam eder. Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 164. *Roxin* ileri sürülen bu gerekçelere yönelik olarak bu sonucun ancak final hareket öğretisi anlamında kastın sistematik olarak tipikliğe eklenmesi halinde ikna edici olabileceğini belirtmiştir. Çünkü netice her ikisi bakımından aynıdır ve ikisi için farklı ceza hukuku değerlendirmesi ancak hukuka uygunluğun nedensel neticeyi meydana getirme ile ilişkili olmasında değil, aksine final hareketle ilişkili olmasıyla mümkün olabilir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 164). *Roxin, Mezger* tarafından ileri sürülen gerekçenin bu yaklaşımla bağdaşmadığını belirtmiştir. Sebebini ise şu şekilde açıklamıştır: Sadece neticeyi hedef alan *final* davranış bakımından savunma iradesi kabul edilemez. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 164.

<sup>2496</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 166.

<sup>2497</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 166.

tartışmaya neden olmaktadır<sup>2498</sup>. Bu sorun bakımından belirleyici olan ise hukuka uygunluk sebeplerinde hatanın failin fiili üzerinde ne şekilde etkide bulunduğu<sup>2499</sup>.

Bu konuyla ilişkili olarak Alman doktrininde farklı yaklaşımlar<sup>2500</sup> ileri sürülmüştür. Katı kusur teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata haksızlık hatası kapsamında, hatanın kaçınılabilir olup olmadığı incelemesi göz önünde bulundurularak dikkate alınmalıdır ve ACK md. 17'deki kurala<sup>2501</sup> tabi olmalıdır<sup>2502</sup>. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ile hareket eden fail kasten hareket etmekle birlikte, gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda hatası söz konusudur<sup>2503</sup>. Böyle bir hata ise failin kusurunu ortadan kaldıran bir etki gösterir. Bu nedenle katı kusur teorisi hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kusurluluk aşamasına ait olduğunu kabul eder. Kasıtlı hukuka aykırı bir suç var olmakla birlikte, failin hukuka uygunluk şartlarında hatasının bulunması halinde, tipiklik kastı değil sadece kusur aşamasındaki kusur kastı ortadan kalkar<sup>2504</sup>. Fiilin hukuka aykırılığı kalır. Kaçınılabilir bir hata ise failin cezasında indirim gidilir<sup>2505</sup>. Bu durumda kasten işlenen ve hukuka aykırı fiil mevcut olduğundan, şeriklik bakımından da sorun çıkmaz<sup>2506</sup>. Zira kasten işlenen bir esas fiil eksik değildir ve ACK md. 29'a (suça iştirak edenin bağımsız olarak cezalandırılabilirliği) göre, failin kusursuzluğu azmettirenin cezalandırılması bakımından engel değildir<sup>2507</sup>.

Aynı sonuç hukuki sonuca atıf yapan kusur teorisi (*rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie*) bakımından da geçerlidir<sup>2508</sup>. Bu teori kapsamında hukuka uygunluk sebeplerinde hata ACK md. 16 (suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda hata) kapsamında uygulanmak istense de hatayla sadece kusur kastının (*Vorsatzschuld*) kalktığı

---

<sup>2498</sup> Frister, a.g.e., s. 378.

<sup>2499</sup> Frister, a.g.e., s. 378.

<sup>2500</sup> Çalışma kapsamında bu konuya ilişkin tüm yaklaşımlara yer verilmeyecektir. Yaklaşımlara ilişkin bilgi için bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 365 vd.

<sup>2501</sup> ACK md. 17'ye göre: Fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip olmayan failin bu hatasından kaçınması da mümkün değilse fail kusurlu hareket etmiş olmaz. Failin hatası kaçınılabilir nitelikteyse cezasında md. 49 uyarınca indirim gidilebilir.

<sup>2502</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 302. Bu yönde Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 305.

<sup>2503</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 297.

<sup>2504</sup> Heinrich, a.g.e., s. 566; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 801.

<sup>2505</sup> Welzel, a.g.e., s. 98.

<sup>2506</sup> Gropp, a.g.e., s. 598; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 281 vd.

<sup>2507</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 302.

<sup>2508</sup> Frister, a.g.e., s. 378.

kabul edilmektedir<sup>2509</sup>. Hata, sübjektif tipiklik unsuru olarak kastı kaldırmaz. Bu nedenle sınırlı bağlılık kuralı kapsamında esas fiile şeriklik mümkündür<sup>2510</sup>. Bu teori esasında hukuka uygunluk sebeplerinde hatayla işlenen fiile şerikliği mümkün kılma anlamını taşır<sup>2511</sup>.

Bununla birlikte sınırlı kusur teorisi ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı tipiklik hatasına ilişkin kuralları kıyasen uygulayarak, ACK md. 16 incelemesinde ele almaktadır<sup>2512</sup>. Daha açık ifade ile sınırlı kusur teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düşen failin kasten gerçekleştirdiği hareket haksızlığı kalkar<sup>2513</sup>. Bu yaklaşım tipikliği ve hukuka aykırılığı suçun bağımsız unsurları olarak dikkate aldığından; bu yaklaşıma göre, kast hem tipikliğin maddi unsurlarını hem de (varsa) hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını kapsar<sup>2514</sup>. İştirak öğretisi kapsamında failin kastı ortadan kalkacağından, bu durumda taksirli sorumluluğunun dikkate alınması gerekecektir. Sınırlı bağlılık kuralı kapsamında taksirli işlenen suçlara şeriklik mümkün olmadığından dolayı arka planda yer alan bakımından ancak dolaylı faillik gündeme gelecektir<sup>2515</sup>. Bununla birlikte özellikle özgü suçlarda<sup>2516</sup> bu çözüm yolu yine de sonuçsuz kalır<sup>2517</sup>.

Bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile tipiklik hatasının eşdeğer olduğu kabulünün hangi sonuçlara yol açacağı tartışmalıdır. Bu

<sup>2509</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 281.

<sup>2510</sup> Krey/Esner, a.g.e., s. 395.

<sup>2511</sup> Frister, a.g.e., s. 378; Krey/Esner, a.g.e., s. 395.

<sup>2512</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 302. Aynı yönde Frister, a.g.e., s. 378; Herzberg, a.g.e., s. 109.

<sup>2513</sup> Frister, a.g.e., s. 378; Kangal, a.g.e. (2010), s. 368.

<sup>2514</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 298.

<sup>2515</sup> Frister, a.g.e., s. 378.

<sup>2516</sup> Avcı (J), eşi (F)'yi saçma mermisiyle yaralar. (J), doktor (A) tarafından tedavi edildikten sonra (J)'nin mali sorumluluk sigortası yaptırdığı şirketin temsilcisi (V), yaralama hakkında bilirkişi raporunu (A)'dan ister. Gerçeğe aykırı şekilde, güvencenin geri ödemesinin garantiye alınması için gerekli olduğunu ve (J)'nin rızası bulunduğunu iddia ederek raporu ister. (V)'ye güvenen (A), hazırladığı raporu sigorta şirketine gönderir. Bu durumda meslek sırrının açıklanması suçuna ilişkin (V)'de dolaylı faillik bakımından gerekli olan faillik niteliği eksiktir. (V)'nin meslek sırrının açıklanmasından (ACK md. 203) azmettiren olarak sorumlu tutulabilmesi için (A)'nın hukuka aykırı fiili kasten gerçekleştirmesi gerekir. (A)'nın yanlış varsayımı hukuka uygunluk nedenlerinin (ilgilinin rızası) maddi koşullarında hatayı oluşturur (Herzberg, a.g.e., s. 109; Roxin, a.g.e. (AT), s. 140). Katı kusur teorisi kapsamında (A)'nın yanlış tasavvuru sadece, kasta dayandırılmayan bir haksızlık hatasıdır. Bu nedenle iştirak edilebilir esas fiil mevcuttur (Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600). Bununla birlikte sınırlı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk şartlarında hata esasta nitelik olarak tipiklik hatası ile eştir ve bu nedenle sonuçları da ondan farklı şekilde etki göstermez. Bu nedenle failin kastı olmaksızın hareket eden olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda bu teori kural olarak sadece (A)'nın değil (V)'nin de cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşmıştır (Herzberg, a.g.e., s. 109).

<sup>2517</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 538.

bağlamdaki argümanlarda birlik sağlanamamıştır. Bu nedenle sınırlı kusur teorisi kendi içinde de farklı yaklaşımlara ayrılmaktadır.

Katı sınırlı kusur teorisine göre ACK md. 16'nın tüm sonuçları (doğrudan veya kıyas yoluyla olup olmadığı fark etmeksizin), diğer bir deyişle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da kastın kalkmasına yol açan tipiklik hatası aynen uygulanır<sup>2518</sup>. Hatanın fiile ilişkin kastın kalkmasına yol açması, kast eksikliği nedeniyle şerik sorumluluğunun da kalkacağı anlamına gelir. Her ne kadar *Roxin* katı sınırlı kusur teorisinin öncüsü olsa da en azından şeriklik öğretisi bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın mevcudiyetinde de kasıtlı fiilin olduğu görüşünü saklı tutmaktadır. Bu kabulde bu farklılaşmadan kaynaklanan durumlarda arka plandaki kötü niyetli kişinin kasıtlı bir suça azmettiren olarak cezalandırılması bakımından engel bulunmamaktadır<sup>2519</sup>.

Sınırlı kusur teorisi çerçevesinde esas fiile ilişkin kast gerekliliği, esasında failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatasında kastı veya en azından kast sorumluluğu (*Vorsatzstrafe*) kalkmasına rağmen, failin böyle bir hatasının iştirak bağlamında kasıtlı esas fiilin varlığını etkilememesini, burada sadece tipikliğin gerçekleşmesine yönelik bilme ve istemenin yeterli olmasını beraberinde getirir<sup>2520</sup>. Bu durumda sadece hukuki sonuç kıyasından hareket edilmektedir (hukuki sonuca işaret eden şekilde sınırlı kusur teorisi)<sup>2521</sup>. Bu görüş, sınırlı kusur teorisi aracılığıyla ortaya çıkan ceza boşluklarını önlemek için<sup>2522</sup> azmettirmeye ilişkin yasal düzenleme

---

<sup>2518</sup> Hata öğretisinde tipiklik hatası ile hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarında hataya eşit muamele edilmesi şeklindeki ısrar ve bunun sınırlı kusur teorisinin ikna gücü sayesinde mümkün olması gerçeği, daha yakından incelendiğinde katılanın cezalandırılması söz konusu olduğunda hata türlerine göre farklı yargılamayı yasaklamaktadır (Geppert, a.g.m. (1997), s. 303).

<sup>2519</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 303.

<sup>2520</sup> Otto, a.g.m. (JuS 1982), s. 559.

<sup>2521</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 303; Eduard Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, 1972, ss. 207-228, s. 224; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600. Dreher, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın ne tipiklik hatası ne de yasak hatası kapsamında yer aldığını, kendine özgü bir hata türü olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Dreher, a.g.m., s. 223 vd.). Bunun sonucu olarak hukuka uygunluk nedeninde hataya düşen fail tipikliği kasten gerçekleştirilmektedir. Dreher, a.g.m., s. 224.

<sup>2522</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 303. *Akbulut* şu gerekçe ile belirtilen yaklaşıma taraf olmuştur: "Özgü suçlarda bu sıfata sahip olmayan arkadaki şahsın kanunun aradığı şartı taşıyan kişiyi suçun işlenmesinde kullanması halinde fail olması söz konusu değildir. Geriye yalnızca şerikliğin uygulanması imkânı kalmaktadır. Eğer kast kavramı tek bir anlamda kabul edilirse şerikliğin uygulanmasına da 1. fıkra hükmü engel olmaktadır. Ortada cezai bir boşluğun olduğu tartışmasızdır. Bunun için kanunun aradığı şartı taşımayan kişinin bu şartı taşıyan bir kişiyi kandırmak suretiyle suç işlemeye yöneltmesi durumunda da, yani kastı olmayan bir kişiyi suça azmettirmesi halinde de

kapsamındaki kastın salt tipiklik kastıyla sınırlandırılması önerisinde bulunmuştur<sup>2523</sup>. Azmettirme ve yardım etme için gerekli olan kastın işlenen hukuka aykırı fiil kavramının bağımsız tanımlanabileceği belirtilmiştir<sup>2524</sup>. Böyle bir durumda failin kasıtlı haksızlıktan kurtulması söz konusu olurken, şerik bakımından tipik fiil varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle hâlihazırda kastın işlenmiş fiil, tipiklik aşamasında bırakılmalıdır. Bununla birlikte bu görüş, hukuki sonuç bakımından kıyasa giderek kasıtlı fiili taksirli fiil gibi ele almayı, daha doğrusu uygun olan taksirli fiilin ceza kapsamına göre cezalandırmayı savunur. Bu şekilde arka plandaki kötü niyetli kişinin kastın işlenen fiile azmettirme nedeniyle cezalandırılabilirliği sonucuna ulaşılır<sup>2525</sup>. Diğer bir ifadeyle, fail bakımından kastın gerçekleşmeyen fiil, azmettirenin cezalandırılmasına yönelik değerlendirmede kast kapsamında ele alınır<sup>2526</sup>.

Tüm bunlar ışığında bu yaklaşım çerçevesinde cezalandırmanın genişletilmesi bakımından belirleyici argüman olarak bağlılığın esnetilmesi yoluyla bir çözüm getirilerek bariz bir cezalandırma ihtiyacı dikkate alınmaktadır. Bu özellikle özgü suçlar bakımından önem taşır. Arka planda yer alan ilgili niteliğe sahip ön planda yer alan kişinin fiile ilişkin hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşmesine sebep olarak özgü suçun (örneğin, meslek sırrının açıklanması) işlenmesini sağlaması durumunda kendisi ilgili niteliğe sahip olmadığından dolayı dolaylı fail olamaz. Bununla birlikte ön planda yer alan hukuka uygunluk nedeninin maddi şartında hatası nedeniyle kastın hareket etmiş olmaz. Bununla birlikte arka planda yer alan suçun değersizliğini ön planda yer alanı aldatarak gerçekleştirmeyi hedeflediği için en azından, hata olmaksızın basit bir iknaya yani cezalandırılabilir azmettirme ile etkide bulunmuş gibi cezaya

---

*cezalandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu tür olayları kapsayacak bir düzenlemeyi kanuna eklemesi gerekmektedir. Ancak böyle bir düzenleme şu an için kanunumuzda bulunmamaktadır. Arkadaki kişinin ya cezasızlığını kabul etmek, ya da cezalandırılmasını bir gerekçeyle izah etmek gerekmektedir. (...) faillik niteliğini taşıyan kişi, suçun maddi unsurlarını bilerek hareket ediyorsa kastın varlığı kabul edilmelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde cezalandırılabilen bir kastın olmadığı benimsenmelidir. Bunun sonucu olarak da faillik niteliği taşıyan kişinin suç işlemesine sebep olan diğer şahsı azmettirmeden dolayı sorumlu tutmak gerekmektedir”.* Akbulut, a.g.m., s. 198.

<sup>2523</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 141 vd. Şerikin cezalandırılmasını fail tarafından kastın gerçekleştirilen hareket haksızlığına bağlayan kanun koyucunun temel düşüncesinden hareket edildiğinde bu sonuç ikna edici değildir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 538.

<sup>2524</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 141; Geppert, a.g.m. (1997), s. 303. Frister bu kabulün ceza hukuku kavram sistematiklerinden ve yasal düzenlemelerin anlam ve amacından sapma anlamına geleceğini ve bu sapmayı tutarlı şekilde gerekçelendiren bir sebebin bulunmadığını belirtmiştir. Frister, a.g.e., s. 379.

<sup>2525</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 303.

<sup>2526</sup> Mitsch, a.g.e., s. 214.



layıktır<sup>2527</sup>. Bu bağlamda aslında yasal olarak kast kavramının iki farklı kullanımının kabul edildiği söylenebilir<sup>2528</sup>. Nitekim ön planda yer alan hata hükümleri kapsamında kasten hareket etmemekle birlikte, onun fiili azmettirme hükümleri kapsamında kasten işlenen bir fiildir<sup>2529</sup>. Bağlılık kuralı kapsamında azmettirme için gerekli olan kast, fiile (kanuni tanıma) ilişkin kast şeklinde ele alınmalıdır. Fiile ilişkin kast bakımından maddi unsura yönelik bilme yeterli kabul edilir. Örneğin, bir doktorun mesleğine ilişkin sırrı açıklamış olduğuna yönelik bilgisi fiile ilişkin kast kapsamındadır<sup>2530</sup>. Bununla birlikte ilgilinin rızası kastı kaldırma niteliğine sahipse bu durumda bu sonuca ulaşılamaz. Bu nedenle *Roxin*, burada en net çözümün kasten işlenmeyen suçlar bakımından da şerik olarak suça katılımın mümkün olması olduğunu, ancak bu olasılığı da kanun koyucunun yaratabileceğini belirterek, mevcut düzenleme kapsamında bu sonuca ulaşamayacağını altını çizmektedir<sup>2531</sup>.

Bu bağlamda benimsenen teorinin şerikin sorumluluğunun belirlenmesi açısından da önem taşıdığı görülmektedir. Konunun Türk doktrininde hangi kapsamda ele alındığının yasal düzenlemeler çerçevesinde incelenmesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta olup; kusuru etkileyen nedenler ile birlikte ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler şeklinde aynı çatı kapsamında yer verilmiştir (TCK md. 30/3)<sup>2532</sup>. Bu nedenle Türk doktrininde de hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın ne şekilde ele alınacağı tipiklik hatası kapsamında mı, yoksa kusurluluk bağlamında mı inceleneceği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Öncelikle ilgili hüküm çerçevesinde ele alınması gerekirse,

<sup>2527</sup> Aktaran Herzberg, a.g.e., s. 110.

<sup>2528</sup> Mitsch, a.g.e., s. 213.

<sup>2529</sup> Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 311; Roxin, a.g.m. (JZ 1966), s. 299; Rudolphi, a.g.m. (GA 1970), s. 363. Günümüzde iştirakin konusunun içeriği ile esas failin fiilinin içeriğinin örtüşmesi gerekmediğine yönelik tartışmanın gittikçe ağırlık kazandığını belirten *Hamdorf*, fail bakımından kast ve hukuka aykırılığın şeriklik bakımından bağlılığın konusu olarak kast ve hukuka aykırılıktan farklı olabileceği kabulüne atıfta bulunmuştur. Hamdorf, a.g.e., s. 178.

<sup>2530</sup> Akbulut, a.g.m., s. 197. Nitekim *Roxin*, buna ilişkin şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur: Arka planda yer alan azmettiren olarak cezalandırılabilmesi iki şart kapsamında mümkün olabilir. İlki söz konusu ilgilinin rızasının tipikliği kaldıran değil, hukuka uygunluk şartı olarak anlaşılması gerekir. İkinci olarak ise, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler kapsamında kast kavramından salt tipiklik kastının anlaşılması gerektiğidir. Böylelikle hata öğretisinde doğrudan hareket edenin kastı kaldıran hukuka uygunluk sebeplerindeki hatası burada sözü edilen kastı ilgilendirmez. Roxin, a.g.e. (AT), s. 141.

<sup>2531</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 141.

<sup>2532</sup> TCK md. 30/3'e göre; "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır."

düzenlemede bulunan “kaçınılabilirlik” kriteri suçun manevi unsuru kapsamında yer almaz; kusurluluğun tespitine ilişkin bir kriterdir. Bu bağlamda TCK’nın katı kusur teorisini benimsediği ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı da kusur çerçevesinde ele aldığı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>2533</sup>. Doktrinde TCK’nın benimsediği görüşe paralel bir yaklaşıma göre de, hukuka uygunluk nedenlerinin suçun tanımındaki maddi unsurları bilme ve istemeyle ilgisi bulunmadığından, kast hukuka uygunluk nedenlerini kapsamaz ve bu nedenle buna ilişkin hatayı doğrudan veya kıyasen kast ve kastı engelleyen hata kurallarıyla çözmek mümkün değildir<sup>2534</sup>. Farklı yöndeki görüşe göre, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarına ilişkin bilgi kasta dâhildir ve bu konuda hataya düşen kişinin gerçekleştirdiği fiil bakımından kastından söz edilemez<sup>2535</sup>. Bu yaklaşımın ortaya çıkardığı sonuç, hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinde maddi unsurlarda hataya ilişkin TCK md. 30/1’in uygulanacağıdır<sup>2536</sup>.

Failin hukuka uygunluk nedenlerinde hatası doktrinde özellikle azmettirme ve dolaylı faillik kapsamında da önem arz etmektedir. Bu bağlamda arka planda yer alanın hataya kendisinin sebep olduğu<sup>2537</sup> veya var olan sebepten yararlandığı arasında ayrımın

<sup>2533</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 298. Bu yönde Çelen, a.g.e., s. 425. Bununla birlikte Çelen kastın fiilin hukuka aykırılığını kapsamadığını, bununla birlikte *hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde gerçekleştirilen fiil bakımından hukuka uygunluk nedeni ile beklenen subjektif şartın kişinin kastı kapsamında incelenmesi gerektiğini* belirtmiştir. Çelen, a.g.e., s. 425. YCGK, 7.11.2019, E.2018/1-27, K.2019/644: “Üçüncü fıkra da ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış, fıkra da hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata hâllerini düzenlenmiştir. Failin bu hükümden yararlanabilmesi için, içerisinde bulunduğu şartlar bakımından hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir.” Aktaran Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m.30/3)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, ss. 325-360, s. 339.

<sup>2534</sup> Zafer, a.g.e., s. 415. Zafer, bu durumda fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkması nedeniyle TCK md. 40 çerçevesinde iştirak edilebilir bir fiilden de söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Zafer, a.g.e., s. 416.

<sup>2535</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 299; Kangal, a.g.e. (2010), s. 368; Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 127. *Taşkın Kapusuzoğlu*, benimsemiş olduğu yaklaşım çerçevesinde failin hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hataya düşmesi halinde şerikin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 128.

<sup>2536</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 300. Yazarlar hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsuru teorisine taraftar olduklarına vurgu yaparak, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa dahi bu sonuca ulaşılabileceğini belirtmişlerdir. Yazarlara göre, eğer hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata TCK md. 30/3 kapsamında değerlendirilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ilişkin bilgi kastın değil, kusurun unsuru olarak kabul edilmiş olur. Çünkü kaçınılabilirlik kriteri haksızlık değerlendirmesine ilişkin değil, kusur değerlendirmesine ilişkindir. Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 300.

<sup>2537</sup> Örnek: (T), (O)’ya (gerçeğe aykırı şekilde) (A)’nın kendisine ağır hakarete bulunduğunu söyler. Bunun üzerine (O), (A)’ya bir bıçakla saldırır. (T)’nin amaçladığı gibi bunun üzerine (A), (O)’ya silahla karşılık verir. (O) ağır şekilde yaralanır. Burada araç kişi (A) hukuka uygun şekilde hareket

bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. Doğrudan hareket edenin hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarında hataya düştüğü kabul edilirse, doğrudan hareket edenin taksirle işlediği bir suç söz konusu olur ve böylece azmettirme dışlanır. Ancak bunun yerine sebep olanın bilinçli olarak hataya yol açması halinde, dolaylı failliği gündeme gelir<sup>2538</sup>. Bununla birlikte *Welzel*'e göre doğrudan hareket eden için arka plandaki kişinin hukuka uygunluk nedenini oluşturmadığı durumda dolaylı faillik ortadan kalkar. Hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunana karşı savunma hareketine yönelik tavsiyede bulunan veya bu harekete yönlendiren kişi hukuka uygun fiile cezasız kalan şerikliği gerçekleştirmiş olur. Saldıran tarafın zarar vermesini istemiş olsa da sadece kötü düşünce hukuka uygun fiile şerikliği hukuka aykırı hale getirmez<sup>2539</sup>.

*Roxin*'e göre arka plandaki kişinin gerçekte mevcut olmayan hukuka uygun bir durumun varlığı konusunda ön planda yer alan kişiyi hataya düşürmesi veya hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşen kişinin bu durumundan yararlanması halinde de dolaylı faillik ortaya çıkar<sup>2540</sup>. Zira böyle bir durumda kastı kaldıran bir hata durumu söz konusudur<sup>2541</sup> ve ön plandaki kişi fiil hâkimiyetine sahip değildir. Kendisine saldırıda bulunacağını söyleyerek sözde saldırıda bulunacak kişiye karşı kendisini savunması gerektiğini söyleyen kişinin, gerçekleşecek kasten öldürme veya kasten yaralama bakımından<sup>2542</sup> dolaylı fail olarak sorumlu olması ilk duruma örnek oluştururken;

---

etmiştir. Burada (T)'nin dolaylı fail olarak mı sorumlu olacağına dikkat edilmelidir. Doktrinde bir görüş bu durumda dolaylı failliği kabul etmektedir. Arka planda yer alan (O)'nun yaralanmasına yönelik suça katılanın davranışını kullanılabilir hale getirmiştir, davranışından faydalanmıştır (Schroeder, a.g.e., s. 100; Önder, a.g.e., s. 456). Her durum bakımından bu ikna edici değildir. Çünkü sonuç olarak provokasyona rağmen (O)'nun (A)'ya yönelik saldırısı kendi sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu nedenle (T), (O)'nun davranışı üzerinde hâkim konumunda değildir. Bu nedenle saldırının da kendi sorumluluğunu sınırlandıran (yaşı veya kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle) bir durumun bulunması gerekir. Saldırıda sadece bir motiv hatasına sebep olunması yeterli değildir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 779).

<sup>2538</sup> Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 133.

<sup>2539</sup> Welzel, a.g.e., s. 105. Kural olarak *Welzel* hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabilmesi için nedenin objektif olarak gerçekleşmesini yeterli görmemekte ayrıca subjektif olarak da gerçekleşmesini diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedeni içinde bulunan kişinin bunu bilerek hareket etmesini aramaktadır. Welzel, a.g.e., s. 84.

<sup>2540</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 31.

<sup>2541</sup> Bu görüşte Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 782. Aksi yöndeki görüş için bkz. Kühl/Lackner, a.g.e., s. 214.

<sup>2542</sup> Bu kapsamda; (C)'nin (B)'ye yönelik bir saldırıda bulunacağını söyleyen (A), (B)'den kendisini savunmasını ister. (B)'nin (C)'ye karşı varsayılan savunmaya geçmesi üzerine (C)'nin (B)'yi yaralaması veya öldürmesi ihtimalinde (C)'nin hukuka uygun davranışı bakımından (A) dolaylı fail olarak sorumlu olur. Burada yalnızca suça ilişkin kast değil; fiilin hukuka aykırılığı da kalkmıştır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 32). Doktrinde dolaylı faillik kapsamında kabul edilmesi gereken duruma yönelik hukuka uygun şekilde hareket eden devlet organlarının aldatmaya bağlı olarak kullanılması da ele alınmıştır. Örneğin, (M) düşmanı (X)'i sebepsiz yere suçlar ve buna yönelik gerçeği

kendisine karşı saldırı olacağı konusunda hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanarak gerçekte böyle bir saldırı içinde olmayan kişiye yönelik saldırı için silahı veren kişinin dolaylı failliği ikinci duruma örnek oluşturur<sup>2543</sup>. Ön planda yer alanın bu kapsamda hâlihazırda var olan hatasının kullanılması ile arka planda yer alanın kişide bu hataya neden olması arka planda yer alanın dolaylı failliği bakımından bir fark yaratmaz<sup>2544</sup>. Her iki durumda da hukuka uygunluk şartlarında hata halinde, sınırlı kusur teorisinden hareket edilirse dolaylı failliğin kabulü gerekir<sup>2545</sup>.

*Roxin* hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kastı kaldıran niteliğe sahip olmadığı, aksine haksızlık hatası gibi değerlendirilmesi gerektiği yaklaşımı<sup>2546</sup> bakımından da arka planda yer alanın dolaylı failliğinin değişmeyeceğini vurgulamaktadır<sup>2547</sup>. Böyle bir hata icra hareketlerini gerçekleştirenin kastını etkilemese bile dolaylı faillik kabul edilmelidir.

---

yansıtmayan belgeleri (X) hakkında soruşturma başlatılması için savcılığa verir. Bunun üzerine (X) hakkında yakalama emri veren hâkim ve (X)'i yakalayan polisler hukuka uygun hareket etmiş olacaktır. Buna karşılık (M) kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Burada suç seyri bakımından üstün gelen bilme hâkimiyeti söz konusudur (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 779; Roxin, a.g.e. (AT), s. 32). *Baumann vd.* bu kapsamda özgü bir durum olarak arka plandaki kişinin idari işlemlerle ön plandaki kişinin hareketini meşrulaştırmasını ele almışlardır. ACK md. 324'e göre suları yetkisiz olarak kirleten kişi cezalandırılır. İşletmeci etkin bir imtiyaz/onama temelinde hareket ederse bu durumda ortada yetkisiz olarak suları kirleten kimse bulunmayacaktır. Zira almış olduğu izinle fiili hukuka uygun hale gelmektedir. Burada gerçeğe aykırı şekilde onama işlemini yapan kamu görevlisi dolaylı fail olarak ele alınacaktır ancak bunun için işletmecinin iyi niyetli olması gerekir. Durumu bilmesi halinde işletmeci fail olarak sorumlu olur (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 780). Benzer yönde bkz. Kühl, a.g.e., s. 778. Çevre ceza hukukuna ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinde hata aracılığıyla dolaylı faillik kapsamında fiil hâkimiyetinden söz edilip edilemeyeceğine yönelik tartışma, ilgili iznin hukuka aykırı şekilde sağlanması durumunun ilgili kamu görevlisine daha sonraki olay seyri bakımından hâkimiyet sağlama imkânının mevcudiyetine dayandırılmaktadır. İzni veren kamu görevlisinin fiil hâkimiyetini temellendiren görüş burada kamu görevlisinin sonraki olaylar bakımından fiili olmamakla birlikte normatif hâkimiyeti sağlamasına vurgu yapmaktadır (Kühl, a.g.e., s. 778 vd.).

<sup>2543</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 31.

<sup>2544</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 205.

<sup>2545</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 31.

<sup>2546</sup> Welzel, a.g.e., s. 117.

<sup>2547</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 205. Hamile olan (S), doktor (F)'ye hamileliğinin sonlandırılmasını gerektiren bir hastalığı bulunduğu konusunda yalan söyler. (F), müdahaleden önce tedarik etmesi gereken ilaçlara ilişkin reçete yazar. Öncesinde (S)'nin (F)'yi aldattığını eşinden öğrenen eczacı (A) reçetede ilaçları satar. (F), (S)'nin ilaçları kullanmasının akabinde müdahaleyi gerçekleştirir. Negatif tipiklik unsuru öğretisi (*der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*) kapsamında burada (A)'nın cezalandırılması mümkün olmazdı. Burada (A)'nın bildiği üzere (F) hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmüştür ve (F)'nin kastı ortadan kalkar. Aynı zamanda (A)'nın olay üzerinde hâkimiyeti de bulunmadığı için dolaylı failliği de söz konusu olmaz (Hirsch, *der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, s. 326-329 'dan aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 206). *Roxin* burada (F)'nin çocuk düştürme suçu bakımından fail olmadığını, (S)'nin iyi niyetli birini suçun işlenmesinde kullanmak suretiyle fail olduğunu belirtmiştir. Böylelikle (A), ilacı temin ederek yardım eden olarak sorumludur (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 207). Negatif tipiklik unsurları öğretisi hakkında bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 365.

Zira her hâlükârda, doğrudan hareket eden fiilin haksızlığı üzerinde belirleyici olan dış durumlarda hataya düşmüştür. Bu durumda da ön planda yer alan davranışının sosyal anlamda zararlı olduğuna yönelik bilince sahip değildir. Arka planda yer alan kişi haksızlık durumunu ayrıntılarıyla gören kişidir ve böylelikle sürece hâkim konumdadır<sup>2548</sup>. Olay seyrini ve nedensel süreci ayrıntılarıyla görebilen arka plandaki kişi olay seyrinin belirleyici faktörü olarak dolaylı failliğini muhafaza eder. Üstün bilgisinden kaynaklanan hâkimiyet durumu mevcuttur<sup>2549</sup>.

## C. ÖN PLANDA YER ALANIN ÖZGÜ SUÇA SEVK EDİLMESİ

### 1. Özgü Suçlarda Fail-Şerik Ayrımı

Özgü suçlar, genel olarak faillik alanının fiili gerçekleştirenin suç tipinde belirlenmiş özel nitelikleriyle sınırlandırıldığı suçlar<sup>2550</sup> olarak kabul edilmektedir. Suçun gerçekleşmesi bakımından yapısal unsur olarak faile ilişkin bir niteliğin arandığı bu suçlarda<sup>2551</sup> fail bakımından öznel bir nitelik veya özel bir yükümlülük durumu<sup>2552</sup> şart koşulur. Bu şartı taşımayan kişilerce suça ilişkin hareketlerin icrası ya suç oluşturmaz ya da zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu ilişkisi gibi farklı bir suça sebebiyet verir<sup>2553</sup>. Tipik olarak hareket eden veya hareketsiz kalan kişinin fail olma olasılığı özgü

<sup>2548</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 32.

<sup>2549</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 205.

<sup>2550</sup> Maurach, a.g.e., s. 628; İçel, a.g.e., s. 491; Hauf, a.g.e., s. 74; Hoberg, a.g.e., s. 78; Yılmaz, a.g.e., s. 261. "...Ancak belli sığata sahip olan kişilerce işlenebilen suçlara özgü suç denmektedir." YCGK., E. 2017/524 K. 2020/391 T. 1.10.2020.

<sup>2551</sup> Mahmutoğlu, a.g.m., s. 80; Zafer, a.g.e., s. 557; Riemer, a.g.e., s. 77; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 348 vd.; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 664.

<sup>2552</sup> Doktrine göre yükümlülük suçları ve özgü suçlar şeklindeki tanımlamalar kavramsal olarak aynı içeriğe sahiptir. Yükümlülük suçları özgü suçlardan farklı değildir (Haas, a.g.e., s. 54; Demirel, a.g.e., s. 125). Aksi yönde bkz. Javier Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 36 vd. Yazar, özgü suçlarda faillik bakımından fiil hâkimiyetini dikkate alırken; yükümlülük suçlarında yükümlülük ihlalini dikkate alır (Sánchez-Vera, a.g.e., s. 37). Türk hukukunda Özkan, eserinde özgü suçlar ile yükümlülük suçlarını ayrı başlık altında incelemiştir (Özkan, a.g.e., s. 281). Ancak yazar yükümlülük suçuna ilişkin örnek olarak zimmet, rüşvet, irtikâp ve gerçek olmayan ihmali suçları vermiştir. Diğer yandan özgü suçlar bakımından da aynı suçlar üzerinden örneklemeye gitmiştir. (Özkan, a.g.e., s. 280 vd.). Doktrinde bir görüş de yükümlülük suçları ile özgü suçların farklı içeriğe ve farklı işleve sahip olduğunu belirterek ayrımı kabul etmiştir. Bu görüşe göre, yükümlülük suçlarında fail özgü yükümlülük durumu ile tanımlanır. Buna karşılık özgü suçlarda faillik kamu görevlisi olma, avukat olma gibi sadece faillik alanının belirlenmesini mümkün kılan unsurla ilişkilidir. Kural olarak bu unsur failliği belirleyen bir unsur değildir. Örneğin mahkûmların ayaklanması suçunda (ACK md. 121) mahkûm olma durumu sadece fail alanını belirler. Özgü bir yükümlülük ile ilişkili değildir. Buna karşılık rüşvet veya güveni kötüye kullanma yükümlülük suçlarıdır. Yükümlülük suçları özgü suçları da kapsayan daha geniş bir kavramdır (Arana, a.g.e., s. 77 vd.). Alman ceza hukukunda konuya ilişkin tartışma için ayrıca bkz. Demirel, a.g.e., s. 120 vd.

<sup>2553</sup> İçel, a.g.e., s. 491.

yükümlülüğü veya niteliği bulundurmasına bağlıdır<sup>2554</sup>. Böylece bu suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlar olarak karşımıza çıkmamaktadır<sup>2555</sup>.

Failinin diğer insanlara göre özel yükümlülüğünün veya durumunun<sup>2556</sup> bulunduğu özgü suçlarda, özel yükümlülük genellikle ceza hukuku dışında bir yükümlülük veya özellik olarak ön plana çıkar<sup>2557</sup>. “*Bu yükümlülük, özel koruma yükümlülüğünden, hukuki değer sahibine karşı özel güven yükümlülüğünden veya belirli tehlike kaynakları için özel kanuni yetkiden ve tehlikeyi belirli hukuki değerden uzak tutma yükümlülüğünden ortaya çıkabilir*”<sup>2558</sup>. Nitekim yükümlülük bakımından, fail ve fiilin ilgisinin arasındaki özel bir sorumlulukla bağlantılandırılan güven ilişkisinin esas alınması (doktor ve hasta ilişkisi, kamu görevlisi-devlet ilişkisi gibi) bu niteliktedir<sup>2559</sup>. Aynı şekilde kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlar<sup>2560</sup>, ihmali suçlarda garantörlük durumu, güveni kötüye kullanmada malvarlığını koruma yükümlülüğü bu kapsamdadır<sup>2561</sup>. Bu özel subjektif niteliği ve garantörlük durumunu taşımayan kişi, fail olarak kabul edilemez. Burada en fazla şeriklik söz konusu olabilir<sup>2562</sup>.

---

<sup>2554</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 265. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Geppert, a.g.m. (ZStW 1970), s. 44 vd.

<sup>2555</sup> Akbulut, a.g.m., s. 183. Türk ceza hukuku doktrininde suçlar arasındaki herkes tarafından işlenebilen (genel) suçlar ile özgü suçlar şeklindeki ayırım için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 291.

<sup>2556</sup> Çocuk düşürme suçunun (TCK m. 100) gebe kadın tarafından işlenebilmesi bu niteliktedir. Sınar, a.g.m., s. 77.

<sup>2557</sup> Roxin a.g.e. (TuT 2019), s. 394 vd. Her bir norma aykırılığın yükümlülüğe aykırılık olduğu şeklindeki kabulü benimseyen *Stein*'a göre, davranış normlarının amacı sadece ve her zaman hukuki değerlerin korunması olduğundan yükümlülük ihlali hukuki değere ilişkin konuya yönelik saldırıdan farklı bir şey değildir. Böylelikle yazar özgü suçlar bakımından farklılaştırılmış yükümlülük ihlaline karşı çıkmıştır. Herkes tarafından işlenebilen suçlar ile özgü suçlar bakımından yükümlülüklerin eşdeğerliği söz konusudur (Stein, a.g.e., s. 210). Benzer yönde yaklaşım için bkz. Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 257.

<sup>2558</sup> Akbulut, a.g.m., s. 183. Bu yükümlülüklerin ceza hukukunda doğrudan uygulanabilirlikleri bulunmamakta olup ceza hukuku kapsamında dikkate alınması suç tipleri ile ilişkilendirilmesini gerekli kılar. Bu aşamada ancak ceza hukukuna ilişkin özgü yükümlülük ihlalden söz edilebilir (Arana, a.g.e., s. 82 vd.).

<sup>2559</sup> Herzberg, a.g.e., s. 33.

<sup>2560</sup> Bazı suçlar açısından (zimmet, görevi kötüye kullanma, işkence suçu gibi) kamu görevlisi, sağlık mesleği mensubu (doktor, eczacı, hemşire, diş doktoru gibi) (md. 280), bilirkişi (md. 276) olmak gibi özellikler bu niteliktedir.

<sup>2561</sup> Akbulut, a.g.m., s. 183.

<sup>2562</sup> Heinrich, a.g.e., s. 520; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 664. Doktrinde özgü suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin duruma eleştiri getirilmiştir. Özgü suçlara ilgili niteliği taşımayan kişinin ancak azmettiren veya yardım eden olabileceği sınırlandırılması isabetsizdir. Her özgü suça ilişkin tipik hareketin ilgili niteliği taşıyan kişi tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluk teşkil etmez. İcra hareketlerini ilgili niteliği taşımayan kişinin de gerçekleştirebileceği özgü suçlar da bulunmaktadır. Örneğin, zimmet suçunda fiilen mal edinmenin ilgili niteliği taşımayan kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür. Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 511; Evik, a.g.e., s. 332.

Özgü suçlara şerik olarak iştirakte öncelikle dikkate alınması gereken husus, şeriklerin özgü suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için suç tipinin gerektirdiği özel faillik niteliğini bilmeleri gerektiğidir. Zira şerikin kastı failin suçun kanuni tanımında belirtilen niteliğini de kapsamalıdır<sup>2563</sup>. Şerikin bu durumu bilmemesi halinde özgü suçtan dolayı sorumluluğu ortaya çıkmaz. Fiilleri başka bir suçu gerçekleştiriyorsa bundan dolayı sorumluluklarına gidilebilir; bununla birlikte suç oluşturmayan fiillerinden dolayı cezasızlık sonucu ortaya çıkar<sup>2564</sup>.

Doktrinde özgü suçlar kendi içinde ayrıma gidilerek ele alınmaktadır. Gerçek özgü suçlarda, fail ancak temel suç tipinde şart koşulan faillığe ilişkin özgü statüye sahip olan kişi olabilir<sup>2565</sup>. Bu suçlarda özel faillik niteliği suçun temel şekli bakımından kurucu unsurdur. İlgili niteliği taşımayan diğerleri ancak şerik olarak katılabilir. Diğer bir ifadeyle, gerçek özgü suçlarda suçun kanuni tanımında aranan özelliğe sahip olmayan kişi ne doğrudan fail, ne dolaylı fail, ne de müşterek fail olabilir<sup>2566</sup>. Zimmet ve görevi kötüye kullanma suçunun sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilecek olması<sup>2567</sup> bu

<sup>2563</sup> Akbulut, a.g.m., s. 186; Evik, a.g.e., s. 334; YCGK, E. 2018/11-189, K. 2019/350, T. 18.4.2019, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 12.05.2020. Y. 11. CD., E. 2018/2093 K. 2021/1374 T. 11.2.2021. Benzer şekilde 765 sayılı TCK'da özgü suçlara iştirak bakımından md. 66 düzenlemesine dikkat edilmesi gerekir. "...şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder." düzenlemesi uyarınca özgü suç için gerekli olan niteliğin failde bulunduğunu bilmeyen şerikin suçtan sorumlu tutulmaması gerekir, Çünkü o, sadece işlenmesini istediği suçtan dolayı katılmaktadır. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 486.

<sup>2564</sup> Akbulut, a.g.m., s. 186; Zafer, a.g.e., s. 558.

<sup>2565</sup> Akbulut, a.g.m., s. 184.

<sup>2566</sup> Akbulut, a.g.m., s. 185. Türk Ceza Kanununda işkence suçu bakımından bu kurala istisna getirilmiştir. TCK md. 94/4'e göre; "Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır." Bu maddede yer alan, "kamu görevlisi olma" niteliği suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline ilişkin kişisel neden değildir. Burada kamu görevlisi olma suç tipine ait kurucu unsur niteliği taşır. Bu nedenle özgü suça ilişkin bu yasal düzenleme suçun kurucu unsuru olan şahsi nedenin suça diğer iştirak edenlere sirayeti olarak kabul edilemez. Bu kapsamda kanun koyucunun amacı, işkence suçuna iştirak edenleri, kamu görevlisi gibi cezalandırmaktan ibarettir. Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 665.

<sup>2567</sup> "...İcra ettiği görevi gereği koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu belediye bütçesinden kamu görevlisi olmayan sanığa maaş ödemesi yapılmasını sağlamak suretiyle menfaat temin etmesi şeklinde kabul edilen eyleminin belediye başkanı bakımından zincirleme nitelikli zimmet, özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınmalıdır. Kamu görevlisi olmayan kişinin eylemlerinin ise zincirleme nitelikli zimmet suçuna azmettirme suçlarını oluşturacağı gözetilmelidir..." Y. 5. CD, E. 2013/14519, K. 2015/17312, T. 14.12.2015, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 11.10.2019.

niteliktedir<sup>2568</sup>. Garantör yükümlülüğünden<sup>2569</sup> dolayı gerçek olmayan ihmali suçlar da burada yer alır<sup>2570</sup>.

Gerçek olmayan özgü suçlar, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği ancak nitelikli halinin ancak özel faillik niteliği taşıyan kişinin gerçekleştirilebildiği suçlardır<sup>2571</sup>. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun (TCK md. 109) temel şekli herkes tarafından işlenebilirken, suçun daha fazla cezayı gerektiren şekli olarak kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi (TCK md. 109/3-d) ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir<sup>2572</sup>. Bu nedenle ilgili niteliğe sahip kişi ile sahip olmayan kişinin gerçek olmayan özgü suçu iştirak halinde işlemeleri, diğer bir ifadeyle fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurmaları söz konusu olduğunda ilgili niteliğe sahip olan suçun nitelikli halinden fail olarak sorumludur. Bununla birlikte ilgili niteliğe sahip olmayan suçun temel şeklinden dolayı sorumludur<sup>2573</sup>. TCK md. 40/2 kapsamında belirtilen özgü suç ifadesinin gerçek özgü suç bağlamında ele alınması gerekir. Bu nedenle görünüşte özgü suçlar bakımından nitelikli hallerin şeriklere sirayeti kapsamında değerlendirme yapılmalıdır<sup>2574</sup>. Bu kapsamda suç için gereken ilgili niteliği taşımayan kişi, bu niteliğe sahip kişinin gerçekleştirdiği suçun nitelikli şekline şerik olarak iştirak etmiştir<sup>2575</sup>.

<sup>2568</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 482.

<sup>2569</sup> Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük durumunun suç sistemindeki yeri tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre tipiklik kapsamında yer alan bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Ancak her durumda garantörlükten ortaya çıkan neticeyi önleme yükümlülüğü hukuka aykırılık alanına ait olmalıdır. *Kauffmann* bu yaklaşıma karşı çıkarak garantörlüğün tipiklik değil, hukuka aykırılık unsuru olduğunu kabul eder (Uthmann, a.g.e., s. 11). İhmali suçun faili garantörlük durumuna ilişkin bir şey bilmiyorsa, bu durumda buna ilişkin hatası hâkim görüşe göre tipiklik hatası olarak değerlendirilmelidir. Ancak garantörlük durumu hukuka aykırılık unsuru olarak kabul edildiğinde, hukuka aykırılığın objektif şartlarında hatası söz konusu olur. Bu da varsayımsal meşru savunmada hatanın konusudur. Bununla birlikte garantörlük durumuna ilişkin değil de garantörlük yükümlülüğüne ilişkin hata söz konusu ise burada gerçek bir haksızlık hatası mevcuttur. Uthmann, a.g.e., s. 12.

<sup>2570</sup> Welzel, a.g.e., s. 64; Hauf, a.g.e., s. 74.

<sup>2571</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 483; Akbulut, a.g.m., s. 186.

<sup>2572</sup> Zafer, a.g.e., s. 190.

<sup>2573</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 483; Akbulut, a.g.m., s. 186. Burada asli norm-tali norm ilişkisi ve asli normun önceliği ilkesi kapsamında ilgili niteliği taşımayan kişi sadece asli normdan sorumlu tutulacaktır. Özgenç, a.g.e. (2019), s. 583; Akbulut, a.g.m., s. 186. Ayrıca bkz. Manuel Cortes Rosa, "Teilnahme am unechten Sonderverbrechen", *ZStW*, 1978, ss. 413-441, s. 414 vd.

<sup>2574</sup> Zafer, a.g.e., s. 558. Buna ilişkin olarak kamu görevlisi tarafından TCK md. 204/2'de yer alan belgede sahtecilik suçu dikkate alındığında, bu suça faili azmettiren veya failin suçu işlemesi sırasında yardım eden kişinin sorumluluğunun TCK md. 204/1 kapsamında değil, TCK md. 204/2'ye şerik olarak iştirak etmek kapsamında ele alınması gerektiği yönünde bkz. Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 665.

<sup>2575</sup> *Maiwald*, ilgili niteliği taşımayan kişinin gerçek olmayan özgü suça şerik olarak iştirak etmesi durumunda ceza sorumluluğunun temel suça iştirak kapsamında belirlenmesine karşı çıkarak ilgili suçun haksızlık içeriğine dikkat çekmiştir. Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen kasten



İkilik sisteminde<sup>2576</sup> özgü suçlara iştirak alanında asıl önem arz eden husus, sadece yükümlülük ihlalinin faillliği temellendirmek bakımından yeterli olup olmadığıdır<sup>2577</sup>. Bu konuda doktrinde uzun zamana dayanan araştırmalar, özgü suçların genel suçlardan farklı yapısı nedeniyle<sup>2578</sup> faillik öğretisinde bunun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili olmuştur. Bu nedenle bunun temelinde yatan sebebin özgü suçların yapısal özelliğine dayandırıldığı görülmektedir. Özgü suçların salt tipiklik gruplandırması (*Tatbestandsgruppierung*) olarak kabul edilmesi durumunda suça iştirak, özgü suç yapısının sonuçlarından bağımsız olarak dikkate alınabilecektir. Bu yaklaşıma göre özgü suç bağımsız bir öneme sahip değildir. İlgili niteliğe sahip olmayan kişinin cezalandırılması bakımından genel iştirak kuralları dikkate alınmalıdır. Özgü suç faillik öğretisinde sadece yardımcı kavram olarak işlev görür. Faillik öğretisi dışında özgü suçlar ile genel suçlar arasında ayırım yapılamaz<sup>2579</sup>. Bu nedenle bu yaklaşım ilgili niteliği taşımayan kişinin de müşterek faillik şeklindeki katkısını mümkün görür<sup>2580</sup>. Bu kapsamda ilgili niteliği taşımayan kişinin<sup>2581</sup> sadece doğrudan faillliği dışlanabilir. Bunun

---

yaralamanın gerçek olmayan özgü suç olduğunu ve burada kamu görevlisi olmayan kişinin suça şerik olarak iştirak etmesi halinde sadece kasten yaralamaya iştirak kapsamında sorumlu tutulmaması gerektiğini aksine kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen kasten yaralamanın, suçun haksızlık içeriğini belirlediğini belirtmiştir. Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 898-899.

<sup>2576</sup> Tek faillik sisteminde özgü suçlar meselesi ikilik sisteminde olduğu şekliyle sorun arz etmez. Nitekim bu sistemin benimsendiği İtalyan ceza hukuku doktrininde baskın görüş, suça iştirak edenlerden herhangi birinde ilgili niteliğin bulunmasının özgü suçun işlenmesi bakımından yeterli olduğu yönündedir. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise faillik ile şeriklik ayırımına sebep olabilecek şekilde suç ancak ilgili niteliğe sahip kişi tarafından işlenebilir. Bu görüş tek faillik sistemi ile çelişki arz ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Weißer, a.g.e. (2011), s. 311 vd.).

<sup>2577</sup> *Roxin*, bu problemi kendisi tarafından yükümlülük suçları (*Pflichtdelikte*) olarak anılan kategoride ele almak istemiştir. Ona göre, faillik her zaman fiil hâkimiyetiyle temellendirilemez. Yazar hâkimiyet suçları ve yükümlülük suçları arasında ayırım yaparak özgü suçları fiil hâkimiyeti kapsamında değil, özel yükümlülük durumunun ihlalinde dikkate alır (*Roxin*, a.g.m. (JZ 1966), s. 298). Aynı yönde Ebert, a.g.e., s. 196; Arana, a.g.e., s. 71 vd.; Cortes Rosa, a.g.m., s. 425. Ayrıca bkz. Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 395 vd. Böylece *Roxin* fiil hâkimiyeti kriterinin faillik tespiti bakımından uygulanamayacağını belirtmiştir. Burada kanun tarafından aranılan özelliğin yerine getirilmesi faillik temellendirebilecektir. Yükümlülük suçları teorisini dikkate alan Alman yargı kararları için bkz. Arana, a.g.e., s. 40. Salt yükümlülük ihlalinin faillik bakımından dikkate alınmasının teşebbüs aşamasında kalan azmettirme düzenlemesi ile bağdaşmadığını ileri süren *Langer, Intraneus*'un teşebbüs aşamasında kalan azmettirmesinin de özgü yükümlülüğün ihlali anlamına geleceğini ve bu nedenle faillik niteliğindeki suça teşebbüsün söz konusu olacağını belirtmiştir. Langer, a.g.e., s. 224.

<sup>2578</sup> Doktrinde bir görüş fiil hâkimiyeti kriteri ile veya yükümlülük ihlali kriteri ile faillik ile şeriklik arasındaki ayırımın yapılamayacağını ve burada özel hükümlerde yer alan her bir suç bakımından ayrı faillik belirlenmesinin gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Böylelikle doktrinde tartışmaya yönelik farklı bir bakış açısı getirmiştir. Görüşe yönelik eleştiri için bkz. Arana, a.g.e., s. 135 vd.

<sup>2579</sup> Langer, a.g.e., s. 114-115.

<sup>2580</sup> Langer, a.g.e., s. 115.

<sup>2581</sup> Doktrinde bir görüş ise ilgili özgü niteliğe ilişkin ayırma giderek arka planda yer alanın faillikine ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Bu görüşe göre, kamu görevlisi olma objektif niteliktedir (*sachlicher Natur*). Bu nitelikte kamu görevlisi tarafından işlenen özgü suçta ilgili niteliğe sahip olmayan kişi bu niteliğe sahip kişiyi suçun işlenmesinde kullanırsa dolaylı fail olarak kabul edilir.

dışında diğer tüm iştirak şekillerinin gerçekleşmesi mümkündür<sup>2582</sup>. Bu bağlamda ilgili niteliğe sahip olan kişiyi özgü suçun işlenmesinde kullanan *Extraneus*'un fail olarak sorumlu tutulması gerekir<sup>2583</sup>. Türk hukukunda da bu yaklaşıma benzer görüşler yer almaktadır. Özgü suça ilişkin tipik hareketin bizzat ilgili niteliği haiz kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda benimsenmiş olduğunu<sup>2584</sup> belirtmekle birlikte, bu kabulün mantıki bir zorunluluğunun bulunmadığını<sup>2585</sup> ileri süren bir görüş, bu zorunluluğun sadece bizzat işlenebilen suçlar açısından geçerli olduğunu kabul etmektedir<sup>2586</sup>. Bununla birlikte bazı özgü suçların üçüncü kişi aracılığıyla da gerçekleştirilebileceğine örnek olarak zimmet suçunu gösteren yazarlar, bu suçun parçalara ayrılmış şekilde işlenebileceğini belirtmişlerdir<sup>2587</sup>.

Buna karşılık özgü suçları suçun görünüm şekli olarak ele alan yaklaşım ise suça katılan *Extraneus*'un cezalandırılabilirliğini sadece iştirake ilişkin genel hükümlere değil,

---

Bununla birlikte ilgili nitelik kişisel duruma (*persönlicher Natur*) ilişkin ise, bu durumda ilgili niteliği taşımayan kişinin dolaylı failliği kabul edilemez (Piotet, a.g.m., s. 35 vd.).

<sup>2582</sup> Bu sonucu kabul eden görüşlerin ileri sürdükleri argüman farklılaşmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Langer, a.g.e., s. 116 vd.

<sup>2583</sup> Langer, a.g.e. s. 115. Dolaylı faillik bakımından doğrudan faillikten farklı olarak fiilin nedenselliğine dikkat çeken görüşler, doğrudan faillikte olduğu gibi dolaylı faillikte de esas olanın neticeye sebebiyet vermek olduğuna vurgu yapmışlardır. Bu anlamda ilgili niteliğe sahip olan kişi tarafından bu niteliğe sahip olmayan kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde de dolaylı failliğin kabul edilmesi gerekir. Bu dönemde özellikle cezalandırma üzerinden bu kabulün meşruluğuna dikkat çekilmiştir. Akıl hastası bir kamu görevlisinin bu niteliğe sahip olmayan bir kişi tarafından özgü suçu işlemeye yönlendirilmesi halinde arka planda yer alanın sadece ilgili niteliğe sahip olmadığı için cezasız kalmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Langer, a.g.e., s. 116.

<sup>2584</sup> İlgili düzenlemeden özgü niteliği haiz olanların sadece fail olarak suça iştirak edebileceklerinin anlaşılması nedeniyle söz konusu düzenlemede ifade hatasının bulunduğu yönünde görüş için bkz. İçel, a.g.e., s. 492.

<sup>2585</sup> Aydın, a.g.e., s. 271. İçel, bu düzenleme ile ilgili niteliğe sahip olmayanların ilgili suç kapsamında adeta kayırılmış olacaklarını ileri sürmüştür. İçel, a.g.e., s. 492.

<sup>2586</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 349. Yazarlar yalan yere yemin ve askerlikten firar suçlarının bizzat işlenebilen suçlar kapsamında sadece ilgili niteliğe sahip kişiler tarafından işlenebileceği örneğini vermişlerdir (Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 349). Bu yönde görüş için ayrıca bkz. İçel, a.g.e., s. 492; Demirbaş, a.g.e., s. 522 vd.; Evik, a.g.e., s. 330.

<sup>2587</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 350. Benzer yönde görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s. 349; Özkan, a.g.e., s. 281. Yazarlar tarafından konuya ilişkin verilen örnek şu şekildedir: “(A) ve (B) birlikte (D)'nin evine girerek televizyonu alırlar. Burada, (A) ve (B) suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte işlemektedirler, öyleyse her ikisi de fail olarak sorumlu olur. (A) kamu görevlisi olsun. İşyerinde kendisine zimmetli olan televizyonu (B) ile birlikte alarak evine götürdüğünde, fiil yukarıdaki ile aynı olmasına rağmen (A) özel faillik niteliği taşıdığından fail olacak; özgü suçun işlenişine iştirak eden (B) bu kez suçtan yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.” Yazarlar bu olay bağlamında (B)'nin aynı fiili gerçekleştirilmesine rağmen farklı ceza ile cezalandırılması gerekeceğini belirterek, bunun kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geleceğini ileri sürmüşlerdir. Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s. 349.

aynı zamanda özgü suçun yapısına<sup>2588</sup> dayandırarak açıklamaya yönelmiştir<sup>2589</sup>. Sadece faillik değil, iştirake ilişkin diğer durumlar da genel suçlardan farklı şekilde ele alınmalıdır. Özgü suçlar kanun koyucunun gerektirdiği özel yükümlülüğün ihlali ile ilişkili olduğundan buna sahip olmayan iştirak eden suçun elverişsiz süjesi olarak ele alınmalıdır<sup>2590</sup>. Böylelikle ilgili niteliğe sahip olmayan kişinin sadece doğrudan failliği değil, ayrıca müşterek ve dolaylı failliği de dışlanır. Bu yaklaşımın günümüze yansımalarının, failliğin tespitinde, ne fiil hâkimiyetini ne de yükümlülük ihlalini ölçü olarak ele alan yaklaşım olduğu kabul edilebilir. Bu görüşe göre, failliği her iki kriter belirleyebileceği gibi, faillik bakımından yükümlülük ihlali tek başına da dikkate alınabilir. Bununla birlikte bu iki kriterin birbiriyle ilişkisinin ne şekilde değerlendirileceği konusunda yaklaşım çerçevesinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre fiil hâkimiyeti esas kriter olarak benimsenirken; yükümlülük ihlali tamamlayıcı nitelik taşır<sup>2591</sup>. Diğer bir görüş ise, özgü suçların bağımsız suç tipleri olduğundan hareketle esas kriterin yükümlülük ihlali olduğunu kabul eder<sup>2592</sup>. Son yaklaşım ise her iki kriterin eşdeğerde ele alınması gereğinden hareket eder. Bu kapsamda özgü suçlarda da failliğin belirlenmesi bakımından esas kriterin fiil hâkimiyeti olduğunu belirten bir görüş, fiil hâkimiyetinin her zaman yeterli olamayacağını kabul ederek kanunda faillik alanının sınırlandığı suçlar bakımından bu hususun dikkate alınması gerektiğinin altını çizer. Özgü yükümlülük sahibi kişinin fail olarak kabulü ancak suça ilişkin icra hareketlerini kısmen veya tamamen gerçekleştirme halinde mümkündür. Bu nedenle her özgü niteliğe sahip olan kişi sadece bu niteliğe sahip olmasından ötürü fail olamaz<sup>2593</sup>. Burada görüldüğü üzere, yükümlülük ihlali sadece tamamlayıcı bir işlev yerine getirir. Buna karşılık hâkimiyet düşüncesini tamamlayıcı nitelik olarak dikkate

<sup>2588</sup> Özgü suçlarda suça fail olarak veya şerik olarak iştirak edenlerin cezalandırılabilmesi için ilgili niteliğe sahip olması gerektiği görüşü için bkz. Bambach, Sonderdelikt, s. 92 vd.'dan aktaran Langer, a.g.e., s. 151. Özgü suçlarda korunan hukuki değer sadece belirli kişiler tarafından ihlal edilebilen hukuki değerle sınırlı olmadığını belirten görüş ise özgü suçlarda çifte hukuki değer teorisi olarak adlandırıldığı yaklaşımında ayrıca suça iştirak eden ve fakat ilgili niteliği taşımayan kişilerin de ihlal edeceği genel hukuki değer bulunduğunu belirtmiştir. Aktaran Langer, a.g.e., s. 191 vd.

<sup>2589</sup> Langer, a.g.e., s. 139.

<sup>2590</sup> Langer, a.g.e., s. 141. Bu görüşü savunanlar ACK md. 271'de düzenlenen suçu argüman olarak dikkate almışlardır. Eğer ilgili niteliğe sahip kişi aracılığıyla *Extraneus*'un fiili dolaylı fail olarak gerçekleştirme mümkün olsaydı, kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmesine gerek olmazdı. Çünkü bu suçta resmi belgelerin dolaylı olarak gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmesine yer verilmiştir. Roeder, ZStW Bd.69, s. 240'tan aktaran Langer, a.g.e., s. 142.

<sup>2591</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652.

<sup>2592</sup> Bloy, a.g.e., s. 230 vd.

<sup>2593</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652. Benzer yönde bkz. Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 257.

alan görüş, özgü suçları bağımsız suçlar olarak dikkate alarak yükümlülük ihlalini faillik kriteri olarak tanıır<sup>2594</sup>.

Özgü suçlarda hem faillik niteliğinin hem de suça ilişkin icranın birlikte gerçekleşmesi gerekliliği bakımından bunların ayrı kişilerce yerine getirilmesi halinde suça katılanların ceza sorumluluklarının belirlenmesine yönelik *Stratenwerth* bu durumu “iştirak şekillerinin karma formu” (*Mischform der Beteiligungsformen*) olarak adlandırmaktadır<sup>2595</sup>. Hem failliğin hem de azmettirmenin unsurlarının ortaya çıkmasıyla suça iştirak rollerinin iç içe geçmesi durumu oluşur. Özellik arz eden husus, suç tipinde fiilin tarif edilip edilmediğidir. İlgili suç tipinde (işkence suçu bu niteliktedir) fiil tarif edilmişse, bu suç ilgili niteliğe sahip kişi tarafından, tarif edilen fiilin gerçekleştirilmesini gerektirir<sup>2596</sup>. Bu durumda yükümlülük ihlalinin yanı sıra fiil hâkimiyeti de gerekli olacaktır<sup>2597</sup>. Bununla birlikte görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi suç tipinde yükümlülüğün ihlalini sağlayan hareketin tarif edilmediği durumda sadece yükümlülüğün ihlali failliği ortaya çıkaracaktır<sup>2598</sup>. Böylelikle suç tipinde hukuki değer ne şekilde ihlal edilebileceğine ilişkin icra hareketlerine yer verilen suçlarda özgü suç olmakla birlikte fiil hâkimiyeti kriteri öne çıkar<sup>2599</sup>. Türk doktrininde TCK’nın da bu yaklaşımı

<sup>2594</sup> Bloy, a.g.e., s. 230. Yazarın özgü suçlar alanında salt fiil hâkimiyetini savunanlara yönelik eleştirisi için bkz. a.g.e., s. 233. *Bloy*, hâkimiyet suçlarını özgü suçlardan ayırdıktan sonra özgü suçları da kendi içinde salt özgü suçlar ve karma özgü suçlar şeklinde ayırarak değerlendirmiştir (Bloy, a.g.e., s. 213 vd.). *Bloy* da *Roxin* gibi hâkimiyet suçları ile yükümlülük suçları arasında ayrıma gitmektedir. Ancak *Roxin*’den farklı olarak her iki suç türünün karma şeklini kabul eder (Bloy, a.g.e., s. 230 vd.). Yazar hâkimiyet suçları bakımından failliğin belirlenmesinde fiil hâkimiyeti kriterinden hareket eder. Bununla birlikte yükümlülük suçları bakımından sadece, kanun tarafından aranan yükümlülüğün ihlali belirleyicidir. Karma şekli bakımından ise her iki faillik kriterinin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bloy, a.g.e., s. 232.

<sup>2595</sup> *Stratenwerth*, a.g.e., s. 227-228. İlgili niteliğe sahip olan kişinin bu niteliğe sahip olmayan kişiyi suça sevk etmesi durumunda arka planda yer alanın faillik ve şeriklik dışında üçüncü bir iştirak türü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. *Riemer*, a.g.e., s. 84.

<sup>2596</sup> Doktrinde özgü suça ilişkin tipik harekete suç tanımında yer verilip verilmediğine göre faillik tespiti bakımından bir ayırım yapılmasına eleştiri getirilmiştir. Bu görüşe göre, ilgili suçlarda tipik harekete yer verilmesinin nedeni anayasal nitelikteki belirlilik ilkesi gereğince cezalandırılan hareketlerin sınırlanmasına yöneliktir. Suça ilişkin hukuki değer her türlü saldırıya karşı değil kanunda belirtilen şekilde gerçekleştirilen saldırılara karşı korunması da bu bağlamda ele alınmalıdır. *Javier Sánchez-Vera*, a.g.e., s. 140.

<sup>2597</sup> *Akbulut*, a.g.m., s. 185.

<sup>2598</sup> *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 229; *Bloy*, a.g.e., s. 231. Yazarlar, ACK md. 348’de yer alan kamu görevlisinin resmi belge düzenleme suçunun suç tipinde tipik hareketlere yer verildiği için sadece yükümlülük ihlali ile failliğin kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Türk hukukunda bu yaklaşım için bkz. *Akbulut*, a.g.m., s. 185.

<sup>2599</sup> Bununla birlikte ACK md. 340’ta bu kabule aykırılık taşıyan bir düzenleme yer almaktadır. Kamu görevlisinin görevi sırasında gerçekleştirdiği yaralama fiilini düzenleyen bu suç tipinde icra hareketlerine yer verilmiştir. Bununla birlikte Kanun ifadesinde “görevini yerine getirirken... yaralama suçu işleyen veya bir başka kişiye işleten...” kamu görevlisinin cezalandırılacağı

benimsediğine ilişkin olarak madde gerekçesine dikkat çekilmektedir. Nitekim gerekçede özel faillik niteliğine sahip olmanın özgü suçun faili olmak için yeterli olmayabileceği, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulmasının gerekli olabileceğine yer verilmiştir<sup>2600</sup>. Gerekçede bu kapsamda ele alınan suç, resmi belgede sahtecilik suçu olmuştur. Bu suç gerçek olmayan özgü suç olduğundan kanun koyucunun gerçek özgü suçlar ile gerçek olmayan özgü suçlar bakımından ayırım öngördüğünü söylemek mümkündür.

Bu bağlamda kabul edilecek sonuç, konuya ilişkin özellikle azmettirme ile dolaylı faillik bakımından etki etmektedir. Zira tek başına yükümlülük ihlalini faillik bakımından yeterli görmek ile bunun yanı sıra icra hareketlerine ilişkin fiil hâkimiyetinin de bulunması gerektiğini kabul etmek farklı sonuçları ortaya çıkaracaktır<sup>2601</sup>. İlgili niteliğe sahip olmayan kişinin ilgili niteliğe sahip kişiyi suçun işlenmesinde kullanması durumu veya ilgili niteliğe sahip kişinin suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirmesi için ilgili niteliğe sahip olmayan kişiyi suça sevk etmesi durumu görüş farklılığının çok fazla olduğu konuları teşkil etmektedir. Bu konuyu ayrı bir başlık altında incelemek konunun anlaşılması bakımından daha faydalı olacaktır.

## **2. İlgili Niteliğe Sahip Olmayan Kişinin İlgili Niteliğe Sahip Olan Tarafından Suçun İşlenmesinde Kullanılması Durumu (*Qualifikationsloses Werkzeug*)**

Konuya ilişkin özel niteliğe sahip olan arka plandaki kişinin ön plandaki kişi üzerinde hâkimiyet kurduğu (hata, cebir gibi) durumların dolaylı faillik kapsamında yer aldığına ilişkin sorun yoktur. Sorun teşkil eden araç kişinin olayın farkında olduğu ve iradi olarak ve kasten hareket ettiği durumlardır<sup>2602</sup>. Bu bağlamda bağlılık kuralının özgü suçlardaki etkisi söz konusudur<sup>2603</sup>. Özel faillik niteliğini taşımayan kişinin, özel faillik niteliğini taşıyan kişi tarafından suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde, özel faillik niteliğini taşımayan kişi (*Extraneus-qualifikationslosen dolosen Werkzeugs*)<sup>2604</sup>

---

belirtilmiştir. Kanun ifadesinden de anlaşılacağı üzere özgü yükümlülük sahibi kamu görevlisinin suç tipindeki icra hareketlerini bir başkası aracılığıyla gerçekleştirmesi halinde de işlenen suçtan dolayı fail olarak cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>2600</sup> Akbulut, a.g.m., s. 185.

<sup>2601</sup> Akbulut, a.g.m., s. 185.

<sup>2602</sup> Murmann, a.g.m., s. 322.

<sup>2603</sup> Weißer, a.g.e. (2011), s. 118.

<sup>2604</sup> Murmann, ilgili niteliği taşımayan kişiyi, özgü suçlar alanında tipik olarak hareket etmeyen (*tatbestandslos Handelnden Werkzeug*) araç olarak alt sınıfa ayırmaktadır. Murmann, a.g.m., s. 322.

fail olarak kabul edilemeyeceğinden, arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumluluğunun gündeme gelmesi tartışmalara neden olmuştur<sup>2605</sup>.

#### **a. Fiil Hâkimiyeti Yaklaşımı**

Özgü suçlar alanında fiil hâkimiyeti çerçevesinde değerlendirme yapan görüş, özgü suçun farklı yapısını dikkate almakla birlikte fiil hâkimiyetinden de vazgeçmemiştir<sup>2606</sup>. Fiil hâkimiyeti bulunmayan *Intraneus*'un fiil hâkimiyeti olan *Extraneus*'u suçun işlenmesinde kullanması durumuna ilişkin tartışmanın geçmişine bakıldığında dogmatik açıdan münhasıran dolaylı faillik kurumunu meşrulaştırmayı içeren bir çerçevede incelendiği görülmektedir<sup>2607</sup>. Bu bağlamda *Welzel* ve *Gallas*'ın görüşleri ön plana çıkmaktadır<sup>2608</sup>. Daha sonra ise *Jescheck/Weigend* tarafından konu normatif fiil hâkimiyeti kapsamında incelenmiştir<sup>2609</sup>. Özgü yükümlülük sahibinin bu niteliğe sahip olmayan birini suçun işlenmesinde kullanması halinde icra hareketlerini gerçekleştiren fiil hâkimiyetine sahip olsa bile özgü yükümlülüğe sahip olmadığından dolayı fail olamaz<sup>2610</sup>. *Extraneus* fail olmadığından, *Intraneus* da azmettiren olamaz<sup>2611</sup>. Görüşü savunanlar, dolaylı failliğin uygulama alanına, fiil hâkimiyeti kavramının genişletilmesi yoluyla, bu tarz durumların da dâhil edilmesinin çarelerini aramışlardır<sup>2612</sup>.

Bu bağlamda benimsenen görüş, ortaya çıkan bu boşluğu kapatmak için *Intraneus*'un dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir<sup>2613</sup>. Özgü yükümlülük sahibinin cezasızlığını ve böylece aynı şekilde suça ilişkin hareketleri gerçekleştiren ve fakat özgü yükümlülük sahibi olmayan kişinin cezasızlığını engellemek için failliğin temellendirilmesine ilişkin spesifik yükümlülük konumuna bağlantı

<sup>2605</sup> Herzberg, a.g.e., s. 32.

<sup>2606</sup> Welzel, a.g.m. (1939), s. 543; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 670. Ayrıca bkz. Hünerfeld, a.g.m. (1987), s. 239; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 196.

<sup>2607</sup> Bloy, a.g.e., s. 238.

<sup>2608</sup> Nitekim *Welzel* ilgili niteliğe sahip olan kamu görevlisinin bu niteliğe sahip olmayan kişiyi belgede sahtecilik (ACK md. 348) suçuna sevk etmesi halinde kamu görevlisinin fail olduğunu ve fakat ön planda yer alan suça ilişkin failliğin objektif-kişisel unsuru olarak kamu görevlisi olma niteliğine sahip olmadığından dolayı yardım eden olduğunu ileri sürmüştür. *Welzel*, a.g.e., s. 104.

<sup>2609</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 670.

<sup>2610</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 776; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 265; Kühl, a.g.e., s. 776 vd. *Krey/Esser*, bu yaklaşımın hukuka uygun olmadığını belirtmişlerdir (Krey/Esser, a.g.e., s. 392). *Gallas* da bu çözümü isabetli bulmaz. *Gallas*, a.g.e., s. 101.

<sup>2611</sup> Schroeder, a.g.e., s. 88.

<sup>2612</sup> Herzberg, a.g.e., s. 32.

<sup>2613</sup> Jescheck/Weigend, s. 670; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 229.

yapılmaktadır<sup>2614</sup>. Fiil hâkimiyeti öğretisi temelinde dikkat edilmesi gereken, özgü yükümlülüğün hangi kapsamda suça etki ettiğine ve özgü yükümlülük sahibinin hangi kapsamda olaya hâkim olabildiğine bağlı olduğudur. Örneğin, ACK md. 266'da yer alan özgü suç<sup>2615</sup> sadece malvarlığı idaresi yükümlülüğünün ihlaline dayanır. Bu nedenle özgü yükümlülüğe sahip olmayan birinin kullanılmasıyla da faillik niteliğinde etki etmesi mümkündür<sup>2616</sup>. Arka planda yer alanın neticeye etki eden tipiklik özelindeki yükümlülük ihlali fiil hâkimiyeti olmaksızın failliğini temellendirmektedir<sup>2617</sup>. Bu durumda doğrudan icra hareketlerini gerçekleştirenin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir<sup>2618</sup>. Arka plandaki kişi suça ilişkin olayı sahip olduğu nitelik sayesinde elinde tutabildiği için sosyal veya normatif anlaşılabilir bir fiil hâkimiyetine sahiptir<sup>2619</sup>. Suç araç kişi tarafından işlenemeyeceğinden ve sadece özel yükümlülüğe sahip kişi suç karakteristiğini verebileceğinden dolayı arka plandaki kişinin normatif anlamda süreç üzerindeki hâkimiyetini kabul etmek gerekir<sup>2620</sup>. Belirleyici nokta özgü suçun özelliğini gerçekleştiren arka plandaki kişinin hukuki konumunun, ona tipikliği planlı şekilde yönetme olasılığını vermesidir<sup>2621</sup>. Burada *Welzel*'in dolaylı faillik bakımından aradığı

<sup>2614</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 109. Bu bağlamda farklı bir görüş ise *Puppe* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar arka planda yer alan *Intraneus*'un dolaylı failliğini hukuki değere yönelik saldırı üzerinde hâkimiyet şeklinde açıklamıştır. Görüşe yönelik eleştiri için bkz. Arana, a.g.e., s. 165.

<sup>2615</sup> Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltme suçu bağlamında verilen örnek şu şekildedir: Yurt dışında bulunan ve hakkında icra takibi başlanan (A), evindeki mücevherlerin haczedilmesine engel olmak amacıyla evin anahtarını bıraktığı arkadaşı (B)'den mücevherleri almasını ve saklamasını ister. Bu doğrultuda (B) eve girer ve mücevherleri alır (Herzberg, a.g.e., s. 31). ACK md. 266'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu TCK md. 155/2'de karşılık bulmaktadır: “*Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*”

<sup>2616</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 776. Yazarlar bu durumda doğrudan faillik kapsamında değerlendirme yapmışlardır.

<sup>2617</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 109.

<sup>2618</sup> Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 153. Yazar bu kabulün ilgili niteliği taşımayan katılanın gerçek olmayan özgü suça katılımı halinde temel suç tipine azmettirme veya yardım etmeden dolayı cezalandırılması gerektiği kabulü ile çeliştiğini ve özel kişisel unsurlar (ACK md. 28) düzenlemesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 153.

<sup>2619</sup> Herzberg, a.g.e., s. 32. Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 670. Doktrinde bu görüş, normatif-psikolojik veya sosyal fiil hâkimiyeti anlamında failliğin genişletilmesinin geçerli olamayacağı, tipiklik dışı yükümlülüğün ihlalinin suç tipinde tespit edilen faillik niteliği üzerinde belirleyici olamayacağı ve aynı şekilde böyle bir yükümlülüğün azmettirme ve yardım etme hükümlerinin kullanılmamasını gerekçelendiremeyeceği şeklindeki kabule yol açamayacağı gerekçe gösterilerek eleştirilmiştir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 231.

<sup>2620</sup> Murmann, a.g.m., s. 322; Kühl, a.g.e., s. 777; Bringewat, a.g.e., s. 312.

<sup>2621</sup> Welzel, a.g.e., s. 104; Rengier, a.g.e., s. 354; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 777.

gereklilik olarak araç kişinin arka planda yer alanın karşısında daha alt konumda (*unterlegene Stellung*) yer alması ön plana çıkmaktadır<sup>2622</sup>.

*Gallas* özgü suçlarda *Intraneus*'un, ilgili niteliği taşımayan kişiyi suçun işlenmesinde kullanması halinde azmettiren olarak sorumluluğunun söz konusu olmadığını, fail olarak sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir<sup>2623</sup>. Böylelikle *Gallas* özgü suçlarda fiil üzerinde hâkimiyet kurabilmek bakımından ilgili niteliğin de icra hareketlerini gerçekleştirirken bulunmasını aramaktadır<sup>2624</sup>. *Gallas*'a göre *Extraneus* fiilin işlenişi üzerinde önemli ölçüde etkili olabilir. Ancak fiil üzerinde kendi hâkimiyetini kuramaz. Yalnızca olay seyri üzerindeki etkinin yoğunluğu değil, aynı zamanda suç tipinde aranan özellik de dikkate alınacaktır. Zira suç tipinin haksızlık içeriği ya failin fiili bizzat icra etmesine veya aranan objektif veya sübjektif özel niteliğin bulunmasına bağlıdır<sup>2625</sup>. Böyle bir durumda arka planda yer alanın hâkim konumunun fiilin bütünü bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğinden hareket ederek suçu karakterize eden unsura arka plandaki kişinin sahip olması nedeniyle her ne kadar ön planda yer alan üzerinde hâkimiyeti bulunmasa da bütün olarak fiile hâkim konumda olduğu kabul edilmelidir. Arka planda yer alanın bu niteliği bulunmasaydı, ön planda yer alanın gerçekleştirdiği hareket ceza hukuku bakımından anlam taşımayacaktı<sup>2626</sup>. Bu nedenle arka plandakinin katkısı bir başkasını suça sevk etme şeklinde azmettirmeye indirgenemez. Burada kendine özgü bir katılım şekli olduğunu ifade eden *Gallas*<sup>2627</sup>, bunun dolaylı faillikten ziyade müşterek faillığe daha yakın olduğunu belirtmiş ve bunu müşterek faillığe yaklaşan dolaylı faillik şeklinde ifade etmiştir<sup>2628</sup>.

<sup>2622</sup> Welzel, a.g.e., s. 105. *Roxin*'in görüşe ilişkin eleştirisi için bkz. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 254.

<sup>2623</sup> Gallas, a.g.e., s. 100.

<sup>2624</sup> Gallas, a.g.e., s. 97. Yazar, ilgili niteliğe sahip olmayan ve icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin yardım eden olarak sorumluluğu söz konusu olabileceğini belirtmekle birlikte böyle bir kabulün esas fiil bulunmadığı sürece makul olmayacağını belirtir. Gallas, a.g.e., s. 102.

<sup>2625</sup> Gallas, a.g.e., s. 97, 139.

<sup>2626</sup> Gallas, a.g.e., s. 100 vd. *Welzel* faillik için önce olay seyri üzerinde hâkimiyetinin bulunup bulunmadığının tespitinden sonra özel faillik niteliğinin araştırılması gerektiğini belirtir iken; *Gallas* ancak bu söz konusu niteliğin bulunması halinde fiil üzerinde hâkimiyetin kurulabileceği fikrindedir. Özgenç, a.g.e. (1996), s. 96.

<sup>2627</sup> *Gallas* kanun değişikliği önerisi kapsamında faillik tanımını şu şekilde yapmıştır: Fiili bizzat gerçekleştiren veya kastı bulunmayan ya da kastı bulunmakla birlikte kusuru bulunmayan veya kanun tarafından cezalandırılabilmenin bağlı kılındığı özel kişisel unsuru ya da amacı (*Absicht*) bulunmayan kişinin yardımıyla gerçekleştiren kişidir. Gallas, a.g.e., s. 128.

<sup>2628</sup> Gallas, a.g.e., s. 102. Bununla birlikte *Bloy*, bu durumda faillığe ilişkin farklı unsurların (fiil hâkimiyeti ve objektif yükümlülük ihlali) farklı kişilerde bulunması sonucunun ortaya çıkacağını ve bu şekilde tipik haksızlığın unsurlarının parçalanmasının söz konusu olacağını belirterek yaklaşıma karşı çıkar. *Bloy*, a.g.m. (ZStW 2005), s. 23.



Doktrinde özgü suçlarda fiil hâkimiyetinin esas alınarak arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesine yönelik eleştiri getirilmiştir. Özgü suçlarda arka plandaki ilgili niteliğe sahip kişi (*Intraneus*) olay seyrine birlikte hâkim olmayıp aksine sadece sebep olduğu sürece, bu normatif unsurun eksik olan fiil hâkimiyetinin yerine geçemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>2629</sup>. Dolaylı faillik kanun düzenlemesine göre tipikliğin bizzat değil, dolaylı olarak gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. Ancak bu, suç tipinin anlamının değiştirilmesine olanak sağlamaz. Bu şekilde suç tipinin geniş yorumlanması belirlilik ilkesinin ihlaline neden olur. Fiil hâkimiyeti kavramı gerçek bir hâkimiyet ilişkisini gerektirir. Bu nedenle arka plandaki kişinin sadece ilgili niteliğe sahip olması veya suç tipinde aranan amacı taşıması ona fiil hâkimiyetine sahip olma durumunu sağlamaz<sup>2630</sup>. Zira hâkimiyeti ne özel bir hâkimiyet durumuna (cebir, tehdit) dayanmaktadır ne de failliğin genel şartları temelinde fiil hâkimiyeti tanınabilmektedir<sup>2631</sup>. *Intraneus Extraneus*'un üzerinde, araç kişi gibi fiil hâkimiyetine sahip olmadığından, özgü yükümlülüğü de tipikliği gerçekleştirmez ve böylece hareket unsurundan söz edilemez<sup>2632</sup>. Özgü yükümlülüğe sahip olmanın tek başına arka planda yer alan kişiye fiil hâkimiyeti kazandırmayacağından tam sorumlu olarak hareket eden kişi üzerinden gerçekleşen bir dolaylı failliği de temellendiremez<sup>2633</sup>. Dolayısıyla arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti olduğundan dolaylı failliğini kabul etmek gerektiğine yönelik çabalar aksi ihtimalde ortaya çıkacak ceza boşluklarını kapatmaya yöneliktir, ancak bu kanun koyucunun dikkate alması gereken bir husustur<sup>2634</sup>.

<sup>2629</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 777. Normatif fiil kavramından hareketle arka plandaki *Intraneus*'un dolaylı fail olarak kabul edilemeyeceği yönünde Bloy, a.g.e., s. 213; Schroeder, a.g.e., s. 88; Krey/Essler, a.g.e., s. 392. Yaklaşımına yönelik eleştiri için ayrıca bkz. Herzberg, a.g.e., s. 32; Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 399; Stratenwerth, a.g.e., s. 227; Sánchez-Vera, a.g.e., s. 163.

<sup>2630</sup> Noltenius, a.g.e., s. 241. Benzer şekilde *Hake*'ye göre normatif fiil hâkimiyeti öncülüğünde *Intraneus*'un cezalandırılması sonucuna ulaşan yaklaşımların esas amacı oluşan ceza boşluklarının ortadan kaldırılmasına ilişkindir. Dolaylı failliğin cezayı temellendiren durumların ön plandaki kişide bulunmamasıyla sınırlandırılması hukuka uygun değildir. Mantık gereği cezayı artıran unsurların eksik olması durumunda da arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin kabul edilmesi gerekirdi. Normatif fiil hâkimiyeti kriterinin kabul edilmesi halinde dolaylı failliğin uygulama alanı esaslı şekilde genişletilmiş olacaktır. Hake, a.g.e., s. 172.

<sup>2631</sup> Zieschang, a.g.m., s. 516-517. *Zieschang*, yükümlülük suçlarında faillik ve şeriklik ayrımında fiil hâkimiyeti kavramından vazgeçilmesinin özellikle birden fazla yükümlülük sahibi olan kişinin suçu iştirak halinde işlemeleri durumunda problem ortaya çıkaracağını belirtmiştir. Yazar, yükümlülük sahibi olmanın faillik ile şeriklik ayrımı bakımından belirleyici kriter olamayacağından söz konusu yaklaşımın hepsinin fail olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklinde adil olmayan sonuçlara zemin hazırladığına vurgu yapmıştır. Zieschang, a.g.m., s. 517.

<sup>2632</sup> Herzberg, a.g.e., s. 32.

<sup>2633</sup> Schroeder, a.g.e., s. 164 vd.; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 229 vd.

<sup>2634</sup> Otto, a.g.e. (AT), s. 295. Aynı yönde Zieschang, a.g.m., s. 518.

*Gallas*'ın yaklaşımına<sup>2635</sup> yönelik olarak *Nowakowski*'nin ileri sürdüğü itiraz ise, arka plandaki kişinin özel yükümlülük ihlalinin onu spesifik bir değersizlikle suçlamaya yönelik olduğu, bununla birlikte arka plandaki kişiyi söz konusu fiil seyrinin merkezine yerleştirmedeği, diğer bir ifadeyle onu fiilin hâkimi konumuna getirmedeği şeklindedir<sup>2636</sup>. Benzer şekilde *Roxin*'e göre, böyle bir durumda fiile ilişkin planın icra edilip edilmeyeceğinin arka plandaki kişinin sahip olduğu özel niteliğe bağlı olmadığını, aksine ön planda yer alanın suçu icraya yönelik baskı ve zorlama altında olmaksızın verdiği karara bağlı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca burada birbirinden farklı şekilde ele alınması gereken iki hususun bulunduğunu, özel niteliğin sadece ilgili kişiyi özgü suç faili yapabileceğini bununla birlikte somut olayda fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığının başka bir konu olduğunu ifade etmiştir<sup>2637</sup>.

### ***b. Roxin'in Yükümlülük Suçları Yaklaşımı***

*Roxin* ilgili durumun fiil hâkimiyeti üzerinden temellendirilmesine ve bunun sonucunda faillik kabulüne karşı çıkmıştır. *Roxin*, fiil hâkimiyeti ile özel faillik unsurları arasında keskin bir ayırım olduğunu ve bunların birbirinin yerine geçmesinin söz konusu olmadığını vurgulamıştır<sup>2638</sup>. Hâkimiyet gerçek olayla ilişkilidir, bununla birlikte

<sup>2635</sup> *Gallas*'ın yanı sıra *Lange*'nin de özel niteliğin normatif fiil hâkimiyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, özgü suçlarda nitelikli hale sahip olanın fiilin hâkimi olabileceği çünkü onun tarafından ancak tipikliğin özel suç içeriğinin gerçekleştirilebileceği şeklindeki açıklaması kabul görmemiştir. Aktaran *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 256.

<sup>2636</sup> Aktaran *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 255.

<sup>2637</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 255. *Gallas*'ın, sonrasında sorun teşkil eden bu gerekçelendirmesine yönelik olarak geliştirdiği kendine özgü bir işleniş şeklinin söz konusu olduğu ve burada dolaylı faillikten daha ziyade müşterek faillığe yakın olan bir katılımdan söz edilmesi gerektiği yönündeki çözümünü *Roxin* tarafından kabul görmemiştir. Yazar, müşterek faillik bakımından aranan asgari şartın burada gerçekleşmediğini, arka planda yer alanın kısmen dahi fiil hâkimiyetine sahip olmadığını belirtmiştir. *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 256.

<sup>2638</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 256. *Jakobs* da suça iştirak bakımından herkes tarafından işlenebilen suçlar ile özgü suçlar arasındaki ayırma vurgu yapmıştır. Problemin herkes tarafından işlenen suçlar ile özgü suçlar arasında farklılığın dikkate alınmamasından kaynaklandığını ileri süren *Jakobs*, özgü suçlarda çözümün, herkes tarafından işlenen suçlardaki çözümle aynı kapsamda ele alınmasının doğru olmadığını belirtmiştir. Tüm durumlarda ya sadece dolaylı failliğin ya da sadece şerikliğin dikkate alınmasını doğru bulmamaktadır (*Jakobs*, a.g.e., s. 662 vd.). Özel hükümlerde tanımlandığı gibi tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik yasak şeriki asla aşmaz; aksine sadece şerikliğe ilişkin düzenlemeler aracılığıyla yasağın genişletilmesi söz konusu olur. Özgü suçlara şerik olarak katılımın da dar anlamda bu genişlemenin bir sonucu olduğu sonucuna varılmıştır. Bu sonuca göre, her durumda cezalandırmanın genişlemesinin söz konusu olduğu doğrudur. Bununla birlikte bu genişleme özgü suçlarda herkes tarafından işlenebilen suçlardakinden farklı bir içeriğe sahiptir. Özgü suçlarda esas fiil şeriki aslında onu hiç ilgilendirmeyen bir kurumla bağlar. Buna nazaran herkes tarafından işlenebilen suçlarda şerikin bu statüye sahip olmasına gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, özgü suçlarda şeriklik rol ayırımına rağmen isnadiyete sebep olur. Buna karşılık herkes tarafından işlenebilen suçlarda iş bölümüne rağmen isnadiyete yol açar. Özgü suçlarda şeriklik düzenlemeleri sadece norma aykırı davranış alanında genişlemez, aksine muhatap alanı bakımından da genişler. Bu genişleme

yükümlülük normla ilişkilidir. Bu nedenle birini diğerine bağlı kılmak mümkün değildir<sup>2639</sup>. Dolaylı faillikte arka planda yer alanın fiil hâkimiyetinden, ön planda hareket edenin özellikle fiil bakımından sorumluluğunu kaldıran veya modifiye eden durumlar nedeniyle araç niteliği isnat edilebilirse ve arka plandaki kişi bu durumları bilerek araç kişiyi kullanırsa, söz edilebilir. Ön planda hareket edenin suça yönelik irade oluşumu bakımından arka plandaki kişinin ne fiziksel ne de psikolojik anlamda bir zorlaması bulunmaktadır. Aynı zamanda mevcut neticeye yönelik olarak doğrudan hareket edenden daha fazla bir bilgiye sahip olduğu da söylenemez. *Roxin* bu durumun dolaylı failliğin dördüncü görünüm şekli olarak tasnif edilemeyeceğini, zira böyle bir ihtimalde arka plandaki kişinin sürece yönelik hâkimiyetinin söz konusu olmadığını ve aynı zamanda ön planda yer alanın özgür iradesiyle hareket ettiği bir durumun bulunduğunu belirtmiştir<sup>2640</sup>. Bu nedenle fiil hâkimiyeti kapsamında ilgili niteliğe sahip olmayan araç kişinin (*qualifikationslosen dolosen Werkzeug*) suçun işlenmesinde kullanılması durumunda, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde, sadece azmettirme değerlendirmesi

---

belirli bir statüye sahip olanlardan herkese doğrudur. Özgü suçlarda esas fiil gerekliliği maddi anlama da sahiptir. Zira esas fiil haksızlığı olmaksızın suç için gerekli olan faillik niteliğine bizzat sahip olmayan şerik tipik haksızlığa etkide bulunamaz. Bu nedenle, yalnızca özgü suçlar söz konusu olduğunda, katılımcı bir *Extraneus*'un haksızlığı, en çok *Intraneus*'un gerçekleştirdiği haksızlık kadardır (Jakobs, a.g.e., s. 660). Böylelikle *Roxin*'in yaklaşımını salt normatif bakış açısı ile tekrar ele almıştır. Benzer yönde Sánchez-Vera, a.g.e., s. 29 vd.

<sup>2639</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 258. *Hoyer*, özgü suçlarda özel yükümlülük konumunun önemini kabul etmekle birlikte, bu suçlarda yükümlülük ihlali kriterinin fiil hâkimiyeti yerine geçemeyeceğini belirtmiştir. *Roxin*'in özgü suçlar bakımından fiil hâkimiyeti kriteri yerine yükümlülük ihlalini yerleştirmesinin (*Substitutionsthe*) isabetli olmadığına dikkat çekmiştir. Salt yükümlülük ihlali özgü suçlarda faillik bakımından yeterli bir kriter değildir. Yükümlülük ihlali suç seyrinin sadece bir kısmını teşkil edebilir. Hiçbir yükümlülük suçunda sadece yükümlülük ihlali bulunmaz. Bunun yanı sıra hukuki değere yönelik bir zarar veya en azından soyut tehlikenin bulunması gerekir. Yazar ayrıca ACK md. 340 düzenlemesi üzerinden görüşünü desteklemeye çalışmıştır. Yazara göre, kanun koyucu bazı suçlarda fiil hâkimiyeti şeklindeki katkıyı bu nitelikte olmayan katkıyla eşdeğer tutarak diğer özgü suçlar bakımından böyle bir kabulü dışlamıştır. Sonuç olarak yazar, özgü suçlarda failliği temellendirmek bakımından hâkimiyet suçlarında geçerli olan genel faillik şartlarının yanında ayrıca özgü yükümlülük ihlalinin de bulunması gerektiğini ileri sürmüştür (Aktaran Arana, a.g.e., s. 130). ACK md. 340 bakımından benzer yönde değerlendirme için bkz. Schroeder, a.g.e., s. 86 vd. *Arana* bu yaklaşıma karşı çıkmıştır. Yazar, hukuki değer ihlalinin bütün suçlar bakımından gerekli olduğunu ve fakat bunun bir faillik kriteri teşkil etmediğini belirtmiştir. Hukuki değere yönelik zarar veya tehlike oluşturma sadece sorumluluk nedeni teşkil eder ve bu haksızlığı temellendirir. Bu nedenle yazara göre, *Hoyer* haksızlık alanına ait bir meseleyi faillik alanına ilişkin bir durumla karıştırmıştır. Özgü suçlarda hukuki değeri ihlal etmenin yanında ayrıca özgü yükümlülük ihlali faillige gerekçe oluşturmaz. Hukuki değere zarar verme faillik kriteri olarak düşünülse bile, bu kriter faillik, azmettirme ve yardım etme arasında ayrımı sağlayamaz. Çünkü hepsi hukuki değere yönelik bir saldırı gerçekleştirmektedir (Arana, a.g.e., s. 131).

<sup>2640</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 254.

yapılması mümkündür. Çünkü burada arka plandaki kişi ön planda yer alan kişide sadece suç işleme düşüncesine ve bu yönde karar almasına neden olmaktadır<sup>2641</sup>.

Bu nedenle *Roxin* konuyu yükümlülük suçları teorisi ile ele almıştır. Yükümlülük suçlarında hâkimiyet suçlarından farklı bir fail kavramının esas alınması gerektiği ve fiil hâkimiyetine değil yalnızca özgü yükümlülük ihlaline<sup>2642</sup> dayanılması gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>2643</sup>. Yükümlülük suçları bakımından sözü edilen, icra hareketlerini gerçekleştirenin failliğini kaldıran ve arka planda yer alanın failliğini temellendiren durumlar fiil hâkimiyeti değil, özel yükümlülük durumudur<sup>2644</sup>. Faillik bakımından belirleyici olan ceza hukuku dışındaki yükümlülüğün ihlali tipikliğin gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olmakla birlikte her bir suça katılanı kapsaması zorunlu değildir. Yükümlülük taşıyıcıları, diğer suça katılanlardan fiilin haksızlık içeriği ile olan özel ilişkileri sebebiyle ayrılır ve kanun koyucu yalnızca bu yükümlülüğü harekete ilişkin olayın merkezi konumu (*Zentralgestalt des handlungsmaßigen Geschehens*) olarak kabul etmek ister böylece yükümlülük taşıyıcısını ise fail olarak görür<sup>2645</sup>. Burada suçun işleniş şekli önem arz etmez<sup>2646</sup>. Hâkimiyet suçlarında zorlamanın veya hatanın kullanılmasıyla veya güç mekanizmaları sayesinde dolaylı faillik ortaya çıkarken; yükümlülük suçlarında

<sup>2641</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 254. Görüşe ilişkin değerlendirme için bkz. Poppe, a.g.e., s. 384.

<sup>2642</sup> Bu yaklaşım kapsamında paralellik arz eden bir görüş, görev yaptığı dairedeki parayı çalması için kamu görevlisi olmayan bir kişiyi azmettiren kamu görevlisinin zimmet suçunun faili bununla birlikte parayı çalan kişinin ise hırsızlık suçunun faili olduğunu belirtmiştir. Genel norm-özel norm çerçevesinde icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin zimmet suçuna şeriklikten dolayı cezalandırılmasının daha adil olduğu sonucuna ulaşmıştır (Demirel, a.g.e., s. 144). Buna karşılık *Koca/Üzülmez*, zimmet suçunun ancak zimmete geçirme şeklindeki icrai hareketle işlenebileceğine, sadece mal üzerinde kamu görevlisi olarak zilyetliğinin bulunmasının yeterli olmadığına dikkat çekerek bu yaklaşıma karşı çıkmıştır. *Koca/Üzülmez*, a.g.e., s. 482, dn. 1597.

<sup>2643</sup> Aynı yönde bkz. Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 399; Herzberg, a.g.e., s. 33; Demirel, a.g.e., s. 138 vd. Bu yaklaşımın İspanyol ceza hukuku kapsamında söz konusu suçlar bakımından arka planda yer alanın tespitine yönelik en iyi çözümü sunduğu görüşü için bkz. Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 943. Bu yaklaşımın iştirak sisteminde faillik sisteminin teklifi zedelediği eleştirisi için bkz. Schünemann, GA 1986, s. 332 vd.'dan aktaran Arana, a.g.e., s. 42. Söz konusu yaklaşıma yönelik diğer bir eleştiri için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 465. Weißer, yükümlülük suçları teorisinin normatif fiil hâkimiyeti ile aynı sonuca ulaştığına dikkat çekmiştir. Weißer, a.g.e. (2011), s. 302.

<sup>2644</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 110. Aynı yönde Noltenius, a.g.e., s. 239; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S komm.), s. 503. Ayrıca bkz. Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 358. Salt yükümlülük ihlalinin failliği gerekçelendirmek bakımından yeterli bir kriter olmayacağını ve iştirak sorununu çözemeyeceğini ileri sürerek fiil hâkimiyeti kriterini ön plana çıkararak görüş için bkz. Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 257; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 652. Bu bağlamda *Hardwig* de özgü suçlar alanında fiil hâkimiyetinin uygulanabilirliğini desteklemiştir. Yükümlülük ihlalinin hukuki değer ihlali için uygun bir kriter olmadığını belirten yazar, bunun için fiil hâkimiyeti prensibinin geçerliliğini savunmuştur (*Hardwig*, a.g.m., s. 667 vd.). Ceza hukukuna ön gelen yükümlülük ihlali diğer bir ifadeyle fiilin hazırlık aşamasına ilişkin bir katkı ile faillik temellendirilemez (*Hardwig*, a.g.m., s. 670).

<sup>2645</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 354.

<sup>2646</sup> Arana, a.g.e., s. 73.

dolaylı failliğin kabul edilebilmesi için fiil hâkimiyetine sahip olmak gerekli değildir. Belli bir yükümlülük içinde bulunan kişinin bu yükümlülüğe sahip olmayan kişiyi suçun işlenmesine yönlendirmesi halinde de dolaylı faillikten<sup>2647</sup> söz edilir. Ön planda yer alan ise yardım edendir<sup>2648</sup>.

Bu bağlamda fiil hâkimiyeti kriterinin yükümlülük suçları bakımından hariç tutulması *Roxin*'in *Extraneus* şerikin *Intraneus* failin gerçekleştirdiği suça katılma durumu bakımından yeni bir bakış açısı geliştirmesine yol açmıştır. Yükümlülük suçları alanında failliğin şartının değişmesi şerikliğin tali karakterine bağlı olarak burada da bir değişikliği beraberinde getirmiştir. Zira hâkimiyet suçlarında şeriklik fiil hâkimiyeti bulunmaksızın suça katkı sağlayan kişi olarak tanımlanan şerik kavramı yükümlülük suçları bağlamında faillğe uygun olarak şekillenmelidir. Bu nedenle şerik failliği temellendiren ceza hukuku dışındaki özgü yükümlülüğü ihlal etmeksizin fiile katkı sağlayan kişi olarak tanımlanmıştır<sup>2649</sup>. Yükümlülük suçları alanında faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin yükümlülük ihlali kriterinin kullanılması durumunda şeriklik tipik özgü yükümlülüğü ihlal etme ile karakterize edildiğinde normatif fiil hâkimiyeti anlayışının bakış açısı ile bu tür suçlar bakımından da sınırlı bağlılık kuralı korunur. Yükümlülük sahibinin kusuru bulunmaması halinde de bu suça şerik olarak iştirak mümkün olacaktır<sup>2650</sup>. Bununla birlikte yükümlülük suçlarında sınırlı bağlılık kuralının uygulama alanı daralmaktadır. Bu tür suçlarda ilgili yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği kriter olarak kabul edildiğinden, ön plandaki kişinin kasten hareket etmesine yönelik gereklilik geri plana itilmektedir<sup>2651</sup>.

*Roxin*'in yükümlülük suçları bakımından geliştirdiği yeni fail ve şerik anlayışından hareketle bu tür suçlarda taksirli gerçekleşen fiile ve kusuru olmayan *Intraneus* tarafından

---

<sup>2647</sup> Doktrinde bir görüş, *Intraneus* tarafından *Extraneus* aracılığıyla suçun gerçekleştirilmesinin dolaylı faillik olarak kabul edilemeyeceğini burada yeni bir iştirak türünün söz konusu olduğunu belirtmiştir. Burada bir faillik şekli olarak yardım eden aracılığıyla fiilin bizzat gerçekleştirilmesi (*Selbstbegehung durch einen Helfer*) söz konusudur (NK- Schild, § 25, Rn.56'dan aktaran Arana, a.g.e., s. 156). Arana böyle bir çözüm önerisinin salt şekli bir terminoloji değişikliğinden öte bir anlam ifade etmediğini belirtmiştir. Bu çözümde de *Intraneus*'un bir *Extraneus*'u kullanarak suçu işlemiş olmasının faillik sorumluluğunu gerçekleştirdiği aynı kalmaktadır. Arana, a.g.e., s. 156.

<sup>2648</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 360. Aynı yönde Hünerfeld, a.g.m., s. 240; Herzberg, a.g.e., s. 31; Cramer, a.g.m., s. 395; Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 156. Yükümlülük suçlarında yükümlülüğün bir başkası aracılığıyla ihlal edilemeyeceğinden dolayı dolaylı failliğin kabul edilemeyeceğine ilişkin değerlendirme için bkz. Arana, a.g.e., s. 150.

<sup>2649</sup> Poppe, a.g.e., s. 383.

<sup>2650</sup> Poppe, a.g.e., s. 455.

<sup>2651</sup> Poppe, a.g.e., s. 455.

işlenen fiile şerik olarak<sup>2652</sup> katılım olasılığı bulunmaktadır<sup>2653</sup>. Şeriklik bu tür suçlar bakımından özgü yükümlülük ihlali olmaksızın fiile katılma olarak tanımlandığından, şerikliğin yapısı yükümlülük sahibinin kastının bulunmaması<sup>2654</sup> veya kusurunun bulunmaması durumuna göre değişmez<sup>2655</sup>. Ceza kanunlarının özel hükümlerindeki yükümlülük suç tipleri *Intraneus*'un korunan hukuki değeri ihlal etmesini engellemesi gerekirken, bu bağlamda şeriklik hükümleri *Extraneus*'un *Intraneus* üzerindeki etkisiyle tipik neticeye sebep olmanın ceza altına alınması işlevine sahiptir<sup>2656</sup>. *Roxin*,

<sup>2652</sup> *Roxin*'in bakış açısına göre, *Intraneus*'un kasten ve kusuru olmaksızın tipikliği gerçekleştirilmesi failliğini temellendirdiğinden, arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte *Poppe*, ön planda kusursuz kasten hareket edenin hareket hâkimiyeti arka plandaki kişinin irade hâkimiyetini engelleyemeyeceğinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. *Poppe*, a.g.e., s. 384.

<sup>2653</sup> Benzer görüş için *Rudolphi*, a.g.m. (GA 1970), s. 362. Buna karşılık *Bloy* şu gerekçe ile yaklaşıma karşı çıkmıştır: “*Kast haksızlığın sübjektif unsuru olarak değerlendirilirse, hareket kasten gerçekleştirildiğinde tam anlamıyla tipik haksızlıktan söz edilir. Kasten işlenen suça ilişkin olarak kasten hareket etmeyen kişinin failliği durumun kendisiyle çelişir. Fiil olmaksızın faillik söz konusudur. Sadece objektif olarak yükümlülüğüne aykırı hareket eden kişi, davranışının bulunduğu bağlam bakımından kördür. Bu bakımdan kişisel haksızlık taşıyıcısı olarak kabul edilemez. Yükümlülük ihlali kasten olmasıyla birlikte faillik bakımından elverişli bir esası tamamlar. Bununla birlikte Roxin şeriklik için esas fiil kavramının somutlaştırılması bakımından aynı şeyin geçerli olmadığını belirtmiştir. Kasten gerçekleşen yükümlülük ihlali fail cezası (Taterstrafe) için şart olarak aranır. Şeriklik cezası için bağlantı noktası bakımından objektif olarak özgü yükümlülük ihlalinin bulunması yeterlidir. Burada faillik ile şeriklik arasında sınırlandırma kriteri olarak objektif özgü yükümlülük ihlali söz konusudur. Bu sonuç kabul edilirse iki fail kavramı ortaya çıkacaktır. İlki genel fail kavramı diğeri ise şeriklik şartı olarak esas fiil için özel fail kavramıdır. Bu ayırım özgü yükümlülük ihlalinin sadece fail bakımından ceza temeli olduğu buna karşılık şerik için olmadığı öncüllerinden sonuçlanır.” Tipik haksızlığın isnat şekli olarak azmettirme ve yardım etme bakımından hareket değersizlikleri esas fiilden türetildiğinden, *Bloy* burada çelişki bulunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle yazara göre bu, esas fiilin failinde de tamamıyla bulunmalıdır. Böyle bir kişisel şeriklik öğretisi şerikin bizzat özgü yükümlülük ihlalinin gerçekleştirilmesi gerektiği sonucunu çıkarmaz. Şerik hareketinin değerlendirilmesi sadece fail davranışının ışığında mümkün olabilir. Diğer ihtimaller faillik olmaksızın şerikliğe sebep olur (*Bloy*, a.g.e., s. 234 vd.).*

<sup>2654</sup> Bu durumda bu tür suçlar alanında faillik ve şeriklik objektif tipik hareketten daha fazlasını şart olarak aramadığından minimal bağlılık kuralı bu tür suçlar bakımından temellendirilir (*Poppe*, a.g.e., s. 385). *Bloy* benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Yazara göre yükümlülük suçlarında şeriklikte haksızlığın kişisel tarafının devre dışı bırakılması, bağlılık kuralından kısmi çözülmeye de neden olur. Bu açıdan artık *Extraneus* için *Intraneus*'un etkisi tipik haksızlığa yönelik kişisel bağlantıyla aracı kılınan kişisel ilişki değildir. Aksine nedensel neticeye yol açma bakımından gerekli olan bir bağdır. Yazara göre kasten işlenmeyen esas fiile şeriklikle kişisel fail-şerik ilişkisine dayanan şeriklik durumlarının yanında müsebbipliğin tekrar canlanmasının amaçlandığı gerçeği bulunmaktadır (*Bloy*, a.g.e., s. 236). Özgü suçlarda failliğin eski geniş fail kavramının yeni görünüm şekli olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. *Langer*, a.g.e., s. 226. Buna karşılık *Arana* özgü suçlarda faillik ile şeriklik arasında ayırımın bulunduğunu, bunun suç kapsamındaki yükümlülüklerinin niteliğinden kaynaklandığını, failin özgü yükümlülük (*sonderpflicht*) sahibi olduğunu, buna karşılık şerikin genel yükümlülük (*allgemeine Pflichtstellung*) sahibi olduğunu belirtmiştir. *Arana*, a.g.e., s. 75.

<sup>2655</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 367 vd. Şeriklik niteliğindeki suça katılım bakımından geçerli olan yasal düzenlemeler çerçevesinde *Roxin*'in ileri sürdüğü görüşün sürdürülebilir nitelikte olmadığına yönelik eleştiri için bkz. *Maiwald*, a.g.m., s. 366.

<sup>2656</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 371.

yükümlülüğü bu korunan hukuki değeri nasıl ve ne şekilde tehdit ettiğini dikkate almaksızın, münhasıran hukuki değerin korunması ile ilişkilendirmektedir<sup>2657</sup>.

Bununla birlikte bu yaklaşıma yönelik eleştiri getirilmiştir. Yaklaşım kapsamında benimsenen kabul, tipikliği gerçekleştiren harekete *Intraneus*'un en uzak etkisinin de failliği sonuçlayacağı anlamına gelir ki bu da kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Zira sadece suça yönlendirme veya suça yardım etme niteliğinde kalması gereken katkıların da sadece yükümlülüğün ihlali nedeniyle faillik kapsamında tartışılmasına neden olur<sup>2658</sup>. Buna karşılık bu öneri sadece, belirli bir hareketin tanımlanmadığı aksine güveni kötüye kullanma (*Untreue*-ACK md. 266) gibi herhangi bir şekilde özgü yükümlülüğün ihlalinin cezalandırıldığı suç tiplerinde geçerli olursa o zaman *Intraneus* da suç tipini başkasını emanet edilen malvarlığına zarar vermeye yönlendirmesi veya ona yardım etmesi şeklinde gerçekleştirebilir. Bu durumda doğrudan faillikten bahsedilmesi gerekir<sup>2659</sup>.

### c. Cezasızlık Yaklaşımı

Arka planda yer alanın cezasızlığı görüşü *Schroeder*<sup>2660</sup> tarafından savunulmakla birlikte, doktrinde de destek görmüştür<sup>2661</sup>. Kural olarak böyle bir durumda arka planda yer alan bakımından dolaylı faillik kabulünden vazgeçilmesi gerekir<sup>2662</sup>. *Bloy*'a göre<sup>2663</sup>, özgü yükümlülük ihlalinin rol oynamadığı salt hâkimiyet suçları bir yanda ve fiil hâkimiyeti kriterinin dikkate alınmadığı salt yükümlülükleri suçları diğer yanda bulursa

<sup>2657</sup> Sánchez-Vera, a.g.e., s. 162. *Sánchez-Vera* bu durumda arka plandaki kişinin doğrudan failliğini kabul etmektedir. Sánchez-Vera, a.g.e., s. 163.

<sup>2658</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 229; Bottke, a.g.e., s. 115 vd. Ceza hukuku dışındaki bir yükümlülük ihlalinin failliği temellendirmek bakımından isabetli olmadığı görüşü için bkz. *Schroeder*, a.g.e., s. 86 vd. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, yükümlülük ihlali teorisinin kanunilik ilkesini ihlal etmediğini, böyle bir ihtimalde basit bir destek olma veya sevk etmeden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Zira yükümlülük sahibi kişi kendisi bizzat yükümlülüğüne aykırı şekilde hareket ederek tipik neticeye sebebiyet verebileceği gibi, bir başkasını suçun işlenmesinde kullanmak suretiyle de ilgili yükümlülüğü ihlal ederek tipik neticeye sebebiyet verebilir. Burada söz konusu yardım etme niteliğindeki hareket aslında neticeyi temellendiren etki gösterir. Arka planda yer alan yükümlülük sahibine araç kişinin davranış isnadı yükümlülük ihlali ile gerçekleşir. Araç kişi tarafından gerçekleştirilen tipik davranış arka planda yer alana kendi eseri olarak isnat edilir. Arana, a.g.e., s. 97-98.

<sup>2659</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 229. Aynı yönde Sánchez-Vera, a.g.e., s. 161 vd.

<sup>2660</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 88.

<sup>2661</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 241; Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 256; Bottke, a.g.e., s. 112.

<sup>2662</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 88.

<sup>2663</sup> Yazar, iştirak rollerinin karma şekillerine özgü problemler kapsamında özgü yükümlülük suçlarında kasten işlenmeyen fiile şeriklik ve fiil hâkimiyeti bulunmasına rağmen özel niteliği veya amaç unsurunu taşımayan kişinin kullanılması yoluyla dolaylı faillik durumlarını ele almıştır. *Bloy*, a.g.e., s. 312.

da karma yükümlülük-hâkimiyet suçları<sup>2664</sup> göz ardı edilemez. Salt yükümlülük suçlarının yanı sıra karma yükümlülük-hâkimiyet suçlarının varlığı kabul edilirse, özgü yükümlülük ve fiil hâkimiyeti bu karma suç tiplerinde karşılıklı değiştirilebilir olarak değil, birbirini tamamlayan failliği oluşturan unsur olarak değerlendirilir. Diğer bir ifadeyle, her iki unsur kümülatif olarak failliği oluşturabilir<sup>2665</sup>.

Sonuç olarak, *Intraneus*'un failliği fiil hâkimiyetine sahip olmadığı sürece ortadan kalkar, aynı şekilde fiil hâkimiyetine sahip olan *Extraneus* da fail olamaz<sup>2666</sup>. Faillğe ilişkin süje niteliği ile azmettirmeye uygun bir hareket unsurundan ortaya çıkan kombinasyon dolaylı failliğin şartlarını gerçekleştirmez<sup>2667</sup>. Söz konusu durum, müşterek faillikte fiil hâkimiyetinin birden fazla kişi tarafından kısmen sahip olunduğu modele de uygun değildir. Kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceğinden dolayı *Intraneus*'u azmettiren gibi cezalandırmak da geçerli değildir<sup>2668</sup>. Arka planda yer alanın fail olarak sorumlu tutulması ceza hukukunun kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile bağdaşmamaktadır<sup>2669</sup>. Bu yaklaşımın dayanağı aslında özgü suçlarda fiil hâkimiyetinin faillik kriteri olarak ele alınamamasına dayanmaktadır. Fiil hâkimiyeti öğretisi<sup>2670</sup> bağlamında en tutarlı sonuç

<sup>2664</sup> Kısmi gerçekleştirmelerden oluşan birden fazla kişinin katıldığı durumlarda etki edenlerden birinin failliği diğerinin katkısının kendi katkısıymış gibi isnat edilebilmesini şart koşar. Bu tür isnat normları müşterek faillikte ve dolaylı faillikte ortaya çıkar. Isnat nedeni katılanlar arasında belirli şekilde oluşturulan hâkimiyet ilişkisidir. Buna karşılık hâkimiyeti bulunmaksızın etki edene başkasının fiil hâkimiyetini isnat etmeye yönelik isnat normu bulunmamaktadır. Fiil hâkimiyeti üçüncü kişinin hareketinin isnat nedenidir. Fiil hâkimiyeti bizzat isnat edilemez (Bloy, a.g.e., s. 238). Ancak faillik niteliği bir başkasının fiil hâkimiyeti için isnat nedeni olarak söz konusu olmazsa hâkimiyeti olmayan *Intraneus*'un fiil hâkimi *Extraneus*'la cezasız kalan birlikteliği “Failsiz suç (*Straftat ohne Täter*)” kabul etmek anlamına gelmez, aksine suçtan farklı yapıda bir fiilin (*Bloy* burada fiil kavramına yönelik şunu vurgulamıştır: Burada “tat” ifadesi “strafat” ifadesinin kısaltılmış şekli olarak kullanılmamıştır. Aksine onu da içeren insana ait –iyi ya da kötü- genel olan tüm fiilleri kapsayacak şekilde üst kavram olarak ele alınmıştır.) bulunduğu anlamına gelir (Bloy, a.g.e., s. 238). Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 301 vd.

<sup>2665</sup> Bloy, a.g.e., s. 243. Yazar aynı durumun karma amaç-hâkimiyet suçları (*gemischten Absichts und herrschaftsdelikte*) bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Bloy, a.g.e., s. 243.

<sup>2666</sup> Bloy, a.g.e., s. 238.

<sup>2667</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 228. Ne azmettirme ne de faillik teşkil eden ve böylece yasal katılım şekli olarak tasnif edilmeyen bu tür katılım rollerinin karma şekli düşüncesini bugüne kadar *Stratenwerth* takip etti (Stratenwerth, a.g.e., s. 228). Yazara göre, bu durumda hem failliği hem azmettirmeyi içeren bu katılım şekliinden dolayı daha az haksızlık içeriğine sahip olan azmettirmeden dolayı cezalandırma gündeme gelebilir (Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 228). Bununla birlikte bu görüşü, böyle bir özel şeriklik formunun kanunla bağdaşır nitelikte olamayacağı ve böylelikle cezalandırılmayacağı nedeniyle eleştirmiştir (Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 228). Aynı yönde Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 231.

<sup>2668</sup> Bloy, a.g.e., s. 240.

<sup>2669</sup> Bottke, a.g.e., s. 112.

<sup>2670</sup> Alman yargısında özgü niteliğe sahip olmayan birinin özgü niteliğe sahip olan tarafından suçun işlenmesinde kullanılması subjektif teoriyi benimsediği dönemde sorun teşkil etmemekteydi. O



hem arka planda yer alan özel niteliğe sahip kişinin hem de ön planda yer alan özel yükümlülüğü bulunmayan kişinin cezasız kalmasıdır. Zira arka plandaki kişi ön plandaki kişinin fiil hâkimiyeti nedeniyle dolaylı fail olarak kabul edilemez. Ön planda yer alan da kanun tarafından aranan özgü yükümlülüğü taşımadığından dolayı fail olarak değerlendirilemez<sup>2671</sup>. Bu görüş özgü yükümlülüğün faillığe ilişkin sorumluluğunu da reddeder<sup>2672</sup>. Özel niteliği taşımayan hareketine sadece sebep olma tipikliğin gerçekleşmesini sağlamaz; yani özgü yükümlülük, özel niteliği taşımayan davranışının isnadını meşrulaştırmaz. Bu esas olarak özgü yükümlülüğü bulunanın cezasızlığını sonuçlar<sup>2673</sup>.

*Roxin*, bu sonucun kanun koyucunun istediği sonuç olmadığını belirtmiştir. Bu şekilde ortaya çıkan bir cezasızlık alanından yükümlülük sahibinin suçun işlenmesi bakımından bu niteliğe sahip olmayan birini kullanmasıyla yararlanmasının önü açılacaktır<sup>2674</sup>. Özgü suç kapsamında istenen niteliğe sahip olmayan tarafından özgü yükümlülüğe ilişkin fiil üzerinde, neticenin gerçekleşmesi halinde, en azından daha az da olsa objektif bir değersizliği meydana getirdiği dikkate alınmamaktadır<sup>2675</sup>. Faillik bakımından yükümlülük ihlalinin yanı sıra fiil hâkimiyetinin de gerçekleşmesinin istenmesi şerikliğin tamamen heterojen iki gruba parçalanması anlamına gelir. Bu sadece yükümlülük suçlarında şeriklik kavramının teklifine zarar vermez, aynı zamanda katlanılmaz sonuçlara da yol açar. Nitekim icra hareketlerini gerçekleştiren yükümlülük ihlali olmaksızın hareket ediyorsa ve yükümlülük sahibi arka planda kalıyorsa hiçbir şekilde faillikten söz edilememesi anlamına gelecektir. Çünkü fiil hâkimiyeti bulunan, yükümlülük sahibi değildir, diğer yandan yükümlülük sahibi fiil hâkimiyetine sahip değildir<sup>2676</sup>.

---

dönemde arka plandaki kişinin faillik iradesi onun fail olarak kabulü bakımından yeterliydi. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 111.

<sup>2671</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 110.

<sup>2672</sup> *Murmann*, a.g.m., s. 323.

<sup>2673</sup> *Murmann*, a.g.m., s. 323.

<sup>2674</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 110.

<sup>2675</sup> *Herzberg*, a.g.e., s. 112.

<sup>2676</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 356. Benzer yönde bu durumda fiil hâkimiyetinin bulunmadığı söyleminin cezasızlık sonucunu hukuka uygun hale getirmeyeceği görüşü için bkz. *Arana*, a.g.e., s. 168.

#### *d. Değerlendirme*

Herkes tarafından işlenebilen suçlar bakımından doktrinde faillik-şeriklik ayırımına ilişkin genel bir kabulün yerleştiğini söylemek mümkün olabilse de, aynı sonucun özgü suçlar alanında geçerli olduğunu söylemek güçtür. Özgü suçun tipiklik yapısında faillik bakımından hangi şartın gerekli olduğu sorunu, üzerinde görüş ayrılıklarına sebep olunan bir konu olagelmıştır. Bu nedenle herkes tarafından işlenebilen suçlardan farklı olarak suç tipinin özel bir faillik niteliğini aradığı suçlar özellikle iştirak alanında etkisini göstermektedir. Bu tür suçlar kişisel bir özellik olarak tipikliği gerçekleştirene ait bir nitelik veya yükümlülük durumunu gerektirdiği için, bu çalışma kapsamında da özgü suçlar olarak ele alınmıştır. Bu suç tiplerinin tümü aynı yapısal özelliğe sahip değildir. Daha açık ifadeyle belirtmek gerekirse, faillik bakımından özgü nitelik gerektiren suçların hepsi belli bir yükümlülüğün ihlalini şart koşmaz. Bu nedenle özgü suçlar aslında doktrinde yükümlülük suçları olarak nitelendirilen suçları da kapsayan üst kavram olarak yer almaktadır. Burada yükümlülük ihlalini gerektirmemekle birlikte kanun koyucunun faillik alanını sınırladığı suçlar da bulunmaktadır. Bu nedenle özgü suçlar ve yükümlülük suçları şeklindeki birbirini tamamen dışlayan bir ayırım sonucuna ulaşılamaz. Özgü suçlar ile yükümlülük suçlarının birbirinin aynı olduğu kabulü de tam olarak özgü suç kavramını karşılamamaktadır. İfade edildiği üzere özgü suçlar yükümlülük suçlarından kapsam olarak daha geniştir. Özgü suçlarda kanun koyucu tipikliğin gerçekleştirilmesini failin belirli bir özelliğine bağlı kılar. Bazı özgü suçlarda sadece hukuki değer belirli bir şekilde veya türde ihlali ile karakterize edilmesi söz konusudur. Kanunun görev suçlarının hareket süjesi olarak kamu görevlisini gerektirmesi sadece tipik hareketin bu şekilde tanımlanması fonksiyonunu yerine getirmez, ayrıca yasak normunu ilgilendiren kişi alanını da belirler. Aslında normun muhatabı alanında korunan hukuki değerle belirli bir ilişkisi bulunan ve hukuk tarafından belirli derecede norma uyması beklenen kişiler söz konusudur<sup>2677</sup>. Bununla birlikte bazı özgü suçlarda fail tanımı sadece yasak veya emir normuyla ilişkili olan kişi alanının belirlenmesi işlevini yerine getirir. Nitekim hükümlü veya tutukluların ayaklanması suçu niteliği itibarıyla özgü suçtur. Burada kanun koyucu faillik alanını belli fail niteliği ile sınırladığıdır<sup>2678</sup>.

<sup>2677</sup> Hake, a.g.e., s. 103.

<sup>2678</sup> Arana, a.g.e., s. 77 vd. Nitekim *Roxin*, bu tür suçları özel bir yükümlülüğün öngörüldüğü suç tiplerinden farkını ortaya koymak adına basit yükümlülük suçları olarak nitelendirmiştir. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 255.

Bununla birlikte burada ilgili kişiler belli bir özgü yükümlülüğü ihlal etmeleri sebebiyle değil, herkes tarafından işlenebilen suçlarda olduğu gibi genel yükümlülük ihlali nedeniyle cezalandırılmakta ve fakat kanun koyucunun bu suçu gerçekleştirebilecek kişi alanını sınırlaması nedeniyle ancak hükümlü veya tutuklu tarafından işlenebilmesi mümkün olmaktadır. Yükümlülük suçlarında ise herkes tarafından işlenebilen suçlardaki genel yükümlülük ihlalinin yanı sıra özgü yükümlülük ihlali gereklidir<sup>2679</sup>. Bu özgü yükümlülük ihlali aynı zamanda faillik şartı olarak dikkate alındığından, her bir yükümlülük suçu aslında özgü suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Failde bulunan özgü yükümlülük durumunun veya özgü niteliğin suç yapısını etkilediği suçlar olarak özgü suçların tümünde bu etki aynı değildir. Bazı özgü suçlar bakımından özel faillik niteliği suçun temel şekli için kurucu işlev gerçekleştirirken, bazı suçlar bakımından ise suçun daha fazla cezayı gerektiren şekli için dikkate alınır. Bu nedenle tüm özgü suçlar bakımından geçerli bir iştirak sistemi hatalı sonuçları da beraberinde getirir. Burada Türk hukukunda da benimsendiği gibi gerçek ve gerçek olmayan özgü suçların kabulü üzerinden değerlendirme yapmak gerekir. Bu bağlamda gerçek olmayan özgü suçlarda suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilen suç teşkil ettiğinden burada fiil hâkimiyetinin dikkate alınması kaçınılmazdır<sup>2680</sup>. Bu durumda gerçek olmayan özgü suçlarda fiil hâkimiyeti ve suç tipinin nitelikli hali bakımından kanunun gerektirdiği özgü yükümlülük ihlalinin birlikte göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Bununla birlikte gerçek özgü suçları kendi içinde de ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Zira bazı gerçek özgü suçlar sadece ilgili fail tarafından bizzat işlenebilen nitelik arz etmekteyken; bazı gerçek özgü suçların ise hem bizzat hem de bir başkası aracılığıyla da işlenebilmesi mümkündür. Bu bağlamda denetim görevinin ihmali suçu (TCK md. 251) bizzat işlenebilen özgü suç olarak ele alınabilir. Bu suçun icra hareketlerinin bir başkası aracılığıyla gerçekleştirilmesi söz konusu değildir. Buna karşılık gerçek özgü suç olan zimmet suçunda (TCK md. 247) özgü niteliğe sahip olan kamu görevlisinin bir başkası aracılığıyla bu suçu gerçekleştirebilmesi de mümkündür. Bir başkası aracılığıyla gerçekleştirme şeklinin faillik kapsamında ele alınması

---

<sup>2679</sup> Akbulut, a.g.m., s. 183.

<sup>2680</sup> Aynı yönde Demirel, a.g.e., s. 140.

beraberinde failliğin türü sorusunu getirir. Burada özgü yükümlülüğün ihlali nedeniyle özgü nitelik sahibinin ancak doğrudan fail olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak burada yükümlülük ihlalinin veya suç tipinin gerektirdiği özgü niteliğin failliği temellendiren niteliği haiz olduğu, bunun mutlaka doğrudan faillige karşılık geldiği şeklinde değerlendirilmemelidir. TCK md. 37/2’de belirtildiği üzere, suç bir başkasının araç olarak kullanılması ile de gerçekleştirilebilir. Burada ilgili özgü suç tanımında “suçu işleyen veya bir başkasına işleten” şeklinde bir ifadeye yer verilmemesi durumunda suçun dolaylı failliği ortaya çıkarmayacağı eleştirisi getirilebilir. Bu bağlamda TCK bakımından benzer bir düzenlemeye yer veren rüşvet suçu (TCK md. 252/5) düzenlemesi örnek verilebilir. Bu düzenlemede özellik arz eden husus, “*rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi*”nin suça yönelik katkısı yardım etme niteliğinde iken; kanun koyucu tarafından müşterek fail olarak sorumlu tutulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bu düzenlemeye yer verilmemiş olması halinde bu kişiyi müşterek fail olarak sorumlu tutmak söz konusu olmayacaktı. Bu nedenle rüşvet suçunun bir başkası aracılığıyla işlenmesine ayrıca yer verilmesinin sebebi bu kişinin kamu görevlisi olmamasına rağmen müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını sağlamaktır.

Bu bağlamda *Intraneus*’un ihmali hareketiyle söz konusu suçu gerçekleştirmesi ihtimaline değinmekte fayda vardır. Bu ihtimal gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından dikkate alınabilirse de tüm özgü suçlar bakımından geçerli olabilecek bir kabulü ortaya çıkarmaz. Zira bu durum özgü suçlar ile ihmali suçlar arasındaki ayrımın belirsizleşmesine zemin hazırlayabileceği gibi ayrıca söz konusu durumun özgü suçların yapısı ile de tam olarak örtüştüğünden söz edilemez. Her ne kadar özgü suç bakımından ilgili yükümlülük sahibi üçüncü kişinin hukuki değere yönelik saldırısına karşı koruma yükümlülüğü bulunsa da, bu konu kapsamında araç kişinin özgü yükümlülük ihlalini gerçekleştirmezsin hukuki değere yönelik saldırı kriterini gerçekleştirmesi sorun arz etmektedir. Ayrıca özgü yükümlülük sahibi kendi fiilini aktif hareketle gerçekleştirmektedir. Bu nedenle bu kişinin ilgili niteliği taşımayan kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanarak ihmali hareket gerçekleştirdiğinden söz edilemez<sup>2681</sup>.

<sup>2681</sup> Bloy, a.g.e., s. 240. Türk hukukunda bir görüş, bu şekilde arka planda yer alan *Intraneus*’un failliğinin kabul edilebileceğini ileri sürmüştür. Yazar Türk Ceza Kanunu’nda Alman Ceza Kanunu’nda yer alan ihmali suçlara ilişkin genel hükümler düzenlemesinin bulunmadığına ayrıca vurgu yapmakla birlikte,

Ayrıca ilgili nitelik sahibi kişinin bu niteliği gerçekleştirilmeyen kişi ile anlaşarak onu suç işlemeye sevk etmesi özgü suça azmettirme olarak da değerlendirilemez. Bu, bağıllık kuralından ortaya çıkan boşluğun ortadan kaldırılmasına ilişkin bir çaba olarak değil, özgü suçun kendine özgü yapısı nedeniyle ortaya çıkan sonuç olarak değerlendirilmesi gerekir. Azmettirme ancak ön planda yer alanın suçun objektif ve sübjektif tipiklik unsurlarını gerçekleştirmesi halinde söz konusu olabilir. İlgili niteliğe sahip olmayan ön planda hareket eden kişinin özgü suçun faili olarak kabulü özgü suçlar ile herkes tarafından işlenebilen suçlar arasındaki ayrıma da zarar verir.

Bu nedenle böyle bir kabul dolaylı failliğin özgü suçlar kapsamındaki değerlendirmesini gerektirir. Bir faillik türü olarak dolaylı faillik, suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılmasıdır. Herkes tarafından işlenebilen suçlarda dolaylı faillik cebir altındaki veya hata içindeki araç kişinin suçu işlemesi halinde söz konusu olur. Arka planda yer alan kişinin araç kişi üzerindeki irade hâkimiyeti nedeniyle olay seyri üzerinde fiil hâkimiyeti bulunmaktadır. Özgü suçlarda dolaylı failliğin farklı bir görünüm şekli ortaya çıkmaktadır. Burada arka planda yer alanın dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesinin nedeni ön plandaki kişide oluşturduğu irade hâkimiyeti değildir. Sorumluluğunun nedeni özgü niteliğe sahip olarak veya özgü yükümlülüğünü ihlal ederek gerçekleştirdiği normatif hâkimiyettir. Burada yükümlülük ihlalinin ne şekilde gerçekleştiğine dikkat edilmesi gerekmektedir. İlgili niteliğe sahip kişinin bu niteliğe sahip olmayan kişi aracılığıyla suçu gerçekleştirmesi halinde yükümlülük ihlali bu kişiyi suç tipinde yer alan hareketi icraya sevk ettiğinde gerçekleşmemektedir. Bu kişi tarafından suç tipinde yer alan hareketin icrasına yardım edilmesi ile gerçekleşmektedir. Bu kapsamda yükümlülük ihlalinin gerektiren özgü suçlarda yükümlülük ihlali ve suça ilişkin icra hareketi yan yana konumlanmış unsurlar olarak yer almamaktadır. Bunların iç içe geçmiş unsurlar olarak kabulü gereklidir. Kamu görevlisinin kendi zimmetinde olan

---

zimmet suçunun ihmali hareketle işlenebileceğinin kanunda açıkça düzenlendiğini belirtmiştir (Demirel, a.g.e., s. 144). Bununla birlikte zimmet suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi kamu görevlisinin *zimmet suçunun* işlenmesine göz yumması halinde kabul edilebilir. Bu durumda *Extraneus*'un sadece icra hareketlerini gerçekleştirmesi, diğer bir ifadeyle suçun konusunu sadece zilyetliğine geçirmesi onu zimmet suçunun faili yapmayacağından, arka planda yer alanın zimmet suçunun işlenmesine göz yummasından da söz edilemeyecektir. Yazar ayrıca özgü yükümlülük ihlalinin faillik kriteri olarak kabul edilmesi halinde TCK md. 251 düzenlemesine gerek kalmayacağını ileri sürmüştür (Demirel, a.g.e., s. 151). Burada tekrar vurgulanmalıdır ki, failin bu suçla ihlal ettiği denetim yükümlülüğüdür. Diğer bir ifadeyle, faile görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan mala yönelik koruma ve gözetim yükümlülüğü değildir.

bir malı bir başkasına bulunduğu yerden aldırması durumunda zimmete konu olan malı alan kişinin her ne kadar kendi hareketi üzerinde hâkimiyeti bulursa da bu faillik için gerekli olan fiil hâkimiyeti değildir. Ön planda yer alan kişi tipik icra hareketlerine yönelik yardım niteliğindeki katkısı ile neticenin gerçekleşmesine sadece etki etmektedir. Özgü suçlarda suça ilişkin olayın merkezi bakımından belirleyici olan suçun gerektirdiği özgü nitelik veya yükümlülüğün ihlali ile gerçekleşen normatif hâkimiyet arka planda yer alan kişidedir. Arka plandaki kişi ön plandaki kişiyi kullanarak hukuki değeri ihlal etmektedir. Burada ön planda yer alan kişide isnadiyet eksikliği bulunmadığından hareketle arka planda yer alanın fiil hâkimiyetinin bulunmadığı ileri sürülebilirse de, burada normatif hâkimiyet ön planda hareket edenin ilgili niteliğe sahip olmaması nedeniyle fiili gerçekleştiremeyecek olmasına dayanmaktadır. Ancak bu, dolaylı faillikte hukuki değer de dolaylı şekilde gerçekleştiği anlamına gelmez. Dolaylı faillik bir faillik türü olarak şeriklikten farklı olarak failin doğrudan hukuki değere yönelik saldırı gerçekleştirmesi nedeniyle sorumlu tutulması sonucunu ortaya çıkarır. Burada hareket hâkimiyetinin normatif hâkimiyetin gerisinde kalmasının sebebi özgü suçun yapısından kaynaklanmaktadır. Burada icra hareketlerini gerçekleştirmeye yardım eden kişinin tek başına zimmet suçunu işleyebilme ihtimali bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı özgü suçlarda aracı kılınan kişinin de fail olarak cezalandırılacağına yer verilmiş olması özgü suçlarda ancak özgü yükümlülük sahibi kişinin fail olacağı kuralına karşı ileri sürülebilecek bir argüman değildir. Zira kanun koyucunun ceza politikası kapsamındaki tercihi olarak ele alınması gereken bir durum söz konusu olduğundan kurala getirilen istisna özelliği gösterir. Bu bağlamda özellikle rüşvet suçu, iştirak bakımından istisnalara yer verilen bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenlerle bir başkası aracılığıyla özgü suçun gerçekleştirilmesi mevcut iştirak şekli olarak dolaylı faillik kapsamında çözüm bulmakta ve dolaylı faillik düzenlemesine aykırılık taşımamaktadır. Burada yeni bir faillik türüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Belirli bir olaydan genel bir iştirak türü kabulü kazuistik değerlendirme tehlikesini taşır. Burada ikilik sisteminin ceza boşluklarına sebep olmaya elverişli bir sistem olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bazı özgü suçların bu şekilde de gerçekleşebileceğinin kabul edilmemesi halinde örneğin, zimmet suçu bakımından örnek vermek gerekirse; ön planda yer alanın gerçekleştirdiği fiilin hırsızlık kapsamında değerlendirilmesi gerekecek ve böylece arka planda yer alan ise hırsızlık suçuna azmettiren olarak kabul edilecektir ki,

ceza kapsamı zimmete göre daha azdır. Böylece suçun tek başına işlenmesi halindeki yüksek ceza tehdidine karşılık bir başkası aracılığıyla söz konusu malı zimmete geçirmek kamu görevlisi tarafından fırsat olarak görülebilecektir.

Belirtilmelidir ki, özgü suçlarda özgü yükümlülük ihlalinin faillik kriteri olarak dikkate alınması bu yaklaşımın geniş fail kavramına dayandığı kabulünü desteklemez. Faillik ile şeriklik ayrımını geniş fail kavramı üzerinden yapan yaklaşımlara bakıldığında suça yönelik katkılar arasındaki farklılığı neticeye ilişkin iradilik unsuruna veya şart/sebeup ilişkisine dayandırdıkları görülmektedir. Burada ise suça katılanlar arasındaki ayrımı ne niceliksel ne de iradi unsur olarak dikkate alınabilecek suçu gerçekleştiren kişinin niteliği ile ilişkili özgü yükümlülük ihlali sağlamaktadır. Failliği temellendiren unsur fiilî bir duruma dayanmaz, aksine normatif ilişkiyi gerektirir.

Özgü suçları salt fiil hâkimiyeti kapsamında açıklamaya yönelik görüşlerin aslında fiil hâkimiyetini hareket hâkimiyetine indirgediğini söylemek mümkündür. Bu, herkes tarafından işlenebilen suçların yanında özgü suçların kendine özgü yapısının tam anlaşılmasının sonucudur. Bu durum aslında herkes tarafından işlenebilen suçlar kapsamında müşterek faillik üzerinden de açıklanabilir. Bu tür suçlarda müşterek faillik fonksiyonel hâkimiyet üzerinden temellendirilir. Nitekim suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştiriyor olsa bile suça ilişkin katkısının fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetini sağladığı durumda fail olarak sorumluluktan söz edilir.

Bu çalışmada savunulan görüş, yükümlülük suçları teorisi ile bağdaşır niteliktedir. Zira yükümlülük ihlalini gerektiren özgü suçlarda faillik ve şeriklik ayrımında esas alınan kıstas yine yükümlülük ihlaline dayanmaktadır. Ayrıca özgü suçlar kapsamında sadece özgü yükümlülük ihlalini gerektiren özgü suçlar değil, faillik alanının belli bir nitelikle belirlendiği özgü suçlar da yer aldığından burada faillik bakımından üst kavram olarak fiil hâkimiyetinin kabul edilmesi önemlidir. Amaç sadece tüm suçlar bakımından bir üst kavram olarak dikkate alınacak fiil hâkimiyetine katkıdan ibarettir. Burada fiil hâkimiyetinden anlaşılması gereken fiilî değil tipik olay seyrine hâkim olabilme, tipik sürecin merkezinde bulunabilme olduğundan, normatif hâkimiyet fiil hâkimiyetinin özgü suçlarda dikkate alınan görünüm şeklini teşkil etmektedir. Bu nedenle hareket hâkimiyeti veya irade hâkimiyeti gibi anlaşılmalıdır. Özgü suçlar kapsamında *Extraneus*'un suçun işlenmesinde kullanılması bağlamında faillığe ilişkin düzenlemelerin uygulama alanının

genişletilmesi sonucuna da ulaşılmaz. Fiil hâkimiyeti kavramı faillik tespitinde dikkate alınan bir kriter olmaktan öteye gitmemektedir.

### 3. Esas Fiilin Kasten İşlenmesi Gerekliliğinin Özgü Suçlar Kapsamında Değerlendirilmesi

Kasten işlenmeyen fiile şerik olarak katılmak söz konusu değildir<sup>2682</sup>. Şerikliğin gerçekleşmesi bakımından kastın aranmasının sonucu, kasten işlenen fiile taksirle gerçekleşen şerikliğin cezasız kalmasıdır<sup>2683</sup>. Bu şekilde herkes tarafından işlenebilen (hâkimiyet) suçlarda neredeyse doktrinin tamamı tarafından kasten işlenmeyen suçlara şerik olarak katılımın reddedilmesi yaklaşımı, özgü suçlara geldiğinde farklı bir açıdan konunun değerlendirilmesini gerektirir. Kasten gerçekleştirilmeyen özgü suçta ilgili niteliğe sahip olan araç kişiyi yönlendiren *Extraneus*'un bulunması halinde, *Extraneus*'un özgü suç bakımından ne şekilde sorumlu tutulması gerekeceği hâlâ çözüm bulamamıştır<sup>2684</sup>. Kastı olmayan özel yükümlülük altındaki kişinin *Extraneus* tarafından suçun işlenmesinde kullanılması halinde kasten gerçekleşen esas fiil bulunmadığından dolayı şeriklik kabul edilemez<sup>2685</sup>. Bu durumda azmettirmenin failin kastını şart koşması nedeniyle arka plandaki kişi sadece dolaylı fail olma ihtimali kapsamında ele

<sup>2682</sup> Evik, a.g.e., s. 175. *Evik*, konuya yönelik olarak şu örneği vermektedir: “Bir kişi hasmının ölmesi için onun şoförüne aceleleri olduğu için arabayı çok hızlı kullanmak konusunda ikna etse, bunun sonucunda şoför arabayı çok hızlı kullanarak kaza yaptığında hasmının ölmesi durumunda, faillerden biri kasten hareket ettiği halde diğeri taksirle hareket ettiği için manevi unsurda ayrılık, suçun da aynı olmasına ve dolayısıyla iştirak kurallarının uygulanmasına engeldir. Bu gibi durumlarda iştirak halinde işlenen tek suç değil, fail sayısı kadar bağımsız suçlar söz konusudur.” Evik, a.g.e., s. 175. Benzer örnek için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 487.

<sup>2683</sup> Hamdorf, a.g.e., s. 343.

<sup>2684</sup> Örneğin, malları yöneten kayyum, mal sahibinin zararına olarak yükümlülüğünü ihlal ederse, güveni kötüye kullanma suçunun objektif tipikliği gerçekleşse de, arka plandaki kişinin manipülasyonları nedeniyle kasıtsız hareket etmesi halinde ACK md. 266'a göre güveni kötüye kullanma suçundan dolayı sorumluluğu ortadan kalkar. Malları yöneten kayyumun suçun taksirle işlenmesi nedeniyle cezalandırılması da bu fiilin taksirli şekli suç olarak düzenlenmediğinden söz konusu değildir. Hilesi/aldatması sebebiyle suç seyrine hâkim olan arka plandaki kişi, dolaylı faillik için gerekli olan yükümlülük bağlantısı eksik olduğundan ve azmettirme bakımından da kasıtlı bir esas fiil bulunmadığından her şekilde cezasız kalmaktadır. Yalan beyanda bulunmaya yönlendirme (ACK md. 160) örneğine göre özel bir tipiklik düzenlemesi güveni kötüye kullanma suçu için bulunmamaktadır. Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 281.

<sup>2685</sup> Bloy, a.g.e., s. 165; Hardwig, a.g.m. (JZ 1965), s. 671; Weißer, a.g.e. (2011), s. 300; Maiwald, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 366. *Dönmezer/Erman* özgü suçlar bakımından bir memurun memur olmayan birisi tarafından hataya düşürülerek ancak memur tarafından işlenebilecek bir suçu işlemeye sevk etmesi halinde arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak değil, memuru suç işlemeye azmettiren özel kişi olarak sorumlu tutulacağı sonucuna varmışlardır (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 508). *Önder* ise dolaylı fail olarak değerlendirmektedir. *Önder*, a.g.e., s. 113.



alınabilir<sup>2686</sup>. Bununla birlikte arka plandaki kişinin ilgili niteliğe sahip olmaması nedeniyle dolaylı faillik de söz konusu olamaz. Dolaylı fail cezalandırılabilirliğe ilişkin tüm şartların kendisinde gerçekleşmesi gereken kişidir. Bu nedenle gerçek özgü suçlar bakımından geçerli olan suç tipinde aranan özel niteliğin kendisinde bulunmadığı durumlarda kişi dolaylı fail olamaz<sup>2687</sup>.

Özgü suçlar bakımından taksirli fiile yönlendirmeyi azmettirme kapsamında değerlendirmek isteyen kimse, azmettirmeyi bir başkasının fiiline müsebbip olarak şeriklik niteliğine aykırı şekilde ele almış olur. Alman hukukunda kanun koyucu bunu önlemeye yönelik olarak 160. (*Verleitung zur Falschaussage*- yalan tanıklığa yönlendirme)<sup>2688</sup> ve 271. (*mittelbare Falschbeurkundung*- resmi belgede gerçekleştirilen dolaylı sahtecilik) maddelerde özel suç tiplerine yer vermiştir<sup>2689</sup>. Bu nedenle söz konusu duruma ilişkin özel bir düzenleme bulunmuyorsa (ACK md. 160, 271 gibi), sebep olan cezasız kalacaktır<sup>2690</sup>. Burada oluşan ceza boşluğu ancak şeriklik failin kastını gerektirmediği takdirde<sup>2691</sup> ortadan kalkar<sup>2692</sup>. Bu nedenle kasten işlenen esas fiil

<sup>2686</sup> Bir görüşe göre, bu kapsamdaki ceza boşluklarına ilişkin durumlar maddi olarak dolaylı faillik kapsamında dikkate alınması gereken durumlardır. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 536.

<sup>2687</sup> Akbulut, a.g.m., s. 196.

<sup>2688</sup> Alman doktrininde her ne kadar suç ifadesinde geçen yönlendirme teriminin azmettirme kapsamında yer alan bir kavram olduğu belirtilse de, madde düzenlemesinin azmettirme normunun değiştirilmiş şekli olduğu kabul görmemektedir. Madde düzenlemesi dolaylı faillik kapsamında ele alınmalıdır (düzenlemenin tamamlama fonksiyonu). Söz konusu suç tipi bizzat işlenebilen suç olduğundan, dolaylı failliğin genel uygulama alanında yer almamaktadır. Bu tür suçlarda dolaylı faillik bakımından ortaya çıkan boşluk özgü bir düzenleme ile kaldırılmıştır. İlgili düzenlemeye yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Wilfried Küper, “Die Verleitung zur Falschaussage zwischen Anstiftung, mittelbarer Täterschaft und Urheberschaft”, *JZ*, 2012, ss. 992-1002, s. 994 vd.

<sup>2689</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 608; Hake, a.g.e., s. 65; Hünerfeld, a.g.m., s. 248.

<sup>2690</sup> Mitsch, a.g.e., s. 100-101. *Baumann*'a göre, bu ceza boşlukları kasten gerçekleştirilmeyen fiile azmettirmenin kabulüyle kapatılamaz. Böyle bir durumda özel hükümlerde yer alan tipikliğin suç karakteri saptırılmış olur (Baumann, a.g.m. (JuS 1963), s. 133). Benzer yönde *Gallas* da taksirle gerçekleşen esas fiile şerik olarak katılımın ancak faillik için objektif tipikliğin gerçekleştirilmesine nedensel katkıyı gerçekleştirimin yeterli olduğu durumda mümkün olduğunu ve bunun da geniş fail kavramına neden olacağını belirtmiştir. *Gallas*, a.g.e., s. 123.

<sup>2691</sup> Örneğin, doktor (A), doktor (B)'yi hastanın rızasının bulunduğu yönündeki yanlış iddiasıyla hasta raporunu teslim etmeye yönlendirir. (B) sadece ACK md. 353b'deki tipikliği (görev sırrının ihlali) taksirle gerçekleştirmiştir, bu nedenle cezalandırılmaz. (A) da (B)'nin kasıtlı fiili bulunmadığından dolaylı azmettiren olamaz. Görev sırrının ihlali (ACK md. 353b) sadece özel yükümlülük durumuna sahip olan doktoru kapsadığından, (A)'nın dolaylı failliği de ortadan kalkar. BGH burada kasten gerçekleştirilmeyen fiile azmettirmeyi kabul etmiştir. *Baumann*, a.g.m. (JuS 1963), s. 132.

<sup>2692</sup> Alman Ceza Kanununda yer alan md. 160 düzenlemesi çerçevesinde konuyu ele alan *Küpper*, her ne kadar yalan tanıklığa sevk etme (*Verleitung zur Falschaussage*) suçunun dolaylı faillik kapsamında değerlendirilse de (taksirle yanlış ifade verenin suçun işlenmesinde kullanılması nedeniyle) maddi içeriğinin ve isnadiyet şeklinin taksirli suça azmettirmeden farklı bir şey olmadığına dikkat çekmiştir (Küpper, a.g.m. (JZ 2012), s. 997). *Küpper* doktrinde ileri sürülen, burada müsebbiplik kapsamında incelenmesi gereken bir iştirak türünün bulunduğu görüşüne karşı çıkmıştır. *Küpper*, a.g.m. (JZ 2012), s. 998.

gerekliliği özellikle, ceza boşluklarına sebebiyet vermesi nedeniyle eleştirilmekte ve “hukuk politikası bakımından hata” olarak kabul edilmektedir<sup>2693</sup>. Bu kapsamda kasten işlenen esas fiilin şerikliğinin cezalandırılma şartı olarak kanun koyucu tarafından aranmasıyla birlikte ortaya çıkan ceza boşluklarını ortadan kaldırmaya yönelik doktrinde ileri sürülen görüşlerden biri, esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliğinden vazgeçilmesi yönündedir<sup>2694</sup>.

*Welzel* tarafından detaylı şekilde incelenen ve günümüzde hâlâ hâkim olan görüşe göre, kasten işlenmeyen suçlara şeriklik, şerikliğinin esası ve değiştirilemez yapısı kapsamında reddedilmelidir<sup>2695</sup>. Öne sürülen önerinin suça iştirak bağlamında şeriklik yapısına aykırı olduğu belirtilmiştir. Hatta *Welzel* kasten işlenmeyen suça şerikliğinin mümkün olduğu kabulünün tipikliği de sona erdireceğini ileri sürmüştür. Kanun koyucunun bilinçli olarak cezasız bıraktığı durumların bir başkasının taksirle gerçekleştirdiği fiile neden olma veya destek olma nedeniyle cezalandırılması anlamına geleceğine dikkat çekmiştir<sup>2696</sup>. Yazara göre, bu durumda kasten işlenmeyen suça şeriklik fail olmaksızın şerikliktir ve böylece gerçek şeriklikten söz edilemez, oluşan sadece müsebbipliktir<sup>2697</sup>. Kasten hareket etmeyen ilgili niteliğe sahip kişinin (fail olmayan) yerine ilgili niteliğe sahip olmayan müsebbibin hareketi cezalandırılır. Diğer bir ifadeyle şeriklik ilişkisi kapsamında faillik, ilgili niteliğe sahip olmayan üzerine genişler ki, bu şekilde cezalandırmanın genişlemesi kabul edilemez<sup>2698</sup>.

Bununla birlikte bu görüşü kabul etmeyenler suça iştirak sisteminin ortaya çıkardığı boşlukları ortadan kaldırmak için *Binding*'in dayandığı müsebbiplik kavramını tekrar

<sup>2693</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 253. Bununla birlikte yazarlar fiilin subjektif yönünün dikkate alınmaması durumunda ceza hukukuna ilişkin haksızlığın sınırlarının çözüleceğini ileri sürmüşlerdir. Tüm ceza boşluklarını kapatma ihtiyacı, kanunsuz suç olmaz “nullum crimen sine lege” esasını zedeler. Bu nedenle yazarlar, bu tür boşlukların kabulünün “daha az kötülük” teşkil edeceğini ifade etmişlerdir. Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 254.

<sup>2694</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 552; Jakobs, a.g.m. (GA 1996), s. 266. Kasten işlenmeyen fiile şeriklik olarak iştirakin mümkün olmasına yönelik çaba oluşan ceza boşluklarının ortadan kaldırılması amacına yöneliktir. Bununla birlikte aşırı cezalandırma tehlikesini de beraberinde getirecek olan boşluksuz ceza hukuku korumasına sadece genel bir müsebbip kavramı ile ulaşılabilir (Hake, a.g.e., s. 64). *Engisch*, özgü suçlarda kastı olmayan *Intraneus*'u suçu gerçekleştirmesi için yönlendiren arka plandaki *Extraneus*'un sorumlu tutulabilmesi için taksirle işlenen fiile de katılmayı kabul eder. Engisch, a.g.m. (ZStW 1954), s. 387 vd.

<sup>2695</sup> Welzel, a.g.e., s. 113.

<sup>2696</sup> Welzel, a.g.e., s. 113.

<sup>2697</sup> Welzel, a.g.e., s. 114.

<sup>2698</sup> Welzel, a.g.e., s. 114.

gündeme getirmiştir.<sup>2699</sup> Bu yaklaşıma göre kanun koyucunun şerikliğe ilişkin hükümleri sadece gerçek şerikliği değil, aynı zamanda manevi müsebbibi (*geistige Urheber*) de kapsamaktadır. Manevi müsebbiplikte arka plandaki kişi dolaylı faillikle aynı konumda veya yakın durmaktadır ve sadece hukuki nedenlerle<sup>2700</sup> anlaşıl原因amaktadır. Zira onda yasal olarak gerekli olan faillik niteliği eksiktir.<sup>2701</sup> Müsebbipliğin tali bir iştirak şekli olarak, arka plandaki kişinin üstün konumu nedeniyle suça ilişkin katkısı dolaylı faillığe

<sup>2699</sup> Alman Ceza Kanunu'nun etkisi altında *Urheber* kavramının kapsamı değişim göstermiştir ve bir dönem azmettiren olarak anılmıştır. 1845 tarihli ACK'da "*Urheber, azmettirendir*" ifadesine açıkça yer verilmiştir. Bağımsız faillikten bağı azmettirmeye gelişim *Binding* tarafından eleştirilmiştir. Yazar, şeriklik şekli olarak azmettirmeyi reddetmiştir. Kendi terminolojisinde dolaylı faillik olarak adlandırmakla birlikte eski bir kavram olan manevi faillik (*intellektuel Urheber*) ile bağlantı kurmuştur. Yazar burada fiilin başkası tarafından icrası olasılığı altında azmettirme kapsamındaki birçok durumu kapsama almıştır. Müsebbiplik, bağımsız bir iştirak şeklidir. Böylece suça sebep olan şeklindeki müsebbip kavramının tekrar canlanması için çabalamıştır (Uthmann, a.g.e., s. 50-51). *Binding*'e göre, kim suçun doğrudan işlenmesinde yasal olarak aranan faillik niteliği veya faillik iradesi eksik olan bir faili suçun objektif tipikliğini gerçekleştirmeye veya sadece bizzat işlenebilen bir suça yönlendirirse suça sebep olan müsebbip olarak kabul edilmelidir. Yani müsebbibin kasten suç işleme kararı almasına neden olduğu ve faillik iradesiyle hareket eden araç kişiye ihtiyacı vardır. Böylelikle *Binding* azmettirmeyi tekrar parçalamıştır. Dolaylı fail ile manevi fail olan müsebbibi birbirinden ayırmıştır (Uthmann, a.g.e., s. 51). Sonuç olarak, yazar *Urheber* kavramını geleneksel anlamından ayırarak farklı şekilde açıklamıştır. Bu durumda kavramın, özgü suçlar bakımından kişisel özelliğin bulunmaması veya bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillığın mümkün olmaması nedeniyle ortaya çıkan boşlukları kapatma işlevi bulunmaktadır (Bloy, a.g.e., s. 92; Nydegger, a.g.e., s. 44 vd.).

<sup>2700</sup> *Bertschi* konuya ilişkin arka planda yer alanın, birbirine aşık olan ve kardeş olduklarını bilmeyen iki kişiye cinsel ilişki için olanak sağlaması örneğini verir. "*Burada olanak sağlayan kişi, onların kardeş olduklarını bilmektedir. Bu durumda sadece hukuki değer ihlaline sebep olan (Veranlasser einer bloßen Rechtsverletzung) olarak suça iştirak statüsü belirlenebilir. Burada ensest ilişki suçu taksirle gerçekleşmiştir ve bu suçun taksirli şekli kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda şeriklik bakımından dikkate alınabilecek bir suç bulunmadığından, şeriklikten bahsedilemez. Dolaylı faillikten de söz edilemez, zira olanak sağlayan kişi özel faillik niteliğine sahip olmadığından fiil hâkimi de değildir. Burada arka plandaki kişinin ensest ilişkiye sebep olarak hukuki değer ihlali söz konusudur. Her ne kadar ensest ilişkiyi gerçekleştirenler kastları bulunmadığından dolayı cezalandırılmıyorlarsa da arka plandaki kişinin cezasız kalması tatmin edici değildir. Tipik bir davranış teşkil etmese de hukuki değer ihlali söz konusu olduğundan burada arka plandaki kişinin sadece hukuki değer ihlaline sebep olan olarak cezalandırılması gerekir.*" *Bertschi*, a.g.e., s. 42. Yazar bu gerekçelerle bu durumda sadece hukuki değer ihlaline sebep olan veya destek olanların ceza sorumluluklarının belirlenmesi noktasında şeriklik ile karşılaştırılabilecek bir düzenlemenin kabulünün yerinde olacağı ve daha az ceza kapsamının belirlenmesi gerektiği önerisinde bulunmuştur. *Bertschi*, a.g.e., s. 42.

<sup>2701</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 366. *Uthmann*'a göre ortaya çıkan ceza boşlukları hukuki fiil hâkimi ve fiili fiil hâkiminin birbirinden farklılaştırılması ile kaldırılabilir. Hukuki fail (*juristischen Täter*) ve fiili fail (*faktischen Täter*) ayrımında hukuki fail ister suç tipinde aranan faillik niteliğine sahip olsun ister bizzat işlenebilen suçu gerçekleştirmiş olsun fail olması bakımından yeterlidir. Fiili fail ise suç seyrine hâkim olan kişidir. Arka plandaki kişi objektif olarak suç seyrine hâkimdir ve fakat yasal bir sebeple fail olamayabilir. Ön plandaki kişi fail olarak dikkate alınsa da bilinçli olarak veya bilinçsiz (bu farkın bir önemi yoktur) arka plandaki kişinin planına tabidir. Azmettirmeye karşılık müsebbip tarafından kullanılan araç kişinin kasten hareket etmesine gerek yoktur. Geçerli olan hukuka göre, arka plandaki kişi objektif olarak üstün konumu yasal olarak hâkim olamama durumuyla birlikte ele alındığında cezasız kalmalıdır. Bununla birlikte olması gereken hukuk bakımından müsebbip olarak cezalandırılması gerekir. Yazara göre hukuki sebeplerden ötürü fail olarak dikkate alınmamakla birlikte fiili, bu engel sebep bulunmayan bir başkası aracılığıyla gerçekleştiren kişi müsebbip olarak fail ile aynı şekilde cezalandırılmalıdır. *Uthmann*, a.g.e., s. 56 vd.

eşdeğer olmasına karşın<sup>2702</sup> yasal gerekçelerden ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutulmadığı tüm durumları kapsamı gerekmektedir<sup>2703</sup>. Müsebbiplik sadece nedenselliğe dayandırılan iştirak şekli olarak sadece objektif tipikliğin araç kişi aracılığıyla gerçekleştirilmesini şart koşar<sup>2704</sup>. Nitekim bir doktor diğer bir doktoru dikkatsizliğinden yararlanarak mesleki sırrı ifşaya yönlendirirse aldatılan doktor mesleki yükümlülüğünü ihlal etmese de aldatan doktorun ihlali söz konusudur. Her ne kadar aldatan doktor kendi mesleki sırrına ilişkin yükümlülüğünü ihlal etmese de mesleki sırrın güvenliğine ilişkin genel inancı aynı ölçüde tehdit etmiştir<sup>2705</sup>.

---

<sup>2702</sup> Mayer verdiği örnek üzerinden müsebbipliğin gerekliliğine dikkat çekmiştir. Yazar, bir vergi danışmanının kasten hareket etmeyen bir vergi yükümlüsünü (ancak bir vergi yükümlüsünün işleyebileceği bir suç söz konusu olduğunda) ilgili suça yönlendirmesi hali ile vergi yükümlüsünün suçu bizzat işlemesi hali arasında ortaya çıkabilecek objektif haksızlık bakımından fark bulunmadığını belirtmiştir. Her iki durumda da oluşacak zarar aynıdır. Sübjektif olarak ise vergi yükü altındaki vergi borçlusunun kusuru vergi danışmaninkinden daha az olacaktır. Bununla birlikte yazara göre, vergi danışmanı gerçekte başkasının eliyle suç işleyen fail olarak değerlendirilemediğinde onun müsebbip olarak, kanunun ifadesine göre şerik olarak, cezalandırılmasına karşı çıkılmaması gerekir (Mayer, a.g.m., s. 273). Uthmann, Mayer'in bu şekilde belirttiği müsebbip kavramını sürdürülebilir bulmamıştır. Müsebbipliğin kasten işlenen suçlardaki faillik gibi "yaklaşık aynı haksızlığa (*annahernd gleichen Unrechts*)" istinaden kazuistik olarak belirlenmesinin amaçsal olarak net olmadığına dikkat çekmiştir. Yazara göre müsebbiplik ne var olan suça iştirak türlerinin ortaya çıkardığı boşluğu doldurabilir ne de cezaya layık durumlar bakımından genel olarak uygulanabilen böyle bir kavramdan bahsedilebilir (Uthmann, a.g.e., s. 46-47). Bununla birlikte yazar şeriklik öğretisinde ortaya çıkan boşlukları kapatması bakımından olması gereken hukuk kapsamında bu kavramın ne şekilde dikkate alınacağına ilişkin, kanun koyucunun önünde birden fazla olasılık olduğuna da dikkat çekmiştir (Uthmann, a.g.e., s. 52). Yazara göre müsebbiplik, neticeye her türlü sebep olma şeklinde anlaşılırsa tek faillik sisteminin dolayısıyla geniş fail kavramının kabulünü gerektirmektedir. Buna karşılık neticeyi bizzat gerçekleştirmeyen her bir sebep olma durumu şeklinde anlaşılırsa, tek fail kavramının hukuka aykırılığını önlemeye yönelik olduğu söylenebilir de, dolaylı faillik ile azmettirme arasında fark gözetmemesi nedeniyle eleştiriye açık bir yaklaşımdır. Bu şekilde dolaylı faillik karakteri göz ardı edilmektedir (Uthmann, a.g.e., s. 54).

<sup>2703</sup> Poppe, a.g.e., s. 393. Roxin bu çözümü sakıncalı bulmaktadır. Burada ya müsebbip kavramı yasal şeriklik kavramına dâhil edilmekte ya da şeriklik ve müsebbiplik şeklinde ayrılmaktadır. Bu ihtimallerde faillik ve şerikliğin yanı sıra üçüncü bir suça iştirak türü ortaya çıkar. Yazara göre bu sonuç, fail ve şerik ayrımını şüpheli hale getiren bir sonuçtur. Faillik, azmettirme ve yardım etmenin yanında boşlukları doldurmak amacıyla kanunda karşılığı olmayan müsebbiplik kurumu oluşturulursa şeriklik türleri arasındaki ayrımın hangi anlama sahip olacağı sorusu gündeme gelecektir. Bu sorunun en kolay çözümü geniş fail kavramının kabulüyle mümkün olabilir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 367.

<sup>2704</sup> Poppe, a.g.e., s. 393.

<sup>2705</sup> Mayer, a.g.m., s. 273.

Yükümlülük suçlarında “merkezi konum” kavramının fiil hâkimiyetinden farklı bir kriterle<sup>2706</sup> ikame edilebileceği görüşü<sup>2707</sup>, modern ceza hukuku dogmatığının tartışmalı konularından biri olan kasten işlenmeyen suçlara şeriklik kapsamında farklı bir yol açmıştır<sup>2708</sup>. Sorunun çözümü bakımından *Roxin*, hâkimiyet suçları ile yükümlülük suçlarının ayırımında farklı fail kavramından hareket edilmesi gerektiğini ve tartışılan durumlarda sorunun hâkimiyet suçları alanında değil de istisnasız yükümlülük suçları alanında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>2709</sup>.

Fiil hâkimiyeti kriterine dayanmaksızın harekete ilişkin sürecin merkezi konumunda yer alan kişinin fail olarak kabul edildiği yaklaşımda şerik, fiil hâkimiyeti olmaksızın suça katkıda bulunan kişi değil, özgü yükümlülüğü ihlal etmeksizin suça katılan kişidir. Şerikin bu şekilde karakterize edilmesi farklı bakış açısının göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle yükümlülüğü ihlal eden kişinin kasten hareket etmemesiyle şerikliğin yapısı değişmez<sup>2710</sup>. Yükümlülük bağlantısı dışında herhangi bir şekilde neticeye sebep olma mevcuttur ve fiil hâkimiyeti üzerinde belirleyici

<sup>2706</sup> *Botke*, hâkimiyet çatısı altında tüm suçlar bakımından geçerli faillik kabulünün mümkün olduğunu belirtmiştir (Botke, a.g.e., s. 121). *Schünemann*, kanundaki fail düzenlemesinin tüm suç tipleri bakımından geçerli olmasından hareketle herkes tarafından işlenebilen suçlardaki fail yapılarının tüm suç tipleri için geliştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Buna ek olarak tüm suç tipleri bakımından aranan genel yapının “neticenin temeli üzerindeki hâkimiyet (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*) olduğunu kabul etmiştir. Bu kriterin özgü suçlar alanında sosyal alanın kontrolü anlamında garantör hâkimiyeti (*Garantenherrschaft*) şeklinde karşılık bulacağını ileri sürmüştür (Arana, a.g.e., s. 104). Böylelikle yazar, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük durumunu özgü suçlarda yükümlülük ihlalinin yerine koymuştur. Özgü suçlarda failliği garantörlük üzerinden açıklayan farklı bir yaklaşım ise *Schmidhäuser* tarafından ileri sürülmüştür. Yükümlülük sahibi, bu yükümlülüğe sahip olmayanın hareketine karşı harekete geçmiyorsa ihmali hareketle tipikliği gerçekleştirmiş olur (Kindhäuser, a.g.e., s. 329). *Schmidhäuser* özgü yükümlülüğe sahip arka planda yer alanın ihmali failliğini, ön planda hareket edenin (*Extraneus*) suçun icrasını gerçekleştirmesini engellememesi halinde kabul etmektedir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 110). *Intraneus*'un davranışı ihmali suç olarak anlaşılmadığı sürece cezalandırmadan vazgeçmekten başka bir ihtimal kalmamaktadır. Bununla birlikte *Stratenwerth* bu ihtimale, ihmali suça ilişkin yasal düzenlemenin uygunluk şartı bakımından şüpheli yaklaşmıştır (Stratenwerth, a.g.e., s. 228). *Bloy*, bu itirazın ciddiye alınması gerektiğini belirtmektedir. “Önerilen durumların özelliği icrai suça ilişkin faillik bakımından esas olarak yeterli olmayan pozitif bir hareketin (*positives Tun*) bulunmasında oluşmaktadır. Zira ihmali, davranış değersizliğine göre tipikliğin icrai hareketle gerçekleşmesiyle eşit olduğu durumun bulunmasını şart koşar. Bu durum ihmali edenin aktif hareketiyle belirlenirse tipik hareketi aktif olarak icra etmesi gerekirdi. O zaman ceza hukukuna ilişkin sorumluluk bağlantısı artık ihmali hareketi gerektirmez. Burada istenen özgü yükümlülük ihlalinin arka planda yer alanın fiil hâkimiyetini temellendirmesidir. Çünkü *Extraneus*'u kullanan arka plandaki kişi ihmali ettiği yükümlülüğünden dolayı değil, fiile etkisinden dolayı suçlanmaktadır” (Bloy, a.g.e., s. 240).

<sup>2707</sup> *Arana* da fiil hâkimiyetinin bütün suçlar bakımından geçerli olabilecek bir kriter olamayacağını belirtmiştir. *Arana*, a.g.e., s. 29.

<sup>2708</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 364.

<sup>2709</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 368.

<sup>2710</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 367.

olan kast sorunu bu bağlamda durumu ilgilendirmeyen nitelik taşıır<sup>2711</sup>. Bu şekilde değerlendirildiğinde, final nitelikte olmayan fiile azmettirme ve yardım etmenin kabul edilmesinin şerikliğın esasına aykırı olacağından da söz edilemez<sup>2712</sup>.

Bununla birlikte aksi yöndeki görüş, böyle bir durumda şeriklik öğretisinde mevcut düzenlemeler çerçevesinde arka planda yer alanın cezalandırılabilirliğine ulaşabilmenin güçlük arz ettiğini ileri sürmüştür. Nitekim Özgenc'e göre burada iştirak hükümleri çerçevesinde ne dolaylı faillik ne de şeriklik mümkündür. Burada ortaya çıkan ceza boşluğu özel hükümlerde suç tipi ihdas edilerek ortadan kaldırılabilir<sup>2713</sup>. Burada oluşan ceza boşluğunu kapatmak amacıyla özel hükümlerde suç tipi ihdas edilmesi çözümüne örnek olarak resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu (TCK md. 206) verilebilir.

Konuyla ilişkili diğer bir husus, *Intraneus*'a söz konusu suçu cebir veya tehditle işleten arka plandaki *Extraneus*'un özgü suça iştirakinin nasıl değerlendirileceğidir. *Akbulut*, bu durumda ön planda yer alanın cebir veya tehdit etkisi altında olmakla birlikte kasten hareket ettiğini göz önünde bulundurarak, cebir veya tehdidi gerçekleştiren arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulmasının önünde engel bulunmadığını kabul etmiştir<sup>2714</sup>. Benzer şekilde *Bloy*, her iki şekilde arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak kabulünün hâkimiyet suçları söz konusuysa geçerli olduğunu belirtmiştir. Zira farklı tipiklik yapıları (hâkimiyet suçları-özgü suçlar) bakımından aynı sonuç çözüm olarak kabul edilemez. Fiil hâkimiyetinin rol oynamadığı gerçek özgü suçlarda *Extraneus*'un *Intraneus*'u kusuru kaldıran cebirle veya başka bir şekilde fiilin işlenmesinde kullanıp kullanmadığının, bu etki tipik haksızlığın gerçekleşmesini ortadan kaldırmadığı sürece önemi yoktur<sup>2715</sup>. Benzer sonuca yazar, karma yükümlülük-hâkimiyet suçları bakımından ulaşmıştır. Zira dolaylı faillikte araç kişi bile zorlama

---

<sup>2711</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 367.

<sup>2712</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 367.

<sup>2713</sup> Özgenc, a.g.e., s. 208. Bu yönde Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 800. *Joecks* bu kapsamda ceza boşluklarının ortaya çıktığı bu durumlara özgü olmak suretiyle bağımsız şeriklik düzenlemesi gerekliliğine dikkat çekmiştir (Joecks, a.g.e., s. 1223). *Dönmezer/Erman*, ilgili niteliğe sahip kişinin aldatılarak suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka planda yer alan kişinin o niteliğe kendisi sahipmiş gibi ele alınması gerektiğini ve dolaylı failliğin ortaya çıkacağını belirtmişlerdir. Yazarlar ayrıca 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda buna ilişkin özel düzenlemenin bulunduğu da dikkat çekmişlerdir. Hükme göre, *başkasını aldatarak onu suç işlemeye yönelten kimse, suçu gerçekte işleyen kişinin fiilinden sorumlu olur*. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 505, 508.

<sup>2714</sup> Akbulut, a.g.m., s. 196.

<sup>2715</sup> Bloy, a.g.e., s. 236.

gücüyle oluşan irade hâkimiyeti durumunda tipik haksızlığı gerçekleştirmesi anlamında faildir<sup>2716</sup>. Bu nedenle arka plandaki kişinin aynı zamanda azmettiren olarak değerlendirilmesi ihtimali ortaya çıkar. Arka planda yer alanın icra hareketlerini gerçekleştirenle kişisel ilişkisi irade hâkimiyeti bulunması nedeniyle üstün gelse bile (*Roxin*'in geliştirdiği fiil hâkimiyetinin aşamalı yapısından hareket edilirse), hareket hâkimiyetinin en düşük aşamasında da bu ilişkinin olduğu kabulüne yer vardır. Doğrudan hareket edenin bir başkasının yönlendirmesi üzerine fiili işlemesi söz konusudur ve burada hareket hâkimiyeti yönlendirende değildir. Bu açıdan bakıldığında, fiil hâkimiyetinin daha yüksek aşaması karşısında irade hâkimiyeti geri çekilir. Bir *Extraneus* ön planda yer alanın icrayı gerçekleştirmesi karşısında daha yüksek aşama failliği temellendirme fonksiyonunu yerine getiremezse, tali nitelikteki azmettirme önem kazanır. Bu nedenle karma yükümlülük-hâkimiyet suçlarında da cebir yoluyla irade hâkimiyeti şeklindeki fiil hâkimiyetine sahip olmasına rağmen *Extraneus*'un azmettiren olarak kabul edilmesi gerekir<sup>2717</sup>.

Bununla birlikte farklı yönde bir görüş, burada sınırlı bağlılık kuralının önemine dikkat çekmek suretiyle arka planda yer alanın sorumluluğuna ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Kanun koyucu sınırlı bağlılık kuralı ile bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçlar alanında ortaya çıkan boşlukları ortadan kaldırmak istemiştir. Burada ilgili niteliği taşımayan kişinin dolaylı failliği mümkün olmadığından, ilgili faillik niteliği bulunmakla birlikte kusuru olmaksızın hareket eden ön plandaki kişi söz konusu olduğunda, arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından şeriklik üzerinden çözüm yolu aranmıştır. Bu görüş, bu çözüm yolunun şeriklik ile dolaylı faillik arasındaki sınırı belirsizleştirdiğini ileri sürerek isabetli olmadığını iddia etmiştir. Zira bu görüşe göre, kusursuz hareket eden kişiyi kendi amacı bakımından araçsallaştıran kimseye, ön plandaki kişinin davranışı kendi davranışı gibi isnat edilir<sup>2718</sup>.

Konuya ilişkin TCK md. 28/1 düzenlemesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirten *Zafer*, bu düzenlemede herkes tarafından işlenebilen suçlar ile özgü suçlar arasında ayırım yapılmadığına dikkat çekmiştir. Bu nedenle bu iki düzenlemenin

---

<sup>2716</sup> Bloy, a.g.e., s. 237.

<sup>2717</sup> Bloy, a.g.e., s. 237.

<sup>2718</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 609.

birbiriyle uyumlu olacak şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>2719</sup>. Bununla birlikte TCK md. 28/1 düzenlemesi ile TCK md. 40/2 düzenlemesi söz konusu durum için birbiriyle çelişir nitelik arz etmektedir. İlgili niteliğe haiz olmayan kişinin ancak şerik olarak kabul edilebileceğini hükme bağlayan TCK md. 40/2 düzenlemesi bu kişinin cebir veya tehditle ön plandaki kişiyi özgü suçun işlenmesinde kullanılmasına ilişkin bir istisna getirmemiştir. TCK md. 28/1 düzenlemesi konuya ilişkin genel hüküm niteliği taşıdığından, böyle bir durumda TCK md. 40/2 düzenlemesinin dikkate alınması gerekecektir<sup>2720</sup>. Bununla birlikte özgü suçun işlenmesinde ön planda yer alan kişiyi suçun işlenmesinde kullanan kişinin suça yönelik katkısının maddi içeriğinin faillik niteliğinde olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Zira arka planda yer alan ön planda yer alan ve ilgili niteliğe sahip kişiyi cebir veya tehdit aracılığıyla suçun işlenmesinde kullanmaktadır. Azmettirmenin faillığe nazaran daha az haksızlık içeriğine sahip olduğu ve olması gereken hukuk bağlamında daha az ceza ile cezalandırılması gerektiği göz önünde bulundurularak mevcut düzenlemeler çerçevesinde arka planda yer alanı (faile aynı ceza kapsamında yer alan) azmettiren olarak sorumlu tutmak makul kabul edilebilirse de dolaylı faillik kapsamında sorumlu tutulması daha adil bir sonuçtur.

#### **4. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Arka Planda Yer Alanın Sorumluluğu**

Bizzat işlenebilen suçlar, suçun kanuni tanımında yer alan hareketi sadece failin kendi hareketiyle gerçekleştirebildiği suçlardır<sup>2721</sup>. Bizzat işlenebilen suçlarda, tipik hareket tek başına gerçekleştirilebilir<sup>2722</sup>. Bu bağlamda bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçlar ilişkisine değinmekte fayda vardır. Özgü suçların, faillik alanının belli bir nitelik veya durumla sınırlandırıldığı veya yükümlülük ile belirlendiği şeklinde ifade edilmesi bizzat

<sup>2719</sup> Zafer, a.g.e., s. 542 vd.

<sup>2720</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Hakeri, a.g.e., s. 526; Sınar, a.g.m., s. 79; Ekici Şahin, a.g.m. (2013), s. 12.

<sup>2721</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 219; Akbulut, a.g.m., s. 188. Bizzat işlenebilen suçların, şekli objektif teori ile benzerliğine ilişkin bkz. Nydegger, a.g.e., s. 76. İtalyan ceza hukuku doktrininde bizzat işlenebilen suçlar özgü suçların alt durumu olarak kabul edilmektedir. Weißer, a.g.e. (2011), s. 312.

<sup>2722</sup> Bu bağlamda doktrinde dikkate alınan klasik suç tipi yalan yere tanıklık (TCK md. 272) ve yalan yere yemin suçlarıdır (TCK md. 275). Bununla birlikte trafik güvenliği tehlikeye sokma suçunun bizzat işlenebilen suçlar kapsamında yer alıp almadığına yönelik olarak tartışma bulunmaktadır. Suç düzenlemesinde fail trafikte araç kullanan ve bu nedenle trafik kurallarına tabi olması gereken kişi olarak yer almaktadır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 430). Bir görüş trafik güvenliği bakımından kimin hareket ettiğinin önemli olmadığını, arka plandaki kişinin hareketinin tipik olarak korunan hukuki değer bakımından ön planda hareket edenin hareketiyle aynı şekilde ihlal edeceğini belirtmiştir. Bu nedenle tek başına işlenebilen suç kapsamına girmez (Roxin, a.g.e. (AT), s. 116 vd.). Buna karşı ileri sürülen görüş arka plandaki kişinin, araç sürücüsünün yükümlülüğünün bizzat muhatabı olmadığını belirtmektedir (Frister, a.g.e., s. 328).



işlenebilen suçların da bu kapsamda değerlendirilmesine zemin hazırlar niteliktedir.<sup>2723</sup>. Zira bizzat işlenebilen suçlarda da faillik alanının belirli bir durumla sınırlandırıldığı açıktır. Bununla birlikte konuya ayrıca yer verilmesinin amacı bu suçların ancak doğrudan faillik şeklinde işlenebilmesi dolayısıyladır. Bizzat işlenebilen suçlarda kişi tipik hareketi bizzat yerine getiremiyorsa, ancak yardım eden veya azmettiren olabilir.<sup>2724</sup>. Bu suçlarda kişisel olarak icra hareketinin yerine getirilmesi gerektiği için, müşterek fail veya dolaylı faillikten de söz edilemez.<sup>2725</sup>. Tipikliği gerçekleştiren olay seyrini harici olarak yönetebilme failliği gerekçelendirmek bakımından yeterli değildir, ilgili tipik hareketin bizzat gerçekleştirilmesi de gereklidir.<sup>2726</sup>. Bununla birlikte daha önce belirtildiği üzere özgü suçların diğer faillik şekilleri kapsamında gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu nedenle özgü suçun kavramsal olarak kapsamına bizzat işlenebilen suçların dâhil olması da mümkündür. Nitekim *Roxin* bizzat işlenebilen suçları görünüşte bizzat işlenebilen suçlar ve gerçek bizzat işlenebilen suçlar şeklinde ikiye ayırdıktan sonra görünüşte bizzat işlenebilen suçların aslında yükümlülük suçu olduğunu belirterek firar ve yalan yere yemin suçlarını bu kapsamda ele alır. Bu suçlarda yükümlülük ihlalinin söz konusu olduğunu belirten yazar, bu suçlarda doğrudan, insanın bedensel hareketi ile tipikliğin gerçekleştirilmesinin ön plana çıkmadığını ifade eder. Gerçek bizzat işlenebilen suçlar ise, tipikliğin bedensel hareket ile gerçekleştirilmesini gerektirmekte belli bir yükümlülük ihlaline dayanmamaktadır. Bunlar genel ahlaka aykırılık teşkil eden, belli bir hukuki değeri ihlal etmeyen (yetişkinler arasındaki aleni olmayan eşcinsel

---

<sup>2723</sup> Türk doktrininde bizzat işlenebilen suçlar şeklinde kategorize edilen ayrı bir suç grubu olarak ele alan yazarlar bulunmaktadır (Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 349). Bununla birlikte özgü suçları yükümlülük suçları olarak kabul eden diğer bir görüşe göre de bizzat işlenebilen suçların aslında özgü suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira özgü suçlar için belirleyici olan özel yükümlülük durumunun bulunmasıdır. Bizzat işlenebilen suçlar kapsamında dikkate alınan suçlar da bakıldığında kişiye ilişkin belirli bir özelliği veya niteliği esas alır. Nitekim yalan şahitlik suçunun ancak gerçeği söyleme yükümlülüğü altında olan şahitlik niteliğine sahip bir kişi tarafından işlenmesi söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, a.g.e. (1996), s. 178 vd. Benzer bir yaklaşım olarak *Akbulut* da TCK 40. maddede, yalnızca özgü suçtan söz edildiğine ve bunun da özel faillik niteliğinin söz konusu olduğu suçlar olarak ifade edildiğine dikkat çekerek; yasal olarak, özel yükümlülüğün söz konusu olduğu tüm suçların özgü suçlar olarak kabul edileceğini belirtmiştir (Akbulut, a.g.m., s. 190).

<sup>2724</sup> Bock, a.g.m., s. 678; Schlehofer, a.g.m. (FS Herzberg), s. 374.

<sup>2725</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 265; Hauf, a.g.e., s. 74; Akbulut, a.g.m., s. 188. *Stratenwerth*, ACK md. 173'te düzenlenen ensest ilişki suçu kapsamında birbirlerini tanımayan üvey kardeşleri bu durumu bilerek cinsel ilişkiye sevk eden kişinin md. 173 kapsamında sorumlu olmayacağını belirtmiştir (Stratenwerth, a.g.e., s. 219). *Yılmaz*, bizzat işlenebilen suç kapsamında kabul ettiği firar suçunda *cebren askerden firar etmesi istenen kişiyi buna zorlayanın* dolaylı fail olarak sorumlu tutulması yönündedir. *Yılmaz*, a.g.e., s. 268.

<sup>2726</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 219.

ilişki<sup>2727</sup>) suçlardır<sup>2728</sup>. Bu bağlamda bizzat işlenebilen suçların bazılarının yükümlülük ihlalinin gerçekleştirilmesi ile bazılarının ise böyle bir gereklilik olmaksızın sadece suç tipindeki hareketin fail tarafından bizzat icrası ile gerçekleştirilmesi mümkündür. *Roxin* bizzat işlenebilen suçlar bakımından kavramsal olarak benimsediği ayrıma paralel şekilde iştirak yaklaşımını şekillendirmiştir. *Roxin*'in tezine göre, kasten işlenmeyen fiile azmettirme veya yardım etme gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçlarda mümkün iken, gerçek bizzat işlenebilen suçlarda hâkimiyet suçlarında olduğu gibi eşyanın doğası gereği mümkün değildir<sup>2729</sup>. Bizzat işlenebilen suçlarda cezalandırma nedeni tipik davranışın özel değere aykırılığında bulunuyorsa, o zaman doğrudan hareket edenin kastı olmadığında, fiilin değersizlik niteliği ile dışarıda kalanın cezalandırılması bakımından bağlantı noktası aynı şekilde kesilir<sup>2730</sup>.

Aslında bağlılığın sınırının tespit edilmesi özgü suçlardan ziyade bizzat işlenebilen suçlarda daha fazla öneme sahiptir. Çünkü bu tür suçlarda suça ilişkin fiilin değersizliği tipik hareketin münhasıran bizzat gerçekleştirilmesinde bulunmaktadır. Bu nedenle dolaylı failliği tamamen dışlamaktadır<sup>2731</sup>. Bizzat işlenebilen suçlarda esas alınan sadece hareket hâkimiyetidir. Bundan dolayı ne hata veya cebir aracılığıyla elde edilen hareket hâkimiyeti (dolaylı faillik) ne de fonksiyonel hâkimiyet (müşterek faillik) söz konusudur<sup>2732</sup>. Bu nedenle bizzat işlenebilen suçların esas bağlamında değerlendirildiğinde bu tür suçlarda failin kusuru bulunmaksızın gerçekleştirdiği fiile şerikliğin mümkün olup olmadığı sorununun üzerinde durulması gerekir<sup>2733</sup>. Böyle bir durumda bizzat işlenebilen suçu kasten gerçekleştiren failin kusuru bulunmasa dahi suça sevk eden veya suçun icrasına yardım eden kişinin şerik olarak cezalandırılması mümkün olacaktır. Bununla birlikte kişiyi aldatarak suçu gerçekleştirmesine sebep olan arka plandaki kişinin ne şekilde sorumlu tutulacağına dikkat etmek gerekir. Zira bu durumda arka planda yer alan kişinin dolaylı fail olarak kabulü söz konusu değildir. Aynı zamanda ön plandaki kişinin kasten hareket etmemesi nedeniyle azmettirme olasılığı da devre dışı

---

<sup>2727</sup> Akbulut, a.g.m., s. 189.

<sup>2728</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 419 vd.

<sup>2729</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 420.

<sup>2730</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 420.

<sup>2731</sup> Poppe, a.g.e., s. 41.

<sup>2732</sup> Nydegger, a.g.e., s. 76.

<sup>2733</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 425.

kalacaktır<sup>2734</sup>. Bu durumda salt suça sebep olan şekilde arka planda yer alanın sorumluluğu mevcut şeriklik sisteminde söz konusu olamayacağından ACK md. 160<sup>2735</sup> düzenlemesi gibi kanunda buna yönelik özel suç tipine yer verilmesi gerekecektir.

## II. ÖN PLANDA YER ALANIN KUSURLULUĞUNUN ARKA PLANDAKİ KİŞİNİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Hukuka aykırılık yargısı failin normlaştırılan yükümlülüğü ihlal etmesini şart koşar. Buna karşılık kusur, yükümlülük ihlalden dolayı kişisel kınanabilirliği temellendirir. Bu nedenle kusur kınaması “*failin kendisine normatif olarak hitap edilebilmesine (normativer Ansprechbarkeit) rağmen haksızlığı gerçekleştirilmesine*” dayanır<sup>2736</sup>. Kınanabilirlik bağlamında kusur kişisel nitelikte olduğundan, bir başkasının kusurunun isnadını dışlar. Diğer bir ifadeyle başkasının kusurunun isnadı bireysel sorumluluk şeklindeki kusurun esasına aykırılık oluşturur<sup>2737</sup>. Bu kusur prensibinin zorunlu bir sonucudur<sup>2738</sup>. Kusurun kişisel olarak benimsenmesi öncelikle kusurluluğu kaldıran sebepler için geçerlidir. Kusur yeteneğine sahip olmama (TCK md. 31/1,2, 32/1, 33), zorunluluk hali (TCK md. 25/2), kaçınılmaz haksızlık yanılıgısı (TCK md. 30/4), algılama yeteneğini ortadan kaldıran veya irade yeteneğini önemli ölçüde azaltan geçici nedenler veya irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK md. 34/1), meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaştan aşılması (TCK md. 27/2) bu kapsamdadır<sup>2739</sup>.

Kusurun bu şekilde en yüksek kişisel karakteristiği üzerinden açıklanması iştirak sisteminde bağlılık kapsamında da etkili olmuştur. Esas failin kusuru sadece kendi ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından etki doğurur ve şerikin cezalandırılması bakımından şart olarak aranmaz<sup>2740</sup>. Suça her katılan, diğerlerinin kusuru dikkate

<sup>2734</sup> Demirel, a.g.e., s. 155.

<sup>2735</sup> Bu suç tipinde gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme düzenlenmiştir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., (2014), s. 608.

<sup>2736</sup> Roxin, a.g.e. (Strafrecht Allgemeiner Teil I), s. 868. Kusur kınamasının başka türlü hareket edebilme olanağına dayandığı hakkında bkz. Poppe, a.g.e., s. 400. Ceza hukukunda kusur içeriğinin belirlenmesine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 409 vd.

<sup>2737</sup> Gallas, a.g.e., s. 118

<sup>2738</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 609; Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 272.

<sup>2739</sup> Akbulut, a.g.m., s. 201.

<sup>2740</sup> Poppe, a.g.e., s. 401. *Akbulut*, pratik anlamda bunun bir anlamı olmadığını belirtmiştir. Kusuru olmayan bir kimsenin suça yönlendirilmesinde kural olarak dolaylı faillik durumu ortaya çıkar. Akbulut, a.g.m., s. 202.

alınmaksızın cezalandırılır<sup>2741</sup>. Bu düzenleme mazeret nedenleri, kusurluluğu kaldıran haller ve kusurluluğu azaltan haller bakımından “şerikin kusura bağlı olmaması”nın esasını meşrulaştırır<sup>2742</sup>. Bu nedenle fail bakımından örneğin mazeret nedeni söz konusu olsa bile, şerik bakımından esas fiil varlığını korur ve cezalandırılmasını mümkün kılar<sup>2743</sup>.

Kusur kınamasının bağımsızlığı (kusurun her bir suça katılan bakımından ayrıca ele alınması) kusuru kaldıran veya azaltan durumların varlığı halinde geçerlidir. Ancak arka planda yer alan bakımından kusuru kaldıran hallerin veya mazeret nedenlerinin varlığına dikkat edilmelidir. Zira arka planda yer alan bu durumu fiilin işlenmesinde kullanıyorsa dolaylı failliği<sup>2744</sup> söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte azmettirme bakımından bağlılık kuralı gereğince esas alınan, hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. Eğer ön plandaki kişi kusuru bulunmamakla birlikte hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmişse, arka plandaki kişinin azmettiren olarak da sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>2745</sup>. Bu nedenle failin kusurunun bulunup bulunmaması, yardım edenin sınırlı bağlılık kuralı kapsamında sorumluluğunun tespitine nazaran azmettirenin sorumluluğunun tespitinde özellikle azmettiren ile dolaylı faillik ayrımının<sup>2746</sup> belirlenmesinde önem taşımaktadır<sup>2747</sup>. Sınırlı bağlılık kuralı uygulamasının, icra hareketlerini gerçekleştirenin kusurlu hareket

<sup>2741</sup> *Jakobs*, kusurlu gerçekleştirilen esas fiili şeriklik bakımından şart olarak aramaktadır. Günther Jakobs, “Akzessorietät Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, *GA*, 1996, ss. 253-268, s. 268. Farklı bir görüş de failin kusurunun bulunmaması durumunda onu suç işlemeye sevk eden kişinin tamamlanmış azmettirmeden dolayı cezalandırılmayacağını, ön planda yer alanda fiil hâkimiyetinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu durumda arka planda yer alan teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı cezalandırılmalıdır. *Riemer*, a.g.e., s. 32.

<sup>2742</sup> *Kindhäuser*, a.g.e., s. 317.

<sup>2743</sup> *Kindhäuser*, a.g.e., s. 317; *Mallison* a.g.e., s. 5. Aynı yönde *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.g.e., s. 834.

<sup>2744</sup> *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 661.

<sup>2745</sup> *Sax*, a.g.m. (ZStW 1957), s. 437.

<sup>2746</sup> Konuya teşebbüs bağlamında yaklaşan *Kühl*, azmettirmenin dolaylı faillik ile yapısal benzerliği ve sınırlı bağlılık kuralının kusuru bulunmayan kişi tarafından gerçekleştirilen fiile şerikliği mümkün kılması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kusuru bulunmayan kişinin fiiline ilişkin olması durumuna dikkat çekmiştir. Burada kusur yeteneği bulunmayan veya kusuru kaldıran bir neden içinde bulunan kişinin suçun işlenmesinde kullanılması bakımından arka planda yer alanın hareketinin teşebbüs aşamasında kalmasının, teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. *Kühl*, a.g.e., s. 887.

<sup>2747</sup> *Kühl*, a.g.e., s. 779. *Herzberg*, kusuru bulunmayan failin işlediği fiil kapsamında arka planda yer alanın sorumluluğunun tespitinin teşebbüs kapsamında da önem arz ettiğini belirtmiştir. Azmettirmenin varlığı kabul edildiğinde ön planda yer alanın icra hareketlerine başlamaması durumunda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme söz konusu olacak ve eğer azmettirmenin bu şekli ceza tehdidi altında ise cezalandırma durumu ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte dolaylı fail olarak kabul edildiğinde faillik kapsamında teşebbüs değerlendirmesi yapmak gerekecektir (*Herzberg*, a.g.m. (ZStW 1987), s. 66). Konuya ilişkin ayrıca bkz. *Nydegger*, a.g.e., s. 146.

etmemesi<sup>2748</sup> halinde hem dolaylı failliği hem de azmettirmeyi mümkün kılması<sup>2749</sup> maddi anlamda sınırlamayı gerekli kılar. Bu da göstermektedir ki, azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayırım icra hareketlerini gerçekleştirenin kastından ve kusurlu hareket etmesinden farklı bir düzlemde ele alınmalıdır<sup>2750</sup>.

Doktrinde failin kusurunu kaldıran durumun niteliğinin sınırlı bağlılık kuralı kapsamında şerik bakımından dikkate alınmasında bir farklılık bulunup bulunmadığı konusu da tartışılmıştır. *Rudolphi*'ye göre bağlılık düzenlemesinin, zorunluluk halinin esasının gerçek kusuru kaldıran sebep olarak kusur yeteneğinin bulunmamasından ve kaçınılmaz haksızlık hatasından farklılığı dikkate alınarak<sup>2751</sup> değerlendirilmesi gerekir<sup>2752</sup>. Bu bağlamda sınırlı bağlılık kuralı kapsamında mazeret nedenleri olarak meşru savunmada sınır aşımı ve zorunluluk hali söz konusu olduğunda sorun ortaya çıkmaktadır<sup>2753</sup>. Arka plandaki kişinin tehlike durumunu bizzat yaratması halinde kural

---

<sup>2748</sup> Özgür ve kasten hareket eden kişinin bir başkasının aracı olamayacağı yaklaşımının oluşumu ilk olarak nedensellik bağının kesilmesi öğretisinin bir sonucudur. Buna göre kasten ve özgür iradesiyle hareket eden kişi bir başkasının oluşturduğu nedensel süreci keser. Bu teorinin sınırlandırılmış şekline göre esas failin fiilinde her zaman yeni oluşturulmuş bir nedensel bağ bulunmaktadır (Schroeder, a.g.e., s. 197). Bununla birlikte nedensellik bağının failin sorumluluk alanının aşırı genişlemesine neden olması nedeniyle ortaya çıkan yeni arayışlar objektif isnadiyet öğretisini açığa çıkarmıştır. Failin nedensel sürece hâkim olabildiği ve öngörebildiği neticeler bakımından sorumlu tutulması üzerine şekillenen objektif isnadiyet öğretisi çerçevesinde *H. Mayer*, özgür iradesiyle hareket eden failin fiilinin onu azmettirenin fiili olarak kabul edilemeyeceğini belirtir. Yazara göre bir fiil aynı zamanda hem ön plandaki kişinin hem de arka plandaki kişinin eseri olarak görülemez. Tam sorumlu ve kasten hareket eden birinin fiile yönelik müdahalesi değer ilişkisini tamamıyla değiştirir. *H. Mayer*, a.g.m. (FS Rittler), s. 248.

<sup>2749</sup> Nitekim *Dönmezer/Erman*'a göre, suçtan anlaşılması gereken tipe uygun ve hukuka aykırı fiil olduğundan fail kusur yeteneğine sahip olmasa dahi ortada suç bulunmaktadır. İştirak kuralları tali ve tamamlayıcı niteliğe sahip olduğundan ortada tipik ve hukuka aykırı fiilin bulunması halinde iştirak kurallarının uygulanabileceği dikkate alınmalıdır. Kusura ilişkin bir nedenle failin cezalandırılmıyor olması diğer katılanların cezalandırılmasına engel değildir (*Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 509). Doktrinde bir görüş de kusur yeteneği bulunmayanların suç işlemeye yönlendirilmesi halinde azmettirme ve dolaylı failliğin şartlarının oluşması nedeniyle aslilik ilkesi gereğince dolaylı faillik sonucunu kabul eder. *Küper*, a.g.m. (JZ 2012), s. 995.

<sup>2750</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 202.

<sup>2751</sup> Hukuk düzeninin zorunluluk halinde failin kişiselliğini dikkate almaksızın norma uygun davranmasını beklememesi ve normal biri de failin yerinde olsa başka türlü davranamayacağını varsayması şeklinde genelleştirilen zorunluluk hali kapsamından hareketle *Rudolphi* şunu ifade eder: “*Kanun koyucu zorunluluk hali içinde bulunan kişiden en başından itibaren zorunluluk hali fiillerini ceza tehdidinden ayırır ve zorunluluk hallerinde genel olarak yani herkese karşı ceza hukuku normlarıyla amaçlanan hukuki değer korunmasını ceza tehdidiyle sürdürmekten vazgeçer*” (*Rudolphi*, a.g.m. (ZStW 1966), s. 95). *Rudolphi*, hukuki değer korunması amacına uyanın bu şekilde askıya alınmasının isnat yeteneği bulunmayan veya kaçınılmaz haksızlık hatası içinde hareket edenin fiili bakımından saptanamayacağını vurgular. *Rudolphi*, a.g.m. (ZStW 1966), s. 96.

<sup>2752</sup> *Rudolphi*, a.g.m. (ZStW 1966), s. 96, 99.

<sup>2753</sup> *Akbulut*, a.g.m., s. 202.

olarak dolaylı faillik bulunmaktadır<sup>2754</sup>. *Maurach*'a göre, isnat yeteneğinin bulunmaması veya potansiyel haksızlık bilincinin eksikliği durumlarında sadece insana yönelen unsurlar olmaları sebebiyle failde bulunması veya bulunmaması şerikin cezalandırılmasında etkili olmayacaktır<sup>2755</sup>. Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise bu şekilde cezasızlık nedenlerinin en yüksek kişiselliği prensibine göre bağlılık sınırlarının tespitine yönelim sürdürülebilir nitelikte değildir. Çünkü somut olay bakımından belirli bir ölçüde kişisel yetenekten soyutlanarak normatif olarak ele alınması gereken özgür iradeye dayanan bir kararın bulunup bulunmadığına yönelik tespitin zorluğu sadece zorunluluk hali veya meşru müdafaa sınır aşımı bakımından geçerli değildir, aynı zamanda isnat yeteneğinin bulunmaması ve kaçınılmaz haksızlık hatası bakımından da mevcuttur<sup>2756</sup>.

Kusur bağlamında yapılacak değerlendirmenin kendi içinde bir tasnife gidilerek ele alınması gerekmektedir. Zira kusurluluğu kaldıran hal ve mazeret nedenleri ile kusurluluğu azaltan haller arasında farklılık bulunmaktadır. Kusurluluğu kaldıran haller bağlamında kusur yeteneğinin olmaması ve kaçınılmaz haksızlık hatası içinde bulunma söz konusu iken; mazeret nedenleri olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşımı ve zorunluluk hali ele alınmaktadır. Burada belirleyici olan mazeret nedenlerinde halen haksızlık bilincinin ve kusur yeteneğinin bulunmasıdır<sup>2757</sup>.

## A. FAİLDE KUSURU ORTADAN KALDIRAN NEDEN BULUNMASI

### 1. Failde Kusur Yeteneğini Kaldıran Nedenlerin Bulunması

Kusur yeteneğini<sup>2758</sup> kaldıran nedenler yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik, akıl hastalığı ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bulunmadır<sup>2759</sup>. Kusur yeteneği bulunmayan birisi suça sevk edildiğinde, kusur eksikliği nedeniyle cezalandırılmaz. Bununla birlikte arka planda yer alan bakımından hukuka aykırı fiilin varlığı bağlılık kuralı bağlamında yeterli olduğundan dolayı azmettiren olarak

<sup>2754</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 610; Akbulut, a.g.m., s. 202.

<sup>2755</sup> Aktaran Poppe, a.g.e., s. 412.

<sup>2756</sup> Poppe, a.g.e., s. 413.

<sup>2757</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 432 vd.

<sup>2758</sup> Dolaylı faillik bakımından kusur yeteneğinin bulunmamasından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde ayırım vardır. Kimileri anlama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmamasını bu bağlamda değerlendirirken; bazıları ise karar verebilme yeteneğinin bulunmamasını kabul etmektedir. Herzberg, a.g.e., s. 30.

<sup>2759</sup> Kangal, a.g.e. (2019), s. 199 vd.

cezalandırılması kural olarak mümkündür<sup>2760</sup>. Bu durumlarda dolaylı faillik ile azmettirmenin sınırlandırılmasının önemi ortaya çıkmaktadır<sup>2761</sup>.

Sorun, kusur yeteneği bulunmayan kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde sorumluluğun ne şekilde belirleneceğidir. Burada nasıl karar verileceği, esasen neye dayanılması gerektiğine bağlıdır. Bu kapsamda dikkate alınacak ölçüt ya suça ilişkin seyre salt fiilî olarak sahip olma veya hukukî bakış açısı kapsamında normatif esasların dikkate alınmasıdır. Salt fiilî olarak sahip olma kriteri bu anlamda çözümsüz sınırlama sorunlarına yol açabilecek niteliktedir. Zira bir çocuk veya akıl hastası kusur yeteneği bulunmasa bile bağımsız şekilde hareket edebilir ve işlenen suç bakımından bu bağımsızlığın derecesinin tam anlamıyla tespiti zordur. Bu nedenle hukukî bakış açısı kapsamında kusur yeteneği bulunmayan kişiyi suçun işlenmesinde kullanan kişinin hukukî anlamda, gerçekleşen fiilden tek başına sorumlu olması gerektiği (sorumluluk prensibi) ve böylece azmettirme yerine dolaylı failliğin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>2762</sup>. Bu bağlamda arka planda yer alanın sorumluluğunu ön planda yer alanın durumundan hareketle ele alan yaklaşıma göre, davranışlarının anlam ve önemini anlama ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğinin bulunmaması nedeniyle kusursuz hareket edeni suçun işlenmesinde kullanan arka plandaki kişinin sorumluluğu dolaylı faillik kapsamında<sup>2763</sup> belirlenmelidir. Her ne kadar kusur yeteneği bulunmayan kişi de norm muhatabı olarak karşımıza çıksa bile elverişsiz norm muhatabıdır<sup>2764</sup>. Ön planda yer alanın otonomluğa yönelik bu eksikliği söz konusu fiilin

<sup>2760</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 801; Hruschka, a.g.m., s. 604. Yazar kanun koyucu tarafından sınırlı bağlılık kuralı ile getirilen kusur yeteneği bulunmayan kişinin gerçekleştirdiği fiile şerik olarak iştirakin kabul edilmesi nedeniyle bu durumlarda dolaylı failliğin tamamen dışlanmasını eleştirmiştir. Hruschka, a.g.m., s. 604.

<sup>2761</sup> *Maurach* kusurluluk alanının faillik ile şeriklik arasındaki ayrım bakımından sınır teşkil ettiğini belirtmiştir (Maurach, a.g.e., s. 634). Bu bağlamda ön planda yer alanın zorunluluk haline arka planda yer alanın bizzat sebep olması halinde her zaman dolaylı failliğin kabul edilmesi gerektiğini belirten yazara göre diğer kusurluluğu ortadan kaldıran durumların varlığı halinde ise dolaylı faillik azmettirme ayırımına yönelik failliğin önceliği kapsamında ilk olarak, arka planda yer alanın fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığı incelemesi yapılmalıdır. Fiil hâkimiyetinin gerçek etki eden faktör olarak araştırılması gerekir. Maurach, a.g.e., s. 635.

<sup>2762</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 231.

<sup>2763</sup> Ibach, a.g.e., s. 50; Stratenwerth, a.g.e., s. 240; Herzberg, a.g.e., s. 30; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 780; Hauf, a.g.e., s. 89; Kindhäuser, a.g.e., s. 331; Mitsch, a.g.e., s. 72; Özkan, a.g.e., s. 157. Burada doğrudan faillik görüşü için bkz. Schumann, a.g.e., s. 105 vd.

<sup>2764</sup> Schumann, a.g.e., s. 106. Benzer şekilde *Önder* kusur yeteneği bulunmayan kişilerin suça yönlendirilmesinin dolaylı faillik kapsamında değerlendirilebileceğini kabul eder (*Önder*, a.g.e., s. 463). Aynı yönde *Özen*, a.g.m., s. 246. Bununla birlikte *Maiwald*, kusur yeteneği bulunmayan kişinin herhangi bir yönlendirme olmaksızın bizzat suçu işlemesi durumunda kusurundan söz edilemeye de o suçun faili olacağını belirtmiştir. Suça iştirak çerçevesinde yapılacak değerlendirmede bu hususun da

arka planda yer alana isnadiyetine yol açar<sup>2765</sup>. Kusur yeteneği bulunmayan kişinin hareket yeteneği olmakla birlikte, davranışının doğal bir vakıa gibi dikkate alınması gerekir<sup>2766</sup>. Bu nedenle nedensellik zincirinde birlikte sebep olma durumu dahi arka plandaki kişinin faillik niteliğindeki sorumluluğunu gerekçelendirmek bakımından yeterlidir<sup>2767</sup>. Bu nedenle dolaylı failin hareket hâkimiyetine yönelik ihtiyaç böyle durumlarda esaslı değildir<sup>2768</sup>. Bununla birlikte örneğin, azmettiren veya yardım eden ön planda yer alan kişinin kusura ilişkin eksikliğini bilmiyorsa veya yönlendiren kişinin özgü suçlarda veya yükümlülük suçlarında olduğu gibi ilgili suçu tipik olarak işlemesi söz konusu değilse, dolaylı faillik ortadan kalkar<sup>2769</sup>. Bu kapsamda hareketi gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin olmadığını bilen kişi dolaylı fail, bilmeyen ise bağlılık kuralına göre azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>2770</sup>.

Doktrinde her bir somut olayın özellikleri doğrultusunda değerlendirme yapılması gerektiğini belirten yaklaşım da bulunmaktadır. Nitekim *Welzel* bu konuya ilişkin akıl hastasının veya küçüğün de kendi iradesiyle hareket edebileceğini ve o zaman arka plandaki kişinin şerikliğinden söz edilebileceğini kabul etmektedir<sup>2771</sup>. Bu nedenle her bir

---

göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu nedenle kusur yeteneği bulunmayan veya mazeret nedeni içinde hareket edenin suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka plandaki kişinin suç seyrinin geneline hâkim olduğundan hareket edilerek dolaylı failliğin kabulünün çelişki arz ettiğini kabul etmiştir. Böylece yazar dolaylı faillik kabulünde ön planda yer alanın özgür hareket etmemesi sonucuna ulaşılması ve hareketinin suç seyri içinde doğal nedenselliğe eşdeğer tutulmasını eleştirmiştir. Maiwald, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 357.

<sup>2765</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 458.

<sup>2766</sup> Jakobs, a.g.m. (GA 1996), s. 253. Buna karşılık ileri sürülen bir görüşe göre, suçun işlenmesinde bir köpeğin kullanılması ile bir akıl hastasının kullanılması arasında bariz bir farklılık bulunmaktadır. Bu nedenle iştirak halinde işlenen bir suçun bulunduğu inkâr edilmemesi gerekir. Failin cezalandırılmaması diğerlerinin şerik olarak cezalandırılmalarına engel değildir. Cezalandırılmayan kişinin suça yönlendirilmesine ilişkin haller “topal iştirak” olarak anılabilirse de iştirak kuralları ile çözümlenmesi mümkün durumu oluşturur. Aktaran Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 506.

<sup>2767</sup> Jakobs, a.g.m. (GA 1996), s. 255.

<sup>2768</sup> Schumann, a.g.e., s. 105.

<sup>2769</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 391; Heinrich, a.g.e., s. 565. Dolaylı faillik kabulünün sakıncalı yönü olarak kabul edilen bu durumlardan başka bizzat işlenebilen suçların yapısı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan kişinin bizzat işlenebilen suçta araç olarak kullanılarak dolaylı failliğin ortaya çıkmasının söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Cinsel saldırı suçunun veya yalan yere yemin suçu bakımından akıl hastasının fiili gerçekleştirmeye yönlendirilmesi halinde arka plandaki kişinin suçu araç kişi kullanarak işlediği kabul edilemez. Bu sakıncalardan hareketle dolaylı failliğin “hayal ürünü” olduğu ileri sürülmüştür. Aktaran Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 506. Buna karşılık bizzat işlenebilen suçlarda da dolaylı failliğin mümkün olduğu, bir suçu maddi olarak icra eden ile fail arasında ayırım yapılması gerektiği, bizzat işlenebilen suçlarda hareket ile kast, maddi unsurla manevi unsurun parçalanması ve bunların ayrı kişilerde bulunduğu mümkün olduğu görüşü için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 507 vd.

<sup>2770</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 124 vd.

<sup>2771</sup> Welzel, a.g.e. (AT), s. 103.



somut olay bakımından kusur yeteneği bulunmayan araç kişinin bu eksikliği karşısında arka plandaki kişinin üstünlüğünün tespit edilmesi gerekir<sup>2772</sup>. *Jescheck/Weigend* ise fiilî olarak küçüğün veya akıl hastasının karar yeteneğinin bulunması ihtimalinin varlığına dikkat çekmekle birlikte, hukukî anlamda arka planda yer alanın fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığının tespiti gerektiğini belirtmişlerdir. Bu durumda kusur yeteneği bulunmayan kişi iradi olarak karar verme yeteneğine sahip olsa bile, arka planda yer alan dolaylı fail olarak kabul edilmelidir<sup>2773</sup>.

Sınırlı bağlılık kuralı kapsamında burada aslında şerikliğin de mümkün olabileceği söylenebilirse de öncelikle dolaylı faillik bakımından araç kişi üzerinde hâkimiyet kurulup kurulmadığı değerlendirilmesi yapılması gereklidir<sup>2774</sup>. Suça katılanların fiil hâkimiyeti kademeli şekilde birbirine yaklaşılabildiğinden, sınırlandırma doğrudan doğruya hareket edenin fiil hâkimiyetinin arka planda hareket edenin irade hâkimiyetine üstün gelip gelmediğine bağlıdır. Eğer arka plandaki kişi araç kişinin kusur yeteneğinin olmadığını veya kusur kınamasının devre dışı olduğunu biliyorsa ve onu bir suçun işlenmesine yönelik kullanıyorsa dolaylı faillik kabul edilir. Böylece arka plandaki kişi araç kişiyi bir suç aletiyle aynı şekilde elinde tutmakta ve üstün irade hâkimiyeti sayesinde suçun icrasına da hâkim olabilmektedir<sup>2775</sup>.

*Roxin*, kusur yeteneğinin (*Zurechnungsfähigkeit*) iradi (*voluntativ*) unsuru ile bilişsel (*intellektuell*) unsuru arasında ayrıma dayanarak hangisinin bulunmadığını esas almak suretiyle yaklaşımını şekillendirmiştir. Bilişsel unsur bağlamında failin fiili gerçekleştirdiği zamanda izin verilmeyen bir fiil olduğuna yönelik anlama yeteneğinin bulunmadığı durumda arka plandaki kişi dolaylı faildir. Ön plandaki kişinin anlama eksikliği fiilin maddi haksızlığına diğer bir ifadeyle davranışının sosyal değersizliğine ilişkindir<sup>2776</sup>. Bu durumda ön plandaki kişinin maddi haksızlığa yönelik bilgisi eksik

<sup>2772</sup> Welzel, a.g.e. (AT), s. 103.

<sup>2773</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 668.

<sup>2774</sup> Herzberg, a.g.e., s. 31. Benzer yönde *Özgenç* kusur yeteneği bulunmayan kişinin suça sevk edilmesi durumunda failliğin şerikliğe nazaran önceliği prensibi çerçevesinde arka plandaki kişinin suça hâkimiyetinin bulunup bulunmadığına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. İcra hareketlerini gerçekleştirenin suiistimal edilmesi durumunda şekli olarak şeriklik bulunsa da dolaylı faillik kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır (*Özgenç*, a.g.e. (2019), s. 564). Aynı yönde *Özkan*, a.g.e., s. 246.

<sup>2775</sup> Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 273; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 198; Hauf, a.g.e., s. 89; *Özgenç*, a.g.m., s. 73; *Sınar*, a.g.m., s. 68; *Yılmaz*, a.g.e., s. 253 vd.

<sup>2776</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 234.

olduğundan, fiil hâkimiyetinin ikinci aşamasına<sup>2777</sup> sahip olduğundan da bahsedilemez. Bununla birlikte arka plandaki kişi fiile ilişkin sürecin yönlendirilmesi bakımından anlama yeteneğine sahip olduğunda fiil hâkimiyetine sahip olacaktır. Eğer arka plandaki kişinin de fiilin maddi haksızlığına yönelik bilgisi ön plandaki kişiden fazla değilse dolaylı failliğinden değil, suça şerik olarak katılımından söz etmek gerekir. Ön plandaki kişinin kusur yeteneği olmadığını bilmesi bu ihtimal bakımından farklı bir sonuç ortaya çıkarmaz<sup>2778</sup>. Bununla birlikte kusur yeteneğinin iradilik unsuru bağlamında eksiklik söz konusu ise diğer bir ifadeyle failin, gerçekleştirdiği fiilin izin verilmeyen bir fiil olduğunu bilmekle birlikte davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneği bulunmuyorsa, arka plandaki kişinin suç planına yönelik etkisi varsa dolaylı fail olarak kabulü gerekir. Zira ön planda yer alana suç kararı onun eseri gibi yüklenemez. Kişide fiile engel olma yeteneği bulunmamaktadır. Bu nedenle arka plandaki kişinin irade hâkimiyeti ortaya çıkar. Ön plandaki kişi bu ihtimalde kasten bizzat tipikliğin gerçekleştirilmesi anlamında hareket hâkimiyetine sahiptir. Bu nedenle faildir ancak kusuru bulunmamaktadır<sup>2779</sup>.

Böylece *Roxin*, bu tür durumlarda dolaylı failliğin hata ve cebir hâkimiyetinin bir karışımı olduğunu belirtmektedir<sup>2780</sup>. İcra hareketlerini gerçekleştirende fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin bulunmaması halinde kaçınılmaz bir haksızlık hatasının var olduğunu, bununla birlikte hareketlerini yönlendirebilme yeteneğinin bulunmaması halinde arka planda yer alanın cebir hâkimiyetinin var olduğunu kabul etmektedir. Son belirtilen durum bakımından hareketlerini yönlendirebilme yeteneği bulunmayanın davranışını ACK md. 35'te belirtilen bir zorlama aracına gerek olmaksızın arka planda yer alan manipüle edebilir. Bu da cebir hâkimiyetinin bir türüdür. Zira en başından itibaren bir karşı koyma olasılığı bulunmadığından tehdit veya cebir kullanılarak aşılması gereken bir durum da yoktur<sup>2781</sup>. Kusur yeteneği olmayanın suçun icrasında kullanılması halinde akıl hastasının veya küçüğün her bir somut olay bakımından kendi iradesinin bulunup bulunmadığı bir rol oynamaksızın prensip olarak dolaylı failliği

---

<sup>2777</sup> *Roxin* tarafından benimsenen aşamalı fiil hâkimiyetine ilişkin açıklama için ilk bölümde bkz. s. 64.

<sup>2778</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 235.

<sup>2779</sup> *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 235.

<sup>2780</sup> Benzer şekilde *Murmann*, arka plandaki kişi ACK md. 20 uyarınca kusur yeteneği bulunmayan birini suçun işlenmesinde kullanırsa, anlama yeteneği eksikliğinde hata hâkimiyetinin, hareketlerini yönlendirebilme yeteneğinin eksikliğinde irade hâkimiyetinin bulunacağını belirtmiştir. *Murmann*, a.g.m., s. 324.

<sup>2781</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 58-59.

gerekçelendirir<sup>2782</sup>. Cebir bakımından gerekçelendirilen sorumluluk prensibi burada da geçerlidir<sup>2783</sup>. Çocuğun veya sorumluluk yeteneği olmayan gencin ya da akıl hastasının<sup>2784</sup> kendisine zarar verilmesine yönlendirilmesi halinde de dolaylı failliğin bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>2785</sup>.

Konuya ilişkin azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki ayırım ayrıca arka plandaki kişinin bu duruma kendisinin sebep olup olmadığı ihtimali açısından da dikkate alınmıştır. Bu bağlamda ön plandaki kişinin kusur yeteneğinin bulunmamasının arka plandaki kişinin dolaylı failliği bakımından yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Sorumluluk prensibi esasında hâkim görüşe göre, burada eğer ki arka plandaki kişi olaya sebep oluyorsa her zaman dolaylı failliğin kabul edilmesi gerekir<sup>2786</sup>. Diğer bir ifadeyle, arka plandaki kişi bu isnadiyet eksikliğine kendisi sebep olmuşsa veya isnadiyet eksikliği içinde bulunan kişiyi suça yönlendirmişse dolaylı faildir. Bununla birlikte kusur yeteneği

<sup>2782</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 59. Aynı yönde Frister, a.g.e., s. 370.

<sup>2783</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 59.

<sup>2784</sup> Akıl hastalığı bulunan kişinin kendisine zarar vermeye yönlendirilmesi halinde dolaylı failliğin ölçütünün kusur yeteneği mi yoksa rıza kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda ele alınan bir konudur. Başkasının korunan hukuki değerini ihlal etme bakımından kusur yeteneği kapsamında anlaşılması gerekirken, kendisine zarar verme durumunun rıza kapsamında ele alınması gerektiği doktrinde savunulan bir görüştür (Frister, a.g.e., s. 371). Aksi yönde Roxin, a.g.e. (AT), s. 60. Kusur yeteneği kapsamında değerlendirme yapılmasını kabul eden Roxin'e göre, kusur yeteneği bulunmayan kişinin kendisine zarar vermesine yönlendirilmesi halinde anlama yeteneği eksikliği ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneği eksikliği bakımından ayrı değerlendirme yapılması gereklidir. Roxin burada ayrıca kusur yeteneği bulunmayanın izin verilmeyen fiil anlayışına sahip olmadığına dayanılmayacağına dikkat çekmiştir. "*Kişinin kendisine zarar vermeye yönelik fiili tipik bir haksız fiil teşkil etmemektedir. Burada kusur yeteneği bulunmayanın kendi hayatını sürdürmeye ilişkin ahlaki ve sosyal değerini bilebilecek durumda olup olmadığına bağlı bir değerlendirme gereklidir. İsnat yeteneği eksikliğinin her suç tipi bakımından soyut olarak belirlenemeyeceğine, aksine her bir somut fiil bakımından ayrı olarak tespit edilmesi gereğine dikkat edilmelidir. Sonuç olarak ön planda yer alan kişinin kendisine yönelik zarar içeren fiilleri söz konusu olduğunda fiile yönelik ahlaki ve sosyal içeriğine ilişkin anlayışı bulunmuyorsa arka plandaki kişinin dolaylı failliği kabul edilmelidir.*" Roxin, a.g.e. (TuT), s. 236 vd.

<sup>2785</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 60. Çocuğun veya gencin kendisine zarar vermeye yönlendirilmesi halinde arka plandaki kişinin sorumluluğuna ilişkin olarak da farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Lange çocuk veya ceza ehliyeti bulunmayan tarafından işlenen suçlarda faillik iradesine dayanmaktadır. Bu durumlarda sadece dolaylı failliğin olabileceğini kabul etmektedir. Burada doğrudan hareket eden tarafından gerçekleştirilen fiil tipik ve hukuka aykırı kabul edilmemektedir. Roxin ileri sürülen bu temellendirmeyi tali faillik kabulüne sebep olduğundan sorunlu bulmaktadır. Şerik olarak cezalandırılmayan bir kimsenin fail olarak kabul edilmesinin uygun olmadığını belirtmiştir. Roxin çocukların suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka plandakinin sorumluluğu bakımından kabul ettiği yaklaşımı çocuğun kendisine zarar vermeye yönlendirilmesi halinde de dikkate almıştır. Diğer bir ifadeyle, bu ihtimalde de arka planda yer alanın dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kaldı ki böyle bir durumda çocuğun yaşam deneyimleri kapsamında zihinsel ve ahlaki gelişimini tamamlamadığından, kendi ölümüne karar verebileceğinden de söz edilemez. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 240 vd.

<sup>2786</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 232; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., s. 458; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 781.

bulunmayan kişinin fiili işlemesine yönelik olarak sadece desteklenmesi<sup>2787</sup> dolaylı failliği ortaya çıkarmaz<sup>2788</sup>.

Bununla birlikte çocukların suçun işlenmesinde kullanılması halinde her zaman dolaylı failliğin mi kabul edilmesi gerektiği, yoksa duruma göre çocuğun fiilin hukuka aykırılığını anlayabilme yeteneğinin bulunup bulunmadığına göre mi değerlendirme yapılması gerektiği ayrıca tartışma konusu olmuştur. Kanun koyucunun yasal düzenlemeyle 14 yaşın altındakiler bakımından ceza sorumluluğunu kaldırması, çocuğun gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla onu suça yönlendirenin de sorumluluğunu ilgilendirir. Bu nedenle arka plandaki kişi kusur yeteneği bulunmayan birini suçun işlenmesinde araç olarak kullanmıştır, dolaylı faildir<sup>2789</sup>. Burada arka planda yer alan, ön planda bulunanın yapısal zayıflığı nedeniyle iradesi üzerinde üstünlük oluşturarak kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanmaktadır<sup>2790</sup>. Bununla birlikte Alman yargısı (RGSt 61, 265) arka plandaki kişinin, 13 yaşındaki<sup>2791</sup> bir çocuğu yangın çıkarma suçuna yönlendirmesinde çocuğun gerçekleştirdiği fiil bakımından tamamen olmasa da yeterli bir anlayışa sahip olduğundan hareketle arka plandaki kişinin sadece azmettiren olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştir<sup>2792</sup>. Doktrinde bir görüş ise, ACK md. 19'a göre, ergin olmayanlar bakımından kanun koyucunun 14 yaşından küçükleri aksi ispat edilemez

---

<sup>2787</sup> *Roxin*, kusur yeteneği bulunmayan suç kararını daha önce oluşturmuşsa ve arka plandaki kişinin sadece yardımcı söz konusu ise, arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından farklı ihtimallerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk olarak eğer arka plandaki kişinin suça katkısı olmaksızın suçun gerçekleşmesi mümkün değilse, arka plandaki kişi dolaylı fail olarak sorumludur. Burada suçun işlenmesi ona bağlıdır ve suça yönelik katkısı ile neticenin meydana gelmesi arasında bir başkasının sorumlu iradesi bulunmamaktadır. Böylelikle tek başına irade hâkimiyete sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Arka planda yer alan, doğrudan hareket edenin yanında suça ilişkin olay seyrinin merkezinde konumlanmaktadır. Bununla birlikte suça yönelik katkısı sadece destekleyici nitelikteyse ve suç seyrinin oluşumuna yönelik esaslı bir katkı teşkil etmiyorsa sorumluluğu şeriklik kapsamında değerlendirilmelidir. *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 236.

<sup>2788</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 458.

<sup>2789</sup> *Murmann*, a.g.m., s. 324. Bu yönde *Jescheck/Weigend*, a.g.e., s. 668; *Otto*, a.g.m. (JURA 1987), s. 255; *Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 534; *Koch*, a.g.m., s. 401; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 277; *Hünerfeld*, a.g.m., s. 238; *Kühl*, a.g.e., s. 781. Benzer şekilde *Yargıtay*, 12 yaşını doldurmamış kişinin yaşı nedeniyle algılama ve irade yeteneği bulunmadığını ve bu nedenle arka plandaki kişi tarafından suça araç olarak kullanıldığını belirterek arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasına karar vermiştir. *Yarg. 13. CD, 10. 10. 2012, 2011- 16513/2012- 20933'ten aktaran Koca/Üzülmez*, a.g.e., s. 466. Benzer yönde *Yargıtay* kararları için ayrıca bkz. *Töngür*, a.g.m., s. 255 vd.

<sup>2790</sup> *Kühl*, a.g.e., s. 781.

<sup>2791</sup> Alman Ceza Kanunu md. 19 uyarınca henüz 14 yaşını tamamlamamış bir çocuğun kusur ehliyeti yoktur. *Frister* 14 yaşın altındaki çocuklar bakımından objektif gelişim durumları göz önüne alındığında ACK'da öngörülen düzenleme olmaksızın da bu çocukların suçun işlenmesinde kullanılması halinde her zaman dolaylı failliğin oluşacağını kabul eder. *Frister*, a.g.e., s. 371.

<sup>2792</sup> *Aktaran Murmann*, a.g.m., s. 324. Aynı yönde *Welzel*, a.g.e., s. 103; *Gimbernat Ordeig*, a.g.m., s. 937.

şekilde kusur yeteneği olmayan olarak varsaydığına<sup>2793</sup> dikkat çekmiştir. Bu, gerçekte çocuğun davranışlarının hukukî anlam ve sonuçlarını anlamasından bağımsız olarak kabul edilmiştir<sup>2794</sup>. *Roxin* ceza ehliyeti bulunmayan çocukların (*strafunmündiger Kinder*) suça yönlendirilmesi halinde her durumda dolaylı failliğin mevcut olduğunu, bununla birlikte gençler (*Jugendlicher*) söz konusu olduğunda doğrudan hareket edenin JGG (*Jugendgerichtsgesetz*) md. 3 kapsamında<sup>2795</sup> ceza sorumluluğu bulunmadığı durumda dolaylı failliğin kabul edileceğini ifade etmiştir<sup>2796</sup>.

Konu Türk Ceza Kanunu bağlamında daha fazla sorun ortaya çıkarmaktadır. Nitekim *Özbek vd.* TCK md. 37/2<sup>2797</sup> düzenlemesi ile TCK md. 38/2<sup>2798</sup> düzenlemesinin azmettirme ve dolaylı faillik bakımından kesişim alanı oluşturduğundan hareketle

<sup>2793</sup> Bu kusursuzluk varsayımı arka plandaki kişinin otomatik olarak suçlanması bakımından geçerli değildir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 458.

<sup>2794</sup> Eleştiri için ayrıca bkz. Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 893.

<sup>2795</sup> Bir genç, fiili gerçekleştirdiği zaman ahlakî ve manevi gelişimi açısından, fiilin hukuka aykırılığını anlayabilecek ve bu anlayışa göre hareket edebilecek durumdaysa, cezai sorumluluğa sahiptir.

<sup>2796</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 239. *Roxin* bu değerlendirmenin kanun koyucunun yasal düzenlemede öngördüğü kabule uygun olduğunu da altını çizmektedir. Burada kanun koyucu çocuklar ve ahlakî ve zihinsel gelişimi davranışlarının hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ve davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneği gelişmemiş olan gençler hakkında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasından vazgeçmiştir. *Roxin* kendisinin geliştirdiği fiil hâkimiyetinin kademeli yapısı bağlamında değerlendirildiğinde de ceza ehliyeti olmayan çocuklar ve fiilin anlam ve önemini anlama yeteneği bulunmayan gençlere yönelik düşüncesinin uyumlu olduğunu vurgulamaktadır. Bu durumda da ön planda hareket edenin fiilin maddi haksızlık içeriğine yönelik bilgisinin bulunmaması karşısında arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinin ikinci aşamasına sahip olması nedeniyle dolaylı fail olarak kabulünün mümkün olduğunu belirtmiştir (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 239). *Roxin* çocuk veya gencin haksızlık anlayışına sahip olsa bile davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneğine sahip olmadığı durumda suça sebep olan veya mümkün kılan arka plandaki kişinin dolaylı failliğini ise cebir durumlarına benzer şekilde açıklamıştır. Böyle bir durumda ön planda hareket eden kişi arka planda yer alan kişinin yönlendirmesine karşı koyabilecek durumda değildir. Bu nedenle irade oluşumunun özgür kararı kapsamında olmasından söz edilemez (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 239).

<sup>2797</sup> Kanun 2. fıkranın son cümlesinde, kusur yeteneği olmayanların, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmasını daha fazla ceza ile cezalandırma yoluna gitmiştir. Böylelikle, kusur yeteneği olmayanlar ile olup da sonradan ortadan kaldırılanlar arasında bir ayırım yapmış ve kusur yeteneği olmayanların suçta araç olarak kullanılmalarının daha kolay olması nedeniyle bu kişilerin zayıflıklarından yararlanılmasını daha ağır ceza ile cezalandırmıştır (Özen, a.g.m., s. 245). “*Suçun kanunî tarifindeki fiili bizzat gerçekleştirmediği halde, bir başkasını suçun işlenişinde vasıta olarak kullanması dolayısıyla, arka plandaki şahsı fail olarak sorumlu tutmamızın yanı sıra, ayrıca bu nedenle cezasında bir artırım cihetine gidilmesinin ceza siyaseti açısından izahı güçtür*”. Özgenç, a.g.m., s. 74.

<sup>2798</sup> Özen, TCK md. 38/2’de kusur yeteneği olmayan kişilerden sadece çocuklardan bahsedilip akıl hastaları, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olanlar, geçici nedenlerinin etkisi altında olanlar ile sağır ve dilsizlerden bahsedilmemesi nedeniyle bu kişilerin, azmettirilmesi halinde, azmettirenin ceza sorumluluğuna gidilirken, daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli halin uygulanamayacağını belirtmiştir. Böyle bir ayırımın, hukuki dayanağı madde gerekçesinde bulunmadığı; bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorunları önleme açısından, bu fıkrada, kusur yeteneği olmayanların azmettirilmesi halinde, azmettirenin cezai sorumluluğunun arttırılacağı şeklinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağına dikkat çekmiştir. Özen, a.g.m., s. 246.

karışıklığa sebebiyet verdiğini,<sup>2799</sup> bir çocuğun suça azmettirilmesi halinde<sup>2800</sup> hangi düzenlemenin esas alınacağını belirsiz kaldığını belirtmişlerdir. Yazarlara göre, bu bağlamda yaş aralığının dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir. Böylelikle 12 yaşından küçük çocukların kusur yeteneğinin bulunmaması sebebiyle bunların suça yönlendirilmesi halinde dolaylı faillığın, diğer yaş aralığı bakımından ise azmettirmenin bulunduğunu kabul ederler<sup>2801</sup>.

## 2. Failin Mazeret Nedeni İçinde Bulunması

Konu, zorunluluk hali ekseninde ağırlık kazanmasından dolayı ön planda yer alan zorunluluk hali içinde bulunmasının arka plandaki kişinin ceza sorumluluğuna ne şekilde etki edeceğine yönelik detaylı bir incelemeyi gerektirmektedir. Zorunluluk haline ilişkin tüm ihtimalleri hukuka aykırılık aşamasında ele alan teklik teorisi bu kapsamda

<sup>2799</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s. 340. Yazarlar TCK md. 38/2 düzenlemesinin, md. 37/2'nin tekrarından ibaret olduğunu belirtmişlerdir. "...Somut olayda; sanıkların olay öncesi Diyarbakır ilinde tantanacılık suretiyle hırsızlık yapmaya karar verip, sanık Serdar'ın bu iradelerini yaşları küçük olduğu için yargılamaları ayrı yürütülen Mehmet Ali ve Hasip'e açıkladığı, yaşları küçük bu suç ortaklarının anlatımına göre sanık Serdar'ın baskısı sonucu hırsızlık yapmaya kabul ettikleri, sanık Şerifin kullandığı 21 ... 551 plakalı araç ile olay günü yaşları küçük suç ortakları Mehmet Ali ve Hasip'te olduğu halde hep birlikte Şanlıurfa iline geldikleri, sanık Şerifin olay yerine uzak mesafede araçta bekleyip sanıklar Serdar, Özkan ve Mehmet ile yaşı küçük suç ortaklarının bankaların bulunduğu caddeye çıktıkları, sanık Serdar'ın tespit ettiği ve yaşı küçük suç ortaklarına işaret etmesi üzerine Mehmet Ali'nin Hasip'i dövüyor gibi yapması sonucu Hasip'in yakınlarından yardım istemesi bahanesi ile bacaklarına sarıldığı Mehmet Ali'nin ise yakınlarının cebindeki paraları aldıkları daha sonra arkalarında bekleyen sanık Serdar'a verdikleri, sanıklar Mehmet ve Özkan'ın ise bunların arkalarında perdeleme yaparak eyleme katıldıklarının anlaşılması karşısında; yaşı küçük suç ortakları Mehmet Ali ve Hasip ile birlikte el ve iş birliği içerisinde hırsızlık suçunu işleyen sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 37/1. maddesi yerine, aynı yasanın 38/2. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi,...bozmayı gerektirmiş ..." 6. CD, E. 2010/22632, K. 2013/13255, T. 4.6.2013, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 14.04.2019.

<sup>2800</sup> Yargıtay'ın konuyla ilişkili olarak azmettirenin de suçun icrasına katılarak müşterek fail olarak suçu işlemesi durumunda sorumluluğunu md. 38/2 hükmüne göre belirlediği kararları bulunmaktadır. "Sanıkların olay günü 1996 ve 1997 doğumlu Ceyhun B. ve Hasan B.'la birlikte katılan Metro Grosmarket alışveriş merkezine gittikleri, burada sanıkların krem ve parfümleri çaldıkları, yaşı küçük çocukların ise sanıkların azmettirmesiyle diş fırçası çaldıkları, ancak güvenlik görevlisi tanık Ethem E.'in kuşulanarak sanıkları izlemesi sonucu kendi üstlerindeki krem ve parfümleri attıktan sonra, mağaza çıkışında yakalandıkları, adı geçen çocukların yanlarına gelmesi üzerine, onlarında yakalandığı ve üstlerinde diş fırçalarının bulunduğu olayda, eylemlerinin bu bölümü bir bütün olarak katılan şirkete karşı hırsızlık suçunu oluşturduğu halde, 5237 sayılı TCY'nın 142/1-b, 38/2, 35/2. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine katılana karşı eylemden beraat ve yaşı küçük çocukları hırsızlığa azmettirme suçlarından ise hükümlülüklerine karar verilerek,(...) hükmün açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 05.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." 6.CD, E. 2008/15262, K. 2009/8376, T. 5.5.2009, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 22.04.2019. Bununla birlikte aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Özkan, a.g.e., s. 158. Özkan, konuya ilişkin düzenleme önerisinde bulunmuştur. "Azmettirenin, azmettirme fiili yanında fail olarak suça katıldığı hallerde de bu fıkra hükmüne göre cezası arttırılabilir." Özkan, a.g.e., s. 158.

<sup>2801</sup> Özbek vd., a.g.e., s. 508.

gerçekleşen harekete yönelik şeriklik niteliğindeki katkının sınırlı bağlılık kuralından ortaya çıkan zorunlu sonuç olmasından hareketle cezasız kalacağını<sup>2802</sup> kabul etmektedir<sup>2803</sup>. Bununla birlikte farklı görüşe göre, zorunluluk halinin ağırlık noktasını mazeret nedeni olması teşkil eder<sup>2804</sup>. Ayırma teorisine göre mazeret nedeni olarak zorunluluk hali kusur alanının kapsamında ele alındığından ve yasal olarak sınırlı bağlılık kuralı benimsendiğinden mazeret nedeni içinde hareket eden failin fiiline de cezalandırılabilir şeriklik söz konusu olacaktır<sup>2805</sup>.

Konuya ilişkin şu örnek ele alınabilir. (A), (B) ve (C) gemi kazazedeleridir. Sadece (A) kurtarma botunda bulunmaktadır. (A), gemiden kopan ve sadece bir kişiyi taşıyabilecek olan bir parçaya sıkıca tutunan (C)'ye doğru yüzmekte olan (B)'ye, (C)'yi o parçanın üzerinden atması gerektiğini söyler. (A)'nın söyledikleri doğrultusunda (C)'yi suya atan (B) kurtulur ve (C) boğularak hayatını kaybeder<sup>2806</sup>. Kişinin bir başkasının hayatı pahasına kurtulabilmesi durumu arka plandaki kişiden bağımsızdır. İcra hareketlerini gerçekleştirenin fiile yönelik motivasyon baskısı arka plandaki kişiden kaynaklanmamakta aksine harici durumlar buna sebep olmaktadır<sup>2807</sup>. (A), burada kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk haline sebebiyet vermiştir. Bununla birlikte onda fiil hâkimiyeti bulunmadığından, dolaylı faillik incelemesi yapılamaz. Aslında arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti ancak ya fiil sorumluluğuna yol açan durumun bizzat yaratılması ya da müdahalesi olmaksızın oluşan durumun mağdurun zararına olarak yeniden şekillendirilmesi (mağdura bıçak fırlatılması gibi)<sup>2808</sup> hallerinde kabul

<sup>2802</sup> Evik tarafından verilen örnek şu şekildedir: “Yaralı olan bir kişiyi acilen hastaneye yetiştirmek isteyen kişinin o sırada yolda park halinde bulunan araçlardan birini kullanabilmesi için araca düz kontak yaptırarak çalışmasına yardım eden kişi hukuka uygunluk nedeninden yararlanır.” Evik, a.g.e., s. 260.

<sup>2803</sup> Poppe, a.g.e., s. 411. Türk hukukunda zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden görüş için bkz. Evik, a.g.e., s. 259.

<sup>2804</sup> Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. bs, 1954, s. 346'dan aktaran Poppe, a.g.e., s. 411.

<sup>2805</sup> Bockelmann, a.g.e., s. 86; Akbulut, a.g.m., s. 202.

<sup>2806</sup> Herzberg, a.g.e., s. 15. Zorunluluk halinde tehlikeye katlanma yükümlülüğü bulunan kişilerin suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka planda kalan kişinin sorumluluğuna da değinilmesi gerekir. Böyle bir yükümlülük altında bulunsu dahi karar baskısı bakımından bir şey değişmeyeceği için burada da dolaylı faillik mümkündür. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 456.

<sup>2807</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 151.

<sup>2808</sup> Zorunluluk hali içinde bulunan kişi lehine durumun değiştirilmesi haline örnek olarak kendisini kurtarmak için zorunluluk hali içinde bulunan kişiye silah verilmesini gösteren *Roxin*, bu durumda daha önceden bulunmayan ve harici durumda değişiklik meydana getiren bir fırsat sunulmuş olacağını belirtmiştir. Bu değerlendirme arka planda yer alanın hangi motivasyonla hareket ettiği sorununa bağlı değildir. Arka plandaki kişi zorunluluk hali içinde bulunan kişiyi kurtarmak isteyebilir veya karşı tarafta yer alanın zarar görmesi amacıyla hareket ediyor olabilir. Bu olasılıkta arka planda yer alan dolaylı fail olarak sorumludur. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 152-153.

edilebilir<sup>2809</sup>. İşlemeyi düşündüğü suç için bir kişinin zorunluluk haline düşmesine yol açan ve bu durumu kullanan kişi<sup>2810</sup> dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>2811</sup>. Zira arka plandaki kişi ön planda yer alanın iradi olarak karar verme özgürlüğünü sınırlandırmış olur. Böylelikle irade hâkimiyetine sahip olmaktadır<sup>2812</sup>. Mazeret nedeni içinde hareket eden ön plandaki kişiyi suça yönlendiren arka plandaki kişinin irade veya bilgi hâkimiyetinin ön plandaki kişinin hareket hâkimiyetine üstün gelmesi halinde ancak dolaylı failliğin bulunduğu kabul edilmelidir<sup>2813</sup>.

Bununla birlikte mazeret nedeni içinde bulunan kişiye mevcut durumundan kurtulması için fiili gerçekleştirmeye yönlendiren veya bir şekilde fiiline yardımcı olan<sup>2814</sup> kişinin dışardan etki eden olarak dolaylı faillik kapsamında değil, şeriklik

<sup>2809</sup> Herzberg, a.g.e., s. 16; Bringewat, a.g.e., s. 313. Ayrıca bkz. Özkan, a.g.e., s. 140 vd.

<sup>2810</sup> Örneğin, (A)'yı tehlikeli bir duruma düşürerek bundan ancak (C)'yi öldürmesi halinde kurtulabileceğini söyleyen (B), (A)'nın zorunluluk hali kapsamında (C)'yi öldürmesi durumunda dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Roxin, a.g.e. (AT), s. 25; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669.

<sup>2811</sup> Bu kapsamda arka planda yer alanın sadece zorunluluk haline sebep olması halinde kabul edilebileceğine ilişkin bkz. Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 392; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Blei, a.g.e., s. 232. Ayrıca bu durumu kullanan kişinin de dolaylı faillik kapsamında değerlendirilmesine yönelik bkz. Gallas, a.g.e., s. 99.

<sup>2812</sup> Özgenç, a.g.e. (1996), s. 232. Herzberg'in bu konu kapsamında incelediği diğer bir olay ise şu şekildedir: "(A), (M)'yi öldürmek istemektedir. (A)'nın yanında silahı dolu olan arkadaşı (T) vardır. (T)'nin, (A)'ya silahını bırakma veya birini vurma yönünde bir hazırlığı bulunmaz. (A) gece vakti kendilerine yaklaşmakta olan birini fark eder ve onun (M) olduğunu anlar. Bununla birlikte (T)'ye, (T)'nin düşmanı olan (N)'nin kendilerine yaklaşmakta olduğunu söyler. (T) buna inanır ve (M)'ye ateş eder." Bu olayda Herzberg, (A)'nın dolaylı fail olarak sorumluluğunun olmadığını kabul etmektedir. (T)'de aldatmayla oluşan hareket eğiliminin, yasal anlamda serbest hareket etmediğini göstermediğini belirten yazar, olayın ACK md. 35 kapsamında kalan bir tehditle (T)'nin üzerinde baskı kurulduğu şeklinde değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Hukuk, ayırt etme gücüne sahip olan insanlardan belli sınırlarda, cebirde olduğu gibi yanlış tasavvurun motive eden gücüne karşı koyabilmesini beklediğinden, yazara göre (T) tam sorumlu fail olarak kabul edilmelidir. Başkasının tipik fiilini gerçekleştiren ve başkası tarafından yönetilen bir araç olarak kabulü çelişki doğurur (Herzberg, a.g.e., s. 24). "Yanlış tasavvur aldatılanın kusurunu azaltsa ve hakkında ceza indiriminin uygulanması gündeme gelse bile, aldatanın dolaylı fail olarak kabulünü haklı çıkarmaz. Çünkü kusur derecelendirmesi (kusurun azlığı-çokluğu) faillik alanında bir fonksiyona sahip değildir. Arka plandaki kişi fiili icra edenin kusur kastını (Vorsatzschuld) azaltan bir motiv hatası oluşturur ki bu da onu dolaylı fail yapmak için yeterli bir sebep teşkil etmez" (Herzberg, a.g.e., s. 25 vd.). "Aldatılan hukuka aykırılık bilinci içinde işlediği fiilin farkındadır. Buna yönelik hataya düşmesinden bahsedilemez. Aldatma, gerçekleştirilen fiilin objektif değersizliğini kaldırmaz" (Herzberg, a.g.e., s. 26). Aynı yönde bkz. Bottke, a.g.e., s. 71; Bloy, a.g.e., s. 358; Schild, a.g.e., s. 1263. Roxin ise bu konuda karşıt görüşü savunmaktadır. Ona göre (T)'nin sorumluluğundan ve karar özgürlüğünden söz edilemez. Somut hareketin yanlış değerlendirilmesi sonucu (T) araç kişidir. Herzberg, a.g.e., s. 24.

<sup>2813</sup> Bringewat, a.g.e., s. 313.

<sup>2814</sup> Bununla birlikte şu örnekte durum tartışmalıdır: Kazada ağır yaralanmış olan kardeşi (S) tesadüfen hastaneye getirildiğinde (A), hastanenin yoğun bakım ünitesinde çalışmaktadır. Onun hayatını kurtarmak için (O)'yu, bağlı bulunduğu ve hastanede tek olan kalp-akciğer makinesinden ayırmaktan başka şansı yoktur. Bunun sonucunda (O) ölür. Burada söz konusu duruma yönelik olarak (B) tarafından zorunluluk halinin cezasızlığına dikkat çekilmesi üzerine (A) fiili gerçekleştirseydi, (B)'nin cezasız kalması gerekirdi (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 610). Burada (A), (B)'nin söylemi üzerine fiili gerçekleştirse de (B) ne doğrudan fiile sevk eden ne söz konusu zorunluluk halini



kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olur. Burada fiili icra eden üzerinde tipikliği gerçekleştirirken psikik bir baskı yaratılmadığından, arka plandaki kişinin fiil üzerinde hâkimiyeti de bulunmamaktadır<sup>2815</sup>. Hâlihazırda zorunluluk hali içinde bulunan kişiyi arka plandaki kişi üçüncü kişinin hukuki değerine zarar verecek şekilde kurtarma hareketine yönlendirmesi halinde arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinden söz edilemeyeceği için dolaylı faillik de bulunmaz<sup>2816</sup>. Bu nedenle (A), sadece azmettiren olarak değerlendirilebilir<sup>2817</sup>.

Bununla birlikte azmettiren olarak cezalandırılma sorunu bağlılık kuralı kapsamında incelenmesi gereken bir hususu oluşturur<sup>2818</sup>. Zira bağlılık kuralı kapsamında şeriklik hukuka aykırı ve kasten işlenen bir fiilin varlığını gerektirir. Kusurun bağlılık kuralının dışında bulunması dikkate alındığında kendisi bizzat tehlike içinde bulunmayan şerik bakımından cezalandırılma durumu ortaya çıkar<sup>2819</sup>.

Bu bağlamda arka plandaki kişinin mazeret nedeni olarak zorunluluk hali içindeki kişiyi, içinde bulunduğu durumdan kurtulması için bir başkasına zarar vermeye yönlendirmesi halinde arka plandaki kişinin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı önem arz eder. *Maurach*'a göre mazeret nedenlerinde (zorunluluk hali, meşru müdafada sınırın aşılması) ilk olarak kişisel kusur değil, aksine fiile yönelik genel sorumluluk ortadan kalktığından, cezalandırılabilir şeriklik olasılığından söz edilememesi gerekir<sup>2820</sup>.

---

oluşturan kişidir. Söz konusu durumda faile sorumluluğunun kalkacağı bilgisini vermiştir. Bu durumda (B)'nin sorumlu tutulmaması gerekir. Ayrıca bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 479.

<sup>2815</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 26; Roxin, a.g.e. (TuT), s. 150; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669. Aynı yönde Frister, a.g.e., s. 368; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 457; Schumann, a.g.e., s. 87; Bockelmann, a.g.e., s. 59; Herzberg, a.g.e., s. 16; Özkan, a.g.e., s. 141. Bazı yazarlar hâlihazırda zorunluluk hali içinde bulunan kişiye karşı maddi veya manevi yardımda bulunma halinde de dolaylı failliği kabul etmektedir (Gallas, a.g.e., s. 99; Schroeder, a.g.e., s. 76). *Gallas*'a göre arka plandaki kişi söz konusu durumu bizzat ortaya çıkarmasa, var olan durumdan yararlırsa da üstün ağırlığının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Gallas, a.g.e., s. 99.

<sup>2816</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 781; Hünerfeld, a.g.m., s. 239.

<sup>2817</sup> Blei, a.g.e., s. 231.

<sup>2818</sup> Herzberg, a.g.e., s. 16.

<sup>2819</sup> Bockelmann, a.g.e., s. 84.

<sup>2820</sup> Aktaran Poppe, a.g.e., s. 411. Benzer şekilde *Baumann* azmettirmenin cezasız kalması gerektiği görüşünü faillikte olduğu gibi beklenemezlik üzerine inşa eder ve buna ilişkin diğer durumlarda (şerikler bakımından) da bağlılığın sınırlandırılmasının hukuka aykırılıktan çözülmesi gerektiğini, böylelikle şerikliğin cezalandırılmasının failin kusuruna bağlı tutulması gerektiğini belirtir. Buna karşılık isnat yeteneğinin bulunmaması veya potansiyel haksızlık bilincinin eksikliği durumlarında sadece insana yönelen unsurlar olmaları sebebiyle failde bulunması veya bulunmaması şerikin cezalandırılmasında etkili olmayacaktır. Aktaran Mallison, a.g.e., s. 6.

Bununla birlikte zorunluluk halinin esasından hareket eden görüşe göre, mazeret nedeni olarak zorunluluk halinde mazeret nedeni içinde bulunan kişi başka türlü davranma olasılığının ortadan kalkmaması nedeniyle kusursuz değildir. Buna karşılık kusurundaki çifte azalma nedeniyle kusur kınamasından vazgeçilir. Dolaylı olarak haksızlık bakımından geçerli olan azalma ve doğrudan insani zayıflık nedeniyle herhangi birinin de zorunluluk hali içinde bulunan fail gibi hareket edeceği üzerine temellendirilir<sup>2821</sup>. Her ne kadar kanun koyucu başkalarının da böyle bir durumda aynı şekilde hareket edeceğinden dolayı cezalandırmaktan vazgeçerek zorunluluk hali içindeki faile müsamaha gösterse de neden hâlihazırda zorunluluk hali içinde bulunmayan kişiye bu müsamahanın garanti edilmesi gerektiği anlaşılabilir<sup>2822</sup>. Burada zorunluluk haline ilişkin ayrıcalık her birinin kişisel psişisi göz ardı edilerek sadece genel olarak insana ilişkin zayıflık olarak kabul edilirse, bu durum kanun koyucunun hem her birinin norm emrine ve iradesine yönelik motive ettiği durumlardaki zorunluluk halini hem de mevcut zorunluluk halini kötüye kullanan şeriki aynı sonuca tabi kılması anlamına gelir. Bu bakış açısıyla söz konusu genel ölçüt zorunluluk halinde herkese yönelik hukuki değer korunması amacına riayetle vazgeçilmesi sonucunu meşru kılmaz<sup>2823</sup>. Bununla birlikte çifte kusur azalması teorisine göre, zorunluluk hali kapsamındaki fiile şerik olarak iştirakin cezalandırılmasının kabul edilmesi, esas fiilin azalan haksızlık içeriği nedeniyle şerike (özellikle azmettiren) de zorunlu bir ceza indiriminin öngörülmesini engellemez<sup>2824</sup>. Konuya ilişkin başka bir görüş ise şerikin müdahalesi olmaksızın tehdit altındaki her iki değer de kaybedilecek idiyse şerikin “kanun üstü zorunluluk” nedeniyle mazur görülmesi gerektiği yönündedir<sup>2825</sup>.

Doktrinde genel kabul gören görüş, bu şekilde gerçekleşen fiile şerik olarak iştirakin cezalandırılabilirliği esasına dayanmakta<sup>2826</sup> iken; azınlıkta kalan görüş, bağlılığın kapsamını genişleterek, şerikin cezalandırılabilmesi için fail bakımından kusurluluğu ortadan kaldıran bir halin de bulunmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Alman

---

<sup>2821</sup> Poppe, a.g.e., s. 469

<sup>2822</sup> Welzel, a.g.e., s. 179, 185.

<sup>2823</sup> Poppe, a.g.e., s. 414.

<sup>2824</sup> Welzel, a.g.e., s. 186. *Akbulut*, mazeret nedenleri bakımından şerik sorumluluğunun ortadan kalkmamasına yönelik görüşe taraftar olduğunu belirtmekle birlikte, bunun cezada indirim sebebi olarak kabul edilebileceğine de vurgu yapar. *Akbulut*, a.g.m., s. 202. Zorunluluk düzenlemesinin şerikliğin cezasızlığı için de dikkate alınabileceği yönünde bkz. Bockelmann, a.g.e., s. 86.

<sup>2825</sup> Welzel, a.g.e., s. 185.

<sup>2826</sup> Kangal, a.g.e. (2010), s. 478.

Ceza Kanunu md. 35 (zorunluluk hali) ve 33'e (meşru savunmada sınırın aşılması) göre mazeret nedeni kapsamında kalan esas fiile şeriklik cezasız kalmalıdır<sup>2827</sup>.

Daha ileri giden *Rudolphi* zorunluluk halinde her türlü desteğin cezasızlığı sonuçlayacağını belirtir. Zira burada kanun koyucu genel olarak, cezanın araç olarak kullanılmasıyla norma uyulması yönündeki zorlamadan vazgeçmektedir<sup>2828</sup>. *Rudolphi* mazeret nedenlerinin kusuru kaldıran nedenler ile suç sistematığı içinde aynı aşamada ele alınmasına rağmen hukuka uygunluk sebepleri ile daha güçlü benzerlik taşıdıklarına dikkati çekmektedir. Zira her iki durumda da failin kişiselliğine dayanılmaz, aksine sadece failin sosyal bir birey olmasına ilişkin durumların hukuki sonuçlarına bağlıdır. Hukuka uygunluk sebepleri ile mazeret nedenleri arasındaki bu benzerlik nedeniyle bu tür durumlarda esas fiilin cezasızlığının şerikler üzerinde de etki etmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>2829</sup>. Buna göre cezalandırılabilir şeriklik failin kişiselliği dışında herhangi bir objektif sebeple oluşan durumlara ilişkin kusur kınamasının en başından itibaren ortadan kalktığı durumlar bakımından değil, aksine sadece failin kişiselliğine bağlı durumlar, diğer bir ifadeyle isnat yeteneğine veya potansiyel haksızlık bilincine bağlı durumlar bakımından mümkün olabilir<sup>2830</sup>.

Dolaylı failliği ortaya çıkaran hallerden biri olarak ele alınan diğer bir durum, araç kişinin karar verme özgürlüğünün bulunmaması durumunu ortaya çıkaran cebir veya zor kullanılmasıdır. Cebir kullanarak araç kişiye suç işlettirilmesi halinde arka plandaki kişi dolaylı faildir<sup>2831</sup>. Özgür hareket etmeyen araç kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde ön planda yer alan suç seyrine amaca yönelik hareketi ile hâkim olduğu kabul edilebilirse de bu amacın oluşumuna yönelik arka planda yer alanın hâkimiyetine tabidir (*Nötigungsherrschaft*). Bu nedenle suç seyrinin tamamı dikkate alındığında fiil arka planda yer alanın eseri olarak kabul edilir<sup>2832</sup>. Dolaylı faillik bakımından hangi şartlar

---

<sup>2827</sup> Herzberg, a.g.e., s. 16. *Herzberg*, böyle bir tartışmada yeni şeriklik düzenlemeleri çerçevesinde hâkim görüşün ağır bastığını, azınlık görüşünün bu çerçevede sürdürülebilir bir yaklaşımı oluşturmadığını belirtmiştir. Herzberg, a.g.e., s. 16.

<sup>2828</sup> Rudolphi, a.g.m. (ZStW 1966), s. 95 vd.

<sup>2829</sup> Rudolphi, a.g.m., s. 96.

<sup>2830</sup> Rudolphi, a.g.m., s. 99.

<sup>2831</sup> Weißer, a.g.e. (2011), s. 194. “Ancak bir şahsın mutlak kuvvet kullanılmak suretiyle suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde kuvveti uygulayan doğrudan fail durumundadır”. Akbulut, a.g.m., s. 193.

<sup>2832</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 233; Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 254; Nydegger, a.g.e., s. 77; Gallas, a.g.e., s. 98. Yazar aynı zamanda dolaylı faillik bakımından üstün ağırlık (*Übergewicht*) kriterine vurgu yaparak *Hegler*'e atıfta bulunmuştur. *Noltenius* ise zorlama/cebir aracılığıyla bir başkasını suçta

altında irade özgürlüğünün (*Freiheit*)<sup>2833</sup> bulunmadığının kabul edileceği belirsiz kaldığı sürece arka planda yer alan kişinin fiil hâkimiyetinin bulunduğu tespit de zorlaşmaktadır.

Hâkim görüş cebir baskısının yoğunluğuna vurgu yapmaktadır. Burada icra hareketlerini gerçekleştirenin hukuk düzeni tarafından sorumlu kabul edilip edilemeyeceğine dikkat edilmesi gerekir. Eğer sorumlu olduğu kabul edilirse bu durumda arka plandaki kişinin dolaylı failliği kalkar, ancak azmettiren olarak sorumluluğu vardır<sup>2834</sup>. Burada belirleyici olan tehdit veya cebirin yasal düzenleme kapsamındaki yoğunluğa ulaşmış olmasıdır (ACK md. 35)<sup>2835</sup>. İrade özgürlüğünün bulunması veya bulunmaması psişik-fiilî bir durum olarak anlaşılmalıdır. Bu kavramlar normatif olarak, diğer bir ifadeyle yasal sorumluluğa ilişkin ölçüt ve kurullarla belirlenmelidir<sup>2836</sup>.

---

yönlendirme halinde faile eşdeğer bir azmettirme şekli olduğunu belirterek; başkasının haksızlığı gerçekleştirmesi ile olan ilişkisi nedeniyle dolaylı faillikten ayrıldığını ileri sürmüştür. Noltenius, a.g.e., s. 316.

<sup>2833</sup> Bu bağlamda *Pufendorf*'un isnat öğretisi (*Imputationslehre*) önem arz eder. Dış dünyaya ilişkin olaylarda bağlantı noktası olarak kişinin salt nedensel-mekanik etki kategorisinden çıkarılarak kişinin özgür hareket edip etmediğinin dikkate alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen fiillerde özgür hareket etme ölçütüne göre cezanın yüksekliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Cebir ve tehdit altında bulunan kişi özgür hareket edemeyeceği için isnadiyet süjesi olarak değerlendirilemez. Burada isnadiyet süjesi bu durumda yer alan kişiyi suçun işlenmesinde kullanan arka plandaki kişidir. Böylelikle ilk defa dolaylı faillik niteliğindeki katkı ortaya çıkmıştır (Maiwald, a.g.m., s. 346; Nydegger, a.g.e., s. 28 vd.). *Koch* da *Pufendorf*'un yaklaşımına paralel bir yaklaşım benimseyerek dereceli bir ayrıma gitmiştir. Suça katılanın fiile yönelik katkısı ne kadar çoksa ve ne kadar özgür hareket ediyorsa fiilden de o derece sorumlu olması ve cezasının da o derece yüksek olması değerlendirmesi ile suça katılanlar arasında ayrıma gidilebileceğini belirtmiştir (Maiwald, a.g.m., s. 348). *Pufendorf* tarafından dayanak noktası olarak belirlenen özgür hareket etme kavramı temelini *Aristoteles* tarafından kaleme alınan *Nikomakhos'a Etik (Nikomachischen Ethik)* adlı çalışmada bulur: “*Videntur invita ea esse, quae aut vi, aut ignoratione efficiuntur*”. Bu kapsamda bilgisizlik nedeniyle etki altına alınan ya da cebirin etkisi altında bulunan kişinin özgür hareket eden kişi olarak kabul edilemeyeceği üzerinde durulmuştur (Hruschka, a.g.m., s. 600). *Hruschka*, böylelikle özgür hareketin hem harekete yönelik isnadiyet aşaması ile hem de kusura ilişkin hukuka aykırı fiilin isnadiyet aşaması ile ilişkilendirilebileceğine dikkat çekmiştir. Yazar özgür olmayan hareket kapsamında dört durumu ele almıştır. Öncelikle fiziksel olarak farklı şekilde davranma olanağının bulunmamasına sebep olacak cebir/zorlama durumu bu kapsamdadır. İkinci olarak fiile ilişkin durumlar üzerinde hataya düşülmesi sebebiyle özgür hareket edilememesidir. Bu iki durumun harekete yönelik isnadiyet aşaması ile ilişkili olduğunu belirten yazar üçüncü olarak zorunluluk hali ile davranışın hukuka aykırılığını anlayabilme yeteneğini ortadan kaldıran engelin bulunmasına ilişkin durumları ele almıştır. Son olarak ise haksızlık hatasını bu kapsamda değerlendiren yazar, son iki durum bakımından özgür hareket etmemenin kusur ile olan ilişkisine değinmiştir (Hruschka, a.g.m., s. 601-602).

<sup>2834</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 233.

<sup>2835</sup> Bottke, a.g.e., 64 vd., Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Nepomuck, a.g.e., s. 176; Hünerfeld, a.g.m., s. 239; Mitsch, a.g.e., s. 85; Zieschang, a.g.m., s. 520. Türk hukukunda bu yöndeki görüş için bkz. İlhan Üzülmöz, Dolaylı Faillik (TCK m.37/2), *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2006, ss. 79-95, s. 85-86.

<sup>2836</sup> Herzberg, a.g.e., s. 36. *Roxin*'in konuya ilişkin incelediği olay şu şekildedir: (A), (B) ve (C)'den oluşan hırsızlık çetesinin lideri (D)'dir. (D), (B)'yi (A)'yı öldürmesini aksi halde kendisinin öleceğini

İrade özgürlüğü bulunmayan kimse, yasal ölçüte göre kendi sorumluluğunda karar vermeyen ve hareket etmeyen kişidir<sup>2837</sup>.

Gerekçe bakımından tam sorumlu hareket edenin arkasında yer alanın failliğini reddedenler sorumluluk prensibi öğretisine<sup>2838</sup> dayanmaktadır<sup>2839</sup>. Buna göre doğrudan doğruya hareket edenin fiil bakımından sorumluluğu kalkarsa, tipikliğin gerçekleştirilmesinin arka planda kalan kişiye kendi fiili olarak isnat edilmesi gerekir<sup>2840</sup>. Sorumluluk prensibi öğretisine göre suça farklı şekilde katılanların fiil bakımından sorumluluğu dolaylı faillige ilişkin yasal düzenlemenin kapsamı dar tutularak belirlenir. Ön plandaki kişinin tam sorumlu hareket etmesi<sup>2841</sup> ve herhangi bir isnadiyet eksikliğinin bulunmaması durumunda arka plandaki kişinin fail olarak sorumluluğu kalkar<sup>2842</sup>. Esas olarak sorumluluk suça iştirak edenin kendi davranışı ile sınırlıdır<sup>2843</sup>. Bu durumda arka plandaki kişinin durumun şartlarına göre ya azmettiren olarak ya da müşterek fail olarak sorumluluğu incelenmelidir<sup>2844</sup>. Tam sorumlu hareket edenin arkasındaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilmesinde, bir yandan ön plandaki kişinin tam sorumlu hareket etmesine vurgu yapılarak suç kararına yönelik özgür iradeye dayanmasını şart koşmak;

---

söyleyerek tehdit eder. Bu duruma (B) ilk olarak karşı çıkar. Ancak daha sonra (C)'nin kendisini (A)'yı öldürmesi için ikna etmesi üzerine suç işleme kararı alır. Bu olayda (B) bakımından, (D) tarafından yaşamına karşı oluşturulan zorunluluk hali nedeni ile kusurunun bulunmadığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte (C), (D)'nin yanında fiile ilişkin süreç bakımından anahtar konumunda değildir. Burada (B)'nin karar verme özgürlüğü konusunda (D) tarafından oluşturulan baskı nedeniyle oluşan daralma (C) tarafından daha da artırılmamıştır. Diğer bir ifadeyle (B)'nin suç işleme yönündeki kararının özgür irade ile alındığına dikkat edilmelidir. Bu bağlamda (C)'nin dolaylı fail olarak değil, azmettiren olarak sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 148.

<sup>2837</sup> Herzberg, a.g.e., s. 36.

<sup>2838</sup> Bloy, a.g.e., s. 345 vd.; Renzikowski, a.g.e., s. 72 vd.

<sup>2839</sup> Krey/Nuys, a.g.m., s. 209; Bock, a.g.m. (JA 2007), s. 600. Yazarlar sorumluluk prensibi ile dolaylı faillik bakımından ön plana çıkarılan boşlukları giderme işlevinin ve cezalandırılabilir fail olmaksızın suçun bulunmasına engel olma işlevinin üzerinin kapatıldığını belirtirler. Krey/Nuys, a.g.m., s. 210.

<sup>2840</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 146; Bloy, a.g.e., 345 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 781-782; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 461.

<sup>2841</sup> Doktrinde özgür iradeye dayanan sorumluluğun sınırlama kriteri olarak istisnasız şekilde uygulanmasının söz konusu olamayacağı, tam sorumlu hareket edenin arkasında yer alanın failliğini temellendirmek örneğinde bunun açıkça görüldüğü ileri sürülmüştür. Bu durumda faillik ile şeriklik arasındaki ayırım için geçerli genel bağlayıcılığı olan ve durumdan duruma veya hâkimin takdir yetkisine göre değişmeyen bir kriter geliştirmenin mümkün olup olmadığı kapsamında inceleme yapılması gerektiği görüşü için bkz. Haas, a.g.e., s. 39; Jakobs, a.g.m. (GA 1996), s. 260.

<sup>2842</sup> Herzberg, a.g.e., s. 12 vd.; s. 254; Schumann, a.g.e., s. 73 vd.; Renzikowski, a.g.e., s. 72 vd.; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 664; Kretschmer, a.g.m., s. 537; Gropp, a.g.e., s. 415. *Krey/Nuys* böyle bir yaklaşımın dolaylı faillğin faillik karşısında tamamlayıcı bir iştirak türü olarak anlaşılmasını mümkün kıldığını, diğer bir ifadeyle suça katılanların sorumluluk statülerinin tespitinde öncelikle doğrudan faillğin öncelikli olabileceği, dolaylı faillğin doğrudan faillğin bulunmadığı sürece devreye girebileceği sonucunu ortaya çıkardığını belirtirler. Krey/Nuys, a.g.m., s. 211.

<sup>2843</sup> Gropp, a.g.e., s. 416.

<sup>2844</sup> Krey/Nuys, a.g.m., s. 210.

diğer yandan ön plandaki kişinin davranışını arka plandaki kişi tarafından hâkim olunabilir görmek ve buna bağlı olarak özgür hareket etmediğini kabul etmek çelişki oluşturmaktadır<sup>2845</sup>. Ayrıca failin arkasındaki fail<sup>2846</sup> kabulü ceza kanununun faillik düzenlemeleri ile de uyuşmamaktadır<sup>2847</sup>. Zira kanun birden fazla faillik niteliğindeki katkının ancak müşterek faillik kapsamında mümkün olabileceğini belirtir<sup>2848</sup>.

*Maurach vd.* böyle bir otomatik sonucun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Ön planda yer alanın eksik olan sorumluluğu arka plandaki kişinin dolaylı failliğini gerektirmek bakımından gerekli bir şart değildir<sup>2849</sup>. Dolaylı faillik için önem arz

<sup>2845</sup> Gallas, a.g.e., s. 99, 141.

<sup>2846</sup> Doktrinde failin arkasındaki fail kavramı bakımından *Richard Lange*'nin kullanmış olduğu ifade önemlidir. Yazar failin arkasındaki faillığe “*nasil ki failin yanında fail varsa, failin arkasında fail de vardır*” şeklinde ifade ettiği söylemle dikkat çekmiştir. Aktaran Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 173.

<sup>2847</sup> ACK md. 25/2 düzenlemesinin fail arkasındaki fail durumlarının dolaylı faillik kapsamında ele alınmasını dışlamadığı yönündeki görüş için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 782. Bununla birlikte *Bockelmann* failin arkasındaki fail kavramını tamamıyla reddetmektedir (Bockelmann, a.g.m. (GA 1954), s. 49). Aynı yönde Kretschmer, a.g.m., s. 537. Failin arkasındaki fail durumunun dolaylı failliğin özgü bir türü olarak ele alınmasının temeli *Engelmann* tarafından ileri sürülen yaklaşıma dayanmaktadır. Sadece icra hareketlerini gerçekleştiren arka plandakinin emri nedeniyle mazeret nedeni içinde bulunmasının değil, ayrıca kusurlu hareket eden ön plandaki kişinin bulunduğu durumların da dar anlamda şeriklik kapsamında bulunmadığını belirterek günümüz karşılığındaki failin arkasındaki fail kavramını işaret etmiştir. Poppe, a.g.e., s. 69.

<sup>2848</sup> Krey/Nuys, a.g.m., s. 214. *Haas* dolaylı faillik ve müşterek failliği olağan dışı davranış isnadı ile temellendirmektedir. Yazara göre, her iki iştirak türü bakımından bir başkası tarafından gerçekleştirilen icra hareketlerinin isnadı söz konusu olmaktadır. Hatta yazar müşterek failliğin şeriklik şekli olarak değil, faillik şekli olarak kategorize edilmesi isteniyorsa olağan dışı davranış isnadının (*außerordentlichen Verhältniszurechnung*) esas alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte bu da fiil hâkimiyetinin temel öncüllerinden ön plandaki kişinin özgür ve tamamıyla isnat edilebilir davranışının bulunması halinde arka plandaki kişinin failliğinin kural olarak ortadan kalkacağı kabulünü dayanaksız bırakır. Müşterek faillik kapsamında olağan dışı davranış isnadında isnadiyetin muhatabı olarak suç ortakları failin arkasındaki fail olarak kabul edilir (Haas, a.g.e., s. 38). Müşterek fail sadece kendi yaptıkları bakımından değil, diğer müşterek failerin özgür iradeleriyle gerçekleştirdikleri bakımından da sorumludur. Belirtilmelidir ki, müşterek failin fiil hâkimiyeti diğer suç ortakları üzerindeki hâkimiyetiyle temellendirilmez. Bununla birlikte tam sorumlu hareket eden ön plandaki kişinin arka plandaki kişinin failliğini kaldırmasının kabul edilmesi halinde sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözülmesine yönelik getirilen müşterek failin sadece kendi kısmı bakımından sorumlu olması gerektiği yönündeki öneri de ikna edici değildir. Böyle bir durumda müşterek failliğin zorunlu olarak dolaylı faillik kapsamında ele alınacak olması şeklindeki isnadiyet şeklinin azmettirmenin sadece bir şeriklik şekli olarak kabul edilmesine ilişkin nedenlerle reddedilmesi gerekir. Sonuç olarak, azmettirmeyi de fail şekli olarak ele almak gerekecektir. Bu şekilde bir isnadiyet belirlemesi fiil hâkimiyeti prensibinin de ortadan kalkması anlamına gelir (Haas, a.g.e., s. 33). *Haas*'ın müşterek faillik ve dolaylı faillik bakımından hareket isnadı kabulüne benzer bir yaklaşım da *Bloy* tarafından ileri sürülmüştür. *Bloy* da müşterek faillik ve dolaylı failliğin fiil kapsamında faillik sorumluluğu bakımından hareket isnadını şart koştuğunu belirtmiştir (Bloy, a.g.m. (GA 1996), s. 425). Yazar sorumluluk belirlemede netice isnadının dikkate alınmasının tek faillik sistemine uygun bir değerlendirme olduğuna vurgu yapmıştır. Dolaylı faillik bakımından bu şekilde değerlendirme yapılması durumunda ön planda yer alanın da hareketi nedensellik zincirinde bulunan bir sebep teşkil edeceğinden, ön plandaki kişi için sorumluluk incelemesi söz konusu olacaktır (Bloy, a.g.m. (GA 1996), s. 438).

<sup>2849</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 455.

eden arka planda yer alan aracılığıyla fiilin gerçekleştirilmesinde fiilî olarak hâkim olabilme (*tatsächliche Beherrschung*) durumudur. Bu nedenle ön planda yer alanın zorlamaya karşı durabilme yükümlülüğünün gerçekleşip gerçekleşmediği belirleyici değildir<sup>2850</sup>.

*Maurach*'ın bu konuda vermiş olduğu örnek, fiil hâkimiyeti savunucuları tarafından tartışmalara neden olmuştur. Ön planda yer alan kişiye yönelik zorlamanın derecesinin yasal sınırın altında kalması halinde arka plandaki kişinin dolaylı fail olup olmayacağı konusu ön plana çıkmıştır. Zorunluluk haline benzer manevi etki (*Notstandsähnliche seelische Beeinflussung*) şeklinde ifade edilen bu tür durumlarda ön plandaki kişi arka plandaki kişinin karşısında psişik bir zorunluluk halinde kalır, ancak ceza hukukuna ilişkin kusurunun kalkması söz konusu olmaz<sup>2851</sup>. Bu kapsamda talepte bulunan ile talepte bulunulan arasında sosyal bağlılık ilişkisinin bulunduğu durumlar<sup>2852</sup> değerlendirilebilir. Bu bağlamda ön planda yer alanın psişik zorlama veya özgür olmayacak şekilde psişik bağlılık (*extremer psychischer Abhängigkeit*) nedeniyle arka plandaki kişiye tabi olma durumları kapsamında katı bir disiplin ilişkisi çerçevesinde itaate hazır olma ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda çocukların üzerindeki ebeveyn etkisi veya askeri alanda özellik arz eden ast-üst ilişkisi önem taşır<sup>2853</sup>. Nitekim *Noltenius*'a göre, suça katılanlar arasında bir bağlılık ilişkisi söz konusu ise ve arka plandaki kişi ön plandaki kişinin üzerindeki gücünü veya nüfuzunu suçu işlemesi yönünde kullanıyorsa faillığe eşdeğer bir hâkimiyet durumundan bahsedilmesi gerekir<sup>2854</sup>.

<sup>2850</sup> Weißer, a.g.e. (2011), s. 195. Aynı yönde Özyüksel, a.g.e., s. 91 vd.

<sup>2851</sup> Nydegger, a.g.e., s. 88.

<sup>2852</sup> Öğretide sosyal bağlılık kapsamında ele alınan hususlar ise şu şekildedir: Bir çete ilişkisi içinde bulunma, çocuk-ebeveyn ilişkisi, evlilik veya arkadaşlık ya da yakın akrabalık ilişkisi, işveren çalışan ilişkisidir. Lampe, a.g.m. (ZStW 1965), s. 310.

<sup>2853</sup> Stratenwerth, a.g.e., s. 221. Ayrıca bkz. Hoyer, a.g.m., s. 386. *Haas*'a göre her türlü cebir davranış isnadiyeti bakımından yeterlidir. Muhakkak ACK md. 35 kriterinin sağlanması aranmamalıdır. Cebirin uygulanması, cebir mağduru karar verme özgürlüğüne hukuka aykırı bir müdahale teşkil etmesinin haricinde, burada sadece ön plandaki kişiyi arka plandaki kişinin iradesine tabi kılmak için bir görev veya emir şekline bürünür (Haas, a.g.e., s. 111). Yazar bu durumların dolaylı faillik alanında kabul edilmesi halinde azmettirmenin kapsamının çok fazla daralacağı şeklindeki endişeye yönelik, azmettirenin faili fiili gerçekleştirmesini tavsiye ettiği ve böylece fiilin gerçekleştirilmesine etkide bulunduğu durumları içereceğini ve burada asıl sorunun faille eşdeğer cezalandırılan azmettirmenin teşkil ettiğini belirtmiştir. Çünkü fail benzeri ceza tehdidi, manevi faillik olarak geleneksel azmettirmenin son kalıntısıdır. Aslında dolaylı faillığe ilişkin durumları azmettirme ile ilişkilendiren yaklaşımın dayandığı argüman esas olarak eşdeğer cezalandırmadır (Haas, a.g.e., s. 111).

<sup>2854</sup> Noltenius, a.g.e., s. 286. Yazar bu bağlamda babanın çocuğu üzerindeki konumunun veya işveren ve çalışan ilişkisinin örnek gösterilebileceğini belirtmiştir. Bu durumlarda *Noltenius* tarafından ileri sürülen yaklaşıma benzer şekilde azmettirme kabulüne ulaşan bir diğer görüş için bkz. Nepomuck,

*Maurach* tarafından verilen örnek ise şu şekildedir: (A) kolay etkilenebilen ve kendisine aşırı derecede bağlı olan sevgilisi (B)'ye zehir sağlayarak onu kocasını öldürmeye zorlar. Bunun için ayrıca kocasını öldürmezse kendisini kaybedeceğini söyler. Bunun üzerine (B), kocasının zehri içmesini sağlar ve adam ölür. Burada (A)'nın öldürmeye azmettirmeden mi, yoksa dolaylı faillikten mi sorumlu tutulacağı sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>2855</sup>. *Maurach*, (B) ne kusur yeteneğine sahip olmayan biri ne de kusuru kaldıran bir cebir baskısıyla hareket eden biri olmasına rağmen, (A)'nın fiil hâkimiyetini kabul eder. *Maurach* arka planda yer alanın fiil hâkimiyetini araç kişi üzerindeki psikik hâkimiyetinde görür<sup>2856</sup>.

*Roxin* böyle bir durumda dolaylı failliği ortaya çıkaran sebepler kapsamında psikolojik etkilerden hareket edilemeyeceğini, böyle bir etkinin hukuki dayanağının bulunmadığını belirtmiştir. Zorlama benzeri manevi etkilerin dolaylı faillik kapsamında yer almasının ön planda hareket eden kişinin ceza hukukuna ilişkin sorumluluğunu bertaraf edici nitelikte olmadığına da dikkat çekmiştir<sup>2857</sup>. Bu nedenle bu durumda arka

---

a.g.e., s. 149. Doktrinde bir görüş, suça iştirak bakımından herhangi bir maddi veya manevi baskı altında kalmaksızın suçun işlenmesine katılma isteğinin bulunması gerektiğinden hareketle arkadaşı veya akrabalık ilişkisinin vermiş olduğu manevi baskı ile bir suçun işlenmesine katılan kişinin suça iştirak etmiş sayılmaması gerektiğini kabul eder. Özen, a.g.e., s. 859.

<sup>2855</sup> Herzberg, a.g.e., s. 12. BGH, önüne gelen benzer bir olayda sevgilisinin kendisine olan bağlılığını kullanarak eşini öldürmesi yönünde ikna eden ve olay anında orada bulunan ve öldürme fiilini gerçekleştirmesi için faile işaret veren kişinin ceza sorumluluğunu değerlendirirken, müşterek faillik kapsamında durumu ele almıştır. Söz konusu olaydaki bağımlılığın, arka plandaki kişinin yardım eden olarak kabul edilmesine engel olduğunu belirtmiştir. BGHSt 8, 384'ten aktaran Ingelfinger, a.g.e., s. 179.

<sup>2856</sup> Maurach, a.g.e. (1971), s. 632. *Nowakowski* arka plandaki kişinin önemli etkisinin doğrudan fiili icraya eşdeğer olduğunu ve bu nedenle fiil hâkimiyeti olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 156-157). Ayrıca *H. Mayer* de doğrudan olmamakla birlikte *Maurach*'ın varmış olduğu sonucu kabul etmiştir (Schroeder, a.g.e., s. 121). *Schroeder* bu duruma ilişkin olarak icra hareketlerini gerçekleştirenin arka planda yer alana bağlılığının maddi olarak isnat yeteneği bulunmayan kişinin kullanılması durumundaki ile aynı olduğunu belirtmiştir. Burada failin arkasındaki fail durumunun söz konusu olduğuna dikkat çekmiştir (Schroeder, a.g.e., s. 121). *Schroeder* bu örneğin yanı sıra çok çocuğu bulunan çalışanını işten çıkarmakla tehdit ederek onu suç işlemeye yönlendiren işverenin de bu kapsamda yer alacağını belirtmiştir (Schroeder, a.g.e., s. 124). *Roxin* bu örnek bağlamında ön planda yer alan kişinin üzerindeki tehdit veya baskıdan iş hukukundan kaynaklanan haklarını kullanarak veya işvereni ihbar ederek kurtulma imkânının bulunduğunu belirterek, böyle bir durumda dolaylı failliğin söz konusu olamayacağı sonucuna varmıştır (Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 176).

<sup>2857</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 157. Benzer yönde Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 192. *Roxin* örnek olayda ön planda yer alanın aşırı bağlılığı nedeniyle kolay etkilenebilme durumunun ruhsal bir hastalığa sebep olması ve bu nedenle kişinin davranışlarının anlam ve önemini anlama yeteneğinden söz edilemeyeceği durumda dolaylı failliğin kabul edilebileceğini belirtmiştir (Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 176). Aynı yönde Kühl, a.g.e., s. 780; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 234; Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 254. *Stratenwerth/Kuhlen* ayrıca bu kapsamda tehdidin azmettirmenin klasik aracı olduğunu da vurgulamıştır. *Ingelfinger* de burada iradi baskınlığın söz konusu olduğunu ve fiilin belirliliğine yönelik arka planda yer alanın bilişsel bağlantısı bulunmasa bile (fiilin planlanması aşamasındaki



plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini, failin arkasındaki fail durumunun da bulunmadığını vurgulamıştır<sup>2858</sup>. Suça ilişkin tipik hareketi gerçekleştirene uygulanan cebirin dolaylı failliği sonuçlayabilmesi için gereken cebir ölçütünün araç kişinin ceza sorumluluğunu bertaraf edecek nitelikte olması gerekir. Bunu karşılamayan cebir veya zorlamanın araç kişinin cezasız kalmasına neden olmayacağı açıktır<sup>2859</sup>. Zira azmettiren de fiili gerçekleştiren üzerinde motivasyonunu sağlayan belli bir etkiye sahiptir ki, bu onun fiil hâkimiyetini sonuçlamaz<sup>2860</sup>.

Bu nedenle doktrindeki hâkim görüş *Roxin* tarafından geliştirilen<sup>2861</sup> sorumluluk prensibinden (*Verantwortungsprinzip*)<sup>2862</sup> hareket eder. Araç olarak kullanılan kişi tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını ve ayrıca hukuka aykırılık ve kusurluluğu

---

katkısının bulunmaması durumu), iradi baskınlığının söz konusu olması nedeniyle azmettiren olarak cezalandırılmasına engel bir durumun bulunmadığını belirtmiştir (Ingelfinger, a.g.e., s. 179).

<sup>2858</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 158.

<sup>2859</sup> Herzberg, a.g.e., s. 36.

<sup>2860</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 24. *Ingelfinger* ise farklı bir yaklaşımla azmettirmeyi kabul eder. Yazara göre, azmettirenin faili baskı altında tutarak fiile ilişkin karar oluşum sürecinde güçlü bir etkiye sahip olduğu yadsınamaz. “Kendisine bir kötülük gerçekleştireceğinden bahisle bir kişiyi suçu işlemeye yönlendirenin, kişi ve karar oluşum süreci üzerinde baskın bir etkisi söz konusudur. Birçok azmettirme durumunda kendini gösteren bu iradi (voluntativ) unsur azmettirme ile failliğin eşdeğer cezalandırılmasında belirleyicidir” (Ingelfinger, a.g.e., s. 125). “ACK md. 35 sınırına ulaşmayan zorlama durumunda azmettirme iradesi ağır basar. Fail bu fiili, sadece azmettiren istediği için gerçekleştirir. Bununla birlikte fail tehdide veya baskıya rağmen özgür iradesiyle karar vermektedir. Bu, sonuç olarak sebep olanın iradesinin baskın olduğunu kabule engel değildir. Fail bu durumlarda özgürlüğünü azmettirene tabi olmak yönünde kullanmaktadır. Burada failin kararı öncelikle fiile yönelik değildir, azmettiren tarafından oluşturulan kötülüğe katlanmaya yöneliktir. Etki altında olmayan iradesiyle azmettiren, iradesi baskı altında olan failin karşısında durmaktadır” (Ingelfinger, a.g.e., s. 178).

<sup>2861</sup> *Roxin*, hata hallerinde ise kural olarak faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin sorumluluk prensibini kabul etmez. Cebir durumunda fiilin amaççı olması suça iştirak şekillerinin ayırımında bir başlangıç teşkil etmez. Bu ihtimalde suça katılanların hepsi neticeye ilişkin olarak aynı şekilde yani kasten hareket etmektedir. Buna karşılık yazara göre sözü edilen hata halinde en başından itibaren amaca yönelik olarak hareket eden kişi arka planda yer alan kişi olduğundan, neticeye yönelik olarak suç seyrini yönlendirmektedir. Arka planda yer alan dışındaki tüm faktörler onun amaca yönelik harekete geçmesiyle birbiriyle bağlantılı hale gelmekte ve arka plandaki kişi bunların işbirliği ile hedeflediği neticeyi meydana getirmeye çalışmaktadır. Böylelikle dış dünyada vuku bulan olay tüm bu süreci belirleyen kişinin eseri olarak ona isnat edilebilir. Sonuç olarak nedensel faktörler arasındaki bağlantıyı sağlayan ve bu şekilde olayın gelişim seyrini elinde tutan kişi fail olarak kabul edilmelidir. Yazar bu şekildeki bir değerlendirmenin aynı zamanda fiil hâkimiyeti öğretisinin temel yapısına da uygun olduğunun ve yasal düzenlemeyle uyumlu olduğunun altını çizmiştir. (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 172). *Roxin*'in yaklaşımına yönelik eleştiri için bkz. Haas, a.g.e., s. 31.

<sup>2862</sup> *Roxin* bu prensibin azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki ayırımın belirlenmesi bakımından cebir hâkimiyeti durumunun tespiti için elverişli bir kriter olduğunu, burada normatif bir ölçütün esas alındığını ve arka plandaki kişinin ön planda yer alan üzerindeki etkisinin belirlenmesinde dikkate alınarak ön plandakinin ceza sorumluluğundan kurtulduğu durumlarda arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin kabul edileceğini belirtmiştir. Burada ayrıca tam sorumlu failin arkasındaki failin uygulama alanı bulamayacağına, normatif olarak esas alınan kriterin sorumluluğun ortadan kalkıp kalkmadığı üzerine olduğuna vurgu yapmıştır. Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 177.

bizzat gerçekleştirmişse, dolaylı faillikten söz edilemez. Kendi fiilinden dolayı sorumlu olan kişi aynı zamanda bir başkasının aracı olarak kabul edilemez<sup>2863</sup>. Buna göre arka planda hareket edenin sahip olduğu etki ACK md. 35 kapsamında yer aldığı sürece hâkimiyeti gerekçelendiren ve böylece dolaylı failliği sonuçlayan bir etki gösterir<sup>2864</sup>.

Bu aynı zamanda hukuki belirlilik bakımından da belli bir ölçütün dikkate alınmasını sağlar<sup>2865</sup>. Buna karşılık psikolojik anlamda temellendirilen hâkimiyet kavramı bu şekilde değerlendirilemeyerek, salt sezgisel karara yol açacağından belirsizliklere neden olur<sup>2866</sup>. Başkasının iradesi üzerindeki hâkimiyet sadece irade özgürlüğünden söz edilemediği durumlarda mümkündür<sup>2867</sup>. Zira bir kişinin hem özgür iradesiyle hareket ederek gerçekleştirdiği fiilin varlığını kabul edip hem de o fiil üzerinde arka planda yer alanın hâkimiyet kurduğu kabul edilemez<sup>2868</sup>. Dolayısıyla dolaylı faillik ön planda yer alanın ceza hukuku bakımından sorumlu hareket etmediği durumda ortaya çıkar. Kişinin iradesi üzerindeki psişik etkinin matematiksel bir ölçütü söz konusu olamasa da, daha soyut bir durumdan kurtarmak için yasal çerçeve kapsamında bir ölçütün dikkate alınması gerektiğinden hareket edilmiştir<sup>2869</sup>.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş ise cebir durumunda azmettiren ile dolaylı failin ayrımının sorumluluk prensibinden<sup>2870</sup> bağımsız olarak her bir durumun koşullarına göre

<sup>2863</sup> Erdem, a.g.m., s. 208; Özen, a.g.e., s. 849. *Gropp* söz konusu prensibe yönelik şu değerlendirmede bulunmuştur: “Sorumluluk prensibi failliğin sınırlandırılmasını gerekçelendiremez. Bu prensip, failliğin hangi tipik özelliklere sahip olması gerektiğini değil, sadece fail olarak sorumluluğa kimin sahip olduğu sorusunu cevaplar. Sorumluluk prensibi ön planda yer alan kişinin bizzat failliğini değiştiremez ve ön plandaki kişiye hâkim olan arka plandaki kişinin fail olarak sorumluluğu sorumluluk prensibi ile çelişmez. Dolaylı fail ön plandaki kişinin fail olmaması nedeniyle fail değildir; aksine ön plandaki kişinin bizzat fail olmasına bağlı olmaksızın ona hâkim olduğu veya onu yönetebildiği için faildir.” *Gropp*, a.g.e., s. 416.

<sup>2864</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 24. Bloy, a.g.e., s. 345, 351; Botke, a.g.e., s. 64; Nydegger, a.g.e., s. 89; Renzikowski, a.g.e., s. 84.

<sup>2865</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 24.

<sup>2866</sup> Bloy, a.g.e., s. 346.

<sup>2867</sup> Frister, a.g.e., s. 360.

<sup>2868</sup> Gallas, a.g.e., s. 99 vd.

<sup>2869</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 24.

<sup>2870</sup> *Herzberg* ise sorumluluk prensibinin yerine araç prensibini (*Werkzeugprinzip*) yerleştirmek ister. Yazar, ön planda yer alanın sorumluluğunun bulunup bulunmadığı üzerine yapılacak bir değerlendirme yerine arka planda yer alanla arasındaki araç ilişkisinin göz önünde bulundurulması gereğine dikkat çekmiştir (*Herzberg*, a.g.m. (JURA 1990), s. 22, 26). Benzer şekilde *Frister*, dolaylı failliğin ceza hukuku bakımından sorumluluk kriteri üzerinden belirlenemeyeceğini, ön plandaki kişinin ceza hukuku anlamında özgür olmayan şekilde hareket etmesinin belirleyici olmadığını aksine arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin karşıt iradesine rağmen fiilin işlenmesi konusunda belirleyici olmasının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. *Frister*, a.g.e., s. 360.

değerlendirilmesi gerektiği yönündedir<sup>2871</sup>. Nitekim *Schroeder* mazeret nedenlerinin sınır alanında arka planda yer alan sorumluluğu kapsamında dolaylı failliğin görünümü olarak kabul ettiği failin arkasındaki faili kabul etmektedir<sup>2872</sup>. *Schroeder*, failin arkasındaki fail durumlarına ilişkin olarak mazeret nedenlerinin sınır alanında hareket eden kişi kıstasını değerlendirmiştir. Bu şekildeki sistemleştirmenin doktrinde sosyal veya kişisel üstünlük kriterinin kullanılarak arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin temellendirilmeye çalışılmasından daha ikna edici bir tercih olduğunu belirtmiştir<sup>2873</sup>. *Schroeder* bu durumda mazeret nedenlerinin uygulama alanına yönelik maddi içeriğinin değerlendirilmeden salt kanunda yer alan sınırın dikkate alınmaması gerektiğini ifade ederek bu tür durumları mazeret nedenlerinin sınır alanı olarak görmektedir. Bu bağlamda dolaylı failliği burada da kabul etmektedir<sup>2874</sup>. *Roxin*'in sorumluluk prensibi aracılığıyla fiil hâkimiyeti kavramını normatifleştirmesine karşı çıkararak bunun sonuç olarak şekli-negatif fail teorisine (ancak ön planda yer alan fail olamaması durumunda arka plandaki kişinin fail olabileceği) dayandığını belirtmiştir<sup>2875</sup>.

Bir mazeret nedeni olarak meşru müdafada sınırın aşılması kusurluluk kapsamında ele alınmaktadır. Hâlihazırda kendisine karşı saldırıyı sadece saldırgan (C)'yi yaralayarak defetmesi mümkün olan (A)'nın, saldırgana karşı husumet içinde olan ve (A)'nın savunma içinde olduğunu bilmeyen (B)'nin, (C)'yi öldürmesine yönelik söylemleri üzerine (C)'yi öldürmesi halinde (B)'nin azmettiren olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı da ele alınmalıdır. (A), meşru savunmada sınırı aşmıştır. Failin kusurunun kalkması, fiilin haksızlık niteliğini etkilememektedir. Sınırlı bağlılık kuralı kapsamında şeriklerin cezalandırılması kasten işlenen tipik haksızlığı gerektirmekle birlikte failin kusurlu hareket etmesini gerektirmemektedir. Bu bağlamda failin meşru savunmada sınırı heyecan, korku veya telaşla aşmasının şeriklere ne şekilde etki edeceğine yönelik olarak doktrinde bir görüş, failin mazur görülebilen fiiline iştirak edenlerin

<sup>2871</sup> *Roxin*, bunun hukuki belirsizliğe neden olacağını ifade etmiştir. Eleştiri için bkz. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 25.

<sup>2872</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 120 vd. Bu bağlamda yazar, isnat/kusur yeteneği bulunmayanın, zorunluluk hali içinde yer alanın, meşru müdafada sınır aşımı içinde bulunanın ve kaçınılmaz haksızlık hatası içinde olanın suçun işlenmesinde kullanılması hallerini failin arkasındaki fail kapsamında incelemiştir. *Schroeder*, a.g.e., s. 120 vd.

<sup>2873</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 129.

<sup>2874</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 120 vd. Aksi yönde *Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 147 vd.; *Roxin*, a.g.m. (FS Lange), s. 175; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 279; *Bloy*, a.g.e., s. 347; *Ingelfinger*, a.g.e., s. 146; *Cramer/Heine*, a.g.e. (S/S Komm.), s. 533; *Schild*, a.g.e., s. 1263.

<sup>2875</sup> *Schroeder*, a.g.e., s. 99.

cezalandırılabilceğini<sup>2876</sup>, ancak bu durumun şerik bakımından cezanın azaltılması nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>2877</sup>. Diğer bir görüş ise, bu durumda iştirak eden kişiler açısından da mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş durumunun bulunabileceğinin ve bu nedenle onlar bakımından da kusurluluğun ortadan kalkacağıın söz konusu olabileceğini belirterek somut olayın koşullarının suça her bir katılan bakımından kendi şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>2878</sup>.

Son olarak arka planda yer alanın ön plandaki kişiye ilişkin mazeret nedeninde hataya sebep olmasına değinilmesi gerekir. İcra hareketlerini gerçekleştirene yönelik arka plandaki kişinin bu tür bir hataya sebep olması veya var olan bir hatayı kullanması halinde dolaylı failliği gündeme gelir<sup>2879</sup>. Zira gerçekte zorunluluk hali içinde bulunan kişi üzerinde yarattığı motivasyon etkisi ile buradaki aynıdır<sup>2880</sup>. Ön plandaki kişide hatayı oluşturmamakla birlikte gerçekte de zorunluluk halinin bulunmadığını bilen ve bu şekilde ön plandaki kişiyi suçu işlemeye sevk eden kişi üstün gelen bilgisi ile fiil hâkimiyetini sağladığından dolaylı faildir<sup>2881</sup>.

### 3. Failin Haksızlık Hatası İçinde Bulunması

<sup>2876</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 130.

<sup>2877</sup> Görüşe ilişkin bkz. Evik, a.g.e., s. 262 vd.

<sup>2878</sup> Evik, a.g.e., s. 263.

<sup>2879</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 41. Ön planda yer alanın kusurluluğu kaldıran nedenlerde hataya düşmesi halinde *Roxin*, fiil hâkimiyeti bakımından değerlendirilmesi gereken üçüncü bir aşamanın bulunduğunu belirtmiştir. Yazar, üçüncü aşama olarak fiilin sosyal anlamını anlamının fiile ilişkin tipik unsurun ve fiilin maddi hukuka aykırılığının bilinmesinden daha fazlasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Zira yazara göre, hukukî olarak kınanabilirlik unsurunu bilen kimse hareketinin gerçek anlam içeriğini anlar ve olayı tam olarak yönlendirebilir. Yazar kural olarak bu daha fazla bilinçli olmanın hukuka aykırılığın maddi içeriği ile doğrudan ortaya çıktığını, fakat kusurluluğu kaldıran nedenlerde hata halinde durumun farklılaştığını belirtmiştir. Bu durumlarda fiil hâkimiyeti, üçüncü aşama olarak, dış dünyada gerçekleşen hareketin kusur içeriğinin anlaşılmasını şart koşar (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 210). Bu yaklaşımdan hareketle fiil hâkimiyetinin üçüncü aşamasına sahip olmayan ön planda hareket eden kişide fiilin icrasına yönelik harici durumların tasavvurunda kınanabilirliği eksik olacağından, arka plandaki kişi duruma yönelik daha fazla bilgisiyle onu fiilin gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanır. Böylece yazara göre, üçüncü aşamaya yönelik hâkimiyeti nedeniyle arka planda yer alan dolaylı fail olarak kabul edilir. Yazar ayrıca her iki katılanın da aynı aşamada bulunması ihtimalinde (her ikisi de kusurluluğu kaldıran nedenin bulunduğu inaniyorsa), arka planda yer alan kişinin sorumluluğunun şeriklik kapsamında değerlendirileceğine vurgu yapmıştır (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 211).

<sup>2880</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 533.

<sup>2881</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 533.

### *a. Kaçınılmaz Haksızlık Hatası*

Sınırlı bağlılık kuralı kapsamında özellikle azmettirme için önem arz eden bir diğer husus, failin haksızlık hatası<sup>2882</sup> içinde bulunuyor olmasıdır. Bu hata kastla ilgili olmayıp kusurlulukla ilgili olduğundan şerikliğın cezalandırılması bakımından gerekli olan kast şartı gerçekleşir<sup>2883</sup>. Bu nedenle haksızlık hatasının içinde bulunan failin fiiline şerik olarak iştirak etmek için yasal olarak bir engel bulunmaz. Bununla birlikte temelde ön planda yer alanı suça sevk etmeleri nedeniyle benzerlik taşıyan dolaylı faillik ve azmettirme ayrımı da dikkate alınması gereken bir husustur. Böylelikle doğrudan icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin haksızlık hatası içinde bulunduğunu bilen arka plandaki kişinin bu durumu kullanması<sup>2884</sup> halinde ne şekilde bir değerlendirme yapılması gerektiği doktrinin tartışma konularından birini oluşturmuştur<sup>2885</sup>.

Bu bağlamda doktrinde bir görüş, kaçınılmaz haksızlık hatası içinde bulunan kişinin suçun işlenmesine yönlendirilmesi veya var olan hatanın kullanılması halinde sadece ön planda yer alanın kusuru kaldıran nedenden yararlanacağını<sup>2886</sup> ve fiilin işlenmesine engel olacak haksızlık anlayışına sahip olmaması nedeniyle<sup>2887</sup> arka planda yer alan bakımından

<sup>2882</sup> Dolaylı haksızlık hatası olarak adlandırılan izin hatası (*Erlaubnisirrtum*) kapsamında konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Kühl, a.g.e., s. 782.

<sup>2883</sup> Akbulut, a.g.m., s. 198-199. *Jakobs* kaçınılmaz haksızlık hatası durumunda öncelikli sorumluluğun araç kişide olduğunu belirtir. *Jakobs*, a.g.e., s. 645.

<sup>2884</sup> Söz konusu haksızlığın bizzat işlenebilen suç olması halinde arka planda yer alanın dolaylı failliğinin ortaya çıkmayacağı yönündeki değerlendirme için bkz. Kühl, a.g.e., s. 782.

<sup>2885</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 35.

<sup>2886</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 782; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 233; Mahmutoğlu, a.g.m., s. 73; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 463. Bu durumda *Welzel* haksızlık bilinci olmayan kişi üzerinde suç işlenmesinde etkide bulunulması kapsamında arka planda yer alanın suç işlemesi amacıyla ön planda yer alanda haksızlık hatasına yol açması veya var olan hatayı kullanması halinde dolaylı failliğin oluşmayacağını ileri sürmüştür. *Welzel*'e göre, haksızlık hatasının kaçınılabilir veya kaçınılmaz olması fark etmeksizin bu durumdaki araç kişinin suç işlemek için kullanılmasında arka plandaki kişi azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır (*Welzel*, a.g.e., s. 103). *Roxin*, *Welzel*'in savunucusu olduğu, final hareket öğretisinden hareket edildiğinde aslında sonuca ulaşmanın kolay olduğunu, çünkü haksızlık bilincinin sadece kusur alanına ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle sadece haksızlık bilincinde hataya düşen kişi de amaççı hareket ettiğinden fail olacaktır. Bu durumda arka plandaki kişinin şerikliği ortaya çıkar. Bununla birlikte *Roxin* bu durumda asıl sorulması gerekenin amaççılığın gerçekte hukuka aykırılık bilincinden bağımsız olan tüm durumlarda olay üzerindeki hâkimiyeti icra hareketlerini gerçekleştirene verip vermeyeceğidir (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 197).

<sup>2887</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 35. Yazara göre, faillik yaklaşımının doğrudan hareket edenin haksızlık hatasında uygulanamayacağı bir durum, arka plandakinin doğrudan hareket edenin ne bu kararına ne de haksızlık hatasına neden olması ve fakat onu haksızlık anlayışına rağmen fiilinde desteklemesidir. Diğer bir ifadeyle arka planda yer alan doğrudan hareket edende haksızlık hatasına neden olmaz, var olan haksızlık hatasından da yararlanmaz sadece bu hatayı destekler. Bu destekleme, dolaylı faillik için aranan ön planda yer alanın üzerinde yeterli etkiyi sağlamadığından arka planda yer alanın hâkimiyetinden de söz edilemez. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 39.

dolaylı faillik durumunun ortaya çıkacağını<sup>2888</sup> kabul etmektedir. Arka plandaki kişi araç kişinin kaçınılmaz haksızlık hatasına düşmesine sebep olarak veya onda var olan bir hatayı kullanarak araç kişiyi doğrudan doğruya fiilin icrasına yönlendirirse burada dolaylı faillik gündeme gelir<sup>2889</sup>. Araç kişide sadece haksızlık hatasına sebep olunması haliyle sınırlı olmayan dolaylı faillik, var olan bu hatanın kullanılması halinde de ortaya çıkar<sup>2890</sup>.

Diğer bir görüş ise farklı kriterler üzerinden değerlendirme yapmaktadır. İleri sürülen bu görüşe göre, esas alınması gereken “fiil hâkimiyetinin yoğunluğu”dur. *Franzheim* tarafından savunulan bu görüşe göre, eğer arka plandaki kişi fiil hâkimiyetine sahipse ve haksızlık hatası içinde değilse, kural olarak onun fiil hâkimiyeti ön planda haksızlık hatası içinde hareket edene göre daha güçlü, daha yoğundur. Haksızlık hatasına rağmen ön planda yer alanın kişisel veya sosyal durumu nedeniyle fiil hâkimiyeti arka planda yer alaninkine nazaran daha güçlüyse, bu durumda arka plandaki kişinin sadece şerik olarak sorumluluğundan bahsedilebilir<sup>2891</sup>.

*Roxin* ise arka planda yer alanın dolaylı failliğini farklı bir açıya dikkat çekerek ele almıştır. *Roxin* hata durumlarında arka plandaki kişinin doğrudan hareket eden üzerinde cebir halinde olduğu gibi bir hâkimiyetinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Ön planda yer alanın kusuru kaldıran veya azaltan bir sebep içinde bulunması arka planda yer alanın hâkimiyeti altında bulunmasından değil, kınanabilirliğinin azalmasından kaynaklıdır. Her ne kadar arka planda yer alan ön plandaki kişinin hataya düşmesine sebep olsa da, ön planda yer alanın karar verme özgürlüğü hâlâ bulunmaktadır<sup>2892</sup>. Haksızlık hatası durumunda ön planda yer alanın karar verme özgürlüğünün bulunmaması nedeniyle arka plandaki kişinin irade hâkimiyetinin oluştuğu kabulü fiil hâkimiyeti öğretisi ile de uyumlu

<sup>2888</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Frister, a.g.e., s. 362; Bringewat, a.g.e., s. 313; Jakobs, a.g.m. (GA 1996), s. 255; Nydegger, a.g.e., s. 87; Özkan, a.g.e., s. 245.

<sup>2889</sup> Herzberg, a.g.e., s. 23; Schaffstein, a.g.m., s. 153 vd.; Kindhäuser, a.g.m. (FS Bemmman), s. 342; Hauf, a.g.e., s. 87; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 453; Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 255; Otto, a.g.e., s. 292; Hoffmann-Holland, a.g.e., s. 200; Schroeder, a.g.e., s. 76 vd.; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 892. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 783.

<sup>2890</sup> Aksi yönde bkz. Hoyer, a.g.m., s. 392.

<sup>2891</sup> Aktaran Roxin, a.g.e. (TuT), s. 195. *Roxin* bu yaklaşımda fiil hâkimiyeti kavramının esnekliğinden ve göreceliliğinden söz edildiğini belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 195.

<sup>2892</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 196; Roxin, a.g.e. (AT), s. 29. *Roxin, Welzel*'in hata durumlarını cebir durumlarına paralel şekilde konumlandırmasının isabetli olmadığını belirtmiştir. Araç kişi tehdit altında bulunduğu durumdan kurtulmak için arka plandaki kişinin talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Oysa hata içinde yer alan kişinin birden fazla olasılığı bulunmaktadır. *Roxin* ayrıca *Welzel* tarafından savunulan hâlihazırda haksızlık hatası içinde bulunanın bu hatasından yararlanması durumunda azmettirmenin ortaya çıkacağı kabulünü de tutarsız bulmuştur. *Roxin*'e göre her iki durumda da ön planda hareket edenin psikolojik durumu aynıdır. Roxin, a.g.e. (TuT), s. 196.

değildir<sup>2893</sup>. *Roxin* ayrıca suç tiplerinde yer verilen davranışların yasak oldukları için cezalandırılmadığını, toplum düzeninin sosyal-etik esaslarını katlanılmaz şekilde ihlal ettikleri için cezalandırıldıklarını<sup>2894</sup> belirterek, haksızlık hatasının kaçınılabılır olup olmamasının arka plandaki kişinin dolaylı fail olması bakımından belirleyici kriter olmadığını<sup>2895</sup> ileri sürmüştür.

*Roxin* bu kapsamda fiil hâkimiyetinin iki aşamada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>2896</sup>. Fiil hâkimiyetinin ilk aşaması bakımından fiile ilişkin objektif durumların bilinmesi yeterlidir. Diğer bir ifadeyle burada dikkate alınması gereken, failin davranışının değersizliğini ve sosyal anlamını bilmek zorunda olmaksızın haksızlığın şartlarını bilmesidir<sup>2897</sup>. Fiil hâkimiyetinin ikinci ve daha önemli aşaması ise failin, davranışının tipiklik anlamını aşan diğer bir ifadeyle sosyal anlamda zararını, maddi hukuka aykırılığını bilmesini şart koşar<sup>2898</sup>. *Roxin* ikinci aşamada anlamlı bir fiil oluşumunun tam kapsamıyla mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Fiil hâkimiyetinin ikinci aşaması şekli değil, maddi anlamda hukuka aykırılığın<sup>2899</sup> bilincinde olmayı gerektirir<sup>2900</sup>. *Roxin*'e göre, amaçlıktan anlaşılması gereken anlamlı şekilde nedensellik sürecinin yürütülmesi ise, anlam algısının derecesi ve anlamın gerçekleşmesi de dikkate

<sup>2893</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 197.

<sup>2894</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 203.

<sup>2895</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 204. *Akbulut* da hatanın kaçınılmaz olup olmamasının önemli olmadığını, dolaylı failliğin mümkün olduğunu belirtmiştir. Eğer arkadaki kişi doğrudan davranan kişinin haksızlık hatasını biliyorsa ve bu kişiyi suçun işlenmesinde kullanıyorsa dolaylı faillikten dolayı sorumlu olur. *Akbulut*, a.g.m., s. 198 vd.

<sup>2896</sup> *Roxin* fiil hâkimiyetini aşamalı olarak ele alması temelinde dolaylı faillik ile şeriklik ayrımını oluşturmuştur. Eğer doğrudan hareket eden sadece ilk aşamaya bununla birlikte arka planda yer alan ikinci aşamaya sahipse dolaylı faillik ortaya çıkar. Her iki katılan da aynı şekilde sadece birinci aşama için gerekli olan bilgiye veya aynı şekilde ikinci aşama için gerekli olan bilgiye sahip ise şeriklikten söz edilmesi gerekir (*Roxin*, a.g.e. (TuT), s. 199). Böylece bu durum *Roxin*'in failin arkasındaki fail kapsamında kabul ettiği hallerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumu mazeret nedeni olarak zorunluluk haline sebep olan veya bu durum içinde bulunan kişiyi suçun işlenmesinde kullanan arka plandaki kişi bakımından kabul ettiği kusursuz failin arkasındaki fail durumuna benzetir (*Roxin*, a.g.m. (FS Lange), s. 179). *Roxin* failin arkasındaki fail durumunu üç durum çerçevesinde ele almıştır. Bunlar kaçınılabılır haksızlık hatasına ilişkin durum, somut hareket anlamı üzerinde hata halleri ve son olarak güç mekanizmaları aracılığıyla irade hâkimiyetidir (*Roxin*, a.g.m. (FS Lange), s. 177-178). Aksi yöndeki görüş için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 2007), s. 506; Spindel a.g.m. (FS Lange), s. 169; Spindel, a.g.m. (FS Lüderssen), s. 608; Zieschang, a.g.m., s. 515. *Roxin*'in hâkim görüşün aksine özellikle somut hareket anlamı üzerindeki hata nedeniyle dolaylı faillik kabulünde özgür iradesiyle icra hareketlerini gerçekleştiren suçun işlenmesinde kullanan arka plandaki kişiyi dolaylı fail olarak değerlendirmesi dolaylı failliğin alanının genişlemesinin önünü açmıştır. Schroeder, a.g.e., s. 200.

<sup>2897</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 199.

<sup>2898</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 199.

<sup>2899</sup> Hukuka aykırılığın içeriğine yönelik şekli hukuka aykırılık ve maddi hukuka aykırılık şeklindeki ayırım bağlamında ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 173 vd.

<sup>2900</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 199.

alınmalıdır<sup>2901</sup>. Bu nedenle icra hareketlerini gerçekleştirenin haksızlık hatası içinde olması halinde arka plandaki kişi hukuki durumu öngörebiliyorsa fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığı incelenmelidir. Burada ayırım yapılması gerektiğini belirten *Roxin*, doğrudan hareket eden davranışının sosyal anlamda zararlı oluşunu (maddi hukuka aykırılık) anlamışsa arka plandaki kişi bakımından şeriklik söz konusudur. Buna karşılık ön planda yer alanda fiilin sosyal değersizliğine ilişkin bilme eksikse, fiil oluşumu bağlamında arka plandaki kişi ön plana çıkar. Buna karşılık fiile yönlendiren de davranışın sosyal anlamda zararlı olduğuna yönelik bilinç eksikse bu durumda sadece azmettirme olasılığı üzerinde durulması gerekir<sup>2902</sup>. Zira arka planda yer alan ile ön planda hareket edenin aynı şekilde haksızlık hatası içinde bulunması halinde arka planda yer alanın üstün bilgisinden söz edilemeyeceğinden fiil hâkimiyeti de bulunmaz ve dolayısıyla dolaylı faillik gündeme gelmez<sup>2903</sup>.

Bunun sonucunda *Roxin* kaçınılabılır haksızlık hatasında arka planda yer alanın dolaylı failliğini mümkün kılmıştır. Yazar burada da bir ayrıma giderek hatanın maddi hukuka aykırılığa mı yoksa şekli hukuka aykırılığa mı dayandığını esas almıştır. Maddi hukuka aykırılığa ilişkinse dolaylı failliği, şekli hukuka aykırılığa<sup>2904</sup> ilişkinse azmettirmeyi kabul etmiştir<sup>2905</sup>. *Roxin* hâlihazırda var olan haksızlık hatasının kullanılması durumunda ise arka planda yer alanın yardım eden olarak sorumlu tutulacağını ifade etmiştir<sup>2906</sup>.

*Roxin* tarafından ileri sürülen bu yaklaşım daha sonra *Otto* tarafından derinleştirilmiştir. Haksızlık bilinci fiilin haksızlık içeriğinin bilinmesi ve zihinsel olarak

---

<sup>2901</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 200.

<sup>2902</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 200.

<sup>2903</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 39. Yazar aynı sonucun arka planda hareket edenin kaçınılabılır bir haksızlık hatası içinde olması, buna rağmen ön planda hareket edenin kaçınılmaz bir haksızlık hatası içinde bulunduğu durumlarda da geçerli olduğunu belirtmiştir. Roxin, a.g.e. (AT), s. 39.

<sup>2904</sup> Yazar, şekli hukuka aykırılık kapsamındaki haksızlık hatasının motiv hatası ile aynı etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 182.

<sup>2905</sup> Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 181. *Roxin*, *Blei* tarafından ileri sürülen hem kaçınılabılır hem de kaçınılmaz haksızlık hatasında sadece hataya sebep olunması halinde dolaylı failliğin kabul edilebileceği yaklaşımını isabetli bulmamıştır. *Blei* arka planda yer alan tarafından ön planda yer alanda hâlihazırda bulunan kaçınılabılır nitelikte olan veya kaçınılmaz haksızlık hatasının kullanılması durumunda kusuru bulunmayan failin azmettirilmesi sonucuna ulaşmıştır (*Blei*, a.g.e., s. 232). Hatanın oluşum nedeninin somut fiil üzerindeki etki bakımından esaslı olmadığını belirtmiştir. Fiil süreci üzerindeki hâkimiyet ölçütü haksızlık hatasına yol açılması veya haksızlık hatasının kullanılması bakımından aynıdır (*Roxin*, a.g.m. (FS Lange), s. 180-181). Böyle bir ayırımın elverişli olmadığına yönelik diğer bir görüş için bkz. Harro Otto, "Mittelbare Täterschaft und Verbotsirrtum", *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, ss. 483-501, s. 487.

<sup>2906</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 36.



anlaşılabilmesi anlamına gelmektedir<sup>2907</sup>. Fail bir yandan davranışının değere aykırılığının bilincinde olmalı, diğer yandan ise davranışının hukuku ihlal ettiğini bilmelidir. Bu nedenle haksızlığın bilincinde olma hem davranışının maddi olarak değere aykırılığını hem de şekli olarak hukuka aykırılığını kapsamalıdır. Eğer fail davranışının hukukten değere aykırılığını biliyorsa, o zaman ceza hukukuna ilişkin ya da kamu hukukuna ilişkin veya özel hukuka ilişkin normu ihlal edip etmediği önemli değildir<sup>2908</sup>. Salt şekli hukuka aykırılık bilgisi ile arka plandaki kişi bakımından hukukten önemli üstün gelen bilgi gerekçelendirilemez<sup>2909</sup>. Sosyal açıdan zararlı davranışının hukuki sonucunun olmadığı şekilde ikna edilen faili buna yönlendiren, iradi kararı faile bırakmış olur ve böylece fiil seyri üzerinde hâkimiyetinden söz edilemez<sup>2910</sup>. Salt şekli hukuka aykırılık bilinci hâkimiyet unsurunu karakterize edemez<sup>2911</sup>.

### ***b. Kaçınılabılır Haksızlık Hatası***

Failin içinde bulunduğu haksızlık hatası kaçınılabılır nitelikte ise, bu durumda kusuru kalkmaz ve fail için sadece cezada indirim sebebi olur. Burada failin sorumluluğunun tespiti sorun arz etmezken, kaçınılabılır haksızlık hatasına yol açan veya var olan hatayı kullanan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğunun bulunup bulunmadığı sorunu ön plana çıkar<sup>2912</sup>. Bu tartışmada arka plandaki kişi bakımından kaçınılmaz haksızlık hatasından farklı çözümün savunucuları kaçınılabılır haksızlık hatası durumlarına ilişkin olarak da sorumluluk prensibinde ısrar ederken; tek çözüm savunucuları (kaçınılmaz haksızlık hatasında olduğu gibi burada da arka plandaki kişi bakımından dolaylı faillik kabulü) failin arkasındaki faili<sup>2913</sup> tanımaktadır<sup>2914</sup>.

Doktrinin bir kısmı<sup>2915</sup> kaçınılabılır haksızlık hatasına sebep olan arka plandaki kişi bakımından bu durumun önemsiz olduğunu belirtir. Diğer bir ifadeyle hatanın

<sup>2907</sup> Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 488.

<sup>2908</sup> Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 488.

<sup>2909</sup> Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 490.

<sup>2910</sup> Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 490.

<sup>2911</sup> Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 491. Benzer şekilde bkz. Hünerfeld, a.g.m., s. 244.

<sup>2912</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 332.

<sup>2913</sup> *Gallas* ise failin arkasındaki fail şeklinde yeni bir kategori oluşumuna karşı olmakla birlikte, kaçınılabılır veya kaçınılmaz haksızlık hatasına ilişkin tüm durumlarda bu kişinin suçun işlenmesinde kullanılmasında arka plandaki kişinin dolaylı fail olacağını kabul eder. Schroeder, a.g.e., s. 127.

<sup>2914</sup> Bloy, a.g.e., s. 347.

<sup>2915</sup> Münhasıran dolaylı failliği kabul edenler: Herzberg, a.g.e., s. 23; Schroeder, a.g.e., s. 76 vd. İstisnai olarak dolaylı failliğin söz konusu olabileceği görüşü için bkz. Lampe, a.g.m. (ZStW 2007), s. 504. Yazar haksızlık hatasının sadece, failin sosyal olaya ilişkin yasal durum bilgisinin bulunmaması

kaçınılabılır nitelikte olup olmadığı arka planda yer alanın sorumluluğu bakımından belirleyici değildir. Ön planda hareket eden kişi gerçekleştirdiği fiilin değerlendirmesini ilgilendiren önemli bir hata içinde bulunmaktadır ve aktüel haksızlık bilinci olmaksızın hareket etmektedir. Bu nedenle kaçınılabılırlik bir şey değiştirmez<sup>2916</sup>. Her iki durumda da hukuk ön plandaki kişi üzerindeki motive edici etkisini kaybetmiştir ve bu nedenle hareket edende haksızlık bilinci yoktur ki kusurunun değerlendirilmesi bakımından sadece haksızlık bilincinin bulunup bulunmadığı önem taşır<sup>2917</sup>. Her iki durumda da ön planda yer alanın suça yatkınlığı söz konusudur ve arka plandaki kişi bu eksikliği kullanarak hâkimiyeti kazanmaktadır<sup>2918</sup>.

Bu nedenle belirleyici olan ön planda hareket edenin kusurlu veya kusursuz olması değil, aksine arka plandaki kişinin araç fail üzerinde egemenlik kurmayı başarıp başaramadığıdır. Fiil hâkimiyeti sorunu bakımından hatanın normatif değerlendirmesi belirleyici değildir. Hatanın kaçınılabılırliğinde de bulunan üstün gelen bilme nedeniyle arka plandaki kişi tarafından araç kişide eksik olan haksızlık anlayışının planlı şekilde kullanılması söz konusudur<sup>2919</sup>. Bu bağlamda argüman olarak, hâkimiyet ilişkisinin psikolojik yapısının kaçınılabılır haksızlık hatası ile kaçınılmaz haksızlık hatasında aynı olduğu ileri sürülmektedir<sup>2920</sup>. Bu nedenle bu yaklaşım failin kaçınılabılır haksızlık hatası içinde bulunmasında da dolaylı faillik kabulünü göz önünde bulundurmaktadır.

Tek çözümün gerekçelendirilmesine yönelik *Herzberg*'in çabası önem arz eder. *Herzberg* ACK md. 17/2'nin kasten işlenen suçlar bakımından sorumluluk öngörmesine rağmen, kaçınılabılır haksızlık hatasında hukuka aykırılık bakımından sadece taksir

---

nedeniyle fiil üzerinde hâkimiyetinin bulunmaması şartıyla arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin kabul edilebileceğini belirtmiştir. Lampe, a.g.m. (ZStW 2007), s. 504.

<sup>2916</sup> Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., s. 629 vd.; Herzberg, a.g.e., s. 23 vd.; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 527; Urs Kindhäuser, "Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft", *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, ss. 339-361, s. 344 vd.; Hoyer, a.g.m., s. 392; Otto, a.g.e., s. 292; Roxin, a.g.e. (AT), s. 37; Frister, a.g.e., s. 363.

<sup>2917</sup> *Schroeder*, burada kaçınılabılır haksızlık hatası içinde yer alanın hukukla ilişkisinin kaçınılmaz haksızlık hatası içinde bulunan ile aynı olmasına rağmen ceza politikasından kaynaklanan gerekçeyle kaçınılabılır haksızlık hatasının tamamen mazeret nedenlerinin dışında tutulmasını doğru bulmamaktadır. Yazar sadece kaçınılabılırliğe dayandırılan kınamanın arka plandaki kişinin sorumluluğunu azaltmayacağını belirtmiştir. *Schroeder*, a.g.e., s. 126-127.

<sup>2918</sup> Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 533; Murmann, a.g.m., s. 325; Heinrich, a.g.e., s. 555.

<sup>2919</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 783; Schaffstein, a.g.m., s. 153; Schumann, "BGH: Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung Urteil vom 15.09.1988 - 4 StR 352/88", *NSZ*, 1990, s. 32; Gropp, a.g.e., s. 408.

<sup>2920</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 783; Bottke, a.g.e., s. 68 vd.; Freund, a.g.e., s. 399; Zieschang, a.g.m., s. 520, 524.

kınamasının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir<sup>2921</sup>. Ön plandaki kişinin taksirli hareket ediyor olması arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kaldırmaz<sup>2922</sup>. Sorumluluk prensibine göre de sadece kasten işlenen fiilden sorumlu olan ön plandaki kişinin araç kişi olma özelliğinin olmayacağı belirtilmiş ve sınırlanmıştır<sup>2923</sup>. Bu nedenle arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin, kasten hareket etmeyen ön plandaki kişinin taksir sorumluluğunun olup olmadığına bağlanmaması gerekir<sup>2924</sup>.

*Zieschang* dolaylı faillik bakımından belirleyici unsurun ön planda yer alanda bulunan eksiklik olup olmadığı üzerinden yaptığı değerlendirmede, şeriklik düzenlemelerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Şeriklik, kusuru bulunmayan fail tarafından gerçekleştirilen kasten ve hukuka aykırı fiil kapsamında mümkün olabileceğinden, yazar suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştiren kişide bulunan cezalandırma eksikliğinin arka plandakinin dolaylı failliği bakımından belirleyici olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Aksi halde kusuru bulunmayan failin gerçekleştirdiği fiile şeriklik hiçbir zaman söz konusu olmaz ve böyle durumlarda her zaman dolaylı faillik bulunur<sup>2925</sup>. Yazar ayrıca ileri sürdüğü bu iddiayı desteklemek

---

<sup>2921</sup> Herzberg, a.g.e., s. 23. (Kaçınılabılır) haksızlık hatasında bulunanı tipiklik hatasında bulunan ile eşdeğer kabul eden görüş bakımından sorun ortaya çıkmadığına yönelik açıklama için bkz. Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 892-893. *Bloy*'a göre, *Herzberg*'in argümanının zayıf noktası kaçınılabılır haksızlık hatası ile hareket edeni taksirli faille eşdeğerde ele almasıdır. *Bloy* burada farklı türde hata durumunun bulunduğunu ve ACK md. 16/1-1 kapsamındaki durumların kastı kaldıran etki gösterdiğini belirtmiştir. Bununla birlikte diğer durumlarda kastı ilgilendirmeyen ve sadece haksızlık bilgisinin bilincinde olma şeklini değiştiren (aktüel yerine potansiyel haksızlık bilinci) ve böylelikle sadece kusur kınamasını azaltan etki söz konusudur. Bu nedenle yazara göre *Herzberg*'in öncülü sadece kaçınılabılır haksızlık hatası içinde hareket edenin kusur kastını (*Vorsatzschuld*) kaldırması halinde kabul edilebilir. Bununla birlikte *Herzberg*'in görüşü ACK md. 17/2 düzenlemesi ile çelişmektedir (*Bloy*, a.g.e., s. 348 vd.). *Herzberg*, kaçınılabılır haksızlık hatası ile tipiklik hatasını eşdeğerde konumlandırmadığını sadece dolaylı failliğin spesifik yönü bakımından bir benzerlik gördüğünü belirterek bunun ilgili hata türlerini genel olarak eşdeğer kabul ettiği anlamına gelmeyeceğine dikkat çekmiştir. Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 25, dn. 47. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Kindhäuser, a.g.m., s. 344.

<sup>2922</sup> Doktrinde bir görüş ise kaçınılabılır haksızlık hatası halinde taksirli sorumluluğu bağlamında basit ve bilinçli taksir ayırımına göre değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahmutoglu, a.g.m., s. 73-74. Aynı yönde Özkan, a.g.e., s. 245.

<sup>2923</sup> Herzberg, a.g.e., s. 20. Ön planda yer alan kişideki kaçınılabılır haksızlık hatasının kullanılması veya bu hataya sebep olunmasının failin arkasındaki fail kapsamında değerlendirilmesi diğer kusurun azalması sebeplerinin arka plandaki kişi tarafından suçun işlenmesinde kullanılması hallerinin de failin arkasındaki fail kapsamında değerlendirilmesinin önünü açar. Bu da yeni sınırlama problemlerini beraberinde getirir. Krey/Nuys, a.g.m., s. 215.

<sup>2924</sup> Welzel, a.g.e., s. 102. Benzer yönde bir görüş, dolaylı faillik (ACK md. 25/2) düzenlemesinin ön plandaki kişinin cezalandırma eksikliğini şart koşmadığı argümanına dayanarak bu düzenlemenin suç seyri bakımından ön plandaki kişinin davranışının cezalandırılabilir olup olmadığı arasında ayırım yapmadığını belirtmiştir. Ayrıca bu görüşe göre ön planda yer alan bakımından taksir sorumluluğu dolaylı faillik kabulüne engel teşkil etmez. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 783.

<sup>2925</sup> Zieschang, a.g.m., s. 513.

amacıyla ön planda yer alana uygulanan mutlak cebir ile bir başkasının kasten yaralanması halinde arka planda yer alan kişinin ön plandaki kişiyi araç olarak kullandığı ve ön planda yer alanda bulunan cezalandırma eksikliğine rağmen dolaylı fail olarak değil doğrudan fail olarak kabul edildiği argümanını ileri sürmüştür. Böylece ön plandaki kişide yer alan cezalandırma eksikliğinin dolaylı faillik bakımından belirleyici unsur olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>2926</sup>. Dolaylı faillik bakımından belirleyici olanın, diğer faillik türlerinde olduğu gibi fiil hâkimiyeti olması gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>2927</sup>.

Doktrinde katı sorumluluk teorisi<sup>2928</sup> olarak da adlandırılan görüş<sup>2929</sup> ise sadece kaçınılmaz haksızlık hatasında dolaylı failliğin bulunduğunu, bununla birlikte kaçınılabılır haksızlık hatası söz konusu ise azmettirmenin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Sorumluluk prensibinden hareketle<sup>2930</sup> dolaylı failliğin ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda ön planda hareket eden kasten işlenen suçun failidir<sup>2931</sup>. Fail, kusurunun azalması halinde ceza hukuku kapsamında tam sorumlu hareket ettiğinden, arka plandaki kişinin suça katkısı şeriklik kapsamındadır<sup>2932</sup>. Burada failde bir cezalandırma eksikliğinden söz edilemez ve kusurlu hareket eden fail, arka plandaki kişinin aracı olarak kusursuz hareket edenle aynı şekilde kabul edilemez<sup>2933</sup>.

<sup>2926</sup> Zieschang, a.g.m., s. 513.

<sup>2927</sup> Zieschang, a.g.m., s. 514.

<sup>2928</sup> Murmann, a.g.m., s. 325.

<sup>2929</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Gallas, a.g.e., s. 98; Spindel, a.g.m. (FS Lüderrsen), s. 608 vd.; Bringewat, a.g.e., s. 313; Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 22; Noltenius, a.g.e., s. 301; Bloy, a.g.e., s. 350 vd.; Maiwald, a.g.m. (ZStW 1976), s. 736; Bockelmann, a.g.e., s. 81; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 233.

<sup>2930</sup> *Roxin*'e göre sorumluluk prensibinin sadece cebir aracılığıyla dolaylı faillikte geçerliliği söz konusu olur, buna karşılık hata hâkimiyetinde olmaz (Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 179). *Roxin*'de hata hâkimiyetinde sorumluluk prensibinin reddi iki sebebe dayanır. Öncelikle araç kişinin özgür olmaması kriteri sadece cebir sayesinde irade hâkimiyetinde faillik ve şeriklik ayrımı bakımından uygundur, hata hâkimiyetinde değildir. Zorlama/cebir hâkimiyetinde ön planda yer alanda sorumluluğun kalkması arka plandaki kişinin sahip olduğu zorlamaya/cebre yönelik baskının diğer yüzü iken; haksızlık hatasında hatanın kaçınılabilirliği hataya sebep olanın tam anlamıyla hâkim olamayacağı faktörlerle belirlenir (Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 179). İkinci olarak ise arka plandaki kişinin etkisi ve ön plandaki kişinin sorumluluğunun kalkması arasındaki denge ilişkisi eksiktir (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 349). *Herzberg* hata hâkimiyetinde özgür olmama kriterinin gerekliliğine yönelik *Roxin*'in istisnasını isabetsiz bularak hataya düşenin kör olsa da özgür karar verdiği tezine karşı çıkmıştır. Bu iki durum arasında fenemolojik bir ayrım olduğunu ve normatif olarak esaslı bir farklılığın olmadığını belirtmiştir (Herzberg, a.g.e., s. 18-19).

<sup>2931</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 233.

<sup>2932</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 669; Bringewat, a.g.e., s. 313.

<sup>2933</sup> Doktrinde *Nydegger* bakış açısını normatif temele dayandırarak sorumluluk prensibini farklı şekilde ele almıştır. Dolaylı failliğin ön planda yer alanın tipiklik hatası nedeniyle sadece taksirli sorumluluğunun bulunduğu durumlarda da söz konusu olması nedeniyle sorumluluk prensibinin ön plandaki kişinin cezalandırılması durumunda arka planda yer alanın fail olarak sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmediğine dikkat edilmesi gerekir. Bu prensip uyarınca esas olan arka

Bununla birlikte arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinin ortaya çıkmaması ön plandaki kişinin tam sorumlu hareket ederek objektif olarak da fiil hâkimiyetine sahip olması nedeniyledir<sup>2934</sup>. Bu yüzden şeriklikte bağlılık kuralı hükümleri daha uygun olacaktır<sup>2935</sup>.

Bu bağlamda Alman yargısı da (BGH), kaçınılabılır haksızlık hatası durumunda her somut olayda arka plandaki kişinin fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği görüşündedir<sup>2936</sup>. Bu nedenle ne dolaylı faillik görüşüne ne de azmettirme görüşüne katılmaktadır<sup>2937</sup>. Dolaylı faillığe ilişkin kanun ifadesinden ve sistematik konumundan, iki yaklaşımdan birine göre çözüm ölçütünün belirlenmesinin zorunlu olmadığını ifade eder. Bununla birlikte faillik yaklaşımının psikolojik argümanına hak vererek şeriklik yaklaşımının sorumluluk prensibini de açıkça

---

plandaki kişinin etkisinin ön planda yer alanın asli sorumluluğunu (*primare Verantwortlichkeit*) tamamen kaldırması gerektiğidir (Nydegger, a.g.e., s. 86). Bu nedenle arka planda yer alanın ön planda yer alanda tipiklik hatası oluşturması durumunda ön planda yer alanda kast sorumluluğu kalkmaktadır. Ön planda yer alanın ceza sorumluluğu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle yeniden oluşmaktadır. Farklı bir nedenle (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle) ön plandaki kişiye sorumluluk isnadı arka plandaki kişiye yüklenemez. Bu nedenle arka planda yer alanın sorumluluğu bakımından önem arz etmez. Yazar bu yaklaşımı çerçevesinde haksızlık hatası bakımından da benzer bir sonuca ulaşmıştır. Bu durumda da arka planda yer alanın fiili ile ön plandaki kişinin haksızlık hatasına ilişkin ceza sorumluluğu kalkar. Bununla birlikte hatanın kaçınılabılır olması nedeniyle, diğer bir ifadeyle ön plandaki kişinin hareketinin hukuki anlamını bilebileceğinden kınanabilirliği bulunmaktadır. Ön planda yer alanın bu yeni cezalandırma nedeni sadece kendisi bakımından etki eder. Arka planda yer alanın iştirak rolüne etki edemez. Nydegger, a.g.e., s. 86 vd.

<sup>2934</sup> Bringewat, a.g.e., s. 313. Bununla birlikte *Bringewat* istisnai olarak, var olan veya sebep olunan kaçınılabılır haksızlık hatasının failin arkasındaki fail kapsamında değerlendirilebildiği durumlarda dolaylı faillikğin ortaya çıkacağını kabul etmektedir. Arka plandaki kişi hatanın türüne ve etkisine ve araç kişi üzerindeki etkisinin yoğunluğuna göre suç seyri üzerinde hâkimiyet kurabilirse dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Bringewat, a.g.e., s. 313.

<sup>2935</sup> Heinrich, a.g.e., s. 554. Bu yaklaşıma yönelik eleştiri getirilmiştir. Buna göre, ön planda özgür hareket etmeyen araç kişinin arka planda yer alanla ilişkisinde hatanın onun için kaçınılabılır olması bir şey değiştirmez (Kindhäuser, a.g.m., s. 345; Otto, a.g.m. (FS Roxin), s. 485; Schroeder, a.g.e., s. 127; Frister, a.g.e., s. 363). Sorumluluk prensibinden hareketle dolaylı faillik kapsamında kaçınılabılır ve kaçınılmaz haksızlık hatası arasındaki farklılığa yönelik çabalar hem psikolojik-fiili hem de normatif argümanın karşısında yer alır. Psikolojik-fiili bakış açısı kapsamında hatanın türü bakımından bir ayırım yapılamaz. Her iki ihtimalde arka plandaki kişi gerçek fiil hâkimiyetine sahiptir. Çünkü ön planda yer alan fiili gerçekleştirdiği esnada haksızlık anlayışına sahip değildir (Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 179). Benzer yönde bkz. Schaffstein, a.g.m., s. 156. Yazar hatanın kaçınılabılır olup olmadığının ön planda yer alanın cezalandırılması bakımından önem arz ettiğini, buna karşılık arka planda yer alanın sorumluluğu bakımından aynı şekilde etki etmediğini belirtmiştir. Arka plandaki kişi hatanın kaçınılabılır olup olmadığına bakılmaksızın suça ilişkin olay seyri yönlendirebilir ve böylelikle fiil hâkimiyetine sahip olabilir (Schaffstein, a.g.m., s. 156).

<sup>2936</sup> Noltenius, a.g.e., s. 296. Benzer şekilde *Schumann* kaçınılabılır haksızlık hatası durumunda fiil hâkimiyetinin kendiliğinden ortadan kalkmayacağına taraftardır. Schumann, a.g.e., s. 78.

<sup>2937</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 36.

reddeder<sup>2938</sup>. Böylelikle BGH dolaylı failliğin boşluk dolduran statüsü yerine asli bir faillik türü olarak önceliğini tanımıştır<sup>2939</sup>.

Konu Alman yargısında 1988 yılında gündeme gelmiş olup farklı bir boyut kazanmıştır. Alman yargısında *Katzenkönig* olayı<sup>2940</sup> (BGHSt 35, 347)<sup>2941</sup> olarak belirtilen kararın konusu şu şekildedir: (B), (A) tarafından tüm insanlığı tehdit eden *Katzenkönig*'in varlığı ve ancak bir insan (O) kurban edilerek ondan kurtulunabileceği konusunda etki altına alınır. (B), milyonlarca insanın kurtulması bakımından (O)'nun ölümünün hukuka uygun olduğu inancıyla (O)'yu bıçaklayarak öldürür<sup>2942</sup>.

<sup>2938</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 36.

<sup>2939</sup> Weißer, a.g.e. (2011), s. 152.

<sup>2940</sup> Roxin icra hareketlerini gerçekleştirenin mazeret nedenindeki hatasının genellikle haksızlık hatasıyla birlikte ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Yazara göre, mazeret nedenini oluşturan durumun tasavvuru, tehlike nedeniyle zorunda kalınan hareketin hukuken izin verildiği tasavvuruyla aynı şeyi belirtir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 40). Yazar *Katzenkönig* olayında milyonlarca insanın kurtarılması için bir insanın öldürülmesi bakımından kanunlar üstü bir zorunluluk halinin şartlarının oluştuğu varsayımıyla hareket edildiğini kabul etmiştir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 41). Ayrıca bkz. Schaffstein, a.g.m., s. 154. *Herzberg*, burada hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hataya dayanılarak değerlendirme yapılmasını eleştirmiştir. Yazara göre böyle bir durumda hukuki anlamda korunan hukuki değere yönelik tehlike veya ihlalden söz edilemez. *Herzberg* burada varsayılan bir hukuka uygunluk nedeninden değil, sözde hukuka uygunluk nedeninden (*Wahnnotstand*) söz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Nasıl ki sözde suç, kastı temellendiremiyorsa aynı şekilde sözde hukuka uygunluk nedeni de hukuka uygunluk nedenlerinde hata kapsamında ele alınamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 17-18. Gerçek olmayan tehlikenin zorunluluk hali anlamında bir tehlikeye sebep olamayacağına ilişkin değerlendirme için bkz. Kangal, a.g.e. (2010), s. 364 vd.

<sup>2941</sup> Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 16.

<sup>2942</sup> Spindel, a.g.m. (FS Lüderssen), s. 608; Murmann, a.g.m., s. 325. 1988 yılında BGH'nin önüne gelen olay açıkça şu şekildedir: Polis (M), sevgilisi (B) ve (P) ile, inançsızlık ve mistisizm ile karakterize bir nevroitik ilişki ağı içinde yaşamaktadır. (P) ve (B) polis memuru (M)'yi hipnotik ve geleceği görebilen yetenekleri olduğunu iddia ederek ve mistik eylemler gerçekleştirerek "Kedi Kralı (*Katzenkönig*)"nın varlığına inandırır. Başlangıçta her ikisi tarafından (M)'nin batıl inancı kendi eğlenceleri için kötüye kullanılır. (B) daha sonra eski bir arkadaşının evliliğini öğrenir. Nefret ve kıskançlıktan, (M)'ye eski arkadaşının eşini öldürmesi için "Kedi Kral"ın (insan) kurbanını istediğini ve bunun ilahi bir emir olduğunu söyler, aksi takdirde halkı yok edeceğini belirtir. (B), bu şekilde (P)'ye rakip gördüğü (M)'den de kurtulmak ister. Kolay etkilenebilen (M)'ye kurbanı öldürmesi için bıçağı verir. (M) milyonlarca insan için sözde tehlikeyi mağduru öldürmesiyle ortadan kaldırmaya inanır. Bunun üzerine mağduru bıçaklayarak öldürür. (3. BGH, Urt. v. 15.9.1988-4 StR 352/88, BGHSt 35, 347)'den aktaran Johannsen, a.g.e., s. 65- 66. BGH yapmış olduğu değerlendirmede azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayrımı yönelik net bir sınır çizmekten kaçınmış, bu tür durumlarda somut olayın verileri kapsamında değerlendirme yapılması yönünde görüş bildirmiştir. *Zieschlang* bu şekildeki belirlemenin mahkemenin istediği sonuca ulaşmak bakımından da elverişli bir yol olduğunu belirttikten sonra fail hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımla sonuçlanacak kararların hissi kararlar olmaması gerektiğine ve bu nedenle suça iştirak türlerinin net yapıya kavuşturulması gerektiğine vurgu yapmıştır. Frank Zieschlang, "Gibt es den Täter hinter dem Täter?", *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns, Berlin, 2007, ss. 505-524, s. 507. Olaya ilişkin ön planda yer alanın hareketinin hukuka uygunluk teşkil edip etmediğine yönelik değerlendirme için bkz. Schaffstein, a.g.m., s. 154.

BGH kaçınılabilir haksızlık hatası<sup>2943</sup> kapsamında ele aldığı bu davada, dolaylı failliği kabul ederek sorumluluk prensibinin azmettirme ve dolaylı faillik arasında kesin bir sınır çizemeyeceğini belirtmiştir. Bu sınır açık bir değerlendirme sorunudur<sup>2944</sup>. Dolaylı faillik özellikle hatanın türüne ve etkisine ve arka plandaki kişinin ön planda hareket edenin üzerindeki etkisinin yoğunluğuna bağlıdır ve her somut olayda ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Olayda ön planda yer alan kişide haksızlık anlayışının bulunmaması<sup>2945</sup> onu araç konumuna indirgemektedir<sup>2946</sup>.

## B. KUSUR YETENEĞİ AZALMIŞ KİŞİNİN SUÇA SEVK EDİLMESİ

Kusur yeteneği önemli derecede azalmış olan araç kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde arka planda yer alanın ne şekilde sorumlu tutulacağına da incelenmesi gerekir. Alman yargısı ve doktrinin bir kısmı böyle bir durumda arka planda yer alanın şerikliğini kabul etmektedir<sup>2947</sup>. Sorumluluk prensibinden hareket eden yazarlar, kusur yeteneğinin sadece azaldığı durumlarda ön planda yer alanın fiil bakımından sorumlu olduğunu ve bu nedenle arka plandaki kişinin dolaylı fail olamayacağını kabul ederler<sup>2948</sup>. Nitekim *Roxin* fiilin hukuki anlam ve sonucunu anlama yeteneği bulunmayan ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneği olmayanlar dışındaki diğer çocuklar bakımından Kanunda her ne kadar özel yaptırım düzenlemesi öngörülmüş olsa bile kusurlarının azalmasına rağmen bunların gerçekleştirdiği fiiller

<sup>2943</sup> *Schaffstein, Katzenkönig* olayının kaçınılabilir haksızlık hatası çerçevesinde değil, aslında azalan kusur yeteneği çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirtmiştir (Schaffstein, a.g.m., s. 157). Ayrıca bkz. Herzberg, a.g.m. (JURA 1990), s. 17. *Kühl* ise kanun üstü zorunluluk halinin maddi şartlarında hata kapsamında değerlendirmede bulunmuştur. Kühl, a.g.e., s. 783.

<sup>2944</sup> Schaffstein, a.g.m., s. 153.

<sup>2945</sup> Doktrinde bir görüş de aynı sonuca farklı bir gerekçe ile ulaşmıştır. Buna göre böyle bir durumda ön plandaki kişide isnat eksikliği bulunmaktadır. Çünkü normlar aracılığıyla davranışlarını doğru değerlendiremeyen kimse otonom hareket edemez (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 453). *Roxin*, burada maddi hukuka aykırılık üzerinde hatanın söz konusu olduğunu belirterek dolaylı failliği kabul etmiştir. Roxin, a.g.m. (FS Lange), s. 178 vd.

<sup>2946</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 176.

<sup>2947</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, a.g.e. (AT), s. 62. Bu bağlamda bir görüş ise, arka plandaki kişinin kusursuz veya kusur yeteneği azalmış kişiyi suça sevk edip etmediğinden bağımsız olarak kişinin iradesine hâkim durumda olmadığını belirterek her durumda azmettirme sonucuna ulaşmıştır. Yazara göre, arka plandaki kişi karar alma sürecine etkide bulunur. Ön plandaki kişi arka plandaki kişinin değil, kendi haksızlığını gerçekleştirir. Fiil üzerindeki hâkimiyet ilişkisinde arka plandaki kişi tarafından ortaya çıkarılmış bir değişiklik bulunmamaktadır. Bu nedenle arka plandaki kişi azmettiren olabilir, sadece söz konusu hukuki değer ihlaline yönelik faille birlikte etkisi söz konusudur. Noltenius, a.g.e., s. 306.

<sup>2948</sup> Otto, a.g.m. (JURA 1987), s. 255; Kühl, a.g.e., s. 781 vd.; Schumann, a.g.e., s. 76; Herzberg, a.g.e., s. 125; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 458; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 232; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 668. Buna karşılık *Frister* burada da dolaylı failliği kabul etmektedir. Frister, a.g.e., s. 370. Aksi yönde Schaffstein, a.g.m., s. 157.

bakımından tam sorumlu olduklarını kabul etmektedir. Bunların suç işlemeye yönlendirilmesi halinde -dolaylı failliği oluşturan başka bir durumun da bulunmaması halinde- arka planda yer alan kişinin şerik olarak sorumluluğu doğar<sup>2949</sup>.

Karşıt görüş ise azalan kusur yeteneğinin bulunması durumunda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak da sorumluluğunun söz konusu olabileceğini belirtir. Zira bu durumda da ön planda yer alanın haksızlık anlayışının veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, var olan eksikliğin arka plandaki kişi tarafından kullanılabilmesi kabul edilmelidir<sup>2950</sup>. Bu nedenle her bir somut durum bakımından azmettirmenin mi, yoksa dolaylı failliğin mi bulunduğu araştırılmalıdır<sup>2951</sup>. Bir görüş ise cebir durumundaki dolaylı faillığe ilişkin sınır alanının burada da uygulanabileceğini belirtir. Dolaylı failliğin uygulama alanının kusur yeteneği azalmış kişinin bu durumunu kullanan arka plandaki kişiye de genişleyebileceğini kabul eder<sup>2952</sup>.

Burada çözümün kusur yeteneğinin azalmasına ilişkin düzenlemenin gereklilikleri göz önünde bulundurularak sağlanması yönündeki görüş, algılama yeteneği ile davranışlarını yönlendirme yeteneğinin arasındaki ayrımı esas alır. Aslında azalmış anlama yeteneğinin failin her zaman suçun haksızlığını da objektif olarak kavrayamamasına dayandığına dikkat çekilerek<sup>2953</sup>, burada haksızlık hatasının

<sup>2949</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 240; Cramer/Heine, a.g.e. (S/S Komm.), s. 534.

<sup>2950</sup> Schaffstein, a.g.m., s. 156. Yazara göre, arka planda yer alanın doğrudan hareket edecek olanın suçu gerçekleştirmesi için bilinçli olarak kusur yeteneğinin azalmasına yol açması halinde dolaylı faillikten bahsedilir. Schaffstein, a.g.m., s. 158.

<sup>2951</sup> Schaffstein, a.g.m., s. 158. Bir diğer görüşe göre ise, kusurun azaldığı durumlarda değişken üstünlükler söz konusu olacağı için çözüm zorlaşır. Akıl zayıflığının hafif zekâ geriliğinden kaynaklandığı durumda bu kimseyi bir suç işlemeye yönlendiren kişinin neden dolaylı fail olarak sorumlu olması gerektiği anlaşılabilir. Bununla birlikte bu akıl zayıflığı daha yüksek seviyede zekâ geriliğinden kaynaklandığında arka planda yer alan dolaylı faillik sonucuna daha yakındır. Bu nedenle arka plandaki kişinin doğrudan hareket üzerindeki etkisinin türü ve derecesinin somut duruma göre değerlendirilmesi gerekir. Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 232.

<sup>2952</sup> Bernd Schünemann, Fahrlassige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?- Besprechung des Urteils BGH, NStZ 1982, s. 63' den aktaran Roxin, a.g.e. (AT), s. 63.

<sup>2953</sup> Nitekim Roxin'e göre, ACK md. 21 anlamında azalan algılama yeteneği, failin içinde bulunduğu durumu değerlendirirken haksızlık algısı olmaksızın hareket etmesini şart koşar. Fail azalan algılama yeteneğine rağmen eğer fiilin haksız olduğunu biliyorsa md. 21 uygulanamaz. Yazar bu durumda haksızlık hatası için kabul edilen kuralın burada da geçerli olacağını belirtmiştir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 63). Böylelikle yazar arka plandaki kişinin, ön planda yer alanın önemli derecede azalan kusur yeteneği karşısında fiilin maddi haksızlığını bilmemesi halinde sorumluluğunun dolaylı faillik kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Ön planda yer alanın gerçekleştirdiği fiilin izin verilmeyen nitelikte olmasına yönelik anlayışının eksikliği maddi hukuka aykırılık kapsamında anlaşılması gerektiği için, ön planda yer alan her ne kadar fiil hâkimiyetine yönelik birinci aşamaya sahipse de ikinci aşamaya sahip olduğundan söz edilemez (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 238). Bu nedenle



bulunduğu<sup>2954</sup> sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bakımdan kural olarak dolaylı faillik mevcuttur. Buna karşılık sadece hareketlerini yönlendirebilme yeteneği zarar görmüşse şeriklik kapsamında değerlendirilmesi gerekir<sup>2955</sup>. *Roxin* de burada azalan algılama yeteneği ve azalan hareket yeteneği arasındaki ayırmadan hareket edilmesi gerektiğini belirtir. Yazar ayrıca kusur yeteneği önemli derecede azalmış failin suçun işlenmesine yönlendirilmesi halinde arka plandaki kişinin sorumluluğunun fiil hâkimiyetinin kademeli yapısı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Roxin* bu durumda arka plandaki kişinin sadece azmettiren olarak sorumlu tutulacağı kabulünden hareket etmemiş, dolaylı failliğin de ortaya çıkabileceğini vurgulamıştır<sup>2956</sup>.

Buna karşılık icra hareketlerini gerçekleştiren davranışının haksızlığını algılayabiliyorsa ve hareketlerini yönlendirebilme yeteneğine sahipse hareket yeteneği önemli derecede azalmış olsa bile, arka planda yer alan kişi şerik olarak sorumlu olur<sup>2957</sup>. Arka plandaki kişi, ön plandaki kişiye suçu işletmek amacıyla, onun hareket yeteneğinin azalmasına sebep olsa bile ön plandaki kişinin davranışının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ve buna bağlı olarak hareketlerini yönlendirebilme yeteneği bulunması halinde azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olur<sup>2958</sup>.

---

yazara göre ön planda yer alanın hukuken sorumluluğuna yol açacak iradi kararını verebilecek durumda olmaması hali fiilin arka planda yer alanın eseri (*Willenswerk*) olarak görülmesine neden olur (Roxin, a.g.e. (TuT), s. 238). Benzer yönde Özyüksel, a.g.e., s. 126 vd.

<sup>2954</sup> Frister, *Roxin*'in bu yaklaşımını algılama yeteneğinin haksızlık hatasının alt durumunu oluşturmadığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Frister, a.g.e., s. 370.

<sup>2955</sup> Bu yönde Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 781; Bottke, a.g.e., 70; Herzberg, a.g.e., s. 31. Bu görüşe karşılık getirilen eleştiri şu şekildedir: Bu yaklaşım hukuki yapabilirliğin (*rechtliches Können*) haksızlık anlayışı ve hareketlerini yönlendirebilme yeteneği şeklindeki her iki unsuru da şart koştuğunu dikkate almamaktadır. Bu yapabilirlik sadece azaldığı tamamen ortadan kalkmadığı sürece, icra hareketlerini gerçekleştiren kişi araç kişi olamaz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 458.

<sup>2956</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 237. Bu yönde Özgenç, a.g.e. (1996), s. 236; Özkan, a.g.e., s. 247.

<sup>2957</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 63. *Roxin*, algılama yeteneği ile hareketlerini yönlendirebilme yeteneği üzerinden yaptığı ayırımı kendine zarar verme halleri bakımından da uygulanabileceğini belirtir. Burada uyarlanması gereken faildeki algılama yeteneği ile ilişkilendirilmesi gerekenin burada bulunmayan haksızlığın değil, icra hareketini gerçekleştirenin kendisi bakımından hareketinin etkisidir. Eksik olan algılama yeteneği etkiyi daha düşük olan riziko bilgisinde durdurur ve böyle bir durumda arka plandaki kişi dolaylı fail olur. İcra hareketlerini gerçekleştirenin tam riziko bilgisi dâhilinde bulunan ve aynı şekilde azalmış olan hareket yeteneği cezasız kalan şerikliği sonuçlar. Roxin, a.g.e. (AT), s. 64.

<sup>2958</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 63. *Roxin* tarafından, azalan kusur yeteneğinin bulunması halinde arka plandaki kişinin sorumluluğunun tespiti bakımından yapılan ayırımı fiil hâkimiyeti kavramıyla bağdaşmadığı görüşü için bkz. Schaffstein, a.g.m., s. 157. Yazar fiil hâkimiyeti kapsamında dolaylı faillik bakımından belirleyici olanın irade hâkimiyeti olduğunu ve sadece davranışın anlam ve önemini algılama yeteneğinin değil ayrıca davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin de bu noktada önem arz ettiğini belirterek ayırımı pratik anlamda da uygulanabilir olmadığını ileri sürmüştür. Schaffstein, a.g.m., s. 157.

## C. ARKA PLANDAKİ KİŞİNİN ÖN PLANDA YER ALANIN KUSURLULUĞU KONUSUNDA HATA İÇİNDE BULUNMASI

Burada dikkate alınması gereken durum, icra hareketlerini gerçekleştirenin kasten ve hukuka aykırı hareket etmesi ve arka plandaki kişinin de bunu bilmekle birlikte fiil hâkimiyetini temellendiren durumları bilmemesidir. Gerçekte ön planda yer alanın kusurunu kaldıran bir hal mevcuttur. Ancak arka plandaki kişi onun tam sorumlu olarak hareket ettiğini zannetmektedir. Arka plandaki kişi ön planda yer alanı sadece fiile sevk etmek istiyorsa, ancak kusuru bulunmayan bir araç kişiyi suça yönlendiriyorsa, objektif olarak dolaylı faillik mevcuttur. Böyle bir durumda arka plandaki kişi objektif olarak fiil hâkimiyetine sahip olur. Sübjektif öğretiyeye göre arka plandaki kişi sadece azmettiren olabilir. Zira ne fiile yönelik kendi menfaati bulunmaktadır ne de fiil hâkimiyeti iradesine sahiptir<sup>2959</sup>.

Farklı bir görüşe göre fail, azmettirilenin haksızlık içeriği dolaylı failliğin ağır şeklinde mündemiç olduğundan, tamamlanmış azmettirmeden dolayı cezalandırılmalıdır<sup>2960</sup>. Söz konusu kişinin fiil hâkimiyetine ilişkin bir iradesi bulunmamaktadır<sup>2961</sup>, bu kişi sadece fiile sevk etme kastı ile hareket etmektedir. Objektif olarak onu fiilin seyrine hâkim yapan durumun varlığını bilmemektedir<sup>2962</sup>. Ayrıca sınırlı bağlılık kuralı gereğince<sup>2963</sup> hukuka aykırı ve kasten işlenen bir fiilin varlığı yeterli olduğundan, arka plandaki kişinin ön planda yer alan kişinin kusuruna ilişkin hatası önemsizdir<sup>2964</sup>. Kusur incelemesi her bir iştirak eden bakımından ayrıca ele alındığından sorun teşkil etmemektedir. Nitekim akıl hastası olduğunu bilmediği kişiyi bir suçun işlenmesi için yönlendiren kişinin sorumluluğu azmettirme kapsamında değerlendirilmelidir<sup>2965</sup>. Aynı sonuç, arka planda yer alanın icra hareketlerini gerçekleştirenin haksızlık hatası içinde bulunduğunu bilmeden suça yönlendirmesi

<sup>2959</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 793.

<sup>2960</sup> Heinrich, a.g.e., s. 559; Kretschmer, a.g.m. (JURA 2003), s. 792.

<sup>2961</sup> Gallas, a.g.e., s. 107; Özen, a.g.e., s. 853; Kühl, a.g.e., s. 792.

<sup>2962</sup> Roxin, a.g.e. (TuT), s. 265 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 278; aynı yönde Cramer, a.g.m. (FS Bockelmann), s. 400; Hünerfeld, a.g.m., s. 245.

<sup>2963</sup> Katı bağlılık kuralı kapsamında arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumluluğu doğmaz. Ancak teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Gallas, a.g.e., s. 107.

<sup>2964</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 340; Kretschmer, a.g.m., s. 536. Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 469. Aynı yönde Özgenç, a.g.e. (1996), s. 256; Özen, a.g.e., s. 853.

<sup>2965</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 68; Yılmaz, a.g.e., s. 284-285.

halinde de geçerlidir<sup>2966</sup>. Ancak aksi yöndeki görüş, bu durumda da azmettirme ile dolaylı failliğin tamamen birbirinden farklı olduğunu kabul ederek, sadece teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir<sup>2967</sup>.

Konuyla ilişkili olarak diğer bir ihtimal ise, arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin kusuru kaldıran eksikliği bulunmasından hareketle onu suçun işlenmesinde kullandığını zannetmesine rağmen, gerçekte ön plandaki kişinin kusurunu ortadan kaldıran halin bulunmamasıdır. Akıl hastası olduğunu düşündüğü kişiyi suçun işlenmesinde kullandığını sanmasına rağmen gerçekte böyle olmaması durumunda arka planda yer alanda sübjektif olarak faillik kastı bulunmakla birlikte objektif olarak sadece azmettirme niteliğinde neticenin hedeflenmesi söz konusudur<sup>2968</sup>.

Bu konu bağlamında da çözüme ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Sübjektif teoriye göre arka plandaki kişi dolaylı faildir. Neticeye yönelik kendi menfaati ve fiil hâkimiyeti iradesi bulunmaktadır. Ön plandaki kişi gerçekten kusurunu ortadan kaldıran bir hal içinde bulunuyor olsaydı da arka plandaki kişinin cezaya liyakatı daha az olmayacaktı<sup>2969</sup>. Diğer bir yaklaşıma göre, azmettirmenin faillik karşısında ayrımı sadece azmettirmede fiil hâkimiyetinin eksik olmasına dayandırılırsa azmettirme kastı faillik kastının daha azını ifade eder ve böylece azmettirme kabulü mümkündür<sup>2970</sup>. Sadece teşebbüs aşamasında kalan faillik değil, aksine tamamlanmış suça azmettirme söz konusudur<sup>2971</sup>. Arka plandaki kişinin failliğe ilişkin durumları tasavvur etmesi şeriklik kapsamında sorumluluğunun doğmasını engellemez<sup>2972</sup>. Çünkü şeriklik bağlı hukuki değer saldırısı niteliğindedir, şeriklik iradesinin varlığını şart koşmaz<sup>2973</sup>.

---

<sup>2966</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 68.

<sup>2967</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 340.

<sup>2968</sup> Gallas, a.g.e., s. 107.

<sup>2969</sup> Bununla birlikte ön plandaki kişi suç seyrine hâkim konumdadır. ACK md. 25/2 düzenlemesi fiilin sadece failin hatalı tasavvurunda gerçekleşmesini değil, bir başkası aracılığıyla gerçekleştirilmesini aramaktadır. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 792.

<sup>2970</sup> Gallas, a.g.e., s. 107.

<sup>2971</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 69; Kühl, a.g.e., s. 791. Kühl, azmettirme bakımından bir başkasını suç işlemeye sevk etmeye ilişkin kastın fiil hâkimiyetine ilişkin kastın kapsamında bulunduğunu belirterek azmettirmenin hem objektif hem de sübjektif unsurlarının bulunduğundan hareketle azmettirmeyi kabul etmiştir. Kühl, a.g.e., s. 791.

<sup>2972</sup> Buna karşılık azmettirme kastının failin kastı karşısında *aliud* teşkil ettiği, diğer bir ifadeyle azmettirme kastının içeriği ile faillik kastının içeriğinin birbirinden farklı olduğu ve bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan suç kapsamında dolaylı failliğin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Gallas, a.g.e., s. 107.

<sup>2973</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 69.

## D. DEĞERLENDİRME

Suçta her bir katılanın kendi kusurundan dolayı sorumlu olması ve iştirak için kasten işlenen tipe uygun hukuka aykırı fiilin yeterli olması, suça sevk eden olarak özellikle arka planda yer alanın sorumluluk statüsüne etki eder. Zira yasal düzenlemeler çerçevesinde arka planda yer alan açısından hem dolaylı faillik hem de azmettirme mümkün olabilmektedir. Bu nedenle sınırlı bağlılık kuralının kabul edildiği sistemlerde, kusurluluk bağlamında dolaylı faillik ayrıca bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duyar. Bu husus, arka planda yer alanın sorumluluğuna yönelik doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasını sonuçlamıştır. Bu bağlamda sorumluluk prensibini dolaylı faillik için dikkate almak isteyen yaklaşım, arka planda yer alanın failliğinin ancak ön planda yer alanın sorumluluğunun tamamıyla kalktığı durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Buna karşılık failliği arka planda yer alan aracılığıyla suçun icrası üzerindeki fiilî hâkimiyetine, diğer bir ifadeyle gerçekte sahip olunan etkinin yoğunluğuna dayandırmak isteyen yaklaşım, somut durum koşullarına göre yönlendirme hâkimiyetine ilişkin değerlendirmeyi esas almaktadır<sup>2974</sup>. Bu bağlamda azmettirme ve dolaylı faillik bakımından tehlikeliliğin derecesi gibi tipik ayırım unsurlarının kullanılması yerine maddi içeriğin esası dikkate alınarak her bir somut olay bağlamında değerlendirme yapılması gerekir.

Arka planda yer alanın sorumluluğunun tespitinde öncelikle faillik değerlendirmesinde bulunmak gerekmektedir. Bu, şerikliğin tali nitelik arz etmesinin bir sonucudur. Bununla birlikte faillik değerlendirmesinde bu çalışma kapsamında dikkate alınan kriter olarak fiil hâkimiyetinin kusurluluk kapsamında yer alan durumlar ile ilişkili şekilde incelenmesi gerekmektedir. Zira arka planda yer alanın dolaylı failliğinde fiil hâkimiyeti ancak ön planda yer alan üzerindeki irade hâkimiyeti ile belirlenebildiğinden, bu hâkimiyetin gerçekleşmesi her bir kusurluluk durumunun kendi öncülleri bağlamında incelenmelidir. Bu nedenle ön planda yer alanın kusurluluğu üzerinden genel bir ölçüt belirlemesi her zaman isabetli değildir. Daha açık ifadeyle, ön planda yer alanın zorunluluk hali içinde bulunması hali ile haksızlık hatası içinde bulunması halinde arka planda yer alanın ön planda yer alan üzerindeki irade hâkimiyeti aynı şekilde ortaya çıkmaz.

---

<sup>2974</sup> Weißer, a.g.e. (2011), s. 260.

Arka planda yer alanın sorumluluğunun dolaylı faillik kapsamında ele alınmasının en fazla sorun arz ettiği husus, arka planda yer alanın ön planda yer alan üzerinde oluşturduğu ve kanunda belirtilen cebir veya tehdit düzeyine ulaşmayan zorlama durumlarına ilişkindir. Nitekim zorlama halinde arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin bir görüş icra hareketlerini gerçekleştirenin sorumluluk eksikliğine ve böylelikle sorumluluk prensibine dayanırken; yakın zamanda ileri sürülen görüşlerin çoğunluğu ise bu bağlamda arka planda yer alanın sorumluluğuna ilişkin sorumluluk prensibini esas ilke olarak benimsememiştir. Fiilî olarak hâkim olabilme kapsamında yapılan değerlendirmede ön plandaki kişinin yasal cebir veya tehdit sınırına ulaşmayan durumları bakımından da dolaylı failliği kabul etmişlerdir<sup>2975</sup>. Ayrıca yakın zaman ceza hukuku doktrininde suça sevk etme kapsamında özellikle otorite veya bağlılık ilişkisinin kullanılması aracılığıyla suça ilişkin talepte bulunma durumu da değerlendirilmektedir. Özellikle azmettirmeyi dolaylı faillığe yakın şekilde açıklayan yaklaşımlar ve bununla bağlantılı olarak azmettirmenin faillığe eşdeğer cezalandırılmasını meşru kılmaya yönelik çabaların ürünü olarak<sup>2976</sup> bu durum karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bu şekilde gerçekleştirilen suça sevk etmenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılmasına yönelik ileri sürülebilecek argüman teorik temele sahip olup, sevk etme kavramını açıklamaya yönelik ileri sürülen görüşlere dayanmaktadır.

Genel olarak bakıldığında bu tür durumların ortak özelliği, arka planda yer alanın ön planda yer alan üzerinde belli bir alanda sahip olduğu üstün konumunun getirmiş olduğu baskınlık sonucu ortaya çıkan zorlamadır<sup>2977</sup>. Bu baskın konum, bazı durumlarda arka planda yer alanın kanunun gerektirdiği tehdit veya cebir düzeyine gerek kalmaksızın ön planda yer alana karşı hukuka aykırı uygulamaları gerçekleştirmesine yönelik kullanılan araçtır. Suça yönlendirilen ile suça yönlendiren arasında böyle bir bağlılık ilişkisinin bulunması durumunda gerekli olan cebir veya tehdit seviyesinde bulunmasa bile kullanılan cebir, tehdit veya zorlamalar arka planda yer alanın işlenen suçun cezası ile cezalandırılması kapsamında<sup>2978</sup> değerlendirilmelidir. Bu, failin fiili arka planda yer

---

<sup>2975</sup> Weißer, a.g.e. (2011), s. 197.

<sup>2976</sup> Nepomuck, a.g.e., s. 168.

<sup>2977</sup> Bkz. yuk. s. 484, dn. 2847.

<sup>2978</sup> Bağlılık ilişkisinin bu şekilde baskı veya tehdit aracı olarak kullanılmadığı ve talepte bulunulana fiili gerçekleştirmeye kendi özgür iradesi kapsamında kabul ettiği durumlar sözü edilen kapsamda yer almaz. Diğer bir ifadeyle, böyle bir ihtimalde arka planda yer alanın azmettiren olarak kabulü gerekir. *Amelung* tarafından verilen örnekte olduğu gibi talepte bulunulanla dayanışma düşüncesinden

alanın menfaatine gerçekleştirmesinden bağımsız şekilde ele alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, fiilin kimin menfaatine gerçekleştirilmiş olduğu arka planda yer alanın sorumluluk statüsünün tespiti bakımından kriter olarak ele alınmaz. Zira bir şeriklik şekli olarak azmettirme, özgür iradesi ile hareket eden kişinin suça sevk edilmesi ile karakterize edilmesi gereken bir iştirak türüdür. Aksini kabul, haksızlık içeriği olarak faillığe eşdeğer katkıların şeriklik şekli olarak kabul edilmesine ve bağlılık kuralından ortaya çıkan ceza boşluklarına zemin hazırlar. Bu şekilde gerçekleştirilen katkıların daha fazla haksızlık içeriğine sahip olduğuna yönelik önemli bir argüman TCK kapsamında da yer almaktadır. Zira çocuk üzerindeki nüfuz sebebiyle suça yönlendirme halinde kanun koyucu daha fazla cezaya hükmedilmesini hüküm altına almıştır. Ayrıca benzer bir derecelendirme dolaylı faillik bakımından da kabul edilmiştir.

Bu durumda kanun koyucu tarafından açıkça belirtildiği üzere 12 yaşından küçük çocuğun kusur yeteneği bulunmadığından bu kişinin suça her türlü sevk edilme hali dolaylı faillik kapsamında ele alınmalıdır. Buna karşılık diğer yaş grubundaki çocuklar bakımından ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Diğer yaş grubundaki çocukların sadece kusur yeteneğinin azalması sebebine dayanılarak arka planda yer alanın her durumda azmettiren olarak kabulü hukuka uygun değildir. Bu bağlamda çocuk üzerindeki nüfuzun kullanılması suretiyle kanunda yer alan cebir veya tehdit düzeyine varmayan suça sevk etme hareketiyle arka planda yer alanın failliği, ön planda yer alanın kanun kapsamında tam sorumlu hareket etmesi nedeniyle reddedilmemelidir. Önem arz eden, arka planda yer alanın fiilin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, suça yönelik faillik niteliğindeki katkısının yoğunluğudur. Bu tür durumların dolaylı faillik kapsamında ele alınması sonucunda, azmettirme kapsamında TCK md. 38'de çocuklar bakımından düzenlenen hükme gerek kalmayacaktır. Zira ilgili hüküm sadece ceza politikası gerekçesiyle dikkate alınabilir nitelik arz etmekte olup, hükmün fiil hâkimiyeti kapsamında izahı güçtür. Söz konusu düzenleme üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle çocuğun suça sevk edilmesi halinde suça sevk edenin cezasının artırılacağını hükme bağlamıştır. Hükme şeriklik şekli olan azmettirme kapsamında yer verilmesi azmettirme ile faillik arasındaki ayrımı zedeleyen bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Çocuğun kusur yeteneğinin az olması nedeniyle arka planda yer alanın ancak azmettiren olabileceği

---

hareketle veya talepte bulunulanı hayal kırıklığına uğratmaktan kaçınmak için suçun işlenmesi bu niteliktedir. Amelung, a.g.m., s. 165-166.

kabulüne dayanan bu düzenleme suçta sevk edene failden daha fazla ceza öngörerek çelişkiye yol açmaktadır. Bu nedenle kusur yeteneği az olan çocuk üzerindeki nüfuzun kullanılması suretiyle kanunda yer alan cebir veya tehdit düzeyine varmayan suçta sevk etme halleri dolaylı faillik kapsamında kabul edilmelidir. Ön planda yer alan çocuğun kusur yeteneğinin az olması nedeniyle arka planda yer alanın dolaylı failliği için dikkate alınabilecek argüman ise suçta iştirak alanında hâkim görüş olarak kabul gören maddi objektif teorinin görünüm şekli olarak ortaya çıkan fiil hâkimiyeti teorisinin geçirmiş olduğu gelişim sürecidir. Belirtilen durumlarda ön plandaki kişinin ceza sorumluluğu tamamen kalkmasa bile arka planda yer alanın fiilin işlenmesindeki baskın konumunun etkisiyle ön plandaki kişiyi araç olarak kullandığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Bu bağlamda bunun dışında kalan zorlamalar, ön planda yer alanın iradesi üzerinde etki gösterse bile, bu husus arka planda yer alanın failliğini gerekçelendirmek bakımından yeterli kabul edilemez. Bu nedenle algılama yeteneğinin ortadan kalkmasına veya önemli derecede etkilenmesine sebep olmayan psikolojik temele dayanan zorlamalara dayanan suçta sevk etme arka planda yer alanın azmettiren olarak kabulünü gerektirir. Zira böyle bir durumda suçta sevk edenin failin karar sürecinde baskınlığı bulunmakla birlikte fiilin seyrine sirayet eden hâkimiyetinden söz edilemez. Buna karşılık bu şekilde gerçekleşen azmettirmenin haksızlık içeriğinin diğer azmettirme durumlarına nazaran daha fazla haksızlık içerdiği cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır. Bu nedenle azmettirme kapsamında yer alan bazı durumların dolaylı faillik kapsamında değerlendirilmesinin yanında azmettirmenin kendi içinde haksızlık içeriği bakımından derecelendirilebilir özellik gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu bağlamda kusur yeteneği önemli derecede azalmış olan kişinin ceza sorumluluğunun bulunduğundan bahisle arka planda yer alanın her zaman şerik olarak değerlendirilmemesi gereklidir. Burada önem arz eden ön planda yer alanın gerçekleştirdiği fiilin ceza hukuku bakımından anlam ve önemini algılayabilecek durumda olup olmadığıdır. Bu nedenle öncelikle arka planda yer alanın ön planda yer alan üzerindeki irade hâkimiyetinin bulunması nedeniyle fiil hâkimiyetine sahip olduğu sonucuna ulaşıp ulaşılamadığına dikkat edilmesi gerekir. Sadece bağlılık kuralının esas alınıp arka planda yer alanın ancak azmettiren olarak sorumlu tutulması her zaman fiil hâkimiyeti ile bağdaşır sonucu ortaya çıkarmaz. Bu bağlamda ön planda yer alanda haksızlık hatasının bulunması halinde arka planda yer alanın sorumluluğunun tespiti

bakımından hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrımı değil, fiilin maddi anlamda hukuka aykırı olup olmadığı bilincinin bulunup bulunmadığı kriteri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle kaçınılabılır haksızlık hatasında failin sadece kusurunun azalmasına rağmen arka planda yer alanın dolaylı failliğinin mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda zamanla suça iştirak alanında ortaya çıkan daha karmaşık sorunları çözmeye yönelik getirilen yeni kurumlar önemli bir destek noktası oluşturmaktadır. Bu bağlamda dolaylı failliğin geleneksel kapsamının yeni gelişmeler ile genişlemesi özellik arz eder. Organizasyonel fiil hâkimiyeti veya failin arkasındaki fail şeklinde suça iştirak alanına entegre edilmeye çalışılan dolaylı failliğin yeni görünüm şekilleri buna örnektir. Burada ancak ön planda yer alanın sorumlu tutulamadığı durumda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak kabulünün mümkün olduğu şeklindeki geleneksel yaklaşıma farklı bir perspektif getirilmektedir. Tüm bunlar göstermektedir ki, dolaylı faillik ceza hukukundaki gelişim süreci kapsamında ele alındığında bu faillik türünün artık sadece sorumluluk prensibi çerçevesinde tutulmasına yönelik çabalar farklı şekilde ve farklı kabullerle aşılmaya çalışılmaktadır. Failin arkasındaki fail kabulüyle birlikte azmettirmenin alanının aşırı daralması tehlikesinin ortaya çıktığı eleştirisi ileri sürülebilir. Bununla birlikte burada önem arz eden husus, azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayrımın fiil hâkimiyeti çerçevesinde belirlenmesidir. Zira failliğin veya şerikliğin sınırını çizen ve kapsamını belirleyen, fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığıdır.



### III. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

#### A. GENEL OLARAK

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin<sup>2979</sup> cezalandırılmasına ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık Alman Ceza Kanunu'nda<sup>2980</sup> uygulama alanı sınırlı olmakla birlikte buna ilişkin düzenlemeye (ACK md. 30/1) yer verilmiştir<sup>2981</sup>. Hatta Alman hukukunda elverişsiz azmettirme teşebbüsünün<sup>2982</sup> cezalandırılması konusu da tartışılmaktadır<sup>2983</sup>. Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüs

<sup>2979</sup> Bu kavrama ilişkin akim kalan azmettirme, sonuçsuz kalan azmettirme terimleri de kullanılmaktadır. Özgenç, a.g.e. (2019), s. 566; Hakeri, a.g.e., s. 537; Akbulut, a.g.e., s. 643; Özkan, a.g.e., s. 167; Demirel, a.g.e., s. 340. Bu bağlamda teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin doğru bir tabir olmadığına yönelik, kanundaki teşebbüs düzenlemesinin tüm iştirak şekillerine uygulanabilir olmadığı argümanı ileri sürülmüştür (Demirel, a.g.e., s. 340 vd.). Söz konusu düzenleme, kişiye yönelik olmayıp, suç kapsamında anlam ifade etmektedir. İştirak bağlamında esas alındığında sadece fail tarafından işlenen esas fiille ilişkilidir. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bu düzenleme kapsamında yer alıp almadığına yönelik belirsizlik arz edecek bir durum söz konusu değildir. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bu düzenleme kapsamında ele alınamayacağı açıktır. Bu kurum ne genel teşebbüs düzenlemesi ile ne de gönüllü vazgeçme düzenlemesi ile ilgilidir. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme ifadesinin kullanılması bu kurumun genel teşebbüs kapsamında uygulanabilirliğinin bulunduğu kabulü anlamına gelmez. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda buna yönelik ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir (md. 30/1). Ayrıca teşebbüs aşamasında kalan azmettirme aşağıda yer verileceği üzere elverişsiz azmettirme, başarısız azmettirme, sonuçsuz kalan azmettirme şeklinde ortaya çıkan ve tamamlanmamış azmettirmeye karşılık gelen tüm durumları kapsar nitelikte ele alınmaktadır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 289 vd.). Kavrama yönelik, şerik bağıllığının kabul edildiği bir sistemde bu ifadenin bağıllık ile çelişki arz edeceği şeklindeki eleştiri de yerinde değildir. Zira teşebbüs aşamasında kalan azmettirme şerik bağıllığı ile açıklanabilecek yapıya sahip değildir. Hâlihazırda bu kurum şerik bağıllığına bir nevi istisna teşkil etmektedir. Sonuçsuz kalan, başarısız veya akim kalmış azmettirme yerine teşebbüs aşamasında kalan azmettirme tercihi kavramsal karışıklıktan ziyade kavramsal uyumu sağlar.

<sup>2980</sup> Almanya dışında İsviçre, Avusturya, Danimarka, İspanya, Macaristan, Romanya, Belçika ceza kanunlarında da teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. İtalya ve Brezilya ceza kanunlarında ise teşebbüs aşamasında kalan azmettirme esas olarak cezasız olmakla birlikte suça katılanın gerçekleştirdiği hareket sosyal tehlikelilik oluşturduğu sürece güvenlik tedbirine tabi kılınmıştır. Letzgus, a.g.e., s. 140-141.

<sup>2981</sup> Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin Alman Ceza Kanunu'nda yaptırma bağlanmasına sebep olan olay bağlamında ilgili düzenleme "Duchesne- Paragraph" olarak anılmaktadır. Prusya dönemindeki kilise mücadelesi sırasında Belçikalı Duchesne, Paris Başpiskoposuna dönemin Alman İmparatorunu 60.000 Frank karşılığında öldürmesine yönelik teklifi içeren üç mektup gönderir. Başpiskopos bu teklifi reddeder. Bu olay karşısında 1876 yılında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bağımsız ceza kapsamıyla ayrı bir düzenlemede yaptırım altına alınmasına karar verilir. Klaus Rogall, "Bemerkungen zum Versuch der Beteiligung", *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, ss. 859-885, s. 861 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 628; Geppert, a.g.m. (Die versuchte Anstiftung), s. 547; Frister, a.g.e., s. 407.

<sup>2982</sup> Konuya ilişkin bkz. Riemer, a.g.e., s. 102 vd.

<sup>2983</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, a.g.e. (AT), s. 295 vd.; ayrıca Claus Roxin, "Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB)", *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1979, ss. 169-175, s. 172;

aşamasında kalan şerikliğe ilişkin düzenleme bugüne kadar değişiklikler ile gelmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda 1876 yılına kadar teşebbüs aşamasında kalan şeriklik cezalandırılmıyordu. Daha sonra 1943 yılında yardım eden bakımından da ceza öngörülmeyle birlikte, 1953 yılında yapılan değişiklikle teşebbüs aşamasında kalan yardım etme tekrar cezasız kalmıştır<sup>2984</sup>.

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin daha iyi anlaşılabilmesi için tamamlanan azmettirme ile ayırımına değinmek gereklidir. Tamamlanan azmettirme en azından teşebbüs aşamasında kalan esas fiilin varlığını gerektirir. Tamamlanmış azmettirme esas fiilin tamamlandığı veya en azından teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda söz konusu olur. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan azmettirme ile teşebbüs aşamasında kalan suça azmettirme birbirinden farklıdır<sup>2985</sup>. Esas fiil en azından teşebbüs aşamasına gelmediyse şeriklik kapsamında planlanan davranış hâlâ şeriklik şekillerinin ön aşamasında bulunur<sup>2986</sup>. Böylece ikilik sisteminde azmettirme özelinde şeriklik hükümleri hâlihazırda cezalandırmayı genişleten nitelik arz ederken, teşebbüs aşamasında kalan azmettirme bunu bir adım daha öteye taşır. Diğer bir ifadeyle teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında ele alınan durumlar da cezalandırma alanını genişleten niteliğe sahiptir. Bu nedenle bu durumlar bakımından yasal düzenlemelerin dar yorumlanması gerekir<sup>2987</sup>.

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme bakımından belirleyici olan, ne teşebbüs aşamasında kalan ne de tamamlanan esas fiilin bulunmasıdır. Esas fiil şerikin hareket haksızlığını da ilgilendirdiği için, esas fiilin bulunmaması halinde şeriklikte sadece netice değil, hareket değersizliğinin ilgili kısmı da eksik kalır (sadece amaç/niyet değersizliğini –*Intentionsunwert*- aşan hareket objektif olarak korunan hukuki değere yönelik belirli türdeki saldırı ortaya çıkarabilir). Bu durumda tam bir hareket değersizliği

---

Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 874 vd. *Roxin* elverişsiz suça azmettirme ile ajan provokatörlük arasındaki ayırım bakımından ilk durumda azmettiren kişinin neticenin gerçekleşmesine yönelik imkânsızlığı bilmemesine rağmen ajan provokatörlükte arka planda yer alan kişinin neticenin gerçekleşmeyeceğini bilmesine değinmiştir. Bu bağlamda yazar doktrinde ileri sürülen en azından hareketin elverişli olmasından ötürü cezalandırmanın mümkün olabileceği önerisini ise eleştirmiştir. Roxin, a.g.m. (JA 1979), s. 172.

<sup>2984</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 261. Konuya ilişkin bilgi için ayrıca bkz. Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 181 vd.

<sup>2985</sup> Hünerfeld, a.g.m., s. 247. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Schröder, a.g.m., s. 289 vd.

<sup>2986</sup> Bloy, a.g.e., s. 185.

<sup>2987</sup> Roxin, a.g.m. (JA 1979), s. 171; Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 860.

gerçekleşmediğinden burada teşebbüs aşamasında kalan şeriklikten bahsedilmesi gerekir<sup>2988</sup>. Şeriklik hareket haksızlığına sahip olmadığı sürece haksızlık yapısına da katılamaz<sup>2989</sup>. Şerik haksızlığının gerçekleştirilmesi cezalandırılma gerekliliği ile gerekçelendirilemez<sup>2990</sup>.

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin objektif unsuru, tamamlanan azmettirmenin objektif unsurundan farklılık taşımaz<sup>2991</sup>. Nitekim *Roxin* tamamlanmış azmettirmede belirttiği gibi burada da “suça ilişkin talep” (*Aufforderung*) kapsamında değerlendirmede bulunmuştur. Bununla ilişkili olarak fiile yönelik sadece tahrik etmenin yeterli olmayacağına vurgu yapmıştır<sup>2992</sup>. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede de azmettirmede olduğu gibi, azmettirmeye konu fiilin yeterince somutlaştırılmış olması gerekir<sup>2993</sup>. Tasavvur edilen suçun cezalandırılabilirliğinin bağlılığı tüm suça katılacakların suçun işlenmesine yönelik iradeleriyle meşru hale gelir<sup>2994</sup>. Bu nedenle azmettirmenin sübjektif unsuru bağlamında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede de azmettirenin kastı esas fiilin gerçekleştirilmesine yöneliktir<sup>2995</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu durumda da azmettirmenin çifte kastının bulunması gerekir. Azmettiren esas fiilin gerçekleşeceğini en azından göze almış olmalıdır<sup>2996</sup>. Bu bağlamda Alman doktrininde teşebbüs aşamasında kalan azmettirme düzenlemesinin (ACK md. 30/1) varsayımsal bağlılık temelinde dikkate alınması gerektiğinden hareketle genel bağlılık kuralı

---

<sup>2988</sup> Bloy, a.g.e., s. 185.

<sup>2989</sup> Bloy, a.g.e., s. 185.

<sup>2990</sup> Bloy, a.g.e., s. 185.

<sup>2991</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 632 vd.

<sup>2992</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 291. Yazar ayrıca argüman olarak ACK md. 30'un öncüsü olan eski md. 49/a düzenlemesine atıfta bulunarak bu düzenlemenin de açıkça bir suçun işlenmesine yönelik talebi gerekli kıldığını belirtmiştir. Bu konuda tartışma bulunduğuna ilişkin bkz. Kühl, a.g.e., s. 886.

<sup>2993</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 363.

<sup>2994</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 701.

<sup>2995</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 365; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 549. Buna yönelik olarak azmettirenin neticenin gerçekleşmesini ciddi olarak istemesi gerekir. Ciddi olarak istememesi halinde ajan provokatörlük bakımından geçerli olan kuralın burada da uygulanması gerekir. Bu görüşü ileri süren *Maurach/Gössel/Zipf* ciddilik kriterinden ne anlaşılması gerektiğine yönelik bir açıklama getirmemişlerdir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 325. Ciddilik kriterine yönelik değerlendirme için bkz. Kühl, a.g.e., s. 887. Konunun kast problemi olarak ele alınması gerektiği görüşü için bkz. Schröder, a.g.m., s. 294.

<sup>2996</sup> Kühl, a.g.e., s. 887. Bu bağlamda Alman Yüksek Mahkemesi azmettirenin en azından olası kastının bulunması şartıyla suç işleme talebinin ciddi olup olmadığı hususunun önemli olmadığını belirtmiştir. BGHSt, 44, 99, 101 vd.'dan aktaran Eryıldız, a.g.m., s. 46.

bakımından uygulanan kuralların varsayımsal bağıllık söz konusu olduğunda uygulanmaması için geçerli bir neden bulunmadığı ileri sürülmüştür<sup>2997</sup>.

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden ne anlaşılması gerektiğine yönelik teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin tamamlanmış azmettirme ile ayrımının belirlenmesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Bu bağlamda özellikle teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin her şeklinin cezalandırılabilirlik kapsamında ele alınıp alınamayacağı önem taşımaktadır. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kapsamının belirlenmesi gereklidir.

## B. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN KAPSAMI

Azmettirmede faildeki gibi suçun daha hazırlık aşaması kapsamında kalan amaç açıklamaları cezalandırılabilirlikte<sup>2998</sup>. Bununla birlikte Alman hukukunda failikten farklı olarak teşebbüs aşamasında kalan azmettirme her suç bakımından cezaya layık kabul edilmemiştir. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin ACK'da cezalandırılabilmesi esas fiilin cürüm teşkil etmesine bağlıdır<sup>2999</sup>. Diğer bir ifadeyle ceza kapsamı itibarıyla belli ağırlığa sahip fiiller bakımından teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması mümkündür<sup>3000</sup>.

Azmettirmenin hangi nedenle başarısız olduğu önem taşımamakla birlikte Alman doktrininde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin üç şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir<sup>3001</sup>. Ya fail hiçbir şekilde suç kararı almaz ya suç kararı alırsa da suça ilişkin icra hareketlerine başlamaz veya başlayamaz diğer bir deyişle fiil cezasız olan hazırlık aşamasında kalır ya da hâlihazırda zaten suç kararı almıştır<sup>3002</sup> (*omnimodo*

<sup>2997</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 327.

<sup>2998</sup> Schulz, a.g.e., s. 132.

<sup>2999</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 261.

<sup>3000</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 364.

<sup>3001</sup> Belirtilmelidir ki, ön planda yer alanın tipiklik hatası içinde bulunmasına sebep olunması ve bu durumda kişinin suça yönlendirilmesi ve fakat ön planda yer alanın söz konusu fiile yönelik icra hareketlerine başlamaması halinde teşebbüs aşamasında kalan azmettirme bulunmamaktadır. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 324.

<sup>3002</sup> *Letzgus* bu durumu elverişsiz azmettirme olarak ele almakta ve burada cezaya liyakatin eksik olduğunu belirtmektedir. Elverişsiz azmettirmede suç kararı ile azmettirme hareketi arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bu nedenle başarısız azmettirmeden farklı olarak burada tehlikelilik kriteri de gerçekleşmemektedir. Diğer bir ifadeyle cezaya liyakat bakımından gerekli olan tehlikelilik sınırına ulaşılamamaktadır. Letzgus, a.g.e., s. 143.

*facturus*)<sup>3003</sup>. Belirtmelidir ki, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin her şekli ortaya çıkardığı tehlikelilik bakımından aynı ölçüde değildir. Nitekim azmettirenle olası failin irade uyuşmasının bulunduğu ve bunun akabinde failin icra hareketlerine başlamak üzere olduğu durumla, olası failin azmettirenin fiile yönelik talebini derhal reddetmesi hali her ne kadar azmettirenin iradesi bakımından farklılık göstermese bile korunan hukuki değer bakımından ortaya çıkardığı sonucun farklılaştığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme şekilleri bakımından üzerinde durulması gereken husus, azmettirme hareketinin hangi aşamaya kadar ilerlemesi gerektiğidir. Kimi yazarlar genel teşebbüs düzenlemesinde yer alan ölçüte paralel bir ölçütün göz önünde bulundurulması gerektiğini<sup>3004</sup> belirtirken; kimi yazarlar ise muhatabın en azından azmettiren hakkında bilgisinin olabileceği duruma ulaşması gerektiğini<sup>3005</sup> savunurlar.

Azmettiren doğrudan doğruya suça sevk etmeye ilişkin icra hareketlerine başlamış olsa da, elinde olmayan sebeplerle esas fiil ya hiç başlamamakta ya da hazırlık aşamasında kalmaktadır<sup>3006</sup>. Burada üzerinde durulması gereken konu, faili suça sevk etmeye doğrudan doğruya başlama ölçütüdür. Azmettirenin azmettirilen üzerindeki etkisinin sonuca ulaştığı ve sadece failin teşebbüs aşamasına ulaşmadığı durumlarda azmettirme bakımından doğrudan doğruya icra kabul edilmektedir. Bununla birlikte azmettiren ve azmettirilen arasındaki hazırlık niteliği taşıyan konuşma etki başlangıcı

---

<sup>3003</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 302. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 842. Buna yönelik olarak *Roxin* daha ayrıntılı bir gruplama yaparak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin görünüm şekillerini kapsamlı şekilde ele almıştır. Başarısız azmettirme (fail henüz suç kararı almadan suç işleme teklifini reddeder), neticeye ulaşmayan azmettirme (failde suç kararı oluşmakla birlikte henüz teşebbüs aşamasına varmadan başarısız olur veya plandan vazgeçer), elverişsiz azmettirme (fail hâlihazırda suç işlemeye karar vermiştir), etkisiz azmettirme (fail suç kararından vazgeçer daha sonra önceki azmettirmeden bağımsız yeni bir suç kararı alır), tamamlanmayan azmettirme (açıklamanın muhatabı teklifi yanlış anlar ve fiili kastı olmaksızın işler), niteliksel sınır aşımının söz konusu olduğu hallerde teşebbüs aşamasında kalan azmettirme bulunmaktadır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 290; Roxin, a.g.m. (JA 1979), s. 169; Geppert, a.g.m. (Die versuchte Anstiftung), s. 547). Sözü edilen teşebbüs aşamasında kalan azmettirme şekillerinden sadece, failin suç kararı almakla birlikte suçun icra hareketlerine başlayamamış olması durumu bakımından cezalandırılabilirliğin kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Letzgas, a.g.e., s. 145; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 701. Bu yaklaşıma göre, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye ilişkin diğer tüm durumların cezasız kalması gerekir.

<sup>3004</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 634; Roxin, a.g.e. (AT), s. 291; Frister, a.g.e., s. 408.

<sup>3005</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 701 vd.; Letzgas, a.g.e., s. 123; Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 262. *Maurach vd.*, bu yaklaşımın azmettirmeyi hâlâ nedensellik anlayışı üzerinden izah etmeye yönelik çabanın ürünü olduğunu belirterek bu yaklaşımı eleştirmişlerdir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 634.

<sup>3006</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 302; Jescheck/ Weigend, a.g.e., s. 703; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 324.

niteliğindedir ve bu nedenle azmettirme bakımından doğrudan doğruya icra için yeterli değildir<sup>3007</sup>.

Birini suç işlemesi için belli bir miktar para karşılığında azmettiren kimsenin bu talebini içeren mektubu hatayla başka birine göndermesi halinde, azmettirmeye konu talebin azmettirilene ulaşması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorun teşkil eder<sup>3008</sup>. Bu konuya ilişkin bir görüş, talepte bulunanın bunu herhangi bir şekilde dış dünyaya açıklamasının azmettirilen üzerindeki etkiye doğrudan doğruya başlama olarak kabul edileceğini ve böyle bir durumun teşebbüs edilen azmettirmeye uygun olduğunu kabul etmektedir<sup>3009</sup>. Azmettiren azmettirme açıklamasını kendi hâkimiyet alanından bir şekilde çıkarmadığı müddetçe üçüncü kişinin korunan hukuki değerine ilişkin yaratılan bir tehlikeden de söz edilemez<sup>3010</sup>.

*Roxin*, bu tür mesafe taleplerinde teşebbüsün tamamlanmış bir teşebbüs olduğunu ve bu nedenle tamamlanmayan azmettirme hareketinin her zaman hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi ve böylece cezasız kalması yaklaşımını doğru bulmamaktadır<sup>3011</sup>. Benzer yönde *Maurach*'a göre, azmettirenin tasavvuruna göre azmettirme hareketinin icrasına başlayıp başlamadığı belirleyicilik taşır. Burada ayrıma gidilmelidir. Sözlü iletişimde (doğrudan veya telefonla) planladığı fiili talepte bulunulana açıklaması gerekir. Muhatabının talebi anlayıp anlamadığından bağımsız olarak, konuşmanın başlangıcında veya fiile hazırlayıcı şekilde argümanların ileri sürülmesi sürecinde henüz daha belirli bir fiilden söz edilemez. Buna karşılık dolaylı iletişimde (posta yoluyla veya internet aracılığıyla) azmettirenin açıklamasının dışı vurumuyla (mektubun gönderilmesi, e-postanın gönderilmesi) ortaya çıkar<sup>3012</sup>. Buna karşılık karşıt görüş<sup>3013</sup> ise talebin

<sup>3007</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 845.

<sup>3008</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 363-364.

<sup>3009</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 324; Roxin, a.g.m. (JA 1979), s. 171; Roxin, a.g.e. (AT), s. 292; René Bloy, "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung", *JR*, 1992, ss. 493-497, s. 496; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 551; Kühl, a.g.e., s. 886; Kindhäuser, a.g.e., s. 364; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 846.

<sup>3010</sup> Kühl, a.g.e., s. 886.

<sup>3011</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 292.

<sup>3012</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 634. *Nydegger*, bu tür durumlarda irade açıklayanın (azmettirenin) hâkimiyet alanının aracı kişinin hâkimiyet alanından daha dar olabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtir. Diğer bir ifadeyle, suça sevk etme iradesini bir mektup ile açıklayan kişi bu mektubu görevliye teslim ettiği anda mektup kendi hâkimiyet alanından çıkmış olur. *Nydegger*, a.g.e., s. 159 vd.

<sup>3013</sup> Schröder, a.g.m., s. 290; Letzgus, a.g.e., s. 41; *Nydegger*, a.g.e., s. 159; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 262.

azmettirilene ulaşması gerektiğini savunmaktadır. Zira azmettiriminin objektif olarak tehlikeliliğe ilişkin belirli bir ölçüte ulaşması gerekir.

### C. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme düzenlemesi belirli bir hazırlık hareketinin cezalandırılmasına yönelik bağımsız bir suç tipi içermemektedir. Aksine burada belirli durumlar kapsamında cürümlere (*Verbrechen*) ilişkin iştirak hareketleri bakımından geçerli olan cezalandırmayı hazırlık hareketlerinin öncesine çekmektedir<sup>3014</sup>. Bununla birlikte teşebbüs aşamasında kalan azmettiriminin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda<sup>3015</sup> tartışma bulunmaktadır<sup>3016</sup>. Bu bağlamda azmettirme neticesinin gerçekleşmemesi nedeniyle teşebbüs kapsamında (*Versuchstheorie*) kalıp kalmadığı meselesi öne çıkmaktadır. Bununla birlikte teşebbüs aşamasında kalan azmettirme teşebbüse ilişkin özgü bir düzenleme değildir<sup>3017</sup>. Zira teşebbüsü karakterize eden doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede eksiktir. Ayrıca hazırlık hareketi niteliğindeki bir hareketin teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi teşebbüs teorisi ile de bağdaşmaz<sup>3018</sup>.

<sup>3014</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 628.

<sup>3015</sup> Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme 19. yy'ın ilk yarısında cezalandırılabilir olarak kabul edilmiş ve özellikle manevi faillığe ilişkin *Feuerbach* tarafından ileri sürülen yaklaşıma ve teşebbüs kurumuna dayandırılmıştır. 19. yy'ın ikinci yarısında ise teşebbüs aşamasında kalan azmettiriminin cezasızlığına yönelik eğilim ön plan çıkmıştır. Bunda *Feuerbach*'ın teşebbüse ilişkin "suça yönelmiş harici hareketi meydana getirme" yerine icra hareketlerine başlama kriterinin gerekli kılınması etkili olmuştur. Böyle bir kriter sadece esas fail tarafından gerçekleştirilebilir, azmettiren tarafından gerçekleştirilemez. Diğer yandan şerikliğin esas fiile bağlılığı esası da bulunmaktaydı. Nihayet konuya yönelik yeni bir bakış açısı geliştirilmesinde azmettirilenin irade özgürlüğüne sahip olması önemli bir rol oynamış ve sonuç olarak azmettirenin kendi kararına hâkim olan bu özgür iradeyi kullandığı kabulü yerleşmiştir. Bu nedenle manevi faillik ve teşebbüs bağlantısına son verilmiştir. Böylece 1876 yılına kadar teşebbüs aşamasında kalan azmettiriminin ceza tehdidi altında bulunmasından vazgeçilmiştir. Letzgus, a.g.e., s. 136 vd.; Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 862.

<sup>3016</sup> Bu tartışmanın özellikle suça iştirak kapsamında kalan ve bağıllık kuralının esnetilmesi olarak kabul edilen ACK md. 28 ve suça iştirakte kusur düzenlemesi olan ACK md. 29 hükümlerinin tamamlanmış azmettirmede olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede de uygulanıp uygulanmayacağı bakımından önemli olduğu belirtilmektedir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 843.

<sup>3017</sup> Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 878; Bloy, a.g.m. (JR 1992), s. 493. Yazar, teşebbüsün kapsamının ceza hukuku anlamında bir fiil olabileceğini belirterek suça iştirakin teşebbüs aşamasında kalmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bloy, a.g.m., s. 493.

<sup>3018</sup> Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 878. Benzer yönde Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 476.

Aynı doğrultuda olmak üzere iştirakin de özel bir durumu değildir. Zira şeriklik bakımından esas teşkil eden bağlılık kuralından burada söz edilemediğinden<sup>3019</sup>, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye ilişkin hükmün şerikliğin özgü düzenlemesi olduğu yaklaşımı (*Teilnahmetheorie*)<sup>3020</sup> kabul edilemez. Bu yazarlarda teşebbüs aşamasında kalan şeriklikte gerçek bağlılığın varsayımsal bağlılıkla değiştiği yaklaşımı esastır<sup>3021</sup>. Daha açık ifadeyle, ACK md. 26 ve 27 gerçek bağlılık olarak nitelendirilirken, teşebbüs aşamasında kalan şerikliği düzenleyen ACK md. 30 varsayımsal bağlılık<sup>3022</sup> olarak nitelendirilmektedir (*hypothetische Akzessorietät*)<sup>3023</sup>. Bununla birlikte bu yapı şeriklik kapsamında dikkate alınan hareketin objektif değersizliğinin esas fiilin bulunmaması halinde noksan kaldığı sonucunda bir değişiklik gerçekleştirmez<sup>3024</sup>. Bu boşluğu esas fiil kapatamaz, çünkü o salt düşünsel bağlantı noktası olarak gerçek bir esas fiil haksızlığını gerekçelendiremez<sup>3025</sup>. Ayrıca suça iştirak etmek için gerekli olan suça katılanın gerçekleştirdiği hareketin nedensellik değeri taşımasından da söz edilemez. Teşebbüs

<sup>3019</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 286. Eskiden hâkim olan görüşün, teşebbüs aşamasında kalan şerikliği düzenleyen hükmü özgü bir suç olarak değerlendirdiği yönünde bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 322.

<sup>3020</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 629; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 701; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 842; Schröder, a.g.m., s. 289.

<sup>3021</sup> *Binding* tarafından ileri sürülen görüşe dayandığı yönünde bkz. Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 878.

<sup>3022</sup> *Poppe*, bağlılık teriminin kullanılmasının her zaman katılanın sorumluluğunun türü üzerine söylemle içkin olduğundan varsayımsal bağlılığın objektif olarak kendiyile çelişki içerdiğini belirtmiştir. Yazara göre, başkasının haksızlığının isnadı gerçek bir temeli şart koştuğundan, sadece potansiyel esas fiil elverişli bir isnat konusu olamaz. *Poppe*, a.g.e., s. 39.

<sup>3023</sup> Maurach, a.g.e., s. 676; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 322. Varsayımsal bağlılık, sadece katılanın kendi tasavvuruna göre kendisi tarafından suça ön gelen alanda gerçekleştirilen hareketlerle, daha sonrasında gerçekleşmesi zorunlu olmayan belirli bir hukuki niteliğe sahip esas fiile bağlanması halinde katılanın cezalandırılması bakımından yeterli görülmesidir. Burada şerikliğin bağlılığı artık gerçek bir bağlantı konusu üzerine değil, potansiyel bir bağlantı konusu üzerinedir. Varsayımsal bağlılık niceliksel bağlılık ve niteliksel bağlılık ile de ilişki içindedir. Klasik olarak niceliksel bağlılığın alt durumu olarak ele alınmaktadır. Bu şekilde ele alınmasının arka planında yer alan sebep niceliksel bağlılığın hukuki olarak değerlendirilmeyen dış dünya olaylarına bağlılık şeklinde tanımlanmasıdır ancak şeriklik şekilleri bakımından bu ikna edici değildir. Şerikin tasavvuru her zaman belirlenen esas fiilin hukuki niteliği ile ilişkili olmak zorundadır ki şerik olarak cezalandırılması mümkün olsun. Arka plandaki kişi ön plandaki kişinin kastının bulunmaması nedeniyle tipik hareket etmemesinden veya isnat yeteneğinin bulunmaması nedeniyle kusurlu hareket etmemesinden yola çıkıyorsa, şerik olarak değil dolaylı fail olarak cezalandırılması söz konusu olur. Buna göre şerikin tasavvuru sadece suçun icrasına yönelik değil, aynı zamanda belirlenen fiilin hukuki asgari gerekliliklerine de yönelik olmalıdır. Bu nedenle azmettirme ve yardım etmenin varsayımsal bağlılığı bağlılığın hem niceliksel hem de niteliksel boyutuna ilişkindir (*Poppe*, a.g.e., s. 33). Eleştiri için bkz. *Bloy*, a.g.e., s. 185. *Bloy*, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeyi bağlılığın kesilmesi olarak nitelendirmiştir.

<sup>3024</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 185.

<sup>3025</sup> *Bloy*, a.g.e., s. 185.



aşamasında kalan azmettirme kapsamında gerçekleştirilen hareketler neticenin gerçekleştirilmesine etki etmemektedir<sup>3026</sup>.

ACK md. 30'da, şeriklik kapsamında özgü bir düzenleme olarak, ACK md. 26 ve 27'ye göre şerikliğin cezalandırılmasının genişletilmesi söz konusudur. Bu nedenle ACK md. 30 düzenlemesi<sup>3027</sup> şerik haksızlığının esas fiile mutlak bağlılığını şart koşan bağlılığa dayanan sebep olma teorisi ile açıklanamaz. Çünkü bu teoriye göre şerikliğin haksızlığının esas fiilin haksızlığından türetilmesi gerekir ki, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede esas fiil eksiktir<sup>3028</sup>. Suça iştirakin ön aşamaları hazırlık hareketi niteliğindedir ve bunların haksızlık içeriği bağlılık kuralıyla açıklanamaz<sup>3029</sup>. Nitekim *Roxin* ACK md. 30'da yer verilen davranış şekillerini şeriklik alanında kabul etmez. Cezalandırılabilir hazırlık hareketlerinin kendine özgü bir düzenlemesi olarak kabul eder<sup>3030</sup>. Suça hazırlık kapsamında ele alınması gereken bağımsız bir cezalandırılabilirlik durumunu oluşturur<sup>3031</sup>. Bu bağlamda hazırlık teorisine (*Vorbereitungstheorie*) göre burada suça hazırlığın özel tehlikeli bir şeklinin ceza altına alınmasından söz edilmesi gerekir<sup>3032</sup>. Bu nedenle ACK md. 30 düzenlemesi suça iştirak alanından ziyade hazırlık hareketi alanında değerlendirilmesi gereken bir düzenlemedir<sup>3033</sup>.

#### D. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN CEZALANDIRILMASININ NEDENİ

Bir hareketin azmettirme kapsamında cezalandırılabilmesi için azmettirenin faili bir suça veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir suça sevk etmesi gerekir. Bu kapsamda azmettirmenin bağlılığı fail ceza hukukunun değil, fiil ceza hukukunun bir

<sup>3026</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 473.

<sup>3027</sup> ACK md. 30 düzenlemesi sadece teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeyi düzenlememektedir. Ayrıca diğer fıkrada cürüm işlemeye hazır olduğunu açıklama, bu yöndeki öneriyi kabul etme ceza altına alınmıştır. ACK md. 30 kapsamında yer alan davranış şekillerinin farklı cezalandırma gerekçelerinin bulunduğu yönünde bkz. Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 879.

<sup>3028</sup> Letzgus, a.g.e., s. 218; Nikolidakis, a.g.e., s. 53; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 629.

<sup>3029</sup> Bloy, a.g.e., s. 185. Benzer yönde bkz. Nydegger, a.g.e., s. 154.

<sup>3030</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 286; Köhl, a.g.e., s. 883; Letzgus, a.g.e., s. 219 vd.; Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 872 vd. Bu yönde BGH kararları (BGHSt 9, 131 (134); 14, 378 (379); BGHSt 10, 388 (389)) için bkz. Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 878.

<sup>3031</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 286.

<sup>3032</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 286; Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 182; Bloy, a.g.m. (JR 1992), s. 494; Schröder, a.g.m., s. 289; Letzgus, a.g.e., s. 120 vd.; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 547.

<sup>3033</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 322; Hoberg, a.g.e., s. 57. Doktrinde bir görüş ise konunun hem sistematik yerinden hem de teşebbüse atfindan hareketle suça iştirake hazırlık kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Schröder, a.g.m., s. 289.

sonucu olduğunun da göstergesidir. Çünkü ilk suç fikrini ortaya atan kişinin sadece suça yönelik iradesine üstünlük tanınması, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kanunda genel bir düzenleme olarak yer almasını gerekli kılar<sup>3034</sup>. Bu kapsamda teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılmasını<sup>3035</sup> ikilik sistemini ve bağlılık kuralını benimseyen ceza kanunları kapsamında açıklamak güçlük arz etmektedir. Daha açık ifadeyle, şerik hareketinin haksızlığı esas fiil haksızlığına dayanmakta ve bunun sonucu olarak azmettirme hareketinin cezalandırılması bakımından esas fiilden bağımsız bir değerlendirme yapılmamaktadır. Bununla birlikte teşebbüs aşamasında kalan azmettirme hareketinin haksızlığını salt, bağlılık kuralı kapsamında esas fiilin hukuka aykırılığına dayandırır sak<sup>3036</sup> ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi gerekir. Teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin cezalandırılmasının meşruluğuna yönelik açıklamalar doğrudan ceza hukukunun esas ve amacı ve aynı zamanda iştirak ve teşebbüs esaslarına dayandırılmak istenmektedir<sup>3037</sup>.

### 1. Teşebbüs Aşamasında Kalan Azmettirmenin Özel Tehlikeliliği

Alman ceza hukukunda<sup>3038</sup> ilgili hukuki değer bakımından özel bir tehlike arz ettiğinden kanun koyucunun burada hazırlık hareketini bağımsız bir ceza tehdidi kapsamına alması teşebbüste kalmış azmettirmenin cezalandırılmasının nedenini oluşturur<sup>3039</sup>. Nitekim teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede şeriklik ve teşebbüsün

<sup>3034</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 802.

<sup>3035</sup> Alman ceza hukukunda şerikliğin cezalandırılmasının nedenini açıklayan teoriler bağlamında failliğin cezalandırılmasının genişletilmesini bir yandan ACK md. 26 ve 27 düzenlemelerini diğer yandan ACK md. 30 düzenlemesini dikkate alarak ele alan bir teori geliştirilememiştir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 322.

<sup>3036</sup> Bu bağlamda teşebbüs aşamasında kalan şeriklikte cezalandırmanın olmaması gerektiğine yönelik yaklaşım, fiil hâkimiyeti eksikliğine dayanmaktadır. Bununla birlikte fiil hâkimiyeti esasının objektif olarak icra aşamasına ulaşmış fiil bakımından gerekli olduğu ve teşebbüs aşamasında kalan şeriklik paralelinde fiil hâkimiyetine uygun şekilde hazırlık hâkimiyetinin bulunmadığı, bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin cezalandırılabilmesi görüşü için bkz. Letzgus, a.g.e., s. 142. Yazara göre suça hazırlık alanında fiil hâkimiyeti daha az veya daha fazla cezaya liyakat bakımından belirleyici bir kriter olamaz. Her bir katılanın gerçekleştirdiği hareketin tehlikeliliğinin derecesi olası fiil hâkimiyetine (*prasumptiver Tatherrschaft*) göre değil, birlikte gerçekleştirmenin somut türüne göre belirlenir. Kaldı ki, fiil hâkimiyeti faillik ile şeriklik arasındaki ayrım bakımından oluşturulan bir kavramdır; her bir katılanın cezaya liyakati üzerine bir işlevi bulunmamaktadır. Letzgus, a.g.e., s. 142.

<sup>3037</sup> Letzgus, a.g.e., s. 124. Buna yönelik olarak *Riemer* konuya farklı bir bakış açısı ile yaklaşarak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye ilişkin genel bir düzenlemeye kanunda yer verilmesi halinde, faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı ortadan kaldırdığını iddia ettiği sınırlı bağlılık kuralı yerine katı bağlılık kuralının uygulanmasının daha isabetli olacağı sonucuna ulaşmıştır. Riemer, a.g.e., s. 92.

<sup>3038</sup> Almanya dışında İsviçre, Avusturya, Danimarka, İspanya, İtalya, Macaristan, Romanya, Belçika ceza kanunlarında da teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Letzgus, a.g.e., s. 141.

<sup>3039</sup> Ibach, a.g.e., s. 60; Heinrich, a.g.e., s. 611; Kühl, a.g.e., s. 884.

karşısında cezalandırmanın bağımsız şekilde genişletilmesinin söz konusu olduğuna vurgu yapan *Letzgus*, öncelikle hukuk devleti ilkesinin maddi esasının ve anayasa tarafından garanti altına alınan genel hareket özgürlüğünün, ceza hukukunun insanların birlikte yaşamaya yönelik güvenliğe ilişkin zorunlu müdahaleleri ile sınırlanabileceğinin göz önünde bulundurulması<sup>3040</sup> gerektiğini belirtmiştir. Teşebbüs karşısında cezalandırmanın daha da ön aşamaya çekilmesinde özel bir önem atfedilen hukuki değerlere yönelik insan hareketinin özel tehlikeliliği kriter olarak esas alınmalıdır. Burada ceza hukukunun önleyici işlevinin ön planda tutulması gerekmektedir. Bu nedenle hangi durumlarda böyle bir özel tehlikeliliğin hazırlık hareketinin cezalandırılmasını gerektireceği incelenmelidir. Öncelikle doğrudan tehdit edilen hukuki değerlerin özel değeri bakımından özellikle geniş kapsamlı korumanın da gerekli olduğu durumlarda hazırlık hareketinin her bir türüne karşı cezalandırmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda devlete karşı işlenen suçlar alanında ceza hukuku önleyici işleviyle görevini yerine getirmektedir<sup>3041</sup>.

Bununla birlikte tehlikelilik bakımından belirlenen şekilde içerik olarak sınırlandırılan hazırlık hareketleri de bağımsız olarak ceza altına alınabilir<sup>3042</sup>. Hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği bu ihtimallerin dışında kanun koyucu her bir hukuki değer bakımından olmayıp hukuki değerlerin büyük bir bölümünü içerecek şekilde bunlara yönelik özel tehlikenin varlığını ceza altına almasının diğer bir görünüm şeklini iştirak halinde işlenen suçlar bakımından teşebbüs aşamasında kalan şeriklik kapsamında kabul etmiştir<sup>3043</sup>. Bu kapsamda ele alınan özel tehlike bakımından tehlikelilik unsuru iki farklı açıdan değerlendirilebilir. Bir bakımdan henüz hâkim olunamayan nedensel sürecin devreye sokulmasında diğer açıdan ise irade oluşturmada mevcuttur<sup>3044</sup>.

İradenin oluşturulması birden fazla kişinin suçun işlenmesine yönelik irade uyuşmasıyla veya suç kararına yönelik bağlantılarıyla oluşan karşılıklı ilişki ve yükümlülükte bulunmaktadır<sup>3045</sup>. Tek başına hareket eden kişinin aksine birden fazla

---

<sup>3040</sup> *Letzgus*, a.g.e., s. 120.

<sup>3041</sup> *Letzgus*, a.g.e., s. 121.

<sup>3042</sup> *Letzgus*, a.g.e., s. 121. Yazar patlama veya radyasyon cürmünün hazırlık hareketlerinin (ACK md. 310) bu nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bkz. Rogall, a.g.m. (FS Puppe), s. 861 vd.

<sup>3043</sup> *Letzgus*, a.g.e., s. 121.

<sup>3044</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 287.

<sup>3045</sup> Schröder, a.g.m., s. 289.

kişinin birlikte hareket etmesi halinde her zaman az veya çok psişik telkin aracılığıyla birbirini etkilemesi durumu söz konusudur<sup>3046</sup>. Telkin hem bir kişinin diğer bir kişi üzerindeki üstün gelen etkisi şeklinde ortaya çıkabilir ki, azmettirmede mevcut olan görünüm şekli budur; hem de birden fazla kişiden birinin diğerlerini etkilemesi diğer bir ifadeyle karşılıklı telkin şeklinde ortaya çıkabilir<sup>3047</sup>. Suç için anlaşma ve çete benzeri yapılanmalar kapsamındaki suçlar bakımından durum bu şekildedir<sup>3048</sup>. Azmettiren sözde failin motivasyon sürecine müdahale eder ve onun özgür irade oluşumuna zarar verir. Burada özel tehlike azmettirenin telkin edici etkisinin aslında failin bilinçaltına etki etmesinde oluşur. Böylelikle failin kontrol mekanizmasına zarar vererek hukuka uygun hareket etmesini güçleştirir<sup>3049</sup>. Buna karşılık tek başına suç işlemeye karar vermiş kişi üzerinde bu şekilde kontrol mekanizmasına zarar verilerek oluşturulan telkin edici etki bulunmamaktadır<sup>3050</sup>. Aynı zamanda üçüncü bir kişi tarafından tek başına suç işlemeye karar vermiş failin bu kararından döndürülmesi azmettirilen failin suç kararından döndürülmesinden daha kolaydır<sup>3051</sup>. Bu nedenlerden ötürü azmettirme sonucunda ortaya çıkan suç kararı korunan hukuki değer bakımından tek başına karar vermiş failin kararından esas olarak daha tehlikelidir<sup>3052</sup>.

## 2. Şerikliğin Cezalandırılma Nedenine İlişkin Teoriler Kapsamında Değerlendirilmesi

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılabilirliğini meşru bir temele dayandırmanın mümkün olduğu yaklaşımlar öncelikle şerik haksızlığını failin gerçekleştirdiği haksızlıktan bağımsız şekilde ele alanlardır. Nitekim salt neden olma teorisi kapsamındaki teoriler azmettiren ve yardım edenin davranışlarıyla ceza kanununun özel hükümlerinde düzenlenen suç tiplerinde yer alan hukuki değerleri bizzat

---

<sup>3046</sup> Letzgas, a.g.e., s. 126.

<sup>3047</sup> Letzgas, a.g.e., s. 127.

<sup>3048</sup> Letzgas, a.g.e., s. 127.

<sup>3049</sup> Letzgas, a.g.e., s. 127.

<sup>3050</sup> Letzgas, a.g.e., s. 128.

<sup>3051</sup> Letzgas, a.g.e., s. 128.

<sup>3052</sup> Letzgas, a.g.e., s. 128. Benzer yönde bkz. Bloy, a.g.m. (JR 1992), s. 495; Geppert, a.g.m. (JURA 1997), s. 547. Bununla birlikte *Letzgas*'a göre, hazırlık hareketini ceza altına almak şeklinde cezalandırmanın öne çekilmesi düşünce ceza hukukuna kayma ihtimalini de içinde barındıran bir meseledir. Bu nedenle bu nitelikteki hareketlerin tespitinde, her ne kadar suç kararı içinde sübjektiflik barındıran bir unsur olmakla birlikte, objektif olarak değerlendirilebilir ve ölçülebilir tehlikelilik kriterinin dikkate alınması gerekir. Letzgas, a.g.e., s. 136.

ihlal ettikleri esasına dayandıkları<sup>3053</sup> için; teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması, bu teoriler ile uyum arz eder. Şerikliğin cezalandırma nedenini şerikin de davranış normunu ihlal ettiği kabulüne dayandıran bu yaklaşıma göre, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin izahı mümkündür. Nitekim şerik davranış normunu ihlal etmekte ve böylelikle haksızlığı gerçekleştirmektedir<sup>3054</sup>. Bu, aynı zamanda muhatabında suçun işlenmesine ilişkin engel olma eşiğini ortadan kaldırmaya yönelik çaba ile hukuki değere yönelik tehlike oluşturulmasına dayanır<sup>3055</sup>. Nitekim *Schmidhäuser* şerikliğin hareket değersizliğinin bağımsızlığını teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin ceza altına alınması ile gerekçelendirir. *Schmidhäuser*'in bakış açısıyla bu düzenleme şerik haksızlığının protipini oluşturur. Sadece suça iştirak alanında yer alan ve özel tehlikelilik içeren hazırlık hareketinin cezalandırılması için yer verilen özgü bir düzenleme değildir<sup>3056</sup>. Şerikliğin yasaklanan davranış olarak tanımlanması teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin düzenlendiği hükümden de doğrulanır. Cezalandırma zorunlu olarak bir davranış normunun ihlalini şart koştuğundan, kanun koyucunun değerlendirmesine göre teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede de bir değersizlik mevcuttur. Bu değersizlik hukuki değerlerin bir davranışla tehlikeye sokulmasında bulunmaktadır<sup>3057</sup>.

Ayrıca kusura iştirak teorisine göre ise azmettiren ve yardım edenin cezalandırılmasının sebebi sadece korunan hukuki değere yönelik davranışlarının saldırı teşkil etmesi değil, ayrıca esas olarak faili kusurlu hareketlere yönelterek onu kusura bulaştırması olduğu için<sup>3058</sup>, burada da teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bağımsız olarak gerçekleştirdiği haksızlık söz konusudur. Benzer şekilde şerike özel

---

<sup>3053</sup> Bkz. yuk. s. 104 vd.

<sup>3054</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 135.

<sup>3055</sup> Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 957.

<sup>3056</sup> Schmidhäuser, a.g.e., s. 269. Aynı şekilde *M. K. Meyer* de teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeyi şerik haksızlığının bağımsızlığına yönelik argüman olarak kabul etmiştir. *M. K. Meyer*, a.g.m. (GA 1979), s. 255.

<sup>3057</sup> Renzikowski, a.g.e., s. 135; Sax, a.g.m. (ZStW 1978), s. 957. Teşebbüs aşamasında kalan yardım etme bakımından ayrıca bizzat fail tarafından gerçekleştirilen hazırlık hareketlerinin cezasızlığından söz edilmesi gerekir. Yardım etme bakımından cezalandırılan davranış alanının daha ağır bir iştirak şekli olan faillüğüne nazaran daha geniş belirlenmesi çelişki oluştururdu. Buna karşılık teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması prensip olarak mümkündür. Azmettirmenin muhatabı, söz konusu edilen suçu işlemeye hazır olduğunu açıkladığında, azmettirenin ceza sorumluluğu failin sorumluluğunun ötesine geçmez. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme ile teşebbüs aşamasında kalan yardım etme arasındaki farklılık failin planlanan suçun icrasına yönelik eksik olan araç ve bilgiyi bizzat temin edebileceği ancak bizzat suça yönlendirilemeyeceği noktasında bulunmaktadır. *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 536.

<sup>3058</sup> Bkz. yuk. s. 89 vd.

hükümlerde korunan hukuki değerin ihlalinin yanında failin haksızlığına karışması nedeniyle sosyal barışın bozulmasının da isnat edilmesi gereğini ileri süren haksızlığa iştirak teorisi<sup>3059</sup> kapsamında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması teori ile çelişki arz etmez. Teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin belli bir dereceye kadar ceza tehdidi altında olması (cürümler için geçerli), haksızlığa iştirak teorisiyle uyumsuz değildir<sup>3060</sup>. Bu yaklaşıma göre, şerik haksızlığı ilişkili olduğu esas fiilin gerçekleştirilmek zorunda olmasından değil, esas fiilin haksızlık içeriğinden ortaya çıkar<sup>3061</sup>.

Başkasının kasten gerçekleştirilen haksızlığına kasıtlı olarak yaptığı katkıyla dayanışmaya giren şerikin bu dayanışmayla hukuk düzeninin geçerliliği bakımından sosyo-psikolojik bir tehlike yarattığı esasına dayanan yaklaşıma göre de teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması mümkündür. Zira bu yaklaşıma göre azmettiren failin hukuk karşıtı iradesini harekete geçirmesiyle hukuk düzenine yönelik genel inancı sarsarak etkiye yol açmaktadır<sup>3062</sup>.

Teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin ceza altına alınması benimsenen suçta iştirak sistemine göre farklılık gösterdiği gibi aynı sistemi benimsemiş ceza kanunları bakımından da aynı sonucun kabul edildiği söylenemez. Diğer bir ifadeyle şerik bağımsızlığını kabul eden sistemde teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin mutlaka ceza altına alınması beklenemez. Aynı şekilde şerikliğin bağılı sorumluluğunu kabul eden sistemlerde de teşebbüs aşamasında kalan şeriklik cezalandırılabilir. Bunun şerikliğin cezalandırılma nedeni temelinde tutarlı bir açıklaması yapılamasa da ceza gerekliliğinin değerlendirilmesine yönelik bir konu olarak ele alınabilir. Daha önceleri teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması dogmatik gerekçelerle açıklanmaya çalışılırken, hâlihazırda ceza kanunlarında teşebbüs aşamasında kalan şerikliği düzenleyen sistemler bunu münhasıran ceza politikası gerekçelerine dayandırmaktadır<sup>3063</sup>. Nitekim *Roxin*'e göre teşebbüs aşamasında kalan azmettirme

<sup>3059</sup> Bkz. yuk. s. 96 vd.

<sup>3060</sup> Bu görüş için bkz. Meyer, a.g.m. (GA 1979), s. 255. Ayrıca bkz. Mitsch, a.g.e., s. 82.

<sup>3061</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 251. Bu kapsamda bir görüş de işlenen suçun türüne göre (cürüm-cünha ayrımı) azmettirmenin haksızlık içeriğinin de farklılaşacağını, bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan cünha bakımından cezasızlık sonucunun haksızlığa iştirak teorisi ile bağdaşmaz nitelikte olmadığını kabul etmektedir. Lüderssen, a.g.e., s. 53.

<sup>3062</sup> Bkz. yuk. s. 118 vd.

<sup>3063</sup> Letzguş, a.g.e., s. 140; Schröder, a.g.m., s. 289. Doktrinde konuya ilişkin farklı bir bakış açısı ileri sürülmüştür. *Hamdorf*'a göre, iştirak şekilleri cezasız kalan davranışı cezalandırılan davranıştan değil,

şeriklik kapsamında değerlendirilemez. Çünkü teşebbüs aşamasında kalan şeriklikte esas fiilin hukuki değeri ihlal eden karakterinden söz edilemez<sup>3064</sup>. Belirtmelidir ki, kural olarak teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin daha fazla cezasızlık alanına sahip olması, onun kriminal tehlikeliliğinin ilk olarak gerçek bir esas fiile yol açması halinde ortaya çıkması sebebiyledir. Ayrıca teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin cezalandırılması (özellikle yardım etme bakımından) salt düşünce ceza hukuku tehlikesine de sebep olabilecektir<sup>3065</sup>.

## E. TÜRK CEZA HUKUKU BAKIMINDAN TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN AZMETTİRMENİN CEZALANDIRILMASI GEREKLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk ceza hukukunda benimsenen teşebbüs sistemi ile mevcut haliyle bağlılık kuralı düzenlemesi birlikte ele alındığında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılmasının<sup>3066</sup> teorik izahı zorluk arz eder<sup>3067</sup>. Bununla birlikte genel hükümlerde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, bu nitelikteki hareketlerin cezalandırılabilirliği ihtimali tamamen reddedilmemiştir. Nitekim özel hükümlerde yer verilen suç tipleri ile teşebbüs aşamasında kalan şerikliğin cezalandırılma yolu açılmıştır. Bu bağlamda TCK md. 214 ve 216 düzenlemeleri örnek gösterilebilir<sup>3068</sup>. Bu hükümler aracılığıyla kanun koyucu tarafından böyle bir ayırım yapılmamakla birlikte, özellikle terör suçlarına hazırlık teşkil

---

farklı cezaya liyakat içeriğine sahip davranışları birbirinden ayırır. Bu bağlamda kanun koyucunun cezaya liyakat içeriğini korumaya layık görmeyecek kadar az kabul ettiği belirli durumlarda (teşebbüs aşamasında kalan yardım etme) cezalandırma yoluna gitmez. Ancak bu tamamen ceza gerekliliği mülahazalarından kaynaklanır, bu tür davranışların cezalandırma nedeninden yoksun olduğu çıkarımında bulunulamaz. Hamdorf, a.g.e., s. 243.

<sup>3064</sup> Roxin, a.g.m. (FS Stree/Wessels), s. 366.

<sup>3065</sup> Welzel, a.g.e., s. 115.

<sup>3066</sup> *Kunter*, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin Türk ceza hukukunda cezasız kalmasının ikilik sisteminin yarattığı bir sakınca olarak görmüştür. Yazar suçun sadece maddi yönünün dikkate alındığını bununla birlikte suçlu yönünün dikkate alınmadığına dikkat çekerek, azmettirmenin esas fiilin işlenmemesine karşın elinden gelen her şeyi yapması halinde cezasız kalmasını doğru bulmamıştır (Kunter, a.g.m., s. 87). Benzer yönde Özbek vd., a.g.e., s. 498. Bu konuya ilişkin olarak *Erem* ise, failin suçu işlememiş olması halinde iştirake teşebbüsü gösteren maddi vakıalar bulunsa bile cezalandırılmayacağını bunun ayrıca teşebbüsün bütünlüğünün bir gereği olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte gerçekleştirilen hareketin toplum bakımından kişinin tehlikeli biri olduğunu göstermesi halinde cezalandırmada yarar olacağını da eklemiştir. Erem, a.g.m., s. 73.

<sup>3067</sup> Nitekim *Aydın*, TCK'nın teşebbüste objektif ceza hukuku anlayışını benimsediğinden hareketle iştirake bundan vazgeçilerek sübjektif ceza hukuku anlayışının benimsenmesinin isabetli olmadığını, teşebbüs için aranan doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanılmış olması kıstasının böyle bir ihtimalde uygulanamayacağını belirtmiştir. Aydın, a.g.e., s. 266.

<sup>3068</sup> Evik, a.g.e., s. 174; Demirbaş, a.g.e., s. 512.

eden hareketler suç olarak tanımlanmıştır<sup>3069</sup>. Bu gereklilik sadece 5237 sayılı TCK ile dikkate alınmış bir özellik arz etmemektedir. Benzer şekilde eski Kanunda yer verilen düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim 765 sayılı TCK'da yalancı tanıklık, bilirkişilik ve tercümanlık suçları (765 sayılı TCK md. 286, 291) bakımından azmettirenin failin suçu işlemesine gerek olmaksızın cezalandırılması sağlanmıştı<sup>3070</sup>.

Türk doktrininde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması gerekliliğine yönelik görüşler<sup>3071</sup>, azmettirmenin bağlılığını kabul etmekle birlikte, azmettirmenin teşebbüs aşamasında kalmış olması halinin cezaya layık haksızlık<sup>3072</sup> teşkil edebileceğini belirtmektedirler. Nitekim *Koca/Üzülmez*, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin failin fiilinden bağımsız olarak cezaya layık bir haksızlık olabileceğini<sup>3073</sup> ve bu durumda cezalandırılabilirliğin bağlılık kuralından ayrı olarak ele alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Kanunda özel bir düzenleme ile teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye yer verilebilecek olması, bu hususun bağlılık kuralı kapsamında değerlendirilmesi zorunlu olmayan bir husus olmasının sonucudur<sup>3074</sup>.

<sup>3069</sup> Zafer, a.g.e., s. 525.

<sup>3070</sup> Mahmutoğlu, a.g.m., s. 92.

<sup>3071</sup> Mahmutoğlu, a.g.m., s. 92; Taner, a.g.e., s. 537; Özgenç, a.g.e. (2019), s. 566; Özkan, a.g.e., s. 168; Demirel/Kartal, a.g.m., s. 465. *Taner*, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmede suçun işlenmemesinin azmettirenin iradesi dışında kalan sebeplerden ötürü olduğunu ve bu aşamaya kadar azmettirenin ahlaki kötülüğünü gösterdiğini belirtmiştir (Taner, a.g.e., s. 537). *Özgenç*, 5237 sayılı Kanun Tasarısında buna ilişkin hüküm konulması gerekliliğinin, hiç olmazsa yalan tanıklığa ilişkin 272. maddeye buna ilişkin bir hüküm konulması önerisinin kabul görmediğini belirtmiştir (Özgenç, a.g.e. (2019), s. 567). Özkan ise genel hükümlerde yer alacak teşebbüs aşamasında kalan azmettirme düzenlemesine karşı olduğunu açıkça belirterek, bazı suçlar bakımından ayrıca düzenlemeye yer verilebileceğini kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, a.g.e., s. 171. Konuya ilişkin *Demirel*, suçun içerdiği haksızlık oranının göz önünde bulundurulması bazı durumlarda azmettirmenin tek başına cezaya layık haksızlık teşkil edebileceğini ileri sürmüştür (Demirel, a.g.e., s. 250). Yazar muhtemel failde suç işleme kararı oluşturmaya yetecek nitelikte olmayan sevk etme hareketlerinin cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinden öteye geçmeyeceğini, buna karşılık sevk etme hareketinin karar oluşumuna sebep olması halinde cezalandırılabilirlik sınırını geçeceğini kabul etmektedir (Demirel, a.g.e., s. 348). Bu durumun ancak belli ağırlıktaki suçlar bakımından söz konusu olabileceğine dikkat çekmiştir. Demirel, a.g.e., s. 350. Benzer yönde bkz. Yılmaz, a.g.e., s. 248, dn. 1133.

<sup>3072</sup> *Evik*, İtalyan hukukundan örnek vermiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nda teşebbüs aşamasında kalan azmettirme bakımından ortaya çıkan sosyal tehlikelilik nedeniyle, hâkime takdir yetkisi tanınmakla birlikte, güvenlik tedbiri kapsamında yaptırım altına alınmıştır. Evik, a.g.e., s. 174.

<sup>3073</sup> Benzer yönde Özgenç, a.g.e. (2019), s. 567. Yazara göre azmettirme başlı başına bir haksızlık teşkil etmektedir (Özgenç, a.g.e. (2019), s. 567). *Özgenç*, TCK tasarısına ilişkin açıklamalarında teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme halinde *azmettirenin belli bir oranda cezalandırılabilmesi hususunda hâkime takdir yetkisi tanıyan bir hükmün Tasarıya konulması gerektiğini* belirtmiştir. Özgenç, a.g.m., s. 88.

<sup>3074</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 473.



Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme suç yapısı içinde esas olarak fiilin sübjektif unsurunun, diğer bir ifadeyle düşünce unsurunun dikkate alınmasını gerektirir. Fiil ceza hukukunun benimsendiği sistemlerde suçun ön alanına ait olan böyle bir hareketin cezalandırılması güçlük arz etmekle birlikte, kural olarak atipik nitelikteki hareketin şerikliğin bağlı yapısı kapsamında açıklanması bu durumu daha da zorlaştırmaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirimin genel hükümlerde düzenlenmesi tüm suç tipleri bakımından azmettirmeye ilişkin cezalandırılabilirlik alanının genişlemesi anlamına gelir. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan azmettirimin cezaya liyakati ve ceza gerekliliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada iştirak öğretisi kapsamında benimsenen fiil hâkimiyeti teorisi ve şerikliğin bağlı yapısı da dikkate alınmalıdır. Öncelikle her ne kadar mevcut düzenleme çerçevesinde azmettirme faille eşdeğer ceza kapsamına tabi olsa bile, azmettirimin haksızlık içeriğinin faillğe nazaran az olması azmettirimin suça iştirakte fiil hâkimiyetine sahip olmamasının bir sonucudur. Azmettirimin ve yardım edenin fiile yönelik katkısı failin fiile yönelik katkısından farklıdır. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirimin cezaya layık haksızlık teşkil ettiği iddiası hem niteliksel hem de niceliksel bağlılığın devre dışı bırakılması anlamına gelir. TCK gereğince bir suçun cezalandırılabilmesi suça ilişkin icra hareketlerinin doğrudan doğruya başlaması ile mümkündür.

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirimin cezalandırılmasına yönelik meşru temel oluşturmak bakımından ileri sürülen failin ahlaki kötülüğünü ortaya çıkarması, faile karşı gerçekleştirilen bir haksızlık teşkil ettiği şeklindeki sebeplerin artık geçerliliğinin kalmadığı kabul edilmekle birlikte, ileri sürülen farklı gerekçelerin de bahsi geçen sebeplerin yansıması olduğunu belirtmek gerekir. Failin tek başına suç işleme kararı vermesi halinde vazgeçmesinin daha kolay olması veya sadece failde oluşturulan suç işleme kararı ile hukuki değere yönelik tehlike olduğu iddiası esas fiile ilişkin icranın söz konusu olamayacağı bir durumda meşru bir dayanağa sahip değildir. Bu gibi durumlar fail üzerindeki manevi etkiyi esas almakta ve adeta azmettirmeyi faile karşı gerçekleştirilen bir fiil şeklinde sınırlandırmaktadır. Bu aynı zamanda diğer şeriklik türü olan yardım etmenin teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde cezasızlığı üzerinden de açıklanabilir. Zira bu nitelikteki yardım etme hareketlerinin cezasızlığı objektif tehlikesizlik içeren durumlara ceza hukukunun müdahale etmemesi gerektiği üzerinden gerekçelendirilmiştir. Ayrıca teşebbüs aşamasında kalan yardım etmenin

cezalandırılmasında sübjektif kriterlerden hareket edilmesi gerektiği, failin cezalandırılabilir fiili bulunmaksızın cezalandırılabilirliğin söz konusu olması nedeniyle cezasız kalacak hareketler ile cezalandırılabilir hareketler arasındaki ayrımın belirsizleşeceği ve tüm bunların belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği argümanlarının<sup>3075</sup> teşebbüs aşamasında kalan azmettirme bakımından neden ileri sürülemeyeceğini anlamak güçtür. Failde suç işleme kararı oluşturma şeklinde karakterize edilen azmettirme, yardım etme gibi tek başına hukuki değer üzerinde cezalandırılabilir nitelikte bir ihlali ortaya çıkarmaz. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin tüm suçları içerecek şekilde cezalandırılması ancak ceza politikasına dayanan sebeplerle haklı kılınabilir. Bu bağlamda genel hükümlerde tüm suç tipleri bakımından geçerli olacak şekilde düzenlemeye yer verilmesi hem şerikliğin bağlı niteliği ile hem de TCK'nın benimsediği teşebbüs sistemi ile çelişki arz eder. Çünkü TCK'da ACK'nın aksine bir failin cezalandırılabilirlik sınırının tespiti objektif esaslar çerçevesinde belirlenmiştir. Oysa ACK'da elverişsiz teşebbüsün dahi cezalandırılmasını sağlayan sübjektif esasın ağır bastığı karma sistem benimsenmiştir. Her ne kadar teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin hukuki niteliği teşebbüs bağlamında değerlendirilemezse de, genel hükümlerde böyle bir düzenlemeye yer verilmesi teşebbüs sistemi ile temelden ayrıma sebep olacaktır. Böyle bir düzenleme ayrıca belirli suçlar bakımından sınırlama getirilse bile teşebbüs aşamasında kalan tüm azmettirme hallerinin, nitekim muhtemel failde suç işlemeye yönelik kararın bile oluşmadığı durumun ceza tehdidinde maruz kalmasına sebep olur. Bu nedenle bu kuruma ihtiyaç duyulan suç tiplerini kapsayacak bir düzenleme ile teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin ancak sınırlı hallerinin ceza altına alınması daha isabetlidir. Diğer bir ifadeyle, cezalandırılabilirlik alanının belirlilik ilkesi gereğince sınırlı tutulması adına, söz konusu hareketin dar kapsamda belirlenmesi gerekir.

Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin söz konusu olduğu durumlar bakımından ayrıca çalışmanın ilgili yerlerinde değinildiği üzere hata kurumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, failin şahısta hatasının azmettirenine isnat edilemediği durumlarda azmettiren bakımından teşebbüs aşamasında kalan azmettirme gündeme gelmektedir. Benzer şekilde arka planda yer alan azmettirme kastıyla hareket etmesine

---

<sup>3075</sup> Demirel, a.g.e., s. 355.

rağmen ön planda yer alanın fiili taksirle gerçekleştirilmesi halinde teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeden dolayı sorumluluk belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bahsedilen durumlarda özellik arz eden husus, azmettirme hareketinin sebep olduğu suç kararına binaen fail tarafından gerçekleştirilen fiilin hukuki değer ihlaline sebebiyet vermiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, azmettirme hareketi henüz failin suç kararı almasıyla ve fakat hukuki değer ihlaline yönelik tehlike oluşturmadan başarısız olmuş değildir. Burada hata sebebiyle arka planda yer alanın sorumluluğunu gerçekleştiren neticeden dolayı belirlemek söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle arka planda yer alanın hatasının söz konusu olduğu durumda teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye ihtiyaç duyulmaktadır.

#### IV. NİTELİKLİ HALLERİN AZMETTİRENİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

##### A. SUÇA ETKİ EDEN DURUM OLARAK NİTELİKLİ HAL KAVRAMI

Ceza sorumluluğunu etkileyen haller, suçun niteliğinde değişiklik yapmayan bununla birlikte suçun niteliğine etki eden ve bunun daha az veya daha fazla ceza ile cezalandırılması veya cezanın tamamen kaldırılması sonucunu ortaya çıkaran hallerdir<sup>3076</sup>. Bu bağlamda daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller yer almakla birlikte cezasızlık sebepleri de bulunmaktadır<sup>3077</sup>. Bununla birlikte kusur yeteneğine etki eden durumlar ve tekerrür gibi faile ilişkin hususlar bu kapsamda değildir<sup>3078</sup>. Nitekim alkol veya uyuşturucu madde etkisi (TCK md. 34), yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya haksız tahrik gibi kusuru etkileyen genel nedenler ceza sorumluluğunu etkileyen haller kapsamında değerlendirilmez<sup>3079</sup>. Belirtilen bu durumlar fiilin haksızlık niteliği üzerinde değil, fail bakımından dikkate alınan kusurluluk incelemesi üzerinde önem arz eder. Nitekim haksız tahrik<sup>3080</sup> veya uyuşturucu madde etkisi altında suç

<sup>3076</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 512; Zafer, a.g.e., s. 550; Evik, a.g.e., s. 287; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 652.

<sup>3077</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 512. Yazarlar, faillerden birinde bulunan sebep dolayısıyla suçun niteliğinin değişmesi durumunun bu kapsamda incelenmemesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bu, iştirakin suçun bütün şerikler bakımından aynı olması şartı kapsamında incelenmesi gereken bir husustur. Özgü suçlarda gerekli olan ilgili nitelik bu kapsamdadır (Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 512). *Demirbaş*, ceza sorumluluğunu etkileyen haller kapsamında nitelikli halleri gerçek haller; cezasızlık sebeplerini ise gerçek olmayan haller şeklinde nitelendirmiştir (Demirbaş, a.g.e., s. 528 vd.).

<sup>3078</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 512; Riemer, a.g.e., s. 57.

<sup>3079</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 653.

<sup>3080</sup> Haksız tahrik, eski TCK döneminde şahsa ilişkin genel bir hafifletici neden olarak kabul edilmekteydi. Zafer, a.g.e., s. 551.

işlenmesi halinde; fiilin haksızlık içeriğinde azalma olmaz, bu nedenler failin kusurunun azalmasına neden olduğu için cezasında indirim söz konusu olur<sup>3081</sup>.

Ceza sorumluluğunu etkileyen haller kapsamında yer almakla birlikte suça katılan diğer kişilere sirayetin konusunu oluşturmeyen haller cezasızlık sebepleridir. Bunlar suçun daha fazla veya daha az cezayı gerektiren unsurları olmayıp sadece şahsında bu sebep bulunan bakımından etki eder<sup>3082</sup>. Bu durumda fiil yine haksızlık teşkil eder ancak bazı nedenlerle kişiye ceza verilemez<sup>3083</sup>. TCK bağlılık kuralının düzenlendiği maddede (md. 40/1 c.2), kusurun dışında diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebeplerin de göz önünde bulundurulmayacağına yer vermiştir. Böylelikle suçun haksızlık unsurlarını oluşturmeyen veya suçun nitelikli unsurları kapsamına girmeyen hallerin sorumluluk üzerindeki etkisi ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenler kişisel nitelikte olduğundan sadece kendisinde bulunan için dikkate alınır<sup>3084</sup>. Ayrıca bunlar suçun maddi unsurları kapsamına girmediklerinden dolayı kendisinde bulunan kişinin bilip bilmemesi de önem arz etmez<sup>3085</sup>.

Cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri<sup>3086</sup> veya cezayı kaldıran şahsi sebeplerdir<sup>3087</sup>. Şahsi cezasızlık sebepleri suçun işlenmesinden önce

<sup>3081</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 653.

<sup>3082</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 513; Zafer, a.g.e., s. 555; Demirel, a.g.e., s. 482.

<sup>3083</sup> Akbulut, a.g.m., s. 203.

<sup>3084</sup> Akbulut, a.g.m., s. 202.

<sup>3085</sup> Akbulut, a.g.m., s. 208.

<sup>3086</sup> “Cumhurbaşkanının vatana ihanet dışında sorumlu olmaması, milletvekili sorumsuzluğu, gönüllü vazgeçme (m. 41), bazı suçların belli akrabalık ilişkisi içerisinde bulunanlar tarafından işlenmesi (m. 273/1, 284/4) veya birbirlerine karşı işlenmeleri (m. 167, 245/4)), kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (m. 281/1), işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçtan elde ettiği eşyayı satması (m. 165) gibi nedenler cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık nedenleridir. Örneğin, hırsızlık mala zarar verme, güveni kötüye kullanma suçlarının kanunda yazılı belli akrabalık derecesine sahip kişiler aleyhine işlenmesi halinde failin cezalandırılması mümkün değildir (TCK 167/1 md)”. Akbulut, a.g.m., s. 203. Kanun koyucu şahsi cezasızlık sebeplerini TCK md. 40 kapsamında düzenlemiş olmakla birlikte, daha az cezayı gerektiren kişisel nedenlere açıkça yer vermemiştir. Nitekim hırsızlık suçunun; aynı konutta yaşayan dayı, hala teyze, yeğen vs. aleyhine işlenmesi halinde failin cezasında indirim yapılması, daha az cezayı gerektiren kişisel nedene dayanmaktadır. Akbulut bu durumda “çok azı da içerir” kuralından hareketle bu nitelikteki kişisel sebeplerin de düzenleme kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca TCK md. 40’ın gerekçesinde de daha az cezayı gerektiren kişisel nedenlere ilişkin şu açıklamaya yer verilmiştir: “... cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar.”

<sup>3087</sup> Etkin pişmanlık cezayı kaldıran şahsi sebep teşkil eder. Etkin pişmanlık tüm suçlar bakımından geçerli değildir. Bazı suçlar açısından etkin pişmanlık gösterilmesi bu nitelikte kabul edilmiştir. Nitekim hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri vermesi veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilecektir. Sadece pişman olan iştirak eden bakımından hüküm uygulanabilir, diğerlerinin

bulunan sebepler iken, cezayı kaldıran şahsi sebepler suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve kişinin cezalandırılmamasını veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir<sup>3088</sup>. Bunlar kanunun açıkça düzenlediği hallerde tayin edilen sonuç ceza miktarı üzerinde etkili olsa dahi, suça etki ederek onun daha ağır veya daha hafif sayılmasını gerektiren neden teşkil etmezler<sup>3089</sup>.

Nitelikli haller<sup>3090</sup>, ilgili suçun haksızlık içeriğini azaltan veya artıran ve bu nedenle suçun temel şekline göre daha az veya daha çok ceza verilmesini gerektiren hallerdir<sup>3091</sup>. Ceza sorumluluğunu etkileyen haller kapsamında daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallere ilişkin<sup>3092</sup>, suça katılanlar bakımından ne şekilde değerlendirilme yapılması gerektiği hususu, doktrinin üzerinde görüş birliğine vardığı bir sonuca ulaşmamaktadır.

## B. NİTELİKLİ HALLERİN BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA ŞERİKLERE SİRİYETİ

5237 sayılı TCK'da fail tarafından gerçekleştirilen nitelikli hallerin diğer suça katılanlara etkisinin ne şekilde ele alınması gerektiğine yönelik<sup>3093</sup> ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır<sup>3094</sup>. Bununla birlikte 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konuya ilişkin

---

sorumluluğunun devam etmesine engel olmaz. Bunun dışında etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği belirlemelere TCK md. 93, 110, 184/5, 192, 248, 254, 269, 274, 281, 293 örnek gösterilebilir. Kaymaz, a.g.m., s. 148.

<sup>3088</sup> Akbulut, a.g.m., s. 203; Kaymaz, a.g.m., s. 148.

<sup>3089</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 652.

<sup>3090</sup> TCK md. 61/4'te suça etki eden nedenler, "nitelikli hal" olarak ifade edilmiştir. Düzenleme "Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce arttırma sonra indirme yapılır." şeklinde ele alınmıştır.

<sup>3091</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 125; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 652.

<sup>3092</sup> "Suça etki eden nedenlerden kanunda açıkça düzenlenmiş olanlara kanuni (TCK m. 61/10), uygulanmaları hâkimin takdirine bırakılmış olanlara ise takdiri nedenler (TCK m. 62) denmektedir. TCK'nın genel hükümlerinde düzenlenmiş ve bütün suç tipleri için geçerli olan nedenler genel; özel hükümlerinde düzenlenen ve belli suçlar için uygulananlar ise, suça etki eden özel nedenler olarak sınıflandırılmaktadır." Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 654.

<sup>3093</sup> Nitelikli hallere ilişkin düzenlemeye yer verilmeyişi TCK'nın 40. maddesinin gerekçesinde, "Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, 'kişisel ağırlatıcı nedenlerin' ve 'fiili ağırlatıcı nedenlerin' şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, 'ağırlatıcı neden'lerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 43. madde hükümleri metinden çıkarılmıştır" şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>3094</sup> Benzer şekilde Fransa, Danimarka, Belçika ceza kanunlarında da ayrı bir düzenlemeye yer verilmediği ve bu nedenle bu sebeplerin, suça katılanların bilgisi dahilinde olup olmadığına bakılmaksızın, sirayet edeceğine yönelik bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 515.

düzenleme<sup>3095</sup> bulunmaktaydı<sup>3096</sup>. Bunun yanı sıra ACK'da nitelikli halleri kapsayan ayrı bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle 765 sayılı TCK genel olarak dikkate alınacak, sonrasında ise ACK kapsamında Alman hukukunda konunun ne şekilde ele alındığı incelenecektir. Ulaşılan sonuç bağlamında 5237 sayılı Kanunla getirilen bağlılık kuralı düzenlemesinin bu alandaki ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı konusu irdelenecektir.

### 1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 63 ve devamı maddelerinin tercümesi niteliğindeki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 64 ve devamı maddelerinde iştirakle ilgili hükümlere yer vermiştir. Düzenlemede asli iştirak-fer'i iştirak ayrımı yapılmış, azmettirme asli iştirak kapsamında düzenlenmiştir (md. 64). Ayrıca şahsi ve fiilî sebeplerin ortaklara sirayeti (md. 66, 67)<sup>3097</sup>, suça katılanların cezalarının işlenmiş fiile göre tespit edileceği hükme bağlanmıştır. Düzenlemede nitelikli hal yerine ağırlatıcı veya hafifletici nedenler ifadesi kullanılmıştır<sup>3098</sup>. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bağlılık kuralıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, belirtilen düzenlemelerden Kanunumuzun iştirakte bağlılık kuralını kabul ettiği ifade edilmiştir<sup>3099</sup>.

Eski TCK cezayı kaldıran ve cezayı azaltan durumların diğer suça katılanlara yönelik etkisi bakımından düzenlemeye yer vermemekte, sadece cezayı artıran durumlara ilişkin hüküm (md. 66,67) içermektedir<sup>3100</sup>. Bu bağlamda herhangi bir ortakta<sup>3101</sup> mevcut

<sup>3095</sup> 765 sayılı kanunun 66. maddesinde “*Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve idam ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezasına hükmolunur*” düzenlemesi bulunmaktaydı.

<sup>3096</sup> 5237 sayılı TCK Tasarısına da 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 66 ve 67. maddeleri aynen alınmıştır (md. 41, 42). Özgenç, a.g.m., s. 90.

<sup>3097</sup> 765 sayılı TCK md. 66'ya göre; “*Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder.(...)*”

Md. 67'ye göre ise; “*Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir.*”

<sup>3098</sup> Akbulut, a.g.m., s. 205.

<sup>3099</sup> Akbulut, a.g.m., s. 175

<sup>3100</sup> Erem, a.g.m., s. 100.

<sup>3101</sup> *Bu hüküm şerikte bulunan şahsi ağırlatıcı nedenin fail için de uygulanması yönünden eleştirilmiştir.* Akbulut, a.g.m., s. 205.

olan cezayı artıran şahsi sebep diğer ortaklara da sirayet eder<sup>3102</sup>. Bu bakımdan aranan tek şart cezayı artıran sebebi ortağın suça iştirak anında<sup>3103</sup> biliyor olmasıdır<sup>3104</sup>. Ayrıca maddede kendisinde bu neden bulunmayanlar için cezanın indirilmesi imkânı da getirilmiştir. Bu bağlamda indirimin ölüm ve müebbet hapis cezasında mecburi, diğer hallerde ihtiyari olduğu kabul edilmiştir<sup>3105</sup>. Fiilî sebepler ise tüm ortaklara sirayet eder<sup>3106</sup>. Bu bağlamda özellik arz eden husus, cezayı ağırlaştırıcı fiilî nedenin bulunduğu ortak şerik olsa da faile uygulanması kabul edilmekteydi<sup>3107</sup>. Fiilin işlendiği zamanda bu sebebe vakıf olunması<sup>3108</sup> yeterlidir<sup>3109</sup>. Buna karşılık Kanunun cezayı kaldıran ve azaltan durumlara ilişkin hüküm içermemesinden bunların sadece kendisinde bulunan suça katılan bakımından etki doğuracağı sonucuna varılmıştır. Bunlar için geçerli olan şahsiliktir<sup>3110</sup>.

Bununla birlikte nitelikli hallerin sirayeti konusunda ortaya çıkan sorunların ikilik sisteminin bir getirisi olduğuna dikkat çeken *Dönmezer/Erman*, bu konuya ilişkin failde bulunan daha fazla veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin şerikler bakımından da uygulanması gerekirken; şerikte bulunan nitelikli hallerin hiçbir şekilde faile etkisinin bulunmaması gerektiğini kabul etmişlerdir. Yazarlar işlenen suçun failin suçu olmasını

<sup>3102</sup> Erem, a.g.m., s. 102. Kanun düzenlemesinin cezayı artıran şahsi sebebin sadece asli maddi fail ile fer'i maddi failde bulunması durumunda suça katılan diğer kişilere sirayet edeceği şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki görüş doktrindeki hâkim görüştü. Buna karşılık fiili irtikâp edende, azmettiren ve manevi fer'i failde bulunan cezayı artıran kişisel nedenler diğer suça katılanlara sirayet edemezdi. *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 535.

<sup>3103</sup> Cezayı artıran kişisel sebebin bulunduğunu bilmek şartının konulmasının nedeni, bunu bilmeyen şerikin suça katılmaktan çekilmesini sağlamaktır. Bu nedenle bu bilme ne kadar önceye çekilirse şerike de çekilmeye ilişkin daha geniş bir imkân sağlanmış olur. *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 535.

<sup>3104</sup> Erem, a.g.m., s. 103. *Erem* mehz Kanunda ayrıca suçun işlenmesini kolaylaştırma şartının da arandığını ancak bunun TCK'ya alınmadığını ve bunun doğru olmadığını, böyle bir durumda sirayetin alanının genişlediğini ve adil olmayan sonuçların ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Erem, a.g.m., s. 103.

<sup>3105</sup> Akbulut, a.g.m., s. 205; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 639.

<sup>3106</sup> Erem, a.g.m., s. 105.

<sup>3107</sup> Akbulut, a.g.m., s. 205.

<sup>3108</sup> "...Türk ceza yasasının 67. maddesinde sözü geçen 'vukuf' tan amaç, eylemi ağırlatıcı durumun gerçekleşeceğini kesin olarak bilmektir. Meydana gelebilme olasılığını öngörmek, 'bilmek' sayılamaz. Eylemi, ilk suç olan gasp için orada bulunmak olan sanık, diğerlerinin aşırı eylemleri ile, anlaşma sınırını aşan öldürme eylemlerinden sorumlu olmaz." YCGK, E. 1986/1-293, K. 1986/466, T. 27.10.1986, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 12.04.2019.

<sup>3109</sup> Erem, a.g.m., s. 106; Taner, a.g.e., s. 541; Akbulut, a.g.m., s. 205; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 639. Şahsa ait ağırlatıcı nedenlerde, iştirak iradesinin açıklandığı zaman uygulanmakta iken fiile ait ağırlatıcı nedenlerin en geç fiilin işlendiği zaman bilinmesi halinde uygulanmakta olduğunun gerekçesinin yetersiz olduğu eleştirisi için bkz. Özen, a.g.m., s. 251. Benzer eleştiri için bkz. *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s. 537.

<sup>3110</sup> Erem, a.g.m., s. 100.

göz önünde bulundurmuşlardır<sup>3111</sup>. Bununla birlikte yazarlar cezayı ağırlaştırıcı kişisel nedenlerin şeriklere sirayetinin şarta bağlanması gerektiğini belirterek, ancak bu kişisel neden suçun işlenmesini kolaylaştırıyor ise sirayetin kabul edilmesini mümkün görmüşlerdir<sup>3112</sup>.

Cezayı artıran sebepler bakımından eski TCK'da şahsi ve fiilî sebepler ayırımına yer verilmiştir<sup>3113</sup>. Bununla birlikte düzenleme kapsamına giren kişisel hallerin neler olduğu, hangi hallerin fiile ilişkin olduğu konusunda uzlaşma sağlanamamıştır. Nitekim fail ile mağdur arasındaki usul-fürü ilişkisi bir yandan şahsi nitelikte ağırlatıcı sebep sayılırken, diğer yandan bu ilişkinin hem şahsi hem fiilî nitelik taşıdığı, ancak fiilî yönünün daha ağır bastığı kabul edilmekteydi<sup>3114</sup>. Bununla birlikte şahsi sebepler, faili daha kötü gösteren ve fail ile mağdur arasındaki bağ<sup>3115</sup> nedeniyle suç daha vahim hale getiren sebepler<sup>3116</sup> olarak dikkate alınmıştır. Fiilî sebepler ise suça bağlı sebeplerdir. Genellikle suçun işlenişine ilişkin özellikler bu niteliktedir<sup>3117</sup>. Nitekim *Dönmezer/Erman* tasarlama, canavarca his ve kan gütme saikini cezayı ağırlaştırıcı kişisel neden olarak kabul etmişlerdir<sup>3118</sup>. Fiilî ağırlaştırıcı sebepler ise daha çok suçun işleniş araçlarını ilgilendiren sebeplerdir. Suçun işlenmesinde hile ve cebir kullanılması, suçun silahla işlenmesi, suç yeri, suçun işlenme zamanı, suç konusunun özelliği, mağdurun durumu bu niteliktedir<sup>3119</sup>.

<sup>3111</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 460.

<sup>3112</sup> Bu konuya ilişkin olarak 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun benzer düzenlemeye yönelik gerekçesini göz önünde bulundurmuşlardır. "*Kişisel ağırlatıcı sebepler suçu kolaylaştırmaya yaradıkları takdirde, sadece failin kişiliğini ilgilendirir ve diğer şeriklerin faaliyeti üzerinde herhangi bir etki yapmaz ve bu itibarla sirayetleri söz konusu olamaz. Suçun icrasına yaradıkları ve sonuç olarak şeriklerin ortak cürmi amaçlarına erişmeleri bakımından yararlı oldukları takdirde ise sirayet ederler; hırsızlıkta hizmetçilik sıfatı bu kabildendir. Bu gibi kişisel sebeplerden bütün şerikler yararlandıkları için, adeta fiili sebepler niteliğini aldıkları da söylenebilir.*" Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 515.

<sup>3113</sup> Şahsa ait ağırlatıcı nedenler ile fiile ait ağırlatıcı nedenler arasındaki ayırımın kesin olarak belirlenememesine yönelik eleştiri için bkz. Özen, a.g.m., s. 250.

<sup>3114</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 536.

<sup>3115</sup> "Maddi olayda sanık, babası ile birlikte amcasını yaralamıştır. Diğer sanık ile mağdurun kardeş olduklarına kesin vakıftır, bilmektedir. Bu nedenle diğer sanık hakkındaki 'şahsa bağlı cezayı ağırlaştırıcı sebebi' bilen sanık hakkında, TCY'nin 66, 457/1'nci maddeleri uygulanmalıdır. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile sanık D. hakkındaki Özel Daire onama kararının kaldırılarak hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir." YCGK. 13.12.1993; E. 1/319 - K. 322'den aktaran Kaymaz, a.g.m., s. 128.

<sup>3116</sup> Erem, a.g.m., s. 102.

<sup>3117</sup> Erem, a.g.m., s. 105.

<sup>3118</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 517.

<sup>3119</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 518. Benzer şekilde Kaymaz "*suçun işleniş biçiminden, mağdurun sıfatından, suçun işlendiği yer veya zamandan, suçun maddi konusundan veyahut meydana gelen*



## 2. Alman Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

Alman Ceza Kanunu'nda nitelikli halleri de kapsayan haksızlığa ilişkin özel kişisel unsur meselesine ayrı bir düzenleme ile yer verilmiştir. ACK md. 28 düzenlemesi faillik ile şeriklik ayrımını sağlayan bir düzenleme olmayıp, her bir iştirak eden bakımından ceza kapsamına işaret eder<sup>3120</sup>. ACK md. 28/1 kapsamında cezayı temellendiren<sup>3121</sup> *özel kişisel unsurlara (besondere persönliche Merkmale)* yer verilerek, kendisinde bu özel kişisel unsur bulunmayan şerikin cezasında belli bir oranda indirimle gidileceği öngörülmüştür<sup>3122</sup>. Eğer şerik failde kişisel unsuru temellendiren durumları bilmiyorsa buna yönelik olarak bağlı sorumluluğunun ve cezalandırılabilirliğinin kalkacağına dikkat edilmesi gerekir<sup>3123</sup>.

ACK md. 28/2'de ise cezayı artıran veya azaltan ya da kaldıran<sup>3124</sup> özel kişisel unsurun sadece kendisinde bu unsur bulunan suça iştirak eden bakımından dikkate

---

*zarar veya tehlikenin ağırlığından kaynaklanan*" nitelikli hallerin fiile ilişkin nitelikli haller olarak kabul etmiştir. Kaymaz, a.g.m., s. 127.

<sup>3120</sup> Arana, a.g.e., s. 129. Bununla birlikte bu düzenlemenin özellikle şeriklik için ayrı anlamı olduğunun yadsınmaması gerekir. Çünkü ACK md. 26 ve 27'deki şeriklik hükümleri tüm suç tipleri bakımından aynı şekilde geçerlidir. Bu nedenle belirli suç gruplarının özelliklerini yeterince dikkate almayan bir genelleştirme söz konusudur. Bununla birlikte özgü suçlar faillik bakımından belirli bir kişi alanına ait olan fail tarafından gerçekleştirilebilecektir. Özgü suçların ceza tehdidinin yüksekliğinde, failin ilgili hukuki değer karşısında özel bir yükümlülük altında bulunduğu ve bu nedenle hukuki değere yönelik saldırısının daha ağır bir haksızlık teşkil ettiği dikkate alınmaktadır. Buna karşılık şerikliğe ilişkin düzenlemelerde bu özellik dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle ACK md. 28 düzenlemesi, belirli suçlarda haksızlığın azalmasına yönelik sorumluluk bakımından özgü bir düzenleme niteliği taşımaktadır (Hake, a.g.e., s. 105). Bu kapsamda TCK md. 40/2 düzenlemesini dikkate almak mümkündür. Bununla birlikte bu düzenleme özgü suçlarda faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı vurgulamak bakımından yerinde olmakla birlikte, şerikler bakımından ayrıca bir ceza indirimi öngörmemektedir. Özellikle faillik ile eş ceza kapsamına dâhil olan azmettirme bakımından bu düzenlemenin yeterli olmadığı sonucuna varmak gerekir.

<sup>3121</sup> Cezayı temellendiren unsurlar kapsamında örneğin; askeri suçlar bakımından asker olma, gerçek özgü suçlar bakımından kamu görevlisi olma (ACK md. 331, 332, 344, 345, 348), gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük durumu yer alır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 627). Örneğin, bir doktorun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, buna sigorta çalışanı (V) tarafından azmettirildiği düşünüldüğünde, doktor ACK md. 203/1'e göre cezalandırılır, (V) ise ACK md. 203 ve 26'ya göre cezalandırılır. Burada ACK md. 28/1'e göre cezada indirimle gidilir. Hauf, a.g.e., s. 101.

<sup>3122</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 301; Kindhäuser, a.g.e., s. 318.; Roxin, a.g.e. (AT), s. 235. ACK'da 1968 yılına kadar cezayı temellendiren özel kişisel unsurlara ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktaydı. 1968 yılına kadar sadece cezayı değiştiren özellikler bakımından bağlılık kuralının esnetilmesi öngörülmüştü. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 612; Wilfried Küper, „Besondere persönliche Merkmale“ und „spezielle Schuldmerkmale“, *ZStW*, 1992, ss. 559-590, s. 560. Düzenleme için bkz. Kohlrausch/Lange, a.g.e., s. 187. Gerçek özgü suçlar bakımından ortaya çıkan sorunlar için bkz. Langer, a.g.e., s. 113 vd.

<sup>3123</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 840.

<sup>3124</sup> Örnek düzenlemeler için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 837. Cezayı kaldıran özel kişisel sebep olarak, ACK md. 24'e göre teşebbüsten gönüllü vazgeçme, tamamlanmış suçta etkin pişmanlık bu kapsamdadır. Hauf, a.g.e., s. 102.

alınacağı belirtilmiştir<sup>3125</sup>. Öncelikle belirtilmelidir ki, bu düzenleme tüm suça katılanlar (fail de dâhil olmak üzere) bakımından geçerlidir. Cezayı kaldıran özel kişisel nedenler bakımından dikkate alınacak olmasının yanı sıra cezayı artıran veya azaltan nitelikli haller bakımından da dikkate alınır<sup>3126</sup>. Cezayı değiştiren kişisel unsurlar bağlamında örneğin gerçek olmayan özgü suçlarda kamu görevlisi olma durumu<sup>3127</sup> bu niteliktedir.

ACK md. 28<sup>3128</sup> ve 29 düzenlemelerinin varlığı kusura uygun cezayı mümkün kılmak amacıyla “bağlılığın kesilmesi”ni öngörme niteliği taşır<sup>3129</sup>. Cezayı temellendiren kişisel unsurların cezayı değiştiren kişisel unsurlardan ayrımında, cezayı temellendiren kişisel unsurların, bağlılığı sadece şerik lehine esnettiği bununla birlikte fail lehine esnetmediğine dikkat edilmesi gerekir. Çünkü failde ilgili nitelik bulunmuyorsa ortada esas fiil de yoktur. Faillik olmaksızın şeriklik de düşünülemez<sup>3130</sup>. Cezayı değiştiren kişisel unsurlarda ise cezayı temellendiren unsurlardan farklı olarak, ilgili nitelik failde bulunmayıp şerikte bulursa bile sadece şerikin ceza sorumluluğuna etki eder<sup>3131</sup>. Burada suça katılanların farklı ceza kapsamına göre cezalandırılacak olması sadece bağlılığı esneten nitelik taşır. Bağlılık kuralı temel suç tipi bakımından etkinliğini korumaya devam eder<sup>3132</sup>.

### a. Özel Kişisel Unsur Kavramı

Alman Ceza Kanunu’nda söz konusu düzenleme özel kişisel unsurlara ilişkin olmakla birlikte bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. Bu kapsamda

<sup>3125</sup> Alman doktrininde bir görüş kusurluluk (ACK md. 29) ve özel kişisel unsurlar (ACK md. 28) bağlamında yer alan düzenlemeleri “şeriklik yararına bağlılığın azalması (*teilnehmergeünstigen Minderung der Akzessorietät*)” olarak ifade etmektedir. Herzberg, a.g.m. (ZStW 1987), s. 70.

<sup>3126</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 841.

<sup>3127</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 627.

<sup>3128</sup> Küper, a.g.m. (ZStW 1992), s. 559. Doktrindeki bir görüşe göre, ACK md. 28’in fonksiyonu failin farklı yükümlülük durumları dikkate alınarak sorumluluklarının belirlenmesine yöneliktir. Buna göre, özel kişisel unsurlar özel yükümlülük durumlarıyla aynı olmalıdır (Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1986, s. 103’ten aktaran Kindhäuser, a.g.e., s. 318). Bu görüş, Kanunun cezayı kaldıran veya cezayı artıran bir yükümlülük durumunu içermemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Kindhäuser, a.g.e., s. 319.

<sup>3129</sup> Herzberg, a.g.e., s. 27.

<sup>3130</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 625-626. Yazarlar konuya ilişkin şu örneği vermişlerdir: “*Hileli iflas suçu bakımından icra takibi altındaki (S), eşi (E)’den değerli mallarını kaçırmaması istediğinde (E) özgü yükümlülüğe tabi olmadığından ACK md. 283/I-1’e göre cezalandırılmaz. Buna bağlı olarak (S)’nin de hileli iflas suçuna yönelik azmettirmesi yoktur. Burada oluşan ceza boşluğunu ortadan kaldırmak bakımından ilgili niteliğe sahip olmayan kişinin suçun işlenmesinde kullanılmasıyla dolaylı faillik kabulünü, geçerli olan hukuk kapatır. Çünkü arka plandaki kişinin özgü yükümlülük ihlali failliği temellendirmez.*” Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 625.

<sup>3131</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 626. Bu ayrıma yönelik eleştiri için bkz. Riemer, a.g.e., s. 80.

<sup>3132</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 841.

söz konusu tartışma Türk hukuku bakımından da dikkate değerdir. Zira aşağıda ayrıntılı şekilde yer verileceği üzere nitelikli hallere ilişkin şahsi-fiilî neden ayrımı, kapsam itibariyle benzer tartışmaya muhatap kılınmıştır.

ACK md. 28'in uygulama alanı özel kişisel haksızlık unsurlarına (*besondere persönliche Merkmale*) ilişkindir ki bunlar ya cezayı temellendirir ya cezayı azaltır veya artırır ya da cezayı kaldırır<sup>3133</sup>. Bu bağlamda öncelikle genel kişisel unsurlar (*allgemeinen persönlichen Merkmalen*) ile ayrımına<sup>3134</sup> değinilmelidir. Nitekim kusur yeteneğinin bulunmaması veya mazeret nedeni içinde bulunma kişinin kendisinde yer alan özelliklerdir ancak bunlar genel niteliktedir, bu nedenle özel kişisel unsur kapsamında değerlendirilemez. Bunlar ACK md. 29'un uygulama alanına dâhildirler<sup>3135</sup>.

İlgili düzenlemede (ACK md. 28) özel kişisel unsurlar kapsamında nelerin ele alınması gerektiğine yer verilmemiştir<sup>3136</sup>. Bununla birlikte ACK md. 14 atfı ile<sup>3137</sup> özel kişisel unsurdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yasal dayanak gösterilmiştir<sup>3138</sup>. Buna göre özel kişisel unsur<sup>3139</sup> kapsamında özel kişisel özellikler (*besondere persönliche Eigenschaft*), ilişkiler (*Verhältnisse*) ve durumlar (*Umstände*) yer alır<sup>3140</sup>. Özelliğten anlaşılması gereken failin karakterine bağlı olan ve ondan ayrı olarak sürdürülemeyen durumlardır. İlişkiler ile kastedilen ise failin diğer insanlar veya eşya ile olan bağlantısıdır. Kamu görevlisi olma özelliği ve failliği temellendiren diğer yükümlülük durumları bu kapsamdadır<sup>3141</sup>. Özel kişisel durum ise meslek, alışkanlık gibi ne özel

<sup>3133</sup> Özgenç, Alman Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemenin 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışının bir yansıması olduğunu belirtmiştir. Özgenç, a.g.e. (2019), s. 589. Benzer bir düzenleme İsviçre Ceza Kanunu'nda da yer almaktadır. Riemer, a.g.e., s. 60.

<sup>3134</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 618.

<sup>3135</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 836; Roxin, a.g.e. (AT), s. 235. Bununla birlikte Herzberg'e göre, yaş küçüklüğü ve akıl zayıflığı özel kişisel unsurlardır. Bu unsurların cezayı kaldıran etkisinden ACK md. 28/2 uyarınca sadece özellik kendisinde bulunan şerik yararlanabilir. Herzberg, a.g.e., s. 114.

<sup>3136</sup> Riemer, a.g.e., s. 58.

<sup>3137</sup> Gropp, ACK md. 28'in ACK md. 14 atfına rağmen md. 28 ve md. 14'teki unsurların farklı olduğuna dikkat çekmiştir. İlgili eleştiri için bkz. Gropp, a.g.e., s. 433.

<sup>3138</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 318; Klaus Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB) und die Mordmerkmale", *JURA*, 2008, ss. 34-40, s. 35.

<sup>3139</sup> Doktrinde bir görüş, bizzat işlenebilen suçlar bakımından bizzat işlenebilirliği özel kişisel unsur olarak kabul etmektedir. Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 161.

<sup>3140</sup> Langer, a.g.e., s. 125 vd.

<sup>3141</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 241. Yükümlülük ihlalinin özel cezaya liyakati bakımından sebep, failin içinde bulunduğu sosyal ilişkiden kaynaklanır. Bu sosyal rol hukuk ihlalinin kötülüğünü gösterebilen meşru bir beklenti oluşturur. Yükümlülüğe sahip olan ve olmayan arasındaki bu niteliksel ayrım görev suçlarında bağlılık kuralının esnetilmesini de meşru kılar. Böylelikle kendisinde ilgili yükümlülük

kişisel özellik ne de özel kişisel ilişki kapsamında yer alan unsurlardır<sup>3142</sup>. Özetle, özel kişisel unsur, fiilin haksızlığını temellendiren, artıran veya azaltan özellikler, durumlar veya ilişkilerdir<sup>3143</sup>.

Özel kişisel unsurlara ilişkin daha geniş bir ayırım, söz konusu unsurun fiile mi faile mi ilişkin olduğu noktasındadır<sup>3144</sup>. Yargı kararlarında ve doktrinde *Welzel*'in akabinde hâkim görüş, ilgili unsuru özel kişisel unsur olarak faile ilişkin olması halinde kabul etmekte ve onu katı bağlılık kapsamında değerlendirilen fiile ilişkin özel kişisel unsurların karşısında konumlandırmaktadır<sup>3145</sup>. Diğer bir ifadeyle, faile ilişkin kişisel unsurlar ACK md. 28 kapsamında değerlendirilirken, fiile ilişkin unsurlar genel bağlılık kuralı kapsamında kalır<sup>3146</sup>. Faile ilişkin ve fiile ilişkin özel kişisel unsurlar ayırımına gidilmekle birlikte bunların ayrıntılı olarak sınırlandırılması henüz netliğe kavuşmamıştır<sup>3147</sup>.

---

durumu bulunmayan suça katılan ACK md. 28 kapsamında daha az ceza kapsamında yer alır. Vogler, a.g.m. (FS Lange), s. 279.

<sup>3142</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 242.

<sup>3143</sup> Hake, a.g.e., s. 193.

<sup>3144</sup> Mitsch, a.g.e., s. 160; Schaffstein, a.g.m., s. 155. *Mitsch* Kanunda md. 28 çerçevesinde özel kişisel unsurlardan söz edilmekle birlikte, doktrinde bunun faile ilişkin kişisel unsur olarak ifade edilmesinin hatalı olduğuna vurgu yapmıştır. Yazara göre bu durum, faile ilişkin kişisel unsurun karşısı olarak fiile ilişkin unsur şeklindeki hatalı kabulü de beraberinde getirmektedir. Oysa ayırımı belirlemek adına, özel kişisel unsurun karşısında “normal”, “genel” ifadelerinin daha yerinde olduğuna vurgu yapar. Bu nedenle yazar çalışmasında özel olmayan kişisel unsurları genel kişisel unsur (*gewöhnliche persönliche Merkmale*) şeklinde ifade etmeyi tercih etmiştir. Bu ayırımın beraberinde genel kişisel unsurların katı bağlılık kapsamında mı yoksa bağlı olmama kapsamında mı ele alınması gerektiği sorunu getirdiğini belirten yazar, genel kişisel unsurların bağlı olmama kapsamında ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bunun ayrıca suça katılıma ilişkin kuralların genel esasından ortaya çıktığını belirtmiştir. Şerikliğe ilişkin düzenlemeler cezalandırmayı genişleten düzenlemelerdir. Bu bağlamda örneğin azmettirme bakımından sevk etme tipiklik unsuruyla ilgili suç tipinde öngörülen faile isnat edilen hareket unsuru ikame edilir. Bu hareket unsuruna ilişkin bağlı isnadiyet geçerlidir. Kişiyeye ilişkin unsurlar belirli bir hareket şekline bağlı olmadığından, bu kişiyeye ilişkin unsurları şerik bizzat gerçekleştirmelidir. Sonuç olarak bağlılık kuralı sadece tipik hareket unsuru bakımından geçerlidir. Genel kişisel tipiklik unsurları bağlı değildir (Mitsch, a.g.e., s. 160 vd.). Açıklamadan anlaşılacağı üzere yazar, bağlılık kuralı bakımından asgari bağlılık kuralını benimsemiştir. *Herzberg*, özel kişisel unsurlara yönelik doktrinde yer verilen fiile ilişkin olma, fiilin haksızlığını karakterize etme veya hukuki değer ihlali bakımından kurucu nitelikte olma şeklindeki kriterlerin hatalı sonuçlara yol açabileceğini belirtmiştir (Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 146).

<sup>3145</sup> Köhl, a.g.e., s. 832 vd.; Vogler, a.g.m. (FS Lange), s. 268. Ayrıca bkz. Langer, a.g.m., s. 260.

<sup>3146</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 658; Langer, a.g.m., s. 260. Aksi yönde görüş için bkz. Piotet, a.g.m., s. 20.

<sup>3147</sup> Hauf, a.g.e., s. 102. Örneğin, *Samson* malvarlığına karşı işlenen suçlarda mal edinme amacı veya zenginleşme amacını faile ilişkin unsur olarak kabul ederken, hâkim görüş bu unsurlar bakımından ACK md. 28'in uygulama alanını reddetmekte ve fiile ilişkin unsurlar olarak değerlendirmektedir. Bu tür farklılıklar göstermektedir ki, faile-fiile ilişkin olma “net olmayan kriter” niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte bu sonuç mutlaka bu kriterlerin tamamıyla reddedilmesine de yol açmamalıdır. Bu kriterlerin şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın azalmasını maddi olarak gerçekleştirebilecek daha fazla somutlaştırılma ihtiyacına dikkat çekilmektedir (Hake, a.g.e., s. 95 vd.). Alman

Faile ilişkin olmasından kasıt, daha çok failin kendisine ve kişiliğine ait olan özellikler, ilişkiler ve durumlarıdır<sup>3148</sup>. Objektif olarak fiil haksızlığı ile ilişkilendirilmeyen, her şeyden önce tipik olarak korunan hukuki değer ihlaline yönelik olmayan motivlerdir<sup>3149</sup>. Bu bağlamda örneğin, kişinin özel yükümlülük durumu, saiki, fiili işleminin altında yatan durumlarla (örn. kasten öldürmenin nitelikli hali olarak maddi menfaat temini-*Habgier*) ilgilidir<sup>3150</sup>. Aslında her bir katılanın kişisel hareket haksızlığı ile ilişkili ortaya çıkan durumlar söz konusudur<sup>3151</sup>. Alman yargı kararlarında faile ilişkin olması bakımından ise failin kişiselliğine dikkat çeken motiv ve düşüncelere vurgu yapılmaktadır<sup>3152</sup>.

Fiile ilişkin olmasından anlaşılması gereken ise fiili objektif olarak tanımlayan ve fiilin icrasının yöntemine, tarzına hizmet eden kısacası daha çok hukuki değere ilişkin olan özelliklerdir<sup>3153</sup>. Alman yargı kararlarında fiile ilişkin olması bağlamında fail davranışının özel tehlikeliliğini gösteren, fiilin icrasının türünü ve şeklini belirten unsur olarak ön plana çıkmaktadır<sup>3154</sup>. Söz konusu unsurun failin kendisiyle hiçbir ilgisi yoksa aksine fiile ilişkin süreci karakterize ediyorsa ACK md. 28 bakımından bir rol oynamayan objektif bir unsurdan bahsedilir<sup>3155</sup>. Fiile ilişkin kişisel unsurlara örnek olarak kast,

---

mahkemeleri de bu anlamda istikrarlı bir içtihat oluşturamamıştır. Nitekim nitelikli öldürme (*Mord*) bakımından fiilin ilkel saiklerle (*niedrigen Beweggründe*) işlenmesi önceleri fiile ilişkin unsur olarak sınıflandırılırken daha sonra verilen kararlarda faile ilişkin unsur olarak değerlendirmeye tabi tutulmuştur (Roxin, a.g.e. (AT), s. 244). *Welzel* tüm sübjektif haksızlık unsurlarının faile ilişkin ve fiile ilişkin ayrımı olmaksızın özel kişisel unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Welzel, a.g.e., s. 121).

<sup>3148</sup> Hake, a.g.e., s. 163; Grünwald, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 557. *Herzberg*, özel kişisel duruma ilişkin olarak ACK md. 218 (çocuk düşürme suçu) düzenlemesindeki annenin durumunu örnek vermiştir. *Herzberg*, a.g.e., s. 115.

<sup>3149</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 318. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 352.

<sup>3150</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 301.

<sup>3151</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 35.

<sup>3152</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 619.

<sup>3153</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 301.

<sup>3154</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 619.

<sup>3155</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 242.

neticeye ilişkin amaç<sup>3156</sup> (*Absicht*- zenginleşme, mal edinme gibi)<sup>3157</sup> veya kasten öldürme suçunun ACK md. 211/2’de yer alan<sup>3158</sup> nitelikli hali olarak mağdurun savunmasızlığından yararlanılması (*Heimtücke*), suçun canavarca şekilde işlenmesi

<sup>3156</sup> Mal edinme amacı genel olarak hukuki değere ilişkindir. Bu nedenle buna sahip olmayan şerik bakımından ceza indirimine sebep olmaz. Tam bağlı unsur olarak değerlendirilmektedir. Aynı sonuç dolandırıcılık suçundaki zenginleşme amacı için de geçerlidir. Burada da hukuki değer ihlalinin türü ve şekli sadece mağdurun malvarlığına zarar verme ile karakterize edilemez, aksine malvarlığının el değiştirmesine yönelen hareket söz konusudur (Hake, a.g.e., s. 139). Belirtilmelidir ki, amaç (*Absicht*) her zaman haksızlık unsuru olarak tam bağlı şekilde ele alınamaz. Burada bir ayrıma gidilmesi gerekir. Amaç ile hukuki değere yönelik saldırının türü ve şekli karakterize ediliyorsa hukuki değere ilişkindir ve tam bağlı şekilde ele alınır. Bununla birlikte fiile yönelik failin iç oluşumunu karakterize ediyorsa ACK md. 28 kapsamında değerlendirilmelidir (Hake, a.g.e., s. 140). Aynı yönde Spindel, a.g.m. (FS Lange), s. 157.

<sup>3157</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 836; Geppert, a.g.m. (1997), s. 301; Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 658. Aksi yönde bkz. Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 899-900; Riemer, a.g.e., s. 59. *Riemer*, suça ilişkin ilgili amacı taşımayan azmettirenin cezasının cezanın belirlenmesi aşamasında indirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Riemer, a.g.e., s. 59). Doktrinde bir görüş de amacın özel kişisel unsur olmadığını, genel kişisel unsur olduğunu belirtmekle birlikte, bunun sadece failde bulunmasının şerikin cezalandırılması bakımından yeterli olmadığını ayrıca şerikin de ilgili suçun gerektirdiği amaç ile hareket etmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Piotet, a.g.m., s. 29). *Mitsch* ise konuya yönelik farklı bir argüman daha ileri sürmüştür. Azmettirmede amacın bağlı şekilde ele alınmaması, müşterek faillik ile ilişkisinde de çelişkinin ortaya çıkmasını engeller. Müşterek fail ancak suç tipinin gerektirdiği amaç unsurunu bizzat gerçekleştirirse faillik kapsamında ceza sorumluluğu belirlenir. Buna karşılık, azmettirenin ilgili amaca sahip olmaması durumunda failin bu unsura sahip olması yeterli olacağından azmettirenin fail ile eşdeğer cezalandırılması söz konusu olur. Böylelikle bu iki iştirak türü arasında haksız bir sonuç ortaya çıkar. Çünkü amaç unsuruna sahip olmayan müşterek fail ancak yardım eden olarak sorumlu olabilir (Mitsch, a.g.e., s. 215).

<sup>3158</sup> Alman ceza hukukunda öldürme suçlarının sistematiği tartışmalıdır. Yargı kararlarında savunulan yaklaşım, öldürme (*Totschlag*) ile nitelikli öldürmenin (*Mord*) özel haksızlık içeriklerine sahip olduğu ve bu nedenle birbirinden bağımsız suç tipleri olduğu yönündedir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 236). Bu yönde BGH kararları için bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 37. Bu ayrımın Roma Hukukuna dayandığı yönünde bilgi için bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 37. Bunun sonucunda, faille ilişkin olan *Mord*’un unsurları ACK md. 28/1 anlamında cezayı temellendiren unsurlar olarak ele alınmalıdır. Buna karşılık isabetli olan hâkim görüşe göre, *Mord* kasten öldürmenin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halini teşkil etmektedir. Bu nedenle ACK md. 212’nin nitelikli halidir. Buna göre ACK md. 211 cezayı temellendiren değil, ağırlaştırıcı unsurlar içermektedir (Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., s. 282).

(*grausamkeit*)<sup>3159</sup> veya öldürmenin tehlikeli araçla gerçekleştirilmesi bu niteliktedir.<sup>3160</sup> Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük durumu<sup>3161</sup> da bu kapsamda ele alınmaktadır. Böyle bir fiile azmettiren kişi ACK md. 211 ve md. 26 kapsamında ceza sorumluluğunu taşır. ACK md. 28 kapsamındaki ceza indirimi en başından itibaren ortadan kalkar<sup>3162</sup>.

<sup>3159</sup> Mağdurun savunmasızlığından yararlanılması (*Heimtücke*) ve suçun canavarca bir şekilde (*grausamkeit*) işlenmesi Alman yargı kararlarında objektif unsur olarak ele alınır ve böylece ACK md. 28 bakımından uygulama alanı bulmazlar (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 352; Welzel, a.g.e., s. 121). Bununla birlikte *Roxin*'e göre, bu yaklaşım her ikisi bakımından objektifliğin ana unsur olması halinde geçerli olabilir. Zira her iki kriter de kişisel unsur bileşeni içerir. Mağdurun savunmasızlığından yararlanma (*Heimtücke*) bakımından failin düşmanca bir iradi yönelimi suçun canavarca bir biçimde işlenmesi (*grausamkeit*) bakımından ise failin vahşi/acımasız düşüncesinin varlığı gerekir. Bu kişisel bileşenler kusur unsurudur ve bu nedenle ACK md. 28/2 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu şekilde hareket etmeyen bir azmettiren kasten öldürmenin nitelikli haline (*Mord*- ACK md. 211) değil kasten öldürmeye (*Totschlag*- ACK md. 212) azmettirmeden dolayı sorumlu olmalıdır (Roxin, a.g.e. (AT), s. 242, 261). Ayrıca bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.g.e., s. 837; Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 37. Düşünce unsurlarına (*Gesinnungsmerkmale*) yönelik değerlendirme için ayrıca bkz. Sönke Gerhold, *Die Akzessorietät der Teilnahme am Mord und Totschlag*, Nomos, Baden-Baden, 2014, s. 248 vd. *Hake* konuya ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur: Suçun canavarca bir şekilde işlenmesi, münhasıran hukuki değer ilişkilidir ve bu nedenle hâkim görüş tarafından kabul edildiği gibi tam bağlı şekilde ele alınmalıdır. *Heimtücke* ise mağdurun çaresizliğinin ve iyi niyetinin kullanılmasının yanı sıra düşmanca iradi yönelim içinde hareket etmeyi barındırır. Düşmanca iradi yönelim kriteri ise hukuki değer ihlalinin gerçekleşme şekli değildir. Aksine mağdura ve amacına yönelik failin iç oluşumunu ifade eder. Şerik objektif olarak bu (*heimtücke*) işleniş şeklini biliyor olsa bile kendisi düşmanca iradi yönelim ile hareket etmiyorsa cezasında indirimde gidilmesi gerekecektir. Çünkü bu, tam bağlı unsur olarak ele alınamaz ve ACK md. 28'in uygulama alanında yer alır (Hake, a.g.e., s. 135). Söz konusu unsurların hem objektif bileşen hem de subjektif bileşen içermelerinden dolayı bu unsurlar doktrinde gerçek olmayan düşünce unsuru (*unechten Gesinnungsmerkmalen*), haksızlık yönü bulunan düşünce unsuru (*Gesinnungsmerkmale mit Unrechtsseite*) şeklinde de ifade edilmiştir. Gerhold, a.g.e., s. 413, dn. 1721.

<sup>3160</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 318; Hake, a.g.e., s. 133, Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 36. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, kasten öldürme suçu ile birlikte yaşam hakkına yönelik haksızlığın en yüksek derecede gerçekleşmiş olduğunu ve bu nedenle suçun silahla işlenmesi dışındaki tüm nitelikli hallerin haksızlığı değil ancak kusuru artırabileceğini ileri sürmüştür. Gerhold, a.g.e., s. 504.

<sup>3161</sup> *Roxin*, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük durumunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Ona göre bu durum özel kişisel durum kapsamında sorumluluğa neden olur. Çünkü garantöre belirli bir hukuki değer korunması ve tehlike kaynaklarının gözetilmesinde özellikle güvenilir. Özel yükümlülük durumunun ihlalinde icra hareketinin ve ihmali hareketin eşdeğerliğini mümkün kılan özgü bir haksızlık bulunur ve yükümlülük sahibi olmayan (*Außenstehenden*) buna paralel bir duruma sahip değildir. Hukuki değer ihlali garantörlük durumundan kaynaklanır ancak bu görev yükümlülüğünde farklı değildir ve bu sadece unsurun hukuki değerle ilişkisini kanıtlar ki bu da md. 28'nin uygulanması ile ilgili bir çelişki ortaya çıkarmaz (Roxin, a.g.e. (AT), s. 258). Aynı yönde Vogler, a.g.m. (FS Lange), s. 279. *Herzberg* bu bağlamda farklı bir çözümü savunmaktadır. Yazar koruma garantör yükümlülüğünü özel kişisel unsur kapsamında kabul ederken, gözetim garantörlüğünü kabul etmemektedir. Buna ilişkin olarak garantörlük durumunun ne şekilde formüle edilirse edilsin ACK md. 28'in uygulanması bakımından belirleyici olamayacağını ifade etmiştir (Roxin, a.g.e. (AT), s. 258). Bununla birlikte *Frister* gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük durumunun özel kişisel unsur olmadığını kabul eder (Frister a.g.e., s. 339). Aynı yönde bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 36.

<sup>3162</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 242.

Faile ilişkin ve fiile ilişkin unsur ayrımı kanunda yer almayan öğretide yerleşik hale getirilmiş ayrımdır<sup>3163</sup>. Fail ve fiile ilişkin unsur arasında kavramsal olarak ayrımın yapılıp yapılamayacağı şüphelidir<sup>3164</sup>. Yargı kararlarında yapılan fail-fiil ile ilişkili olma ayrımı doktrinde de çok sayıda taraftar bulmasına rağmen, *Roxin* bu kavramsal ayrımın tatmin edici sonuçları olmadığını kabul etmektedir<sup>3165</sup>. Buna ilişkin olarak yazar birçok durumda bir unsurun hem fail hem de fiile ilişkili olabileceğinden hareket etmektedir<sup>3166</sup>. Nitekim kamu görevlisi olma özelliği genel görüşe göre ACK md. 28 kapsamındadır. Faile ilişkin olan bu kamu görevlisi olma özelliği aynı şekilde fiile de ilişkindir<sup>3167</sup>. Örneğin, hukuku kasten ihlal etme (*Rechtsbeugung*-ACK md. 339) suçu bağlamında kamu görevlisi olma özelliği, bu özellik bulunmaksızın suçtan söz edilemeyeceğinden ve bu nedenle ceza hukuku kapsamında bir fiil bulunmayacağından fiile ilişkindir. Diğer yandan doğal olarak suçun failini de karakterize ettiği için faile ilişkin bir unsurdur. Bu

<sup>3163</sup> Krey/Esser, a.g.e., s. 398.

<sup>3164</sup> Bu nedenle doktrinde farklı kriterleri esas alan yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, söz konusu unsurun ilgili hukuki değer ihlalini özel bir şekilde karakterize edip etmediği belirleyici olandır. Özel kişisel unsurlarda hukuki değer ihlaline yönelik bu ilişki eksiktir. Bunun sonucunda şerike sadece, esas failde bulunan kişisel unsur ancak tipikliği kapsayan hukuki değer ihlalini karakterize ediyorsa, isnat edilebilir (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 619-620; Grünwald, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 559 vd.). Haksızlık kapsamında yer almakla birlikte hukuki değer ihlalini veya onun gerçekleşme şekli ve türünü tanımlamayan unsurlar şerikte bulunmaması halinde onun tarafından gerçekleştirilen haksızlığın azalmasına sebep olur. Bunlar ACK md. 28 kapsamında özel kişisel unsurdur. Korunan hukuki değere ilişkin failin yakın ilişkisine dayanan özel yükümlülük durumları bu şekildedir (Hake, a.g.e., s. 86 vd.).

<sup>3165</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 244 vd. Benzer yönde görüş için bkz. Winrich Langer, “Zum Begriff der besonderen persönlichen Merkmale”, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 1976, ss. 241-264, s. 250. Gerhold tarafından ileri sürülen yaklaşıma göre ise sadece özgü yükümlülük veya haksızlık unsurlarının md. 28 kapsamında kabul edilmesi gerekir. Bunun dışında kalan tüm düşünce unsurları kusur kapsamında (md. 29) değerlendirilmelidir. Bu bağlamda yazar öldürme suçunun nitelikli hallerini kusur kapsamında kabul etmiştir. Bu nedenle her bir iştirak eden bakımından ayrıca dikkate alınmalıdır. Gerhold, a.g.e., s. 612.

<sup>3166</sup> Herzberg ise ikili bir ayrıma gitmektedir. Fonksiyonel objektif kişisel unsur (*funktionell sachlichen persönlichen Merkmale*) ve salt tipikleştirilen unsur (*rein typisierenden Merkmale*) (Herzberg, a.g.m. (ZStW 1976), s. 85 vd.; Herzberg, a.g.e., s. 122 vd.). Bunlar ACK md. 28’in uygulama alanından ortaya çıkmaktadır, çünkü fiilin değersizliğini artırmadan sadece fiilin sınırlarını çizmektedir. Bu bağlamda Herzberg, faile-fiile ilişkin olma ayrımından ayrılarak değer ilişkili (*wertbezogen*) ve değerden yoksun (*wertneutral*) ayrımını benimsemiştir. Değerden yoksun unsurlar bakımından ACK md. 28 uygulanamaz. Bu unsurlar fiilin haksızlık ve kusur içeriğine etkisi olmaksızın sadece tipik olmayan hukuki değer ihlallerini sınırlandırmaya hizmet etmektedir (Herzberg, a.g.e., s. 124 vd.). Bu ayrımın özel kişisel unsur alanında çözüm sunmadığı görüşü için Maiwald, a.g.m. (ZStW 1981), s. 899. Bununla birlikte burada fonksiyonel objektif anlamın hukuki değer ilişkisinden nasıl ayrılacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Haksızlık açısından değerden yoksun olduğu iddia edilen unsur tasavvuru her durumda yanlıştır (Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 620).

<sup>3167</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 619; Kindhäuser, a.g.e., s. 319; Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 148.



bağlamda birinin diğerine ağır bastığı da söylenemez<sup>3168</sup>. Ayrıca subjektif kişisel unsurların faile ilişkin, objektif kişisel unsurların fiile ilişkin olarak dikkate alınması da olası değildir. Çünkü malvarlığına karşı suçlar bağlamında ortaya çıkan mal edinme niyeti gibi bir subjektif unsur doktrinin tamamı tarafından fiile ilişkin olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte ACK md. 218/3 kapsamında objektif durum olan hamilelik ve kamu görevlisi olma özelliği faile ilişkin olarak kabul edilmektedir<sup>3169</sup>.

*Roxin* ACK md. 28'in sonuçlarını, özel kişisel unsur olarak haksızlığa bağlı olmayan kusur unsurları (*unrechtsunabhängigen Schuldmerkmalen*) ile nitelikli hale getiren –hareketin haksızlığının artmasını temellendiren- yükümlülük durumları üzerinden (*qualifizierten Pflichtenstellungen*) ayrı ayrı incelemiştir. Haksızlığa bağlı olmayan kusur unsurları<sup>3170</sup> (özel kusur unsurları) bakımından sorun yoktur<sup>3171</sup>. Zira bunlar bağlılık kuralı ile de uyumludur. Bu bağlamda özel kusur unsurları, genel kusur unsurlarından farklı olarak özel hükümlerde suç tiplerinde yer alan ve ilgili suç tipine göre bazen cezalandırmayı temellendiren bazen ise daha fazla cezayı gerektiren unsurlardır. Bu bağlamda *Roxin* ACK md. 211 kapsamında 1. ve 3. grup nitelikli hallerin cezayı artıran özel kusur unsuru olduğunu belirtmiştir<sup>3172</sup>. Bu durumda fiilin öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin amacıyla, sırf (maddi) açgözlülük veya diğer ilkel saiklerle ya da bir suçu gizlemek veya suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla<sup>3173</sup> işlenmesi<sup>3174</sup> özel kusur unsurudur. Bu durumda ACK md. 211 kapsamında kasten

<sup>3168</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 245. Yazar aynı sonucun güveni kötüye kullanma (*Untreue*) suçunda malvarlığını koruma (*Vermögensfürsorge*) yükümlülüğü bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu yükümlülük objektif olarak fiilin içeriğini belirler fakat aynı zamanda faili de belirler. Roxin, a.g.e. (AT), s. 245.

<sup>3169</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 246.

<sup>3170</sup> *Welzel* tipiklik aşamasında yer alan tüm unsurların haksızlık ilişkili olabileceğini ileri sürerek bir anlamda özel kusur unsurları kabulüne karşı çıkmıştır. Gerhold, a.g.e., s. 346.

<sup>3171</sup> *Schröder* ise nitelikli öldürme kapsamında 1. ve 3. grup nitelikli hallerin hem kusur hem de haksızlık ilişkili olduğunu kabul etmiştir. Yazar böylece öldürme suçunun nitelikli hallerinin ne tamamen kusur ilişkili ne de tamamen haksızlık ilişkili olabileceğini ileri sürmüştür (Gerhold, a.g.e., s. 390). Buna karşılık *Schmidhäuser*, söz konusu unsurların sadece kusur alanına ait olabileceğini ileri sürmüştür. Söz konusu unsurlar ne hareketin şeklini ve türünü ne de hukuki değerini ne ölçüde ihlal edildiğini belirlerler. Gerhold, a.g.e., s. 450.

<sup>3172</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Kelker, *Gesinnungsmerkmale*, s. 518 vd.'dan aktaran Gerhold, a.g.e., s. 516. Aksi yönde görüş için bkz. Hake, a.g.e., s. 132 vd.

<sup>3173</sup> Bir suçu gizlemek veya suçun işlenmesine olanak sağlamak şeklindeki nitelikli halin kusur unsuru olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri süren *Langer*, özel amaçta bulunan kusur artışının haksızlık niteliğine uygun olmadığını ve sadece kusur ilişkili olduğunu kabul etmiştir. Aktaran Gerhold, a.g.e., s. 261.

<sup>3174</sup> Bu unsurların subjektif niteliğinin belirleyici olduğundan hareketle faile ilişkin unsur olarak dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Gerhold, a.g.e., 240 vd.

öldürmenin 1. ve 3. grup kapsamındaki nitelikli unsurları kusuru artıran unsurlar olarak kabul edildiğinde, sadece bu unsur kendisinde bulunan şerik veya fail bakımından sonuç doğurur<sup>3175</sup>. Diğerleri öldürme suçu kapsamında sorumlu olur<sup>3176</sup>.

Bu noktada *Roxin* tarafından ileri sürülen ve kasten öldürmenin 1. ve 3. grup nitelikli hallerini de içeren haksızlıktan bağımsız özel kusur unsurlarına değinmekte fayda vardır. ACK md. 29'da kusur unsuru, her katılanın diğerlerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmiştir (sınırlı bağlılık kuralının esası). Kural, genel olarak kusur yeteneği, haksızlık hatası ve mazeret sebepleri üzerinde uygulama bulurken; bu kuralın uygulanması özel hükümlerdeki suç tiplerinin içerdiği özel kusur unsurları olarak anılan durumlar için tartışmalıdır<sup>3177</sup>. Failin fiile ilişkin somut duruma yönelik manevi olarak kınamaya değer iç oluşumu şeklinde ifade edilebilecek bu tür tipiklik unsuru, özel kişisel unsur kapsamında değerlendirilmektedir<sup>3178</sup>. Kasten öldürmenin (*Mord*) 1. ve 3. grup nitelikli halleri, kötü niyet (*böswillig*) ve örneğin ACK md. 315c'de yer alan başkalarının durumunu göz önüne almama (*rücksichtslos*) bu niteliktedir<sup>3179</sup>.

Özel, tipik olarak yer verilen kusur unsurlarının ACK md. 28 ve md. 29 ilişkisinde ne şekilde tasnif edilmesi gerektiği meselesi tartışmalıdır. İçtihat ve doktrinin

---

<sup>3175</sup> Bu grupta yer alan unsurların kişisel haksızlığı artırdığı yönünde bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 36. Benzer şekilde *Küper*, bu unsurların salt kusur ilişkili olduklarını kabul etmeyerek, haksızlık bileşeni de içerdiklerini belirtmiştir. *Küper*, JZ 2006, s. 611'den aktaran Gerhold, a.g.e., s. 517.

<sup>3176</sup> *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 252. Bununla birlikte yargı kararlarında benimsendiği şekliyle *Mord* bağımsız bir suç tipi olarak ele alındığı ihtimalde duruma uygun olarak cezayı temellendiren kusur unsuru olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda *Mord* unsurunu gerçekleştirmeyen şerik ACK md. 28/1 kapsamında indirilmiş ceza ile cezalandırılır.

<sup>3177</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gerhold, a.g.e., s. 578 vd.

<sup>3178</sup> Benzer bir ayırım Avusturya ceza hukukunda dikkate alınmaktadır. Özgü suçlar üzerinden yapılan bu ayırmada haksızlık ilişkili özgü suçlar ile kusur ilişkili özgü suçlar farklı şekilde ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Weißer*, a.g.e. (2011), s. 317 vd.

<sup>3179</sup> *Hake*, a.g.e., s. 117. Kanun koyucunun belirli motivasyon (*Motivation*), düşünce (*Gesinnung*) olarak ifade ettiği unsurlar örneğin, himayesi altında bulunan kişiye kötü muamele (ACK md. 225/1) suçundaki kötü maksat (*böswillig*) bu niteliktedir. Bu örnekte verilen aynı zamanda cezayı temellendiren kusur unsurudur. Cezayı artıran kusur unsurlarına örnek olarak kasten öldürmenin nitelikli hali kapsamında ACK md. 211/1 ve 3 verilebilir (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 236). Cezayı azaltan kusur unsuruna örnek ise ACK md. 218/3 kapsamındaki çocuk düşürtme suçuna ilişkin durumdur. ACK md. 218 çocuk düşürtme suçunu düzenlemektedir. Bu düzenleme kapsamında md. 218/3 özel kusur unsuruna örnek niteliğindedir. Bu bağlamda bir çatışma içinde kalan hamile kadının çocuğunu kendi düşürmesi halinde daha az ceza ile cezalandırılacağına yer verilmiştir (md. 218/3). Bir babanın hamile olan kızının çocuğunu düşürmesi için azmettirmesi halinde, baba bakımından kusurun azalmasından söz edilemeyeceğinden; baba md. 218/3'e azmettiren olarak değil, md. 218/1'e azmettiren olarak cezalandırılır (*Roxin*, a.g.e. (AT), s. 234).

çoğunluğu<sup>3180</sup> tarafından tüm özel kusur unsurları faile ilişkin özel kişisel unsurlar – ACK md. 28/1 ve 2 anlamında - olarak kabul edilmektedir<sup>3181</sup>. Bu bağlamda ACK md. 28 ve 29 arasındaki ayırım çizgisi tüm özel kişisel unsurların ACK md. 28 kapsamında, buna karşılık tüm genel kusur unsurlarının ACK md. 29 kapsamında kalması şeklindedir<sup>3182</sup>. Bu ayırımın cezayı değiştiren kusur unsuru bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Zira hem ACK md. 28/2 hem de ACK md. 29 sonuç olarak sadece kendisinde bu unsur bulunan bakımından sorumluluğu ortaya çıkarır<sup>3183</sup>. Diğer bir ifadeyle, ACK md. 28/2'nin ilgisinde bulunan cezayı artıran, değiştiren veya azaltan durumların sadece bulunduğu kişi bakımından uygulanacak olması sonucu aslında ACK md. 29'daki suça her katılanın kendi kusuruna göre sorumlu olması gerektiği sonucundan farklı değildir<sup>3184</sup>. Bu nedenle konuya ilişkin tartışmaya daha fazla yer vermeye gerek yoktur.

Sonuç olarak *Roxin* bazı cezayı değiştiren unsurların haksızlıktan bağımsız kusur içeriğine vurgu yaparak, bunların bağlılığın esnetilmesine ilişkin kapsamda yer aldığı sonucuna varmaktadır. Böylelikle yazar, özellikle öldürme suçunun nitelikli halleri bakımından sorun arz eden fiilî neden mi yoksa kişisel neden mi teşkil ettiği hususuna ilişkin bazı nitelikli hallerin haksızlık tarafından bakıldığında kusur üzerinden anlam ifade ettiği ve belirleyici olduğuna dikkat çekmiştir. Böylece bazı nitelikli hallerin kişisel nitelikte olduğunun tespitini mümkün kılmıştır.

Bununla birlikte diğer ele aldığı konu olan yükümlülük durumlarının (kamu görevlisi olma özelliği gibi) bu noktada önem arz ettiğini belirten *Roxin*, bu durumların ACK md. 26 ve 27'ye göre tam bağlı olması gereken ancak ACK md. 28 bakımından bağlılığı esneten bir istisna getiren kişisel haksızlık unsurları söz konusu olduğunda problem oluşturduğuna dikkat çeker<sup>3185</sup>. Bu sorun failin yükümlülük durumunun şeriklerle olan ilişkisinde şeriklerin daha az ceza ile cezalandırılması şeklinde kendini gösterir. Özgü niteliğe sahip olmayan birinin bu niteliğe sahip birini suç işlemeye yönlendirmesi halinde genel bağlılık kuralı gereği yönlendiren kişi azmettiren olarak sorumludur. Bununla birlikte suça yönlendiren kişinin artan hareket haksızlığı

<sup>3180</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 349; Köhl, a.g.e., s. 834; Grünwald, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 566 vd.; Köhler, a.g.e., s. 551.

<sup>3181</sup> Grünwald, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 569; Roxin, a.g.e. (AT), s. 236.

<sup>3182</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 236.

<sup>3183</sup> Köhl, a.g.e., s. 833.

<sup>3184</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 264.

<sup>3185</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 253.

bakımından bir katkısı yoktur. Zira onda özgü yükümlülüğün sorumluluğu bulunmamaktadır. Yükümlülüğün ihlal edilmesi yükümlülük sahibinin özgü haksızlığını temellendirir. Bu nedenle bunun şerikte bulunmaması ACK md. 28/1 kapsamında cezanın indirilmesini gerektiren bir durumdur<sup>3186</sup>. Gerçek olmayan özgü suçlar bakımından da aynı şey geçerlidir<sup>3187</sup>. Fail-fiil ilişkili unsur ayırımında hangi yükümlülük durumunun unsuru karakterize ettiği belirleyicidir. Eğer ceza hukukuna ön gelen özgü bir yükümlülüğü tanımlıyorsa kişisel olarak faili karakterize eder diğer bir ifadeyle faile ilişkin bir unsur olarak kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık ceza hukuku bağlamında herkese yönelik bir emir söz konusuysa fiile ilişkin bir unsurdan söz edilir<sup>3188</sup>.

Belirtmelidir ki ACK md. 28/1 ve 2'nin uygulanması ilgili unsurun özgü türüne değil, ilgili suç tipindeki fonksiyonuna bağlıdır<sup>3189</sup>. Nitekim ACK md. 288 (cebri icrayı engelleme)<sup>3190</sup> düzenlemesinde yer alan (basit yükümlülük suçları) yükümlülüğe sahip olan, bu yükümlülüğe sahip olmayan tarafından icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi aracılığıyla faillik kapsamında bu suçu gerçekleştirebilir. Kaçak durumunda olan borçlunun arkadaşı aracılığıyla malvarlığını kaçırmaması halinde ACK md. 288 suçunun dolaylı faili kabul edilir, doğrudan hareket eden ise yardım eden konumundadır<sup>3191</sup>. Borçlu olma özelliği, nitelikli hale getiren yükümlülük durumunu temellendirmez ve böylelikle ACK md. 28 anlamında özel kişisel unsur olarak kabul edilmez. Zira borçlu artan sorumlulukla bir sosyal role sahip değildir ve bu nedenle özel bir güvenin de taşıyıcısı (*trager eines besonderen Vertrauen*) değildir<sup>3192</sup>. ACK md. 288 ve md. 142'de (izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma) md. 183 (*exhibitionistische Handlungen*–hayâsızca

---

<sup>3186</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 254.

<sup>3187</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 254. Aynı yönde Hake, a.g.e., s. 109.

<sup>3188</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 256.

<sup>3189</sup> Kindhäuser, a.g.e., s. 319.

<sup>3190</sup> Cebri icrayı engelleme suçunda fail kendisi hakkında yapılan icra takibi sırasında, alacaklılara yapılacak olan ödemeyi engellemek için malvarlığına dâhil olan unsurları satar veya saklar.

<sup>3191</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 254. Burada ön planda yer alanın yardım eden olarak sorumluluğunu RG sübjektif teoriyi esas alarak tespit etmektedir. İcra hareketlerini gerçekleştirenin arka plandaki kişi için hareket ediyor olması ve suçu kendisi için istememesi temelinde ancak şerik olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte *Spendel* ön planda yer alanın şerikliğini hiçbir şekilde kabul etmemektedir. Yazara göre, ön planda yer alan tam sorumlu olarak icra hareketlerini gerçekleştirdiği için fail iken, arka planda yer alan ancak azmettiren olarak sorumlu tutulabilir. Ön planda yer alana kıyasen daha fazla kasta ilişkin kusurunun (*vorsatzliche Schuld*) bulunması cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gereken husustur. *Spendel*, a.g.m. (FS Lange), s. 160.

<sup>3192</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 255.

hareketler)<sup>3193</sup> ve ACK md. 121'deki (mahkûmların ayaklanması) gibi faillik, ceza hukukuna ön gelen özgü bir yükümlülükle belirlenmemiştir<sup>3194</sup>. Aksine ceza hukuku bağlamında herkese yönelik emir (*jedermann-Gebot*) söz konusudur.

*Grünwald*'a göre, kişisel haksızlık unsurlarının ayrımı bakımından belirleyici soru ilgili unsurun failde bulunmasının her bir katılanın davranışının haksızlık içeriğini aynı şekilde mi etkilediği yoksa ilgili unsurun varlığının veya yokluğunun her bir katılan bakımından farklı bir etki mi ortaya çıkardığıdır<sup>3195</sup>. Bu noktada haksızlığa ilişkin tüm unsurları katı bağlı şekilde değerlendiren *Grünwald*, şerikliğin cezalandırılma nedenini başkasının haksızlığına katılmada görür. Bu nedenle esas fiilin haksızlığını artıran her bir durum sınırlanmaksızın şerik bakımından da haksızlığı artıran etki gösterir<sup>3196</sup>. Fiil haksızlığına ilişkin her bir unsurun suça katılanlar bakımından ayrı ayrı dikkate alınması gerektiği yaklaşımının tek faillik sistemindeki uygulamaya benzer olduğuna da vurgu yapar<sup>3197</sup>. Yazara göre, haksızlık alanını ilgilendiren tüm kişisel unsurların, özellikle hâkim görüş tarafından ACK md. 28 kapsamında tasnif edilen kişisel yükümlülük durumları<sup>3198</sup> sınırlanmaksızın, bağlı şekilde değerlendirilmesi gerekir<sup>3199</sup>.

Konuya ilişkin görüşünü farklı bir bakış açısı ile oluşturan *Hake*'nin önerisi ise, şerikliğin cezalandırılma nedenine ilişkin esaslar aracılığıyla ayrımın<sup>3200</sup> dikkate alınmasıdır. Bu bağlamda şerikliğin cezalandırılma nedeni bir başkasının fiiline katkısı aracılığıyla hukuki değere yönelik dolaylı saldırısı olduğu için fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın tüm kapsamıyla şerike yüklenmesi saldırının dolaylı olması niteliğini şüpheli hale getirmektedir<sup>3201</sup>. Çünkü şerikin davranışının hukuki değeri ihlal

<sup>3193</sup> Söz konusu suçun sadece erkekler tarafından işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. İlgili suç tipindeki cinsiyet durumu özel bir yükümlülük değildir ve bu nedenle ACK md. 28 burada uygulama alanı bulamaz. Aynı durum ACK md. 173 (*Beischlaf zwischen Verwandte*/akrabalar arasındaki cinsel ilişki) bakımından da geçerlidir. Frister, a.g.e., s. 339.

<sup>3194</sup> Benzer şekilde değerlendirme için bkz. Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 36.

<sup>3195</sup> *Grünwald*, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 559. Yazar doktrinde hâkim görüş olan fiile ilişkin kişisel unsur ve faile ilişkin kişisel unsur ayrımının anlamında ve uygulanmasında çok fazla sorun ortaya çıkaracağı görüşündedir. *Grünwald*, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 559. *Grünwald*'in özel kişisel unsurlara ilişkin değerlendirmesine, özellikle ihmali suçlar bakımından özgü yükümlülük unsuruna ilişkin tespitine yönelik eleştiri için bkz. Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 165 vd.

<sup>3196</sup> *Grünwald*, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 559.

<sup>3197</sup> *Grünwald*, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 571.

<sup>3198</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Herzberg, a.g.m. (GA 1991), s. 166-167.

<sup>3199</sup> *Grünwald*, a.g.m. (GS Kaufmann), s. 571. Bu kabulün özel kişisel unsurlara yönelik mevcut düzenlemeye uygun olmadığı yönünde bkz. *Hake*, a.g.e., s. 89.

<sup>3200</sup> *Hake*, a.g.e., s. 97 vd.

<sup>3201</sup> *Hake*, a.g.e., s. 97.

eden katkısından etkilenmeyen, münhasıran failin kişisel durumuna dayanan haksızlığı artıran etkiye sahip haksızlık unsuru bulunabilir<sup>3202</sup>. Buna göre, esas fiilin haksızlık içeriğini hukuki değere yönelik saldırının biçimini ve türünü tanımlamaktan farklı bir şekilde değiştiren veya temellendiren unsurların katı bağlı şekilde ele alınması gerekmeyecektir<sup>3203</sup>. Şerik haksızlığı bir başkasının fiiline katkı aracılığıyla, korunan hukuki değere yönelik saldırıda görüldüğünden, esas fiilin haksızlık içeriğini hukuki değer ihlalinden ayrılan kişisel içeriğinde tanımlayan bu tür unsurların eksikliğinde haksızlık indirim uygulama alanı bulacaktır<sup>3204</sup>. Şerikin hukuki değere yönelik saldırısı sadece saldırılan hukuki değerle değil, ayrıca fiilin icrasının türü veya şekliyle de oluşur. Bu nedenle içerdiği değersizlik sadece hukuki değer ihlaliyle değil, bu hukuki değer ihlalinin ne şekilde gerçekleştiği ile de belirlenir<sup>3205</sup>. Dolayısıyla haksızlığın azaltılması, yalnızca korunan hukuki değeri veya ihlal edilme şeklini açıklayan unsurların olmadığı durumlarda da meydana gelebilir<sup>3206</sup>.

Böylece Alman doktrininde genel kabul, faillik ile şeriklik arasında kişisel nitelikte haksızlık unsurlarının bulunabileceği ve bunların katı bağlı şekilde ele alınması halinde adil olmayan sonuçların ortaya çıkacağı yönündedir. Bu bağlamda tartışma, esas olarak bu kişisel haksızlık unsurlarının tespitinin ne şekilde yapılacağına ilişkindir. Türk hukuku açısından 765 sayılı Kanun dönemindeki düzenleme ve doktrinde yer alan görüşler dikkate alındığında benzer bir tartışmanın geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

---

<sup>3202</sup> Hake, a.g.e., s. 98.

<sup>3203</sup> Hake, a.g.e., s. 98.

<sup>3204</sup> Hake, a.g.e., s. 98. Yazara göre örneğin, özgü suçlara iştirak yasağı, faillik kapsamında suçun gerçekleştirilmesindeki yasağın aksine herkese yöneliktir. Bu, hukukun suça şerik olarak katılımdan failden beklediği derecede norma uygun davranmayı beklememesine dayanmaktadır. Çünkü fail alanının sınırlandığı ve bu sınırlamanın korunan hukuki değer bakımından failin özel sorumluluğuna dayandığı bu suçlarda, şerikin bu sorumluluğa ve bunun sonucunda ortaya çıkan yakın bağlantıya (*Nahebeziehung*) sahip olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Böylece suça iştirak eden *Intraneus* ve *Extraneus*'un hareket haksızlıkları da farklılaşmaktadır. Sonuç olarak şerikin hareket haksızlığı failinin karşısında azalmaktadır. *Hake* bu tespitini *Roxin*'in özgü suçlar alanında dayandığı salt şekli sınırlama yaklaşımının aksine ilgili hukuki değer bakımından failin sorumluluğunu maddi olarak temellendirme üzerine yerleştirdiğini belirtmiştir. Hake, a.g.e., s. 103-104.

<sup>3205</sup> Hake, a.g.e., s. 99.

<sup>3206</sup> Hake, a.g.e., s. 99. *Hake* tarafından ileri sürülen şerikliğin cezalandırma nedeni aracılığıyla ayrımın belirlenmesi yaklaşımına *Schwerdtfeger* tarafından itiraz edilmiştir. Dirk Schwerdtfeger, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*, Peter Lang, Berlin, 1992, s. 162.

### ***b. ACK md. 28/1 ve 2 İlişkisi***

Alman hukukunda özel kişisel unsurlara ilişkin getirilen bu düzenlemenin<sup>3207</sup> dogmatik anlamının ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>3208</sup>. Burada sorun arz eden husus ACK md. 28/2’de cezayı değiştiren veya kaldıran nedenin sadece şahsında bu neden gerçekleşen bakımından dikkate alınabileceği ifadesinin ne anlama geldiğidir. Zira kanun koyucu burada fail tarafından gerçekleştirilen suç üzerinden bir indirim öngörmemiş sadece söz konusu özel kişisel unsurun ilgilisi bakımından geçerli olacağını belirtmiştir.

Bu bağlamda bir görüşe göre, ACK md. 28/1 bakımından şerik fail tarafından gerçekleştirilen fiile iştiraki nedeniyle cezalandırılır ancak cezası ACK md. 49/1 uyarınca indirilir. Burada fiilin objektif içeriğini tüketmeksizin ceza kapsamının kayması bulunmaktadır. Örneğin; zimmet suçuna azmettiren kişi yine zimmet suçuna ilişkin ceza kapsamına tabi olacak ama cezasında kanunun öngördüğü oranda indirim olacaktır. Cezayı değiştiren özel kişisel unsurları düzenleyen ACK md. 28/2 ye göre ise söz konusu unsur kendisinde eksik olan şerik ACK md. 26 ve 27’den farklı olarak sadece uygun olan temel suça şeriklik nedeniyle cezalandırılır. Diğer bir ifadeyle bağlılık kesilir<sup>3209</sup>. Örneğin, azmettiren, polis memurunu gösteri sırasında kendisine karşı direnen (X)’e karşı şiddet kullanması için sevk ederse, bu durumda polis ACK md. 340’a göre gerçek olmayan özgü suç kapsamında ele alınan görevde kasten yaralamadan dolayı sorumludur. Bununla birlikte azmettirende kamu görevlisi olma özelliği bulunmadığından dolayı ve bu özellik aslında kasten yaralama suçu bakımından cezayı artıran bir unsur olduğundan kasten yaralama suçuna azmettirmeden dolayı cezalandırılır<sup>3210</sup>. Bu görüşe göre, bu

---

<sup>3207</sup> Teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme bakımından ACK md. 28 uygulanabilir mi sorusu *Roxin* tarafından şu şekilde değerlendirilmiştir: Tamamlanmış bir şeriklik karşısında teşebbüs aşamasında kalan şeriklik bakımından farklı bir uygulamanın kabul edilmesi tutarsız olacaktır. Bu nedenle ACK md. 28’in uygulanabileceği kabul edilmelidir. Gerçi bu durumda fail eksik olduğundan düzenleme doğrudan uygulanabilme olanağına sahip değildir. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 262.

<sup>3208</sup> Küper, a.g.m. (ZStW 1992), s. 561.

<sup>3209</sup> Küper, a.g.m. (ZStW 1992), s. 577 vd.; Jescheck/Weigend, s. 657; Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 36; Bringewat, a.g.e., s. 314; Köhler, a.g.e., s. 551 vd.; Ambos, a.g.m. (JURA 2004), s. 497; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 346. Yazarlar, *Roxin* tarafından kabul edilen yaklaşımın kanuna da uygun olmadığını ileri sürmüşlerdir. ACK md. 28’in cezanın belirlenmesi aşamasında doğrudan uygulanmak istenmesi ACK md. 46’daki özel düzenleme bakımından da ne mümkün ne de gereklidir. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (6. bs), s. 347. Aynı yönde Frister, a.g.e., s. 338.

<sup>3210</sup> Geppert, a.g.m. (1997), s. 301; Satzger, a.g.m., s. 516; Kindhäuser, a.g.e., s. 318; Roxin, a.g.e. (AT), s. 235; Köhl, a.g.e., s. 832. *Dönmezer/Erman*, suçun şeriklerden bazıları bakımından farklı şekilde nitelendirilmesinin söz konusu olamayacağı için, failin sahip olduğu ilgili nitelik dolayısıyla suçun

tarzdaki durumlarda ACK md. 28/2'nin kullanılması gerçek bir tipiklik kaymasına/değişmesine (*Tatbestandsverschiebung*) yol açmaktadır ve ACK md. 28 bakımından bağlılık kuralını esneten bir etki, haksızlık alanında da kabul edilmelidir<sup>3211</sup>. Bu, mevcut durumda (A)'nın sadece basit kasten yaralamaya azmettirmeden dolayı cezalandırılabilmesi anlamına gelir.

Aksi yöndeki görüş, ACK md. 28/2 hükmünü de ACK md. 28/1'in sonuçlarına paralel şekilde ele alır ve şerik sorumluluğunun hukuki temeli bakımından sadece ceza kapsamının kaymasını kabul eder<sup>3212</sup>. Bu nedenle tipiklik kaymasını kabul etmez. Böylelikle ACK md. 28 sadece cezanın belirlenmesi kuralı karakterine sahiptir<sup>3213</sup>. ACK md. 28/2'yi sadece cezanın belirlenmesine ilişkin kural olarak anlar ve bu hükümden sadece ceza kapsamının kayması sonucunu çıkarır<sup>3214</sup>. Bu nedenle bu görüşe göre, gerçek olmayan özgü suça kamu görevlisinin azmettirilmesi durumunda azmettiren işlenen suç kapsamında kalmak kaydıyla cezalandırılacaktır<sup>3215</sup>. Bu yaklaşım şerikliğin cezalandırılma sebebi olarak kabul edilen hâkim görüş kapsamındaki bağlı hukuki değer saldırısı ile uyumludur. Çünkü buna göre şerike failin fiilinin haksızlığı isnat edilebilir, şerikteki özel kişisel unsur eksikliği sadece cezanın belirlenmesinde anlam ifade eder. Bununla birlikte kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle işlenen kasten yaralama suçuna (ACK md. 340) azmettirmenin kasten yaralamaya azmettirme (ACK md. 223)

---

niteliğinde meydana gelen değişikliğin bütün şeriklere sirayet edeceğini ve suçun ayniyetini değiştirmeyeceğini belirtirler. Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 486.

<sup>3211</sup> *Hamdorf*'a göre, ACK md. 28/2 düzenlemesi sadece ceza kapsamının kayması niteliğinde olmadığı kabul edildiğinde aslında tek faillik sorumluluğuna atf yapmaktadır. İlgili unsur kimde varsa onun için dikkate alınacağı hükmü, diğerlerinin sorumluluğunu bu anlamda bağlayıcı etki taşımaz. Tek faillik modeli, diğer katılanların kasten veya taksirle hareket edip etmediğine bakılmaksızın, diğer tüm sorumluluk koşullarının (yükümlülük ihlali, nedensellik, objektif isnadiyet unsurları) gerçekleştirilmesi durumunda başkasının hareketinin her zaman isnat edilebileceği temel tezine dayanmaktadır. *Hamdorf*, a.g.e., s. 308 vd.

<sup>3212</sup> *Wagner* tarafından ileri sürülen bu görüş, daha sonra doktrinde taraftar da bulmuştur (Heinz Wagner, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, s. 386 vd.). Yazar cezayı temellendiren ve cezayı değiştiren unsurlara ilişkin ACK md. 28/1 ve 2'nin iştirak bakımından farklı şekilde değerlendirilmesinin meşru zemini bulunmadığı argümanını ileri sürmüştür. *Wagner*, a.g.e., s. 387.

<sup>3213</sup> *Wagner*, a.g.e., s. 398; *Cortes Rosa*, a.g.m., s. 424 vd.; *Bloy*, a.g.e., s. 187; *Hake*, a.g.e., 150 vd.; *Gerhold*, a.g.e., s. 572. Konuya ilişkin farklı yöndeki görüş için bkz. *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 615. Yazarlara göre çözümün çıkış noktasının şerik davranışının norma aykırılığı ve onun cezalandırılmasının gerekçelendirilmesi olması gerekir. Bu bağlamda burada ne bağlılığa dayanan sebep olma teorisi ne de salt sebep olma teorisi isabetlidir. Şerikin norma aykırı davranışı esas fiilin haksızlığından türetilse de şerik, şerike yasaklanan ayrı bir davranış normuna da zarar verir. Bu yüzden daha şerikliğin haksızlığı aşamasında, şerikin bizzat kendi davranışıyla herkese yönelik oluşan bir hukuki ilişkiyi mi kötüye kullandığı veya özgü bir yükümlülüğe bağlanan farklı bir hukuki ilişkiyi mi kötüye kullandığına göre değişmelidir. *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (2014), s. 615.

<sup>3214</sup> *Geppert*, a.g.m. (1997), s. 301. Bu yönde *Hake*, a.g.e., s. 31 vd.

<sup>3215</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, a.g.e., s. 282.



olarak değerlendirilmesi şerikliğin cezalandırılmasının esası ile bağdaşmaz. Zira şerik haksızlığı genel bağlılık kuralına karşılık failin fiilinden türetilmez, aksine bağımsız olarak belirlenir. Böyle bir çözüm de şerikliğin cezalandırılmasının esasını bizzat şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığa dayandıran salt sebep olma teorisine uygundur<sup>3216</sup>.

Şerik haksızlığının failin fiilinden türetilmesiyle bağdaşan yaklaşım özel kişisel haksızlık unsurlarında ACK md. 28/2'nin sadece cezanın belirlenmesi kuralı olarak anlaşılması halinde başarıya ulaşır<sup>3217</sup>. Ancak değerlendirmeye esas olan suç tipi ACK md. 28/1'deki gibi sadece failin fiiline göre belirlenmelidir. Suç tipinde aranan özgü niteliği taşımayan birinin bu niteliğe sahip birini özgü suça azmettirmesi halinde azmettiren olarak sorumluluğu yine failinki ile aynı olan suç tipine göre belirlenmelidir. Bu özel kişisel haksızlık unsurunu taşımayan olması cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır<sup>3218</sup>.

### 3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Konunun Değerlendirilmesi

Nitelikli hallerin şeriklere sirayetine ilişkin açık bir düzenlemeye TCK'da yer verilmemiştir. Bunun da etkisi ile nitelikli hallerin şeriklere sirayeti, Türk doktrininde iştirak alanında görüş ayrılığının fazla olduğu bir sorunu teşkil etmektedir. Belirtilmelidir ki, bu konunun da dâhil olduğu sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarına ilişkin değerlendirmenin ne şekilde yapılması gerektiği ikilik sisteminin benimsenmesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Suça yönelik katkısı faillik niteliğinde olan iştirak eden bakımından sorun sadece kast kapsamında önem arz ederken, şerikin fiilinin esas fiile bağlı olması konunun farklı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Bu bağlamda 5237 sayılı TCK kapsamında Türk doktrini dikkate alınarak sorunun incelenmesine geçmeden önce belirtilmelidir ki; nitelikli hallerin sirayeti konusunun

<sup>3216</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 239.

<sup>3217</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 240; Cortes Rosa, a.g.m., s. 421 vd. Yazarın bu konuda verdiği örnek şu şekildedir: İlgili niteliği taşımayan bir kişinin bir kamu görevlisinin görevi kapsamında bir kimseyi yaralaması fiiline yardım etmesi halinde kasten yaralama suçuna yardım etme dolayısı ile değil, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen kasten yaralama suçuna yardım etme dolayısı ile cezalandırılması gerekir. Çünkü yardım eden kamu görevlisinin kötüye kullanılmasına etki ederek, katkı sağlamaktadır. Bu nedenle burada temel suç tipi kapsamında daha az haksızlık bağlamında değerlendirilmesi hukuka uygun değildir (Cortes Rosa, a.g.m., s. 435). Aksi yönde Hake, a.g.e., s. 148 vd.

<sup>3218</sup> Roxin, a.g.e. (AT), s. 240. *Maurach/Gössel/Zipf*, bu yaklaşımı ACK md. 28/2'nin haksızlık alanı bakımından tanımlanan bağlılık kuralının esnetilmesinin yanlış uygulanmasına neden olacağı ve yasal düzenleme kapsamında geçerli olamayacağı nedeniyle doğru bulmamaktadırlar. *Maurach/Gössel/Zipf*, a.g.e. (6. bs), s. 288.

asgari şartını cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli halin suça katılanın iradesinin kapsamında bulunması, yani bunu bilmesi ve buna rağmen suça katılmayı istemesi oluşturur<sup>3219</sup>. Çünkü tipikliğin objektif unsurları (maddi unsurlar) kastın kapsamındadır. Daha açık ifadeyle, kast suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsamalıdır. Bu nedenle şeriklerin suça iştirak kapsamında sorumluluğundan söz edilebilmesi için şeriklerin de kasten hareket etmesi gerektiğinden, suça ilişkin nitelikli unsur bilmeyen kişi bakımından bu nitelikli unsur dikkate alınamaz<sup>3220</sup>. Türk doktrininde de genel olarak bu kabul üzerinde uzlaşma sağlandığı söylenebilirse de, şerike sadece bilmesi şartıyla esas fiil kapsamında gerçekleştirilen ve bu bağlamda özellikle fail bakımından etki eden nitelikli hallerin, diğer bir ifadeyle sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarının tamamıyla etki edip etmeyeceği noktasında belirsizlik bulunmaktadır.

#### ***a. Nitelikli Hallerin Sirayetini Bağlılık Kuralı Kapsamında Katı Şekilde Ele Alan Yaklaşım***

Bu yaklaşım bakımından özellik arz eden husus, nitelikli hallerin şeriklere sirayeti konusunda sadece bağlılık kuralının esas alınmasıdır. Nitekim *Koca/Üzülmez*, bunu “bağlılık kuralıyla sınırlı uygulama” olarak adlandırmıştır<sup>3221</sup>. Şeriklerin sorumluluğu failin şahsına<sup>3222</sup> ve işlediği fiile bağlılık arz ettiğinden şerikin fail bakımından mevcut nitelikli hali bilmesi şartıyla failin şahsına ilişkin nitelikli hal şerik bakımından uygulama alanı bulur<sup>3223</sup>. Kanunda yer alan bağlılık düzenlemesi nedeniyle Kanunun ayrıca nitelikli

<sup>3219</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 131.

<sup>3220</sup> Akbulut, a.g.m., s. 209; Kaymaz, a.g.m., s. 152.

<sup>3221</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 477.

<sup>3222</sup> *Ekici Şahin*, kanunda, azmettirenin ceza sorumluluğunun failin gerçekleştirdiği fiile yani suça göre belirleneceği şeklindeki düzenlemeden hareketle, failin şahsına ilişkin hususlara yönelik bir atıfta bulunulmadığını belirterek bu kabulün hatalı olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca yazar bağlılık kuralının, şeriklerin ceza sorumluluğu için yalnızca, fail tarafından gerçekleştirilmesi gereken kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını gerektirdiğine ve bu kuraldan da, şeriklerin ceza sorumluluğunun failin şahsına bağlı olduğu sonucu çıkarılamayacağına dikkat çekmiştir. *Ekici Şahin*, a.g.m. (2015), s. 650-651.

<sup>3223</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 478. *Hakeri* de nitelikli hallerin sirayetine ilişkin şahsi-fiilî nitelikli hal ayırımına gitmeksizin katılanın ilgili niteliği bilmesi koşuluyla kendisine de uygulanacağını belirtmiştir. *Hakeri*, a.g.m., s. 103; aynı yönde *Erdem*, a.g.m., s. 214 vd. *Çelen*, nitelikli hallere ilişkin fiilî-şahsi ayırımına değinmekle birlikte aynı sonuca ulaşmıştır (*Çelen*, a.g.e., s. 354 vd.). *Yargıtay*'ın da konuya ilişkin kararlarından biri şu şekildedir: “...ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin ‘nitelikli kasten öldürme’ suçunu oluşturup oluşturmadığı faile göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir. Bu durum, TCK'nın 82. maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için geçerlidir. Örneğin, ( A ) kendi babasını öldürmesi için ( F )'ye yardım ettiğinde, suçun gerçekleşmesi halinde her ikisi de 81. madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü, failin işlediği suç ‘basit kasten öldürme’ suçudur. Aksine, ( F )'nin, ( A )'nin kendi babasını öldürmesine yardım ettiği durumda ise, hem ( A )'nin, hem de ( F )'nin ‘82/1-d’ maddesi

hallerin sirayetine ilişkin düzenleme yapmasına yönelik beklenti ancak kazuistik kanun yapma tekniğini kabulün sonucu olabilir. Yazarlara göre, şerikliğin ve şerik hareketinin ceza hukukunda esas fiil ve fail olmaksızın bir değeri bulunmamaktadır<sup>3224</sup>. Bu nedenle nitelikli hallerin şerikler bakımından ele alınmasında şahsi-fiilî nitelikli hal ayrımının doğru olmadığı ve bağlılık kuralı kapsamında konunun ele alınması gerektiği sonucuna ulaşmaktadırlar<sup>3225</sup>.

Özgenç ise, daha fazla veya daha az cezayı gerektiren nedenlerin, şahsa veya file bağlı şeklinde ayrılmasının bazı durumlarda mümkün olmayacağını belirtmiştir<sup>3226</sup>.

---

*uyarınca nitelikli hallerden olan 'yakın akrabayı kasten öldürme suçundan' sorumlu tutulması gerekir. Zira, failin işlediği suç 'nitelikli öldürme'dir. Yardım eden ise, yardım ederken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir. Yargıtay 1. CD, E. 2013/3531, K. 2014/3655, T. 25.6.2014, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 25.07.2019. Aynı yönde; 1. CD, E. 2014/1769, K. 2014/4149, T. 24.9.2014, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 25.07.2019. YCGK., E. 2014/593 K. 2016/269 T. 24.5.2016. Benzer şekilde 1.CD., 21.10.2009, 2009/6225 E, 2009/6198 K'dan aktaran Kaymaz, a.g.m., s. 144. Uygulamadaki çelişkili kararlara örnek vermek gerekir ise bu kapsamda failden kaynaklanan kişisel nitelikli haller konusunda Yüksek Daire bir kararında *azmettiren sanık Halil'in maktül ile aralarında alt-üst soy ilişkisi içinde olduğu ve bu nedenle özel faillik niteliği taşıdığı, diğer sanık Yılmaz'ın azmettiren, Uğur ve Kazım'ın müşterek fail, Cengiz ve Yavuz'un yardım eden konumunda olan özel faillik niteliği taşımadıkları olayda TCK m. 82/-d'de yer alan nitelikli halin sadece özgü fail olan sanık Halil hakkında uygulanması gerektiğini* belirtmiştir. (Yaşar/Gökcan/Artuç; 2014, C.1, s. 1176)'dan aktaran Özen, a.g.e., s. 875. Başka bir kararda ise akrabalık ilişkisi kişisel neden kabul etmekle birlikte töre saikini fiile ilişkin nitelikli hal kabul etmiştir. "...sanıklardan biri, amcasının çocukları ile birlikte kardeşini töre saikiyle öldürmeye teşebbüs etmiştir. Yargıtay amca çocukları olan sanıklar bakımından akrabalıktan kaynaklanan kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı neden olan TCK 82/1-d maddesinin uygulanamayacağına hükmetmiş, sanıklar hakkında töre saikine ilişkin nitelikli halin uygulanmasını hukuka aykırı görmemiştir." 1. CD., 18.5.2011, 2010/7365 E, 2011/3231 K'dan aktaran Kaymaz, a.g.m., s. 145. Yargıtay şeriklerde bulunan kişisel nitelikteki nitelikli halin faile sirayetini kabul etmemiştir. "...sanık Ramazan yönünden; sanığın maktulle akrabalık bağının bulunmadığı anlaşılınca, TCK.nun 82/1-d maddesinin uygulanması kanuna aykırı ise de, ceza miktarı dikkate alındığında, bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, CMUK.nun 322. maddesindeki yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasının mahsus bölümünde yer alan, '5237 Sayılı Yasanın 82/1,a,d-son maddesindeki' (d) bendinin çıkartılmasına karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN, hükümlerin ONANMASINA" karar vermiştir." 1.CD., 23.02.2010, 2009/3865 E, 2010/1054 K'dan aktaran Kaymaz, a.g.m., s. 146.*

<sup>3224</sup>

Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 478. Benzer yönde bkz. Taşkın Kapusuzoğlu, a.g.e., s. 155.

<sup>3225</sup>

Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 479. Aynı yönde Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 689. *Koca/Üzülmez*, bu sonucun sadece şeriklik bakımından geçerli olduğuna ve müşterek faillik durumunda her bir suç ortağı bakımından kendisinde söz konusu nitelikli hal bulunan için geçerli olacağına vurgu yaparlar (Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 480). Buna karşılık getirilen şu eleştiri haklılık taşımaktadır: Müşterek fail fiil üzerinde hâkimiyet kurması nedeniyle fiilin haksızlık içeriği daha fazladır. Bundan dolayı fiili şerik fiiline nazaran daha fazla ceza gerektirir. (A) ve (B)'nin müşterek fail olarak (B)'nin babasını öldürmeleri durumunda (A) müşterek fail olarak, ölümün meydana gelmesi bakımından nedensel değeri daha fazla hareket gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte söz konusu nitelikli hal kendi şahsında gerçekleşmediği için müşterek fail olarak gerçekleştirdiği fiil bakımından hakkında bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Buna karşılık fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmayan şerik olarak suçta iştirak ettiğinde söz konusu nitelikli hal kendisi hakkında uygulanacaktır. Bu durum açıkça adil olmayan bir sonucu ortaya çıkaracağından, isabetsizdir (Akbulut, a.g.m., s. 210; Kaymaz, a.g.m., s. 139-140).

<sup>3226</sup>

Özgenç, a.g.e. (2019), s. 581.

Böyle bir ayırımın ayrıca suç genel teorisinin iştirakle ilgili hükümleri ile uyumlu olmadığına vurgu yaparak, nitelikli hallerin bilinmesi şartıyla şeriklere uygulanacağını kabul etmektedir. Böylelikle nitelikli halin şerik bakımından uygulanabilmesi için, şerikin bunu bilmesi yeterlidir<sup>3227</sup>.

Bu kapsamda ele alınabilecek diğer bir görüş ise, nitelikli halin sirayeti bakımından ayrıca bir gerekliliğin varlığına dikkat çekmiştir. *Hafizoğulları/Özen*'e göre kusurluluk ilkesinin de gereği olarak bu nedenlerin bilinmesi halinde suça katılanlar bakımından uygulanması gerekir. TCK'da nitelikli hallerin sirayetinin düzenlenmediğini, fakat bu durumun kanunu yorumlayan ve uygulayan hâkimi bağlamayacağını belirterek farklı bir değerlendirmede bulunmuşlardır. Yazarlara göre, hâkim bu durumlarda kast kuralını uygulamalıdır; çünkü bu, kanunilik ilkesi ile de çelişmez. Sonuç olarak suça katılanlardan birinden kaynaklanan daha fazla cezayı gerektiren kişisel nitelikli hal, bilmeleri şartıyla diğer katılanlar bakımından da dikkate alınacaktır. Bununla birlikte yapılması gereken düzenlemede daha fazla cezayı gerektiren kişisel nitelikteki nitelikli hallerden dolayı suça diğer katılanların cezasının artırılabilmesi için bu halin suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekliliğini aramaktadırlar<sup>3228</sup>.

*Hakeri* de nitelikli hallere ilişkin kanunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle genel kurallara göre çözüm bulunması gerektiğini belirtmiştir. Böylece yazar, cezayı artıran kişiye ilişkin nitelikli hallerin şeriklere sirayet edeceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte yazar, failde bulunan nitelikli halin şeriklere sirayetinin yanı sıra şerikte bulunan nitelikli halin de fail ya da failere uygulanacağını belirtmiştir. Bununla birlikte bunun için suça iştirak edenlerin nitelikli halin varlığını bilmeleri gerekir<sup>3229</sup>. Cezayı artıran fiile ilişkin nitelikli haller ise, fiilin işlendiği zaman bunları bilmeleri şartıyla katılanlara etki edecektir. Cezanın azaltılmasını sağlayan nitelikli haller ise, kural olarak bütün katılanlar bakımından dikkate alınacaktır<sup>3230</sup>.

---

<sup>3227</sup> Özgenç, a.g.e. (2019), s. 581-582. Aynı yönde İçel, a.g.e., s. 505. *Roxin* şerikliğin bu şekilde katı bağlılığının bağlılığa dayanan neden olma teorisi ile uyum arz edeceğini belirtmiştir. Zira bu yaklaşım kapsamında şerike failin fiilinin haksızlığının isnat edileceğine dikkat çekmiştir. Şerikin cezalandırılma nedeni başkasının haksızlığına sebep olma olduğundan şerike ilişkin kişisel unsurlar bu haksızlığı etkileyemez. Bu nedenle böyle bir kişisel unsurun eksikliği sadece cezanın belirlenmesi bakımından anlam ifade eder. *Roxin*, a.g.e. (AT), s. 239.

<sup>3228</sup> *Hafizoğulları/Özen*, a.g.e., s. 338 vd.

<sup>3229</sup> *Hakeri*, a.g.e., s. 547. Aynı yönde bkz. *Özkan*, a.g.e., s. 165.

<sup>3230</sup> *Hakeri*, a.g.e., s. 547.

*Gökçen/Balcı* ise konuya farklı bir açıdan yaklaşarak verdikleri örnek üzerinden TCK'da yer alan bağıllık kuralı düzenlemesinin sorunun çözümü açısından yeterli olduğunu ve sorun arz etmediğini belirtmişlerdir. Yazarlar kasten öldürme suçu üzerinden verdikleri örnekte, kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi halinin görünüşte özgü suç teşkil ettiğine vurgu yapmışlardır. Bu kapsamda (B) nin, eşi (E) yi öldürmesi için aşık olduğu (A) yı azmettirmesi ve (A) tarafından da fiilin işlenmesi halinde; (A)'nın sorumluluğunun suçun temel şeklinden dolayı belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu olay bakımından (A) özel faillik niteliğini taşımamaktadır. Kastens öldürme suçuna azmettiren olarak (B)'yi de kastens öldürmenin nitelikli halinden sorumlu tutmak mümkün olmaz. Azmettiren işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağından, (B) suçun temel şeklinden dolayı olacaktır<sup>3231</sup>.

Bağıllık kuralının nitelikli hallerin sirayeti kapsamında katı şekilde kabul edilmesi Alman hukukunda da eleştiriye uğramıştır. Şerik tipikliğinin katı bağıllığının, şerikliğin cezalandırılması bakımından esas fiilin ceza kapsamına katı bir bağıllığa yol açacağı ileri sürülmüştür. Böylece iştirak şekillerinin farklılığının ortaya çıkardığı avantaj, tek faillik sistemi karşısında anlamını yitirir. Ayrıca hukuka aykırı durumların da ortaya çıkmasına sebep olur, zira şerikte bulunmayan sadece failde bulunan kişisel özelliğın şerike sirayetini sonuçlar<sup>3232</sup>.

### ***b. Nitelikli Hallerin Sirayetine İlişkin Bağıllık Kuralını İlmli Şekilde Ele Alan Yaklaşım (Fiili-Kişisel Neden Ayrımı)***

#### **(1) TCK md. 40 Hükümünün Nitelikli Hallerin Sirayetini İçermediği Argümanı**

Bağıllık kuralının nitelikli hallerin sirayeti konusunda katı şekilde uygulanması gerektiği yaklaşımına karşı çıkanlar, fail tarafından gerçekleştirilen tüm nitelikli unsurların bilmeleri şartıyla diğer şeriklere de istisnasız şekilde uygulanacağı<sup>3233</sup>

<sup>3231</sup> Ahmet Gökçen/Murat Balcı, "Kasten Öldürme Suçu (TCK md. 81)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17 (1-2), 2011, ss. 95-218, s. 181. Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 689.

<sup>3232</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 612.

<sup>3233</sup> Herkesin kendi fiilinden sorumlu olacağı kabulü, objektif sorumluluğun reddedilmesinin sonucudur. Bu sonucu *kusursuz ceza olmaz ilkesi* de teyit etmekte ve kişi ancak kusurlu fiilinden ve kendi kusuru kadar sorumlu tutulabilmektedir. Kaymaz, a.g.m., s. 149.

kabulünü isabetli bulmamışlardır. Ayrıca bu yaklaşıma göre, TCK md. 40/1 c. 2'den<sup>3234</sup> nitelikli hallerin sirayetine yönelik bir sonuca ulaşılamaz<sup>3235</sup>. Çünkü cezayı etkileyen ağırlatıcı veya hafifletici sebepler, cezalandırmayı engellemez. Bu nedenle kişisel cezasızlık sebebi sayılamaz. Kanun ifadesinin karşıt anlamından hareket edilirse kişisel cezasızlık sebebi dışında kalan hususlar şerik için de etki edecektir<sup>3236</sup>. Kanunda nitelikli hallerin suça diğer katılanlara etkisine yönelik düzenlemenin bulunmaması nedeniyle kanun kapsamında sorunun çözümü yetersiz kalacaktır<sup>3237</sup>. Örneğin, failin sıfatının nitelikli hal olarak kabul edildiği hallerde, fail sıfatına sahip olmayan kişinin suçu bizzat işlemesine nazaran nitelikli hale azmettirdiğinde daha fazla ceza alması sonucunu ortaya çıkarır. Resmi belgede sahtecilik suçunu bizzat kendi işlediğinde, TCK md. 204/1'e göre sorumlu olan kişi, kamu görevlisini azmettirdiğinde nitelikli unsur olan md. 204/2 kapsamında sorumludur<sup>3238</sup>.

Konu, gerçek özgü suçlara şerik olarak iştirak etme bakımından da sorun oluşturmaktadır. Faili özgü suça azmettirenin kendisinin de ilgili niteliğe sahip olup olmaması arasında cezalandırma bakımından fark ortaya çıkmaz. Zira her iki durumda ilgili kişi failin işlediği özgü suçtan azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Böylece suça

<sup>3234</sup> Söz konusu hüküm sadece kişisel cezasızlık nedenleriyle ilişkili gibi görünmekle birlikte, suçun daha fazla veya daha az ceza gerektiren nitelikli halleri bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır. Kaymaz, a.g.m., s. 152.

<sup>3235</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 166; Evik, a.g.e., s. 292; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 666; Aydın, a.g.e., s. 231 vd.; Kaymaz, a.g.m., s. 126. Bununla birlikte *Öztürk/Erdem* nitelikli hallerin sirayetine ilişkin olarak mevcut düzenleme çerçevesinden cezayı kaldıran kişisel sebepler kapsamında nitelikli halleri de kapsar şekilde değerlendirme yapmıştır. Bu bağlamda kişisel sebebin sadece kendisinde bulunan suça katılan bakımından uygulanma kabiliyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Fiile ilişkin sebepler bakımından ise suça her katılana bilmesi şartıyla uygulanabileceğini belirtir (*Öztürk/Erdem*, a.g.e., s. 439). *Demirbaş*, mevcut bağlılık kuralı düzenlemesi ile nitelikli hallerin şeriklere sirayeti sorununun çözüm bulmadığını belirterek söz konusu boşluğu ortadan kaldıracak bir düzenlemeye ihtiyaca değinmiştir. Bununla birlikte yazar iştirak halinde işlenen suçlarda faillerden veya ortaklardan birinde bulunan nitelikli unsurların diğerlerine sirayet edeceğini, bunun için bilmenin yeterli olduğunu ileri sürmektedir (*Demirbaş*, a.g.e., s. 530-531). Bağlılık kuralı şeriklerin sorumluluğu bakımından kurucu nitelik arz etmekle beraber, failin sorumluluğunu tespit etmemektedir. Dolayısıyla şeriklerde bulunan nitelikli unsurların faile uygulanacağını belirtmek bağlılık kuralının esasıyla uygun değildir (*Akbulut*, a.g.m., s. 211). *Demirel* ise nitelikli halin şahsa bağlı nitelikli hal olması durumunda, hem haksızlığa hem de kusurluluğa etki etmesinden dolayı, kendisinde bu nitelikli hal bulunmayan şerik bakımından belli bir ceza indirimini öngören düzenlemeye Kanunda yer verilmesini belirtir (*Demirel*, a.g.e., s. 518). Benzer şekilde *Kaymaz* da nitelikli haller bakımından kişisel ve fiile bağlı nitelik hal ayırımının yapılması gerektiğini mevcut TCK md. 40 düzenlemesinin bu sorunu çözmekten uzak kaldığını, konuya ilişkin bir düzenlemenin gerekli olduğunu belirtmiştir (*Kaymaz*, a.g.m., s. 126). Bununla birlikte gerekli olan düzenleme bakımından ise, sirayet bakımından suçun işlenmesini kolaylaştırması şartını aramaktadır. Kaymaz, a.g.m., s. 133.

<sup>3236</sup> Özbek vd., a.g.e., s. 520; Evik, a.g.e., s. 293.

<sup>3237</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 678.

<sup>3238</sup> Akbulut, a.g.m., s. 210.

azmettiren kişi kanunun aradığı sığata sahip bir kişi olduğunda bu niteliğe sahip olmayan kişi ile aynı ceza kapsamında bulunacaktır<sup>3239</sup>. Bu durum hem kanunilik ilkesine aykırılık taşıır hem de adaletsiz sonuçları beraberinde getirir<sup>3240</sup>. Türk Ceza Kanunu'nda özgü suçlar bakımından ilgili niteliği taşımayan şerikler bakımından ayrıca bir ceza indirimi öngörölmemiştir<sup>3241</sup>. Alman Ceza Kanunu'nda ilgili niteliği taşımayan şerik bakımından hem bu nedenle hem de suçta şerik olarak katılması nedeniyle çiftte ceza indirimi söz konusu olmaktadır<sup>3242</sup>.

Söz konusu nitelikli halin şerikin şahsından veya mağdurla kişisel ilişkisinden kaynaklanmamasına rağmen sadece failin şahsından veya mağdurla olan kişisel ilişkisinden kaynaklandığını bilmesi şartıyla şerik bakımından dikkate alınabilmesi, şerikin başkasının fiilinden sorumlu tutulmasını ifade eder<sup>3243</sup>. Bu bağlamda kanunilik ilkesinin suçun daha fazla ceza gerektiren nitelikli halleri bakımından da geçerli olduğunu belirten görüş, faile ilişkin kişisel bir nedene dayanan nitelikli halin şeriklerin sorumluluğu bakımından geçerli olmasının kanunda açıkça yazılı olması halinde kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda TCK md. 61/10 uyarınca kanunda açıkça yazılmadıkça cezaların ne artırılabilip ne eksiltebileceği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>3244</sup>.

Sonuç olarak mevcut düzenleme ACK'daki ilgili düzenleme ile de kıyaslandığında çözüm getirmediği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>3245</sup>. Her ne kadar mevcut düzenleme ile şerikliğin bağlılığının korunduğu söylenebilirse de, bu düzenleme ile beklenen amacın

<sup>3239</sup> Akbulut, a.g.m., s. 211. Özgenç, (TCK tasarısına ilişkin çalışmasında) özgü suçlarda azmettirenin özel faillik vasfını haiz olmaması halinde özel faillik niteliğini haiz olan birini (*Intraneus*) özgü suçta işlemeye azmettirmesi ihtimalinde hâkime azmettirenin cezasında takdiri indirim yapma imkânının tanınması gerektiğini belirtmiştir. Özgenç, a.g.m., s. 86.

<sup>3240</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 682.

<sup>3241</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 156.

<sup>3242</sup> Özgenç, a.g.e. (2019), s. 590.

<sup>3243</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 154.

<sup>3244</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 149 vd.; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 671. "Bilindiği üzere, 765 Sayılı TCK'nun 66 ve 67. maddesinde ağırlatıcı nedenlerin bilmesi halinde diğer suç ortaklarına sırayet edeceği belirtilmekteydi. Dolayısıyla, kendi şahsından kaynaklanmayan ağırlatıcı bir nedenden dolayı failin sorumlu tutulması bu kanun hükümlerine göre mümkün olmaktadır." (Kaymaz, a.g.m., s. 152). Failin mağdurla yakınlığından kaynaklanan şahsi ilişkinin kanunda cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlendiği, o nedenle kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiği düşünülebilir ise de, bu durum mağdurla yakınlığı bulunan suç ortağı bakımından doğru olmakla birlikte, diğer suç ortakları bakımından doğru değildir. Diğer suç ortaklarının, cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi, yani cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halin geçişi için 765 Sayılı TCK'da olduğu gibi kanunda bu hususta açık bir düzenlemenin bulunması gereklidir. Kaymaz, a.g.m., s. 152.

<sup>3245</sup> Özbek vd., a.g.e., s. 522.

elde edilebileceği kabul edilemez<sup>3246</sup>. Ayrıca kanunda kişisel ve fiilî sebeplere yer verilmemiş olması<sup>3247</sup> da sorundur. Mehz ACK bile hâlâ bu ayrımı muhafaza etmektedir<sup>3248</sup>. Kişisel nitelikli hallerin sirayetine ilişkin sorunun<sup>3249</sup>, hâkimler tarafından genel kurallar uygulanarak çözümlenmesinden ziyade kanunda açık bir düzenleme yapılarak çözüme kavuşturulması gerekir<sup>3250</sup>.

<sup>3246</sup> Akbulut, a.g.m., s. 211. Yazar, (A)'nın kendi babasını öldürmesi için (B)'yi azmettirdiğinde TCK 81. maddeden sorumlu olacağı örneği üzerinden haklı olarak, “*kanun koyucunun bu gibi durumlarda 82. maddede belirtilen aile yakınlarının öldürmek istenildiğinde bunu kendilerinin yapmamalarını bir başkasına yaptırmasını, çünkü daha az ceza alacaklarını ifade ettiği*” sonucuna ulaşmıştır. Akbulut, a.g.m., s. 210. Aynı yönde Ekici Şahin, a.g.m., s. 671.

<sup>3247</sup> Buna karşılık Özgenç bu ayrımı doğru bulmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “Bazı hallerde cezayı artıran veya hafifleten sebebin fiile mi yoksa şahsa mı bağlı olduğunu tayin etmek kolay değildir. Meselâ, adam öldürmek suçunun taammüden işlenmesi, ‘canavarca bir his şevki ile’ işlenmesi, bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak, işlenmiş bir suçu gizlemek gibi bir maksatla işlenmesi halinde, bu sübjektif hallerin münhasıran şahsa bağlı ağırlatıcı sebep mi yoksa fiile bağlı ağırlatıcı sebep mi olduğunu söylemek, kanaatimizce mümkün değildir”. Özgenç, a.g.m., s. 91.

<sup>3248</sup> Özbek vd., a.g.e., s. 523. Zafer ise konuya ilişkin farklı bir yaklaşım ileri sürmüştür. Yazara göre, sirayet sorunu dar fail anlayışı mı geniş fail anlayışı kapsamında mı çözüleceğine ilişkindir. Geniş anlamda fail anlayışının sonucu olarak fiil tüm iştirak edenlerin ortak eseri olarak kabul edilirse, fail ve şeriklerde bulunan fiili ve şahsi ağırlatıcı nedenler bilinmek ve neticeye etkili olmak şartıyla bu nitelikli hali taşıyan kişiye sirayet edecektir. Ayrıca yazar bu sorunun iştirak iradesi kapsamında çözümlenmesinin de mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde nedenler arasında şahsi ve fiili ayrımının yapılmasına gerek kalmaksızın çözüm mümkün olacaktır (Zafer, a.g.e., s. 554). Yazar dar fail anlayışının ve bağlılık kuralının kapsamında sirayet konusunda şeriklerde bulunan şahsi veya fiili ağırlatıcı nedenlerin diğer iştirak edenlere sirayet etmeyeceği kabulüne ilişkin olarak azmettiren bakımından istisna tanınması gerektiğini ele almıştır. Azmettiren bir kişiyi kullanarak aslında kendi suçunu işlemesi nedeniyle azmettirenin bulunan şahsi ağırlatıcı nedenin faildeki gibi bilmeleri koşuluyla suça diğer iştirak edenler bakımından da uygulanması gerekir. Bu duruma örnek olarak azmettirenin kendi babasını öldürtmesini veren yazar, şeriklerin sorumluluklarını fiilden aldığı kabul edilmesinde azmettirenin öldürme suçunun temel şeklinden dolayı cezalandırılması gerektiğini ve bunun adil bir sonuç olmayacağını belirtmiştir. Bu olay bakımından bilmek kaydıyla fail nitelikli insan öldürmeden, azmettiren de nitelikli insan öldürmeye iştiraktan sorumlu olmalıdır. Zafer, a.g.e., s. 553.

<sup>3249</sup> Doktrinde bir görüş, şeriklerin ceza kapsamına ilişkin kanun ifadesinden hareketle şerik haksızlığının bütünüyle esas fiil haksızlığına bağlı olmadığını ileri sürmüştür. Burada dayanak noktası kanunda şerik sorumluluğu için fail tarafından fiilin gerçekleştirilmiş olmasının aranmasına rağmen, suça katılanların cezasının faile bağlı tutulmamasıdır. “İşlenen suçun cezası” ile “faile verilecek ceza”nın aynı anlama sahip olmadığını belirten yazar, failden kaynaklanan kişisel nedenlerden ötürü faile daha ağır veya daha hafif bir cezanın verilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, “kanun maddesinde, suç ortaklarının faile verilecek ceza ile cezalandırılacakları belirtilmiş olsaydı, cezanın hafifletilmesi veya ağırlatılması sonucunu doğuran bu haller şerikler bakımından da geçerli olacaktır” (Kaymaz, a.g.m., s. 160). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Akbulut, a.g.m., s. 212. Bununla birlikte salt bu ifadeye dayanarak nitelikli hallerin sirayeti konusunda kişisel nitelik taşıyanların sadece ilgilisi hakkında uygulanabileceği sonucuna varılmasının dayanak noktası olarak yetersiz kalacağı unutulmamalıdır. İlgili ifade şerikin cezalandırılması bakımından failin değil fiilin esas alınması hususunu ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında dikkate alınacak hususların faile göre belirlenmeyeceği açıktır. Bununla birlikte nitelikli haller meselesi haksızlık kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle böyle değerlendirilse bile; bu, şerik sorumluluğunun tespitinde kişisel nitelikteki nitelikli hallerin sadece ilgisinde bulunması kabulünü destekleyici nitelikte olabilir ancak sorumluluğun tespitini gerekçelendiremez. Bu konuya ilişkin açık bir düzenlemeye hâlâ ihtiyaç bulunmaktadır.

<sup>3250</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 682; Evik, a.g.e., s. 297.



## (2) Fiilî-Kişisel Nitelikli Hal Ayrımı

Suçla ilişkin nitelikli haller bakımından fiilî-kişisel neden ayrımı, nitelikli hallerin tümünün aynı niteliğe sahip olmadığı ve özellikle bunun suça iştirak edenler bakımından etki gösterdiği esasına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle fail tarafından tek başına işlenen suçlarda nitelikli halin fiilî nitelikte mi, yoksa kişisel nitelikte mi olduğu önem arz etmez. Zira failin kastının kapsamında yer aldığı sürece fail hakkında söz konusu nitelikli hal uygulama bulacaktır. Bu nedenle nitelikli hallerin fiilî veya kişisel nitelikte olması şeklindeki ayrıma tabi tutulması tek başına fail tarafından işlenen suçlar bakımından önem taşımaz. Bununla birlikte suçun müşterek fail olarak birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde, örneğin faillerden sadece birinin babasına karşı öldürme suçunun işlenmesi ihtimalinde söz konusu nitelikli hal sadece babasını öldüren bakımından geçerli oluyorsa, tüm nitelikli hallerin aynı kapsamda değerlendirilemeyeceğini ve aralarında bir ayrımın kabul edilmesi gerektiğini<sup>3251</sup> ortaya koyan bir husus bulunmaktadır. Nitelikli hallerin arasında ayrımın tam olarak yapılamayacağı iddiası, nitelikli hallerin arasında farklılık olmadığını geçerli kılmamaktadır.

Bu bağlamda doktrinde genel kabul gören görüş<sup>3252</sup> nitelikli hallerin fiile ilişkin ve faile ilişkin olması halinde, iştirak halinde işlenen suçlarda ve özellikle şerikler bakımından ne şekilde dikkate alınabileceğine ilişkindir. Fiilî nedenler, suçun işlenişine bağlı veya bununla ilişkili durumlar (suçun işleneceği zaman, yer, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar) ve fiille netice arasındaki illiyet bağından kaynaklanan objektif nitelikte nedenler<sup>3253</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Fiilî nitelikli hal bakımından önem arz eden, bunların suça iştirak edenlerin şahsına göre değişmemesidir<sup>3254</sup>. Bu bağlamda ilgili suç bakımından mağdurun yaşı (TCK md. 82/1, e) veya mağdurun gebe olması (TCK m. 87/1, e) cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, bu haller suça iştirak edenler bakımından kişisel nitelik arz etmemektedir<sup>3255</sup>. Buna karşılık kişinin şahsından veya şahsıyla ilişkili durumdan ya da mağdur ile ilişkisinden kaynaklı olarak subjektif nitelikte olan kişisel nitelikli haller daha az veya daha fazla cezayı

<sup>3251</sup> Bu kapsamda benimsenen farklı kriterlere yönelik bilgi için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 619 vd.

<sup>3252</sup> Ekici, a.g.m. (2015), s. 654; Aydın, a.g.e., s. 231; Demirel, a.g.e., s. 516.

<sup>3253</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 149-150; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 654; Zafer, a.g.e., s. 550 vd.

<sup>3254</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 655-656.

<sup>3255</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 655-656.

gerektirmektedir<sup>3256</sup>. Suça iştirak edenin kendisi ile ilişkili olmasından dolayı bu nitelikli hallerin sadece bu kişi hakkında etki etmesi ve suça diğer iştirak edenler bakımından etki etmemesi gerektiği<sup>3257</sup> ileri sürülmektedir<sup>3258</sup>. Bu bağlamda suça iştirak edenlerden biri ile mağdur arasındaki “eş”, “kardeş”, “üstsoy-altsoy” olmak şeklindeki akrabalık ilişkileri<sup>3259</sup> veya ilgili kişinin mağdurla arasındaki hizmet ilişkisi bu kapsamdadır<sup>3260</sup>.

<sup>3256</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 127; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 654

<sup>3257</sup> Doktrinde bir görüş kendi babasını öldürmesi için bir başkasını azmettiren kişinin kendi babalarını öldürmesi için kardeşini azmettiren kişi ile aynı cezayı almasını kabul etmemiş, ikinci durumda azmettiren kişinin daha fazla cezayı hak ettiğini ileri sürmüştür. Suça sevk eden sadece babasına yönelik öldürme suçuna azmettirmekle kalmamakta, aynı zamanda kardeşini babasını öldürmesi için azmettirmektedir. Yazar, iki durum arasındaki açık eşitsizliğe rağmen, iki durumda da azmettirenin suçun nitelikli halinden sorumlu tutulması şeklindeki kabule karşı çıkmıştır. Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 940.

<sup>3258</sup> Kaymaz, a.g.m., s. 150. Hatta yazar daha ileri giderek *TCK'da kişisel sebeplerin diğer fail veya şeriklere geçişine ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, cezanın ağırlaştırılması sebebi olarak düzenlenen hallerde bu sebeplerin yalnızca ilgili kişi veya kişiler hakkında uygulanabileceğini* belirtmiştir (Kaymaz, a.g.m., s. 150). Benzer yönde YCGK kararına yönelik muhalefet şerhi şu şekildedir: “Türk Ceza Kanununda ise şerikin cezası failin cezasına bağlı tutulmamıştır. Gerek yardım edenin, gerekse de azmettirenin 'işlenen suçun cezası' ile cezalandırılacağı belirtilmektedir ( TCK md. 38/1, 39/1). Suç kavramı, hem suçun temel şeklini, hem de suçun nitelikli halini kapsamaktadır. Şeriklerin fail için öngörülen ceza ile cezalandırılacağı şeklinde bir ifade kanunda yer almayıp, 'işlenen suçun cezası' ile cezalandırılacakları belirtildiğine göre, şeriklere ceza tayin edilirken failin cezası ölçü olarak alınmayacaktır. Failin sıfatı veya mağdurla olan ilişkileri nedeniyle faile daha ağır veya daha hafif bir ceza verilmesi mümkündür. Eğer kanun maddesinde, suç ortaklarının faile verilecek ceza ile cezalandırılacakları belirtilmiş olsaydı, cezanın hafifletilmesi veya ağırlaştırılması sonucunu doğuran bu haller şerikler bakımından da geçerli olacak ve onlara da faile verilecek ceza tayin olunacaktı. Bundan anlaşılması gereken şudur: Eğer şerik bizzat kendisi fail olarak suç işlemiş olsaydı kendisine ne ceza tayin edilmesi gerekli idiye o ceza tayin edilecektir. Elbette ki şerik olarak suça katıldığı için kanunun öngördüğü oranlarda cezası bir indirim tabi tutulacaktır. Ama kendisi fail olsaydı ne ceza verilmesi gerekir idi ise o suçun cezası ile cezalandırılması gerektiği de nazara alınarak faillğin şerikliğe göre önceliği prensibi gereği öncelikle bu şekilde cezalandırılması yönüne gidilmelidir. Bundan çıkan bir başka sonuç da, fiile bağlı nedenlerin bilmeleri koşuluyla suç ortaklarına sirayet etmesi, kişisel nedenlerin ise sirayet etmemesidir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere özgü suçlarda faile bağlı kişisel ağırlaştırıcı nedenlerin sirayet edebileceğini kabul eden görüşler de vardır. Nitekim inceleme konusu olayda sayın çoğunluğun bu düşünceyle hareket ettiği kanaatindeyim. Ancak 5237 Sayılı TCK'da bu konuda bir düzenleme yapılmadığına göre, fiili nedenlerin bütün suç ortakları bakımından geçerli olduğunu-çünkü bu nedenler suça ilişkindir ve suç ortaklarının iradesinin kapsamındadırlar- ancak kişisel nedenlerin de ancak kendisinde bu nedenler bulunan kişiler bakımından uygulanacağını kabul etmek gerekir.” YCGK, E. 2018/11-189, K. 2019/350, T. 18.4.2019, (çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi): 02.03.2020.

<sup>3259</sup> İspanyol Ceza Kanunu kapsamında yakın akrabalık ilişkisi içinde yer alan mağduru öldüren kimsenin daha fazla ceza ile cezalandırılması yönündeki düzenlemeden hareketle bu yakın ilişkiye sahip olmayan, suça iştirak edenin bu nitelikli halden sorumlu tutulamayacağı görüşü İspanyol doktrininde ağırlıktadır (Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 938). Bununla birlikte aksi yöndeki görüş tarafından ileri sürülen argüman ilginçtir. Burada bir babanın oğlunu öldürmesine iştirak eden şerikin fiilinin, akrabalık ilişkileri bulunmayan failin mağduru öldürmesine iştirak eden şerikin fiilinden daha fazla kınanabilir nitelik arz ettiği ileri sürülmüştür. Bu nedenle bu nitelikli hal kendisinde bulunmasa dahi öldürme suçunun nitelikli haline şerik olarak iştiraktan cezalandırılması gerekir. Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 939.

<sup>3260</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 656; Kaymaz, a.g.m., s. 128. “Adam öldürmek, failin kötülüğünün ve tehlikeli halinin bir göstergesidir. Ancak, insanın yakınlarını, örneğin annesini, babasını, kardeşini veya eşini öldürmesi onun daha çok kötülüğüne ve tehlikeli haline ve acımasızlığına işaret eder. Bu durumda fail çoğu kez yükümlülüklerine aykırı (örneğin, çocuklar ve anne-baba bakımından söz

Bunun yanı sıra sübjektif nitelikte kabul edilebilecek diğer haller, suçun belli bir amaç<sup>3261</sup> veya saikle işlenmesine bağlı olarak daha fazla cezayı gerektirdiği hallerdir. Bu bağlamda kişisel nedenler, failin kişiliğini karakterize eden motiv ve düşüncelerdir<sup>3262</sup>. Özellikle öldürme suçları bakımından ön plana çıkan, *faili suç işlemeye sevk eden canavarca his, kan gütmeye, bir başka suçu gizleme veya töre saiki* bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>3263</sup>. Burada daha önce bahsedilen suça iştirak edenle mağdur arasındaki kişisel ilişki değil, failin suçun işlenmesine yönelik psikolojik durumu, motivasyonu, ruh halinin ortaya çıkardığı tehlikelilik<sup>3264</sup> ön plana çıkmaktadır.

Bu bağlamda söz konusu nitelikli halin fiile mi, yoksa şahsa mı ilişkin olduğunun her durumda açık bir şekilde ortaya konulmadığı eleştirisi söz konusu olabilir. Çünkü bazı nitelikli hallerin özelliği gereği hem fiilî hem de şahsi nitelikte değerlendirilebilmesi gündeme gelmiştir. Örneğin, öldürme suçu bakımından suçun tasarlayarak işlenmesi<sup>3265</sup> bu niteliktedir. Kastın en yoğun biçimi olarak kabul edilen tasarlamayı, bu nedenle sübjektif temelli olarak ele almak mümkündür. Failin psikik durumuna ilişkin olduğu göz ardı edilemez. Bununla birlikte tasarlamının fiilin işlenişine ilişkin hususları da kapsadığı<sup>3266</sup> yadsınamaz. Ancak tasarlama bakımından belirleyici olan failin hangi psikik durum içinde bulunduğu değil, fiilin işlenme biçimine yönelik yapılan plan ve hazırlık

---

*konusu olan bakım ve gözetim yükümlülüğü ) hareket etmektedir. Ancak diğer suç ortaklarının bu durumu bilmeleri, onların da aynı derecede kötülüğüne, tehlikeliliğine ve acımasızlığına işaret etmez. Çünkü öldürülenin diğer suç ortakları ile bir yakınlığı mevcut değildir. Onlar için öldürülen herhangi bir kişidir; öldürülenin bir suç ortağının yakını olması diğerleri bakımından herhangi bir kişi olmasına engel teşkil etmez.” Akbulut, a.g.m., s. 212. Bu yönde Kaymaz, a.g.m., s. 154.*

<sup>3261</sup> Ekici Şahin, özel kast ve saik konusunda ikili bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir. Eğer amaç veya saik örneğin, hırsızlık suçu gibi suçun kurucu unsuru olarak yer alıyorsa, bu amaç veya saikin fiilî veya şahsi bir neden olduğu tartışılması önem arz etmez. Buna karşılık amaç veya saikin, suçun sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini teşkil etmesi halinde, fiile mi, şahsa mı ilişkin olduğunun ayrıca göz önünde bulundurulması gerekmektedir (Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 659). Aksi yönde görüş için bkz. Demirel, a.g.e., s. 499.

<sup>3262</sup> Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e. (2014), s. 619.

<sup>3263</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 654. Aynı yönde Zafer, a.g.e., s. 551; Kaymaz, a.g.m., s. 128; Demirel, a.g.e., s. 500. Kan gütmeye saikinın hem fiile hem de faille ilişkin bir nitelikli hal teşkil ettiği yönünde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 176.

<sup>3264</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 662.

<sup>3265</sup> Eski Kanun dönemindeki söz konusu nitelikli hale ilişkin tartışma için bkz. Demirel, a.g.e., s. 486.

<sup>3266</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 658. Fiilî bir neden olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 157; Zafer, a.g.e., s. 550. Aksi yönde bkz. Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. bs, İstanbul, Adalet, 2019, s. 98.

safhasıdır. Bu nedenle tasarlamanın fiilî niteliğinin ön planda olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>3267</sup>.

Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da bir unsurun suçun sadece daha fazla cezayı gerektiren şeklini değil, ayrıca temel suçun unsuru olabileceği durumda ne şekilde değerlendirme yapılacağı önem arz etmektedir. Bu bağlamda kamu görevlisi olma özelliği bazı suçlar bakımından kurucu unsur olarak kabul edilmekte iken; bazı suçlar bakımından daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haldir. Bu bağlamda bu kamu görevlisi olma niteliğinin fiilî mi, yoksa kişisel nitelik mi teşkil ettiğine dikkat edilmesi gerekir. Doktrinde genel olarak suçun kurucu unsuru olan kamu görevlisi olma özel sıfatının, “cezalandırmanın temelini oluşturan şahsi neden” olduğu<sup>3268</sup>, failin sıfatının suç bakımından kurucu unsur olduğu durumlarda bu sıfatın suça etki eden şahsi bir neden olarak değerlendirilemeyeceği<sup>3269</sup> kabul edilmektedir.

Türk doktrininde bazı yazarlar tarafından suçun nitelikli hallerinin şeriklere sirayeti bakımından fiilî ve kişisel neden ayrımı benimsemekle birlikte, ayrımın ne şekilde dikkate alınacağına da değinilmesi gerekmektedir. Belirtilmelidir ki, daha az cezayı gerektiren nitelikli haller kapsamında, nitelikli haller bakımından kişisel-fiilî nedenler ayrımını benimseyenler, fiile ilişkin olanların suça tüm katılanlar bakımından uygulanacağını kabul etmektedirler<sup>3270</sup>. Bu ayrıca ayrımı kabul etmemekle birlikte bağlılık kuralına ilişkin düzenleme üzerinden belirleme yapan yaklaşımların da ulaştığı sonuçtur. Bu nedenle bu nitelikli hallerin söz konusu olduğu durumlar bakımından tartışma bulunmadığı sonucuna kolaylıkla ulaşılabilir.

Fiile ilişkin nitelikli haller bakımından ayrıma giden yaklaşım; daha az cezayı gerektiren nitelikli hallere ilişkin, söz konusu nedenlerin varlığının suç ortakları

<sup>3267</sup> Türk ceza hukuku doktrininde bu yaklaşımın ağırlıklı olduğu yönünde bkz. Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 661; Kaymaz, a.g.m., s. 129. Yargıtay da tasarlamayı fiilî bir nitelikli hal olarak kabul etmektedir. “TCK’nın 66. maddesi, bir cürüm ve kabahati beraber işleyenlerden birinde cezayı artıracak ‘şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsafa’ diğer sanıklara sirayetini öngören cezayı ağırlatıcı bir hüküm olup, TCK’nın 450/1. maddesiyle birlikte sanıklara şahsa bağlı olmayan, idam cezasını gerektiren ve 66. maddesinin uygulamada alanı dışında kalan 450/4. maddesinin de uygulandığı göz önünde tutulmaksızın, sanık M.H.Ö’e 66’ncı maddenin uygulanması suretiyle noksan ceza verilmesi, yasaya aykırıdır.” Y 1. CD., T. 23. 12. 1994, 4121/ 4640’tan aktaran Kaymaz, a.g.m., s. 129, dp. 32. Aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Koca/Üzülmez, a.g.e. (Özel Hükümler 2019), s. 98, dn. 66.

<sup>3268</sup> Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 663-664.

<sup>3269</sup> Zafer, a.g.e., s. 551. Buna karşılık failin sıfatının sadece cezayı artırıcı etki gösterdiği durumlar bakımından suça etki eden şahsi neden olarak değerlendirilmesi gerekir. Zafer, a.g.e., s. 551.

<sup>3270</sup> Evik, a.g.e., s. 294; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 666.

tarafından bilinmesine bağlı olmadığını zira bunların maddi unsura dâhil ve kural olarak objektif nitelikte olduklarını belirterek, bilmeden bağımsız olarak bütün fail veya şerikler hakkında sonuç doğuracağını<sup>3271</sup> kabul etmektedirler. Buna karşılık daha fazla cezayı gerektiren fiile ilişkin nitelikli haller fiilden kaynaklanan, objektif nedenler olmakla birlikte; bu nedenler, bilinmeleri şartıyla bütün şerikler hakkında uygulanabilecektir. Bu aynı zamanda kusur prensibinin bir sonucudur<sup>3272</sup>. Bu sonuca nitelikli haller bakımından fiilî ve kişisel ayırımı kabul etmeyerek salt bağlılık kuralına dayanarak konuyu ele alan yaklaşım da ulaşmaktadır.

### C. DEĞERLENDİRME

Şerikliğin sınırlı bağlılık kuralı kapsamında bağlı bir iştirak şekli olarak kabulüne bağlı olarak ortaya çıkan sorunlar, esas fiilin sadece hukuka aykırı olması veya kasten işlenmesi gerekliliği ile sınırlı değildir. Suça iştirak edenlerin sorumluluğunun belirlenmesinde failin gerçekleştirdiği fiile ilişkin olmayan ve sadece failin gerçekleştirdiği fiil nedeniyle kınanabilirliği esasına dayanan kusurluluk incelemesinin her bir katılan bakımından ayrıca dikkate alınması şeklindeki kabul, şerikliğin mutlak bağlılığını ortadan kaldırmaya yönelik önemli bir gelişme teşkil etmekle birlikte yeterli görülmemelidir. Bununla birlikte kusurun failin kendisi ile ilişkili olması, diğer bir ifadeyle söz konusu fiilin fail bakımından değerlendirilmesinin suça diğer iştirak edenlerin sorumluluğu bakımından etki etmemesi, suça iştirak alanında bir yol açmaktadır. Nitekim kanun koyucu tarafından bunlar *cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler* şeklinde ifade edilmiştir. Böylece kanun koyucu kişisel nedenler kavramına geçerlilik tanımış ve buna bu neden kendisinde bulunan kişi lehine sonuç bağlamıştır. Bu durumda TCK kapsamında iştirak bakımından kusurluluk ve cezalandırmayı önleyen

---

<sup>3271</sup> Hakeri, a.g.m., s. 86; Erdem, a.g.m. (2005), s. 214; Zafer, a.g.e., s. 552; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 666; Aydın, a.g.e., s. 233; Kaymaz, a.g.m., s. 155. Bu bağlamda hırsızlık ve yağma suçları bakımından malın değerinin az olması suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halidir. Malın değerinin azlığı hem TCK m. 145, hem de TCK m. 150'de cezada indirim yapılmasını gerektiren fiilî bir neden olarak yer almaktadır. Hâkimin takdir yetkisi kapsamında bulunmakla birlikte, somut olay bakımından suça konu olan malın değerinin az olması, bu nitelikli hal suça iştirak edenler tarafından bilimese dahi haklarında uygulanması için yeterli olacaktır. Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 667.

<sup>3272</sup> Mahmutoğlu, a.g.m., s. 107; Ekici Şahin, a.g.m. (2015), s. 667; Evik, a.g.e., s. 294; Kaymaz, a.g.m., s. 153. Bildiği halde suça iştirak eden bakımından suçun daha fazla cezayı gerektiren fiilî nitelikli halin uygulanmaması da kişiye kanunda bulunmayan bir muafiyet tanımak anlamına gelir ve bu husus TCK md. 61/10 hükmüne aykırılık teşkil eder. Kaymaz, a.g.m., s. 155.

kişisel sebeplerin her bir iştirak eden bakımından ayrıca dikkate alınacağı açıkça düzenlenmiştir.

Suçta iştirakte şerik sorumluluğu bakımından kural, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın dikkate alınmasıdır. Şerik sorumluluğu bakımından çerçeveyi bu haksızlık belirlemektedir. Her ne kadar bağımsız şerik haksızlığının bulunduğu kabul edilse dahi şerikliğin bağıllığının gereği olarak esas fiilin göz ardı edilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte her suç bakımından şerikliğin esas fiile bağıllığının aynı şekilde etki etmesi her durumda adil sonuca ulaşılmasını sağlamamaktadır. Bu bağlamda her suç yapısının aynı olmaması ve bununla ilişkili olarak bazı suçlar bakımından farklı unsurların bulunmasının gerekmesinin suça iştirak alanına etki ettiği hususunun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Nitekim bazı suçlar faillik alanının kanun koyucu tarafından belirlendiği suçlardır. Özgü suçlarda failin niteliği, sıfatı, durumu dikkate alındığından, bu tür suçlar faile ilişkin bir özellik ile faillik alanını sınırlandırmaktadır. Diğer bir ifadeyle, failin kendisiyle ilişki kurulmakta ve bu niteliğe sahip olmayan kişilerin fail olarak sorumlu tutulabilmesi söz konusu olmamaktadır. Belirtilen durumlarda söz konusu haksızlık unsurları suçun kurucu unsurları olarak kabul edilmekte ve böylece cezalandırmayı temellendirmektedir. Bununla birlikte bazı haksızlık unsurları ise cezalandırmayı temellendirme yerine cezayı artıran, azaltan şeklinde etki etmektedir. Bu bağlamda suçun daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali olarak ifade edilen bu haksızlık unsurları, suçun haksızlık içeriğinin/yoğunluğunun değişmesine etki etmektedir. Bu hallerin hepsi aynı sebebe dayanmamakta, aralarında kökene ilişkin bir ayırım bulunmaktadır. Nitekim bunların bir kısmı, failin veya mağdurun sıfatından kaynaklanmakta; bir kısmı, fail ile mağdurun arasındaki ilişkiden kaynaklanabilmektedir. Bunun yanı sıra nitelikli hal, suçun konusuna ait bir özelliğe veya fiilin işleniş şekline ya da fiilin işlendiği yer ve zamana göre bir farklılığa dayanabilmektedir. Bunların dışında fiilin işlenişleriyle güdülen amaç ve saik de bu kapsamda yer almaktadır<sup>3273</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere, bazı nitelikli haller doğrudan failin kendisi ile ilişkili olmakla birlikte; bazı nitelikli haller fiilin işleniş şekli veya diğer özellikleri ile ilişkilidir. Her ne kadar nitelikli hallerin bu şekilde ayırımına kanunda yer verilmemiş olsa bile, gerek Alman gerek Türk doktrininde uzun süredir kabul gören görüş suça iştirak alanında bu hususu

---

<sup>3273</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e. (Genel Hükümler 2019), s. 135.

dikkate almaktadır. Bu bağlamda Alman doktrininde ayrı bir düzenleme ile özel kişisel unsur kavramına açıkça yer verilmesine rağmen, konuya ilişkin tartışmaya engel olunamamıştır. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde de düzenleme ile nitelikli hallerে yönelik ayrıma geçerlilik tanınmış, ancak bunun yeni kanunda benimsenmemesinin en önemli argümanı şahsi-fiilî nitelikli hal ayrımının bazı nitelikli haller bakımından belirsizlik taşıması olmuştur.

Türk doktrininde haksızlık unsuru kapsamında nitelikli hallerে ilişkin, ne şekilde ifade edilirse edilsin bir ayrımın gerekli olduğu hususuna öncelikle böyle bir ayrımın göz ardı edildiği ihtimalde ortaya çıkan sonuçlara ilişkin değerlendirme ile dikkat çekilmiştir<sup>3274</sup>. Buna ilişkin tekrara düşülmemesi adına burada vurgulanacak tek husus, böyle bir uygulamanın açık şekilde adil olmayan sonuçları ortaya çıkaracak olmasıdır<sup>3275</sup>. Daha açık ifadeyle, bağlılık kuralı düzenlemesinin nitelikli hallerin diğer suça katılanlara sirayeti bakımından, başka bir düzenlemeye gerek olmaksızın, uygulanacağını kabul etmek, ceza adaleti kapsamında olumsuz sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Buna rağmen böyle bir sonucu meşru kılmaya yönelik olarak şerikliğin esas fiile bağlılığına dayanılması güçlü bir argüman teşkil etmemektedir. Zira bazı haksızlık unsurlarının sadece failin kendisiyle ilgili olmasına rağmen şeriklere sirayetini mümkün görmek sadece esas fiile değil, faile bağlılık anlamına gelecektir.

Bu çalışma kapsamında azmettiren bakımından ceza indiriminin kanunen öngörülmesi gerektiği görüşü savunulmakla beraber mevcut düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, bu durum en fazla azmettiren bakımından adil olmayan bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Çünkü azmettiren hem fiili gerçekleştirmemesine hem de kanunun suçun nitelikli hali için aradığı subjektif haksızlık unsuruna sahip olmamasına rağmen işlenen suçun cezası ile cezalandırılması tehlikesi ile muhatap kılınmaktadır. Bu sonucun daha ötesinde, azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılması özgü suçlar alanında daha fazla adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Mevcut iştirak düzenlemeleri bağlamında ilgili niteliği taşımayan azmettirenin faili özgü suça azmettirmesi halinde azmettiren hakkında ceza indirimi öngören ACK md. 28 gibi bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada söz konusu durumun cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması

---

<sup>3274</sup> Bkz. yuk. s. 552 vd.

<sup>3275</sup> Bkz. yuk. s. 553 vd. Nitekim *Geppert* bu hususu adil olmayan ve hakkaniyete aykırı sonuçlar şeklinde ifade etmiştir. *Geppert*, a.g.m. (JURA 2008), s. 35

şeklindeki ihtimal, durumun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmesini ortadan kaldırmamaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda da azmettiren fail ile aynı ceza kapsamında kabul edilmekle birlikte, ACK md. 28 atfıyla ilgili nitelik kendinde bulunmayan azmettirenin ceza indiriminden yararlanabilme durumu söz konusudur. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nda şeriklik bakımından yasal düzenleme bağlamında ceza indiriminin öngörülmemiş olması, azmettirenin iştirak sistemi içerisindeki şeriklik statüsünü ayrıca zedelemektedir. İlgili niteliğe ait haksızlığı bizzat gerçekleştirmemiş olan azmettirenin fail gerçekleştirdiği için cezalandırılacak olması kabul edilemez.

Bu nedenle ACK'daki düzenleme göz önünde bulundurularak hem cezalandırmayı temellendiren hem de değiştiren haksızlık unsurlarına ilişkin iştirak bağlamında etki edecek bir ayırımın gerekliliği kabul edilmelidir. Bu bağlamda Alman doktrininde farklı şekilde gerekçelendirme çabası bulunmakla birlikte, ileri sürülen ayırım kriterlerinin odak noktasını faile ilişkin ve fiile ilişkin neden ayırımı oluşturmaktadır. Suça iştirak edenler bakımından dikkate alınabilecek bir ayırımın faille ilişkili olarak belirlenmesi doğaldır; zira fiil hepsi için aynıdır. Bu nedenle cezayı temellendiren ve değiştiren sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarının objektif nitelikteki haksızlık unsurlarından farklı ele alınması gerekmektedir. Sübjektif nitelikteki haksızlık unsurları failin şahsından kaynaklanan veya şahsıyla ilişkili özellik, ilişki veya durumlardır. Bunlardan bir kısmı hâlihazırda harici olarak mevcutken; düşünce, motiv, saik gibi failin psişik durumuna bağlı unsurlar fiilin gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkar.

Bununla birlikte sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarının tespitine yönelik yaşanan zorluk, özellikle bazı unsurların tam olarak hangi kapsamda yer alacağı konusunda sadece sübjektif-objektif ayırım göz önünde bulundurularak sonuca ulaşamamasına ilişkindir. Konunun Türk ve Alman hukukunda gelişim süreci göz önünde bulundurulduğunda failin sıfatından veya mağdurla olan kişisel veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan durumlar genel olarak sübjektif haksızlık unsuru olarak dikkate alınırken; failin fiilin işlenmesine yönelik sahip olduğu düşünce, motiv ve saikler



konusunda belirsizlik bulunduğu<sup>3276</sup> anlaşılmaktadır<sup>3277</sup>. Belirsizliğin kaynağı, bu tür haksızlık unsurlarının hem hukuki değer ilişkili hem de failin kişisel durumu ile ilişkili olarak nitelendirilmesinin mümkün olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bu tür unsurlar fiilin işleniş şekli ile ilişkilendirilerek objektif haksızlık unsuru olarak buna karşın failin iradi yönelimine dayanan düşünce unsuru ile ilişkilendirilerek sübjektif haksızlık unsuru olarak kabul edilebilmektedir<sup>3278</sup>. Bu bağlamda doktrinde ele alınan kriterler farklılaşmakta ve bu da aynı haksızlık unsuruna yönelik farklı sonuca varılması durumunu ortaya çıkarmaktadır. Nitekim *Roxin*'in vurguladığı üzere, öldürme suçunun nitelikli halini oluşturan unsurların ortak özelliği<sup>3279</sup>, failin fiile ilişkin somut duruma yönelik manevi olarak kınamaya değer iç oluşumudur. Failin psişik durumu ile ilişkili olma ön plana çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, daha fazla cezayı gerektiren bazı nitelikli haller failin fiille psişik ilişkisine dayanmaktadır. Bu şekilde ifade edilebilecek bu tipiklik unsurları özel kusur unsuru olarak dikkate alınarak sübjektif niteliği haiz oldukları sonucuna ulaşmak mümkün olmuştur. Belirtmelidir ki, tüm sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarını özel kusur unsuru olarak değerlendirmek söz konusu değildir<sup>3280</sup>. Zira salt kusur unsuru olarak kabul edilmesi, bu unsur kendisinde bulunmayan şerik bakımından ilgili nitelikli halden cezasız kalması anlamına gelecektir. Burada ön plana çıkan, bu unsurların fiilin işleniş şekline ilişkin tehlikeliliği artırması sebebiyle haksızlık ilişkili olmalarıdır. Bu bağlamda öldürme suçunun töre saikiyle işlenmesini veya kan gütme saikiyle işlenmesini ya da canavarca hisle işlenmesini cezayı artıran sübjektif nitelikte haksızlık unsuru olarak kabul etmek mümkünken; bu görüşe yönelik bunların aynı zamanda fiille ilişkili oldukları itirazı da söz konusu olabilir. Nitekim Alman

<sup>3276</sup> Nitekim *M.K. Meyer*, düşünce unsuru olarak nitelendirdiği bu unsurlar kapsamında mağdurun savunmasızlığından yararlanması (*Heimtücke*) nitelikli halinin hem haksızlık hem de kusur yönünün bulunduğunu ileri sürerek karma düşünce unsuru (*komplexes Gesinnungsmerkmal*) olarak nitelendirmiştir. Aktaran Gerhold, a.g.e., s. 249, dn. 991.

<sup>3277</sup> Bu bağlamda *Langer*, haksızlık kavramına tüm sübjektif hareket unsurlarının örneğin, hukuki değer in veya yükümlülüğün ihlalini oluşturan sübjektif unsurların yanı sıra bunlardan niteliksel olarak tamamen farklı türde değersizliği temellendiren motivasyonların veya düşüncelerin dâhil edilmesinin kusur değerlendirmesini konusuz bırakacağını belirtmiştir. Aktaran Gerhold, a.g.e., s. 489 vd.

<sup>3278</sup> Geppert, a.g.m. (JURA 2008), s. 37.

<sup>3279</sup> Yazar, öldürme suçuna ilişkin 1. ve 3. grup nitelikli hallerin bu kapsamda kabul edileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazar doktrinde asıl sorun arz eden unsurlar olarak 2. grupta yer alan mağdurun savunmasızlığından yararlanma ve suçun canavarca şekilde işlenmesine ilişkin bu unsurların kısmen kusur kısmen de haksızlık unsuru şeklinde geçerli olabileceğini belirtmiştir. Gerhold, a.g.e., s. 509.

<sup>3280</sup> Nitekim *Stratenwerth/Kuhlen* bu konuya ilişkin suç tipinde yer alan düşünce unsurlarına vurgu yaparak bunların haksızlık ve kusur unsurlarının birbirinden ayrılmaz niteliğine dikkat çekmişlerdir. Stratenwerth/Kuhlen, a.g.e., s. 267.

doktrininde özellikle öldürme suçuna ilişkin nitelikli haller kapsamında doktrinin unsurun faile ilişkin ve fiile ilişkin olduğunu belirlemeye yönelik, unsurun failin kınanabilirliğini artırması kriterinin karşısına failin daha doğrusu fiilin tehlikeliliğini artırdığı kriteri getirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu unsur bakımından hangisinin daha ağır bastığına yönelik sonuca varılmaya çalışılmaktadır<sup>3281</sup>.

Bununla birlikte burada asıl göz önünde bulundurulması gereken, söz konusu unsurlar bakımından tartışmaya konu olan husus, bunların tam olarak fiille ilişkili veya objektif nitelikte haksızlık unsuru olarak kabul edilememesidir. Bazı haksızlık unsurlarının tam olarak sübjektif nitelikte olduğu şeklinde bir uzlaşma sağlanamasa<sup>3282</sup> da bu unsurların kişisel niteliğini haiz bileşene sahip oldukları kabul edilmektedir. Bunun oranının kesin şekilde belirlenmesi mümkün olmadığı gibi, daha baskın nitelik arz etmesi şeklindeki belirleme dikkate alınan kritere göre farklılaşmaktadır. Buradan hareketle kanun koyucu tarafından açık bir şekilde ifade edilmediği sürece, her durumda bu unsurlar arasında salt objektif veya salt sübjektif niteliği haiz olduğu şeklindeki belirlemenin mümkün olmayacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarının hem haksızlık hem kusur ilişkili olması kriteri<sup>3283</sup> de bütün sübjektif nitelikteki haksızlık unsurları bakımından geçerli kabul edilemez<sup>3284</sup>. Nitekim Alman doktrininde özellikle öldürme suçu bakımından dikkate alınan kusur ilişkili nitelikli haller dikkate alındığında, failin kınanabilirliğini artıran düşünce unsurları kapsamında cezayı artıran nitelikli hal olarak kamu görevlisi olma niteliğinin kusur ilişkili bir nitelikli hal olarak kabulü güçlük arz eder. Nitekim Alman doktrininde kamu görevlisi olma niteliği üzerindeki asıl tartışma bu unsurun ACK md. 28 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, tartışma bu unsurun kusuru etkileyip etkilemediği noktasında değildir. Bununla birlikte bu unsurun hukuki değer ilişkili olmasından bahisle objektif karaktere sahip olduğu kabul edilse bile,

---

<sup>3281</sup> Gerhold, a.g.e., s. 265.

<sup>3282</sup> *Stratenwerth/Kuhlen* bu tür ince sınırlamalara duyulan ihtiyacın ancak kanun koyucu tarafından sübjektif unsurun belirsiz karakterinin ortadan kaldırılması ile giderilebileceğini belirtmişlerdir. *Stratenwerth/Kuhlen*, a.g.e., s. 267.

<sup>3283</sup> Demirel, a.g.e., s. 503. *Hardwig*, doktrinde düşünce unsurları olarak kabul edilen tipiklik unsurları bakımından kusurun haksızlığı da etkilediğini ve bu nedenle haksızlık tanımının kusuru da içerdiğini ileri sürmüştür. Gerhold, a.g.e., s. 356. Bu şekilde suç tipinde yer verilen bazı tipiklik unsurlarının hem haksızlık bileşeninin hem de kusur bileşeninin bulunması sebebiyle bunlar çifte fonksiyonlu tipiklik unsurları (*doppelfunktionelle Tatbestandsmerkmale*) olarak da nitelendirilmişlerdir. Gerhold, a.g.e., s. 413, dn. 1721.

<sup>3284</sup> Gerhold, a.g.e., s. 375.

faile ilişkin bir özelliği yansıttığından sübjektif karakteri haiz olduğu yadsınamaz. Nitekim TCK'da özellikle öldürme suçuna ilişkin nitelikli haller dikkate alındığında bazı nitelikli haller, suçun bir yakına karşı işlenmesi gibi, tamamen sübjektif nitelik arz ederken; bazıları ise (suçun töre saikiyle veya kan gütme saikiyle işlenmesi bu niteliktedir) hem objektif hem de sübjektif bileşene sahip olmaları dolayısıyla bir yandan fiile ilişkin diğer yandan faile ilişkin unsur kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu kabul, bu unsurun kendisinde bulunmayan şerik bakımından ceza indirimini sağlaması için yeterli kabul edilmelidir. Çünkü aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarının kendisinde bu unsur bulunmayan şerik bakımından etkisi cezasızlık değildir, ceza indirimidir. Bu nedenle bir haksızlık unsurunun sadece objektif nitelikte veya sadece sübjektif nitelikte olduğuna yönelik tam bir belirlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Oysa ACK bağlamında kendisinde bu neden bulunmayan şerik bakımından şerikin bu nitelikli halden sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşıldığı doktrinde kabul gören genel görüştür. Sonuç olarak TCK bağlamında cezayı artıran veya azaltan sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarına ilişkin açık bir düzenlemeye hâlâ gereksinim bulunmaktadır.

Haksızlık unsurları bakımından böyle bir ayrımın kabulü halinde bunun suça iştirak edenlere ne şekilde etki edeceğinin belirlenmesi önemlidir. Öncelikle cezayı değiştiren objektif nitelikteki haksızlık unsurları bakımından doktrin tarafından da hemfikir olduğu üzere, kastı kapsamında olmak şartıyla tüm suça iştirak edenlerin sorumlu tutulması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu durumda fail ve şerikler bakımından ayrı değerlendirme yapılmasını gerekli kılan bir husus bulunmamaktadır. Zira kural fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık kapsamında ortaya çıkan sonuçlar bağlamında şeriklerin kastı çerçevesinde kendi katkısından ötürü sorumlu tutulmasıdır. Bununla birlikte özellik arz eden durum cezayı temellendiren veya değiştiren sübjektif nitelikteki haksızlık unsurlarının bulunmasıdır. Bu bağlamda şerik bağlılığının katı şekilde kabul edilmemesi gerektiği sonucuna öncelikle şerikliğin cezalandırılma nedeni kapsamında benimsenen görüş destek sağlamaktadır. Bununla birlikte bu tür unsurların söz konusu olması durumunda bağlılığın hangi ölçüde esnetilmesi gerektiği hususu önem arz etmektedir.

Bu durumda iki olasılık ortaya çıkmaktadır. İlk ihtimal bakımından suça ilişkin bu haksızlık kısmını bizzat gerçekleştirilmeyen şerikin cezası suçun temel şeklinden dolayı

belirlendikten sonra bu nitelikteki bir fiile iştirakinin bu nitelikte olmayan fiile iştirakine nazaran gerçekleştirdiği haksızlığın farklılığı ancak cezanın belirlenmesi noktasında dikkate alınabilir. İkinci ihtimal olarak, ilgili niteliği haiz olmayan kişinin cezası suçun nitelikli hali kapsamında belirlenmekle birlikte bu niteliğe sahip olmaması nedeniyle hakkında zorunlu bir ceza indiriminin öngörülmesidir<sup>3285</sup>. Her iki ihtimal ayrıca özgü suçlar bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü ilgili nitelikli unsur kendisinde bulunmayan şerik bakımından suçun nitelikli halinden sorumlu tutulması ve fakat zorunlu ceza indirimi öngörülmesi gerektiği veya temel şeklinden sorumluluk belirlenmesi şeklinde varılan sonuç, özgü suçlar bakımından ilgili niteliği haiz olmayan şerikin ceza indirimi öngörülmesinin işlenen suç üzerinden cezasının belirlenecek olması kabulü ile çelişki arz eder. Bu bağlamda ikinci olasılık hem suçun nitelikli halleri bakımından hem de gerçek özgü suçlar bakımından uygulanma özelliğine sahip görünmektedir.

Sübjektif nitelikteki haksızlık unsuru ister cezayı temellendirme ister değiştirme niteliğini haiz olsun her iki durumda da bu unsurun kendisi bakımından gerçekleşmeyen şerik bakımından sadece cezada indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu özellikle cezayı değiştiren unsurlar bakımından önemlidir. Zira ACK'daki düzenlemede bu tür unsurların sadece kendisinde bu unsur bulunan bakımından dikkate alınacağı belirtilmiş ve diğer şerikler bakımından nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. Bu husus ise yukarıda ayrıca yer verildiği üzere doktrinde tartışmaya sebep olarak farklı sonuçları olası kılmıştır. Bu nedenle eğer cezayı değiştiren unsurlar bakımından da sadece cezada indirim şeklinde etki kabul edildiğinde şerikin sorumluluğunun çerçevesini fail tarafından işlenen suçun nitelikli hali teşkil edecektir. Bununla birlikte kanunda yer verilecek olan zorunlu ceza indirimi ile bu unsur kendisi bakımından gerçekleşmeyen şerikin sorumluluğunun faile nazaran daha az olduğu kabulü ortaya çıkacaktır. Örneğin, gerçek olmayan özgü suçlara azmettirme halinde arka planda yer alan kişinin ceza sorumluluğu temel suça azmettirmeden dolayı belirlenmemelidir. Burada suçun daha fazla cezayı gerektirmesinin nedeni yükümlülük ihlaline bağlı olarak kişisel durumdan kaynaklanmaktadır. Eğer ki azmettiren bu niteliğe sahip değilse hakkında dikkate alınacak hüküm suçun nitelikli şekline göre belirlenmelidir ve hakkında ceza indirimi söz konusu olmalıdır. Azmettiren de bu niteliğe sahipse bu durumda

---

<sup>3285</sup> Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 940 vd.

hakkında bu sebebe ilişkin indirim dikkate alınmamalıdır. Ancak azmettiren olması nedeniyle cezasında indirim söz konusu olmalıdır. Aksini kabul şerikliğin genel suçlarda olduğu gibi cezalandırılması ve özgü suçların kendine özgü yapısının dikkate alınmaması anlamına gelecektir. Suça ilişkin kişisel haksızlık içeriğinin failinkinden farklı şekilde şerik üzerinde etki göstermesi gerekir.

Burada söz konusu subjektif nitelikteki haksızlık unsurunun kendisinde bu unsur bulunmayan şerik bakımından tamamen göz ardı edildiği sonucuna ulaşılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu ihtimalde failin suçun nitelikli halinden sorumlu tutulmasına karşılık şerikin suçun temel şeklinden cezalandırılması kabul edilmemektedir. Örneğin, faili babasını (failin babası) öldürmesi için azmettiren kişi ile faili başka birini öldürmesi için azmettiren kişinin gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın dikkate alınması gerekir. Zira ilk durumda her ne kadar azmettiren kendi babasını öldürmek için faili azmettirmemiş olsa bile failin babasını öldürmesi için azmettirmekte ve bu daha fazla cezayı gerektiren haksızlığa belli ölçüde iştirak etmektedir<sup>3286</sup>. Bu nedenle cezayı değiştiren subjektif nitelikteki haksızlık unsurları da sadece ilgilisi bakımından dikkate alınmalıdır. Diğerleri bakımından işlenen fiil üzerinden ceza belirlenmekle birlikte belli oranda indirimin kanunen öngörülmesi gerekir. Böyle bir durumda ACK kapsamında doktrinde yer alan tartışma konusuz kalır. Özetle, failin cezalandırılmasını temellendiren veya değiştiren özel kişisel özellik, ilişki veya durumların (özel kişisel unsur) şerikte bulunmaması halinde şerikin cezasında indirim gidilmesi gereklidir. Bu durumda özgü suçlarda ancak özel niteliğe sahip olan kişi fail olabileceğinden cezayı temellendiren subjektif nitelikteki haksızlık unsuruna sahip olmayan şeriklerin cezasında indirim kabul edilmelidir<sup>3287</sup>. Ancak özgü yükümlülük ihlaline dayanmayan ve kanun koyucunun sadece faillik alanını belirli bir özellik ile sınırladığı suçlar bakımından ayrıca bir indirimin söz konusu olmayacağına dikkat edilmelidir. Zira bu tür özgü suçlarda suçun haksızlık içeriği özgü yükümlülük ihlali nedeniyle artmamaktadır. Bu nedenle bu faillik şartını taşımayan kişi bakımından sadece şeriklik indirimi kabul edilmeli ayrıca bir indirim uygulanmamalıdır.

<sup>3286</sup> Gimbernat Ordeig, a.g.m., s. 940 vd.

<sup>3287</sup> Nitekim İsviçre Ceza Kanununda özgü suçlar bakımından ayrı bir düzenlemeye yer verilerek cezayı temellendiren veya değiştiren özgü niteliğin kendisinde bulunmayan şerik bakımından cezada indirim sebebi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Gerhold, a.g.e., s. 577.

Bununla birlikte cezayı temellendiren unsur bakımından geçerli olmamakla birlikte cezayı değiştiren sübjektif nitelikteki haksızlık unsurunun failde bulunmamakla birlikte şerikte bulunması ihtimaline de yer verilmesi gerekir. Bu durum cezayı temellendiren unsur bakımından dikkate alınmaz. Böyle bir durumda şerik bakımından iştirak edilebilir esas fiilden söz edilemez. Bu nedenle sadece cezayı değiştiren unsurlar bakımından ele alınmalıdır. Cezayı değiştiren sübjektif nitelikteki haksızlık unsurunun failde bulunmaması ve şerikte bulunması durumunda söz konusu unsur sadece şerik bakımından dikkate alınmalıdır. Kendi babasını öldürtmek için faili azmettirme ihtimalinde, fail suçun temel şeklinden cezalandırılacaksa da azmettiren bakımından öldürme suçunun nitelikli hali dikkate alınmalıdır. Bu durumda bu çalışma kapsamında benimsenen görüş çerçevesinde fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmayan azmettiren bakımından sadece şerik indirimi uygulanmalıdır. Çünkü azmettiren fiile müşterek fail olarak veya dolaylı fail olarak iştirak etmemektedir. Azmettirenin hâkimiyetinden söz edilecek olursa, bunun ancak karar aşaması ile sınırlı olduğunun göz önünde bulundurulması gereklidir. Azmettirenin kendi yakınını öldürtmesi ahlakî açıdan failden daha fazla kınanmayı hak ediyor olsa bile fiil hâkimiyeti esası ile çelişki arz eden bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenle azmettirenin bu şekilde bir başkasına suçu işletmesinin verdiği rahatlatıcı etkinin haksızlığı artırıcı etkisi<sup>3288</sup> fiil hâkimiyeti karşısında geçerlilik kazanmaz. Bu ancak cezanın belirlenmesi aşamasında hâkim tarafından dikkate alınabilir.

Bununla birlikte mevcut TCK düzenlemesi çerçevesinde kendi yakınını öldürtmek için azmettiren kişi için nitelikli halin uygulanabileceği sonucuna ulaşmak mümkün olmadığından, ACK'da yer alan düzenleme de göz önünde bulundurulurken bu bağlamda yeni bir düzenlemeye gereksinim olduğu kabul edilmelidir. Burada failin cezası ise suçun temel şeklinden dolayı belirlenmelidir. Zira suça iştirakte esas fiil dikkate alındığından ve ancak gerçekleştirilen haksızlık üzerinden sirayet söz konusu olabileceğinden, şerik bakımından gerçekleşen bir haksızlık unsurunun faile sirayetinden söz edilemez<sup>3289</sup>. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, şerikler esas fiil üzerinden birbiriyle ilişkili olduklarından bunlardan biri bakımından geçerli olan cezaya etki eden sübjektif nitelikteki haksızlık unsurunun diğerine sirayetinden de söz edilemez<sup>3290</sup>.

<sup>3288</sup> Demirel, a.g.e., s. 522.

<sup>3289</sup> Konuya ilişkin farklı yaklaşımlara ilişkin bkz. Demirel, a.g.e., s. 508 vd.

<sup>3290</sup> Aynı yönde Demirel, a.g.e., s. 509.

Sonuç olarak kusurluluk ve cezalandırmayı önleyen kişisel sebeplere ilişkin kanunda yer alan düzenlemeden ayrı olarak iştirak bakımından geçerli olacak şekilde, cezalandırmayı temellendiren veya değiştiren sübjektif nitelikteki haksızlık unsuru kendisinde bulunmayan azmettiren bakımından işlenen fiil üzerinden belli bir ceza indirimini öngören ayrı bir düzenleme konuya ilişkin tartışmaların sona ermesini ve adil bir cezalandırmayı sağlayacaktır. Burada kusurluluk ve cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerden ayrı bir hükme yer verilmesinin gerekliliği söz konusu durumların her bir iştirak eden için ayrı ayrı dikkate alınacak olmasına dayanmaktadır. Oysa sübjektif nitelikteki haksızlık unsurları bakımından yine esas fiil dikkate alınacak ve sadece belli oranda indirim söz konusu olacaktır. Bu nedenle ortaya çıkan hukuki sonuç bağlamında farklılık söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, bu unsurların bulunduğu suçlar bakımından şerik sorumluluğunda bağlılığın kesilmesi değil, esnetilmesi kabul edilmiş olacaktır. Bu, kurula getirilmiş istisna değildir. Şerikin faile değil, fiile bağlı olmasının ortaya çıkardığı sonuçtur. Böylece ACK'da kusurluluk dışında cezalandırmayı etkileyen tüm özel kişisel unsurların aynı düzenleme kapsamında yer almasının (özellikle md. 28/2'nin) ortaya çıkardığı sorunlar ile karşılaşılacaktır. Son olarak cezayı temellendiren veya değiştiren sübjektif nitelikteki haksızlık unsurları arasında yaratılan ve meşru bir zemini bulunmayan ayırım ortadan kalkacaktır. Nitekim Alman doktrininde de bu görüş gittikçe daha fazla taraftar bulmaktadır.

Haksızlık unsurları kapsamında sübjektif niteliğin ayrıca dikkate alınması şerikliğin cezalandırılma nedeni olarak kabul edilen bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı ile de uyum arz etmektedir. Hem şerikliğin haksızlığının esas fiilden kaynaklandığı hem de şerik haksızlığının kısmen bağımsızlığı kabulü ile çelişki ortaya çıkmamaktadır.

## SONUÇ

Çalışmada bağıli şeriklik şekli olarak azmettirmeye ilişkin sorunların ele alınması ve bunlara yönelik çözüm önerileri getirilmesi amaçlandığından, çerçeve ikilik sistemi üzerinden fail-şerik ayrımı esas alınarak belirlenmiştir. Bu belirleme fail-şerik ayrımının hangi meşru zeminde bulunacağı sorusunu beraberinde getirdiğinden, bu konuya yönelik detaylı bir inceleme gerekli görülmüş ve bu bağlamda özellikle fiil hâkimiyeti teorisi çok yönlü bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır. Bu teori ile birlikte bu teoriye ön gelen ve adeta teorinin zeminini oluşturan yaklaşımların tek yönlü bakış açısının iştirak öğretisinde belirsizliklerin, ceza boşluklarının ortaya çıkmasına neden olduğu görülmüştür. Çünkü failliğin sadece tipik hareketin icrası ile ilişkilendirilmesi ya da sadece iradenin esas alınarak belirlenmesi, suça iştirak edenlerin gerçekleştirdikleri katkıların maddi haksızlık içeriğinin göz ardı edilmesine ve bu bağlamda özellikle arka planda yer alanın sorumluluğunun tespitinde farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır. Bu teorilere göre özellikle azmettirme niteliğindeki katkıların bazı durumlarda faillik kapsamında ele alınması (sübjektif teori) ya da dolaylı faillik niteliğindeki katkıların her zaman azmettirme kapsamında değerlendirilmesi (şeklî objektif teori) şeklinde hatalı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte fiil hâkimiyeti teorisi de ilk ortaya çıktığı şekliyle değil, zaman içindeki değişimi ile birlikte önem kazanmıştır. Bu nedenle fiil hâkimiyeti teorisinin gelişim sürecinde ileri sürülen görüşlerin içerdiği çelişki ve eksikliklerin tespiti için sistemli bir inceleme yapılmıştır.

Fiil hâkimiyeti teorisi bağlamında önem arz eden asıl mesele, fiil hâkimiyeti kavramının belirlenmesinde hangi hususun esas alınacağıdır. Diğer teorilerde olduğu gibi, burada da tüm suçlar bakımından uygulanabilir kriter arayışı, yaklaşımların farklı şekilde tezahür etmeleri sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte fiil hâkimiyeti teorisi çerçevesinde failliğin *suçun merkezi konumunda yer alma* kriterinin esas alınarak fiil hâkimiyeti kavramının çatı kavram olarak dikkate alınmasının en net şeklini *Roxin*'in ileri sürdüğü yaklaşım belirlemiştir. Çünkü fiil hâkimiyetinin belirlenmesinde sadece iradeye ağırlık verilmesi ile ya da fiil hâkimiyetinin tipik hareketin icrası şeklinde sadece hareket hâkimiyeti olarak kabul edilmesi ile fail-şerik ayrımının tespiti için tatmin edici sonuca ulaşmak mümkün olmamıştır.



Nihayet fiil hâkimiyeti kapsamında farklı şekilde ortaya çıkan hâkimiyet türleri olarak hareket hâkimiyeti, irade hâkimiyeti ve fonksiyonel hâkimiyetin kabulü fail-şerik ayrımının somutlaşması bakımından önemli bir gelişme teşkil etmektedir. Fiil hâkimiyetinin çatı kavram olarak kabulü zamanla iştirak öğretisinde yeni gelişmelere göre alt hâkimiyet türlerinin kabulüne de kapı aralamaktadır. Bu nedenle fiil hâkimiyeti teorisi geliştirilebilir bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışma bağlamında bu kabulün önem arz ettiği husus, irade hâkimiyeti çerçevesinde dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayrımın belirlenmesinde dikkate alınacak olmasıdır. Fail, iştirak halinde işlenen suçlarda fiil hâkimiyetine sahip olan kişi olarak; şerik ise fiil hâkimiyeti bulunmaksızın suça iştirak eden diğer bir ifadeyle suça ilişkin katkısı faile nazaran tali nitelikte kalan kişi olarak ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda azmettiren fiile hâkim olacak şekilde bir başkasının iradesi üzerinde hâkimiyet oluşturmaması ve azmettirenin suça yönelik katkısının faili suça sevk etme ile sınırlı olması nedeniyle sorumluluğu şeriklik kapsamında kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, azmettirenin etkisi failde suç kararı oluşturma aşamasıyla sınırlı olduğundan, failin fiili icra etmesinde azmettirenin olay seyri üzerinde etkisi, üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle azmettirenin fiilin icrası bakımından yönlendirici etkisi bulunabilirse de kurucu nitelikte etkisinden söz edilemez. Bununla birlikte azmettirenin şeriklik şekli olduğuna ilişkin varılan bu sonuç, azmettirmenin hukuki esasının izahı bakımından yeterli değildir. Bu nedenle çalışma kapsamında şerikliğin cezalandırılma nedenine ayrıca yer verilmiştir.

Şerikliğin haksızlık içeriğinin belirlenmesi bakımından esas fiile bağlılığın kurucu bir işlev mi gerçekleştirdiği, yoksa şeriklik bakımından kasten işlenen esas fiile bağlılığın önemli olmayan bir ölçüt mü teşkil ettiği üzerinden yapılan incelemede şerikliğin esas fiile bağlılığının kurucu nitelik arz ettiği sonucuna varılmıştır. TCK kapsamında hem suç tiplerinin fail esas alınarak belirlenmesi hem de şerikliğe ilişkin düzenlemelerin tek başına şerikliğin cezalandırılması bakımından yeterli olmaması dikkate alınmıştır. Şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın esas fiile bağlı olduğuna yönelik tespitle birlikte bunun ölçüsünün ne olduğu konusunda bağlılığa dayanan hukuki değer saldırısı olarak şeriklik teorisi ile uyum arz eden sonuçlara ulaşılmıştır. Şerikliğin faile değil fiile olan bağlılığının kabul edilmesi ve buna bağlı olarak şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın kısmen bağımsız yönünün bulunduğuyla ilişkin yapılan vurgu özellikle haksızlığın sübjektif unsurlarının suça iştirak edenlere ne şekilde etki edeceğine yönelik

yapılan incelemede anlam kazanmaktadır. Zira bazı haksızlık unsurları kişisel nitelikte olup, sadece ilgilisi bakımından haksızlığın artması veya azalması şeklinde etki gösterir.

Şerik suça yönelik kendi katkısı ile sorumludur. Diğer bir ifadeyle, fail tarafından gerçekleştirilen fiilden kendi fiili gibi sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte şerikin gerçekleştirdiği katkı tek başına ceza sorumluluğunu temellendirmediğinden şerikin sorumluluğu esas olarak fail tarafından gerçekleştirilen fiille ilişkilendirilmektedir. Bu nedenle fail tarafından gerçekleştirilen esas fiil bulunmadığı sürece şerik hareketinin tek başına suç tipini gerçekleştirebileceği kabul edilemez. Fail tarafından gerçekleştirilen fiil, şerik sorumluluğu bakımından fiilî bir bağlılığın sağlanması şeklinde işlev yerine getirmez. Bu noktada şerik bağlılığının hukuki izahının yapılabilmesi ve çalışmanın ana eksenini oluşturan bağlılık kuralından kaynaklı azmettirmeye ilişkin sorunlara yönelik çözüm önerilerinin sağlanabilmesi için çalışmada bağlılığın hukuki esasının ve görünüm şekillerinin incelenmesine yer verilmiştir.

Failin gerçekleştirdiği fiil üzerinden şerikin ceza sorumluluğunu belirleyen ikilik sisteminde her bir iştirak şeklinin haksızlık temeli farklı yolla ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda fail ve şerik bakımından bağlılığa yönelik farklı değerlendirme yapılması gerekliliği şerik haksızlığının esas fiile niteliksel bağlılığına işaret etmektedir. Niteliksel bağlılıkta, esas fiilin suç niteliği bakımından hukukî değerlendirmesi dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda çalışmada şeriklerin sorumluluğu bakımından failin esas fiile ilişkin hangi unsurları gerçekleştirmesi gerektiği sorusu özellikle sınırlı bağlılık ve katı bağlılık ayrımı üzerinden cevaplanmıştır. Sınırlı bağlılık kuralının uygulamada ortaya çıkardığı zorlukları bulunmakla birlikte katı bağlılık kuralına nazaran suça iştirakte şeriklerin ceza sorumluluklarını belirlemek bakımından daha elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim TCK kapsamında şeriklerin sorumluluğu bakımından esas fiilin kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve failin kusurunun bulunup bulunmadığının sadece kendisi bakımından önem taşıması da bu sonuca ulaşılmasını mümkün kılmıştır. Bu husus ayrıca şerikliğin faile değil, fiile bağlılık anlamına geldiğini göstermektedir. Burada failin kusurunun bulunmamasından bağımsız şekilde şerik tarafından gerçekleştirilen katkının göz ardı edilmemesi de önemlidir. Çünkü katı bağlılık kuralı kapsamında şerik ancak failin kusurunun bulunması halinde sorumlu tutulabilecektir. Bu bağlamda özellikle azmettirmeden kaynaklı ceza boşluklarının dolaylı faillik ile kapatılmasına yönelik çabaların dikkate alınması gerekir. Diğer bir

ifadeyle, dolaylı failliğin asli bir iştirak türü olarak kabulüne engel teşkil edecek şekilde dolaylı failliğin sadece azmettirmenin bağıllığından ortaya çıkan ceza boşluklarını kapatması şeklinde ifade edilmesi fiil hâkimiyeti teorisi ile örtüşmemektedir.

Azmettirenin sorumluluğunun tespiti bakımından sadece niteliksel bağıllığın incelenmesi yeterli görülmediğinden ayrıca niceliksel bağıllığın incelenmesine yer verilmiştir. Bu husus tek yönlü olarak diğer bir ifadeyle sadece şeriki gerçekleşen fiilden sorumlu tutabilmenin şartı olarak dikkate alınmamış ayrıca teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılabilirliği meselesinde de göz önünde bulundurulmuştur. Ceza kanunlarında teşebbüs aşamasında kalan azmettirmeye yönelik özel düzenlemelerin varlığı şeriklik bakımından esas fiilin bulunmasına, diğer bir ifadeyle bağıllığın kurucu işlevine ilişkin bir argüman da teşkil eder. Bağıllık şeriklik bakımından bu işleve sahip olmasaydı, böyle bir özel düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı azmettirenin gerçekleştirdiği hareketin cezaya liyakati üzerinden değerlendirilirdi. Diğer bir ifadeyle, teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezasızlığı aynı zamanda bağıllığın kurucu niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Fail-şerik ayırımına ilişkin fiil hâkimiyeti teorisinin benimsenmesi ve bunun akabinde şerikliğin hukuki esasının diğer bir ifadeyle cezalandırılma nedeninin esas fiile bağıllığı üzerinden gerekçelendirilmesi TCK kapsamında yer alan azmettirme düzenlemesi bakımından çelişki teşkil etmektedir. Zira azmettirenin cezalandırılma nedeninin azmettirmenin bağımsız haksızlığından kaynaklanmadığı temeline dayanan bir yaklaşımın benimsenmesinde azmettirmenin faillğe eşdeğer cezaya tabi olmasının teorik izahı güçlük arz eder. Nitekim faillğe eşdeğer ceza argümanına dayanarak azmettirmeyi ele alan görüşler ya cezalandırılma nedenine ilişkin azmettirmenin tek başına haksızlık teşkil ettiği argümanına ya da azmettirenin faile karşı da haksızlık gerçekleştirdiği argümanına dayanmışlardır. Bu nedenle bu çalışma kapsamında bu çelişkinin ortadan kaldırılması adına yasal düzenleme ile azmettirme bakımından da ceza indiriminin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Fiil hâkimiyeti öğretisi kapsamında azmettirmenin salt şeriklik şekli olmasına rağmen, faillğe eşdeğer ceza kapsamına tabi olması esas alınarak, azmettirmeye yönelik esasların belirlenmesine yönelik çaba dolaylı faillik ile azmettirmenin sınırlarının iç içe geçmesine sebep olmaktadır. Bu ise azmettirmenin faillik ile şeriklik arasında

konumlandırılması anlamına gelmektedir. Azmettirmenin salt şeriklik şekli olarak sınırının belirlenmesine yönelik ihtiyaç, maddi olarak dolaylı failliği karşılayan ve fakat azmettirmenin faillğe eşdeğer cezalandırılması nedeniyle göz ardı edilen durumlardan ötürü ortadan kaldırılamamaktadır. Özellikle TCK'da yer alan azmettirme düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda bu sonuca ulaşmak daha kolaydır. Bu nedenle azmettirmenin faillğe nazaran daha az haksızlık içeriğine sahip olduğu kabulünün ceza kapsamı bakımından da dikkate alınması gerekmekte olup, azmettirenin cezasının failin cezasına göre belli bir oranda indirilmesi meşruluk kazanmalıdır.

Azmettirenin fail ile eşdeğer cezalandırılması doktrinde sadece azmettirenin cezalandırılma nedenine ilişkin dikkate alınmamış ayrıca azmettirme kavramının ve bunun yanı sıra azmettirmenin objektif ve sübjektif unsurunun belirlenmesi bakımından da argüman teşkil etmiştir. Buradan hareketle azmettirme kavramının izahına yönelik olarak azmettirmeyi dolaylı faillğe yaklaştıran görüşler ileri sürülmüştür. Aynı şekilde azmettirmenin objektif tipikliğinin bu çerçevede belirlenmesi gerektiğini kabul eden yaklaşımlar azmettirenin fail gibi cezalandırabilmenin hakkaniyete uygun olması için failde sadece suç işleme kararını oluşturmanın yeterli olmaması, ayrıca aralarında yükümlülük bağı oluşturulması gerektiğini ya da failin iradesi üzerindeki baskınlığın belirleyici olması gerektiğini savunmuşlardır.

Bununla birlikte azmettirme, belli bir hukuka aykırı fiili gerçekleştirme hususunda henüz bir fikri olmayan kişide, fiili gerçekleştirmeye ilişkin kararın oluşması bakımından bir başkası tarafından belirleyici etkinin kasten sağlanmasından ibarettir. Çünkü bağı bir şeriklik şekli olarak azmettirmeden söz edilebilmesi için mutlaka faille aralarında yükümlülük bağının oluşturulması ya da failin iradesi üzerinde baskınlığın önemli derecede olması ya da azmettirenin fiilin işlenmesi bakımından iradi güce sahip olması şeklinde aslında dolaylı failliği karakterize edebilecek kriterlere dayanılması beraberinde olumsuz sonuçları getirmektedir. Bu şekilde azmettirme kapsamı oldukça daraltılarak azmettirme dolaylı faillğe yakın ara bir konuma yerleştirilmektedir. Ayrıca azmettirmenin yardım etme ile ayrımında sınır yukarı çekilmekte ve aslında azmettirme kapsamında yer alan birçok durumun yardım etme kapsamında kabulüne sebep olan sonuçla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu nedenlerle çalışma kapsamında azmettirmenin failde suç kararı oluşturma ile sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte suça sevk etme bakımından her türlü nedensel katkının bu kapsamda yer alamayacağı dikkate

alınmıştır. Bu özellikle azmettirmenin belirliliğinin sağlanması açısından önem teşkil etmektedir.

Azmettirmenin sadece objektif unsuruna ilişkin belirleme azmettirmenin tespiti bakımından yeterli olmadığından ayrıca azmettirmenin sübjektif unsuru olarak suça sevk etme kastı göz önünde bulundurulmuştur. Bu husus önemlidir. Çünkü suça iştirak eden herkes kastı kapsamında gerçekleşen fiilden sorumludur. Azmettirenin fail tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulup tutulamayacağı ve aynı zamanda hangi kapsamda sorumlu tutulabileceği bakımından belirleyici olan azmettirenin kastıdır. *Zira sınırlı bağlılık kuralı şerik hareketinin cezalandırılabilirliğini kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilmiş esas fiile bağlamakla birlikte azmettirmenin kastının niteliğine ilişkin bir gereklilik ortaya koymaz.* İştirak öğretisinde şerikin kastının belirlenmesi failin kastının belirlenmesine nazaran özellik arz eder. Bu bağlamda şerikin kastı sadece esas fiille ilişkili değil ayrıca şerikin kendi hareketine yöneliktir. Nitekim azmettiren hem failin esas fiili gerçekleştireceğine ilişkin kasta hem de faili suçu sevk etme kastına (çifte kast) sahiptir. Bundan dolayı konu bağlılık kuralı ile de doğrudan ilişkilidir. Çünkü şeriklik, haksızlık içeriğini esas fiilden türetir. Bu nedenle belirli bir fail tarafından işlenen somut esas fiil haksızlığı dikkate alınır. Bu bağlamda fail tarafından işlenen esas fiil, ölçütü oluşturur. Bağlı bir şeriklik türü olarak azmettirmenin esas fiille objektif ilişkisinin dikkate alınması gereği, aynı zamanda bağımsız azmettirme suçunun kabul edilmemesinin bir sonucudur.

Çalışmada azmettirenin kastının incelenmesine yönelik ihtiyaç bağlılık kuralı kapsamında sorun teşkil eden ve uzun zamandır doktrinde tartışma konusu olan ajan provokatörlük konusunda da ortaya çıkmıştır. Ajan provokatörlük bakımından klasik azmettirme durumlarından farklılık arz eden husus, ajan provokatörün fiilin gerçekleştirilmesinden önce veya gerçekleştirilmesi sırasında aldığı önlemler çerçevesinde suç kapsamında korunan hukuki değere yönelik ihlalin gerçekleşmemesini sağlamasıdır. Ajan provokatörlüğün cezalandırılma sınırının tespitinde asıl göz önünde bulundurulması gereken husus budur. Zira sınırın suçun teşebbüs aşamasında kalması veya suçun şekli olarak veya maddî olarak tamamlanması şeklinde belirlenmesi ajan provokatörlüğün özellikle soyut tehlike suçları bakımından cezalandırılması sonucuna yol açacaktır. Bu çalışma kapsamında ajan provokatörlüğün cezasızlığının sınırına ilişkin

benimsenen kriter şerikliğin cezalandırılma nedeni kapsamında benimsenen görüş ile de uyum arz eder.

Azmettirenin kastının bağıllık kuralı ile ilişkili olarak önem taşıdığı diğer bir husus ise, arka planda yer alanın hareketinin hangi durumlarda azmettirme kapsamında kabul edileceğidir. Bu özellikle suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş failin suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk edilmesi bağlamında tartışmaya konu olmuş ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Çalışma kapsamında benimsenen azmettirme tanımı dikkate alındığında, faili suçun daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk eden kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulabilmesinin sevk edilen kısmın bağımsız bir haksızlık teşkil etmesi halinde mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Çünkü azmettirme ancak suç işleme kararı bulunmayan kişiye yönelik söz konusu olabilir. Bu tespit azmettirme ile yardım etme arasındaki ayrımın belirlenmesi bakımından da dikkate değerdir. Zira daha fazlasına sevk etme halinde azmettirenin gerçekleşmediği ihtimalde suçun bütününe ilişkin yardım etme kabul edilmelidir. Suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş kişinin daha fazla cezayı gerektiren şekline sevk etme halinde sevk eden bakımından her hâlükârda suç işleme kararını destekleme mevcuttur. Bu nedenle ancak farklı bir suça sevk etme halinde arka planda yer alanın azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Bağlı bir şeriklik türü olarak azmettirme kapsamında azmettirenin sorumluluğu kural olarak failin gerçekleştirdiği fiile göre belirlenirken, failin sınır aşımı bulunduğu sadece failin gerçekleştirdiği fiil çerçevesinde değerlendirme yeterli olmamaktadır. Ayrıca azmettirenin kastının dikkate alınması gereklidir. Bu nedenle failin kasten azmettirildiği suçun dışında başka bir suç veya suçun daha fazla cezayı gerektiren halini işlemesi ihtimalinde bu farklı veya ağır neticeden dolayı azmettireni sorumlu tutmak mümkün olmasa da, aynı sonuca failin kastının bulunmadığı ihtimal bakımından ulaşamaz. Burada failin hedefte sapması ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar kapsamında azmettirenin sorumluluğunun tespiti önem taşımaktadır. Fail bakımından hedefte sapma söz konusu olduğunda, azmettiren için hedeflenen suç bakımından teşebbüs sorumluluğu, bununla birlikte gerçekleşen suç bakımından taksir sorumluluğunun incelenmesi gerekecektir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması bağıllık kuralının niceliksel şartını gerçekleştirdiğinden buna ilişkin sorun ortaya çıkmaz. Buna karşılık, azmettirme bakımından bağıllık kuralının niteliksel şartı kapsamında kasten

işlenen suça azmettirme söz konusu olabileceği için taksirli fiile azmettirmeden dolayı azmettiren sorumlu tutulamaz. Böylece azmettirme hareketinin sadece nedensel olarak gerçekleşen neticeye sebebiyet vermesi azmettirenin bu fiilden sorumluluğunu ortaya çıkarmayacak, bu bağlamda asıl olarak azmettirenin kastının ve bağlılık kuralının azmettirmenin kapsamının belirlenmesinde belirleyici olduğu sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır.

Failin sınır aşımına ilişkin olarak azmettirmenin kapsamının belirlenmesinde neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar önem arz etmektedir. Bu suçlar farklı yapısal özelliğe sahip olmaları nedeniyle özellikle iştirak halinde işlenen suçlarda sorumluluğun tespitinde zorluk oluşturmaktadır. Şerikin sorumluluğunda esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliği ile bağlantılı olarak neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların hukuki niteliği ön plana çıkmaktadır. Konunun Alman ceza hukukuna nazaran Türk hukukunda daha karmaşık bir sorun teşkil ettiğini görebilmek için çalışmada ilgili düzenlemeye ve Alman doktrininde ileri sürülen görüşlere yer verilerek, Türk doktrininde meselenin hangi eksende ele alındığı incelenmiştir. Şeriklerin sınırlı bağlılık kuralı kapsamında gerçekleşen fiilden sorumluluğu göz önünde bulundurulduğunda, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların kasten işlenen suçlar kapsamında değerlendirilememesinin sorun teşkil edeceği sonucuna ulaşılmıştır. *Zira böyle bir durumda, fiilin tamamı bakımından kasten işlenen suç kabul edilmezse, gerçekleşen ağır veya farklı neticeye yönelik şerik olarak iştirak kabul edilmediği için ya fail ve şerikin ağır neticeye ilişkin taksirli yan yana failliği söz konusu olacak ya da azmettiren bağlılık kuralı kapsamında sadece suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılacaktır.* Gerçekleşen farklı veya daha fazla cezayı gerektiren netice bakımından yan yana faillik kabulü şerik için hem tek fiile ilişkin farklı sorumluluk statülerinin söz konusu olması anlamına gelecek hem de yan yana faillik için azmettirenin faillik niteliğindeki katkısından söz edilemeyecektir. Bu nedenle bu çözümün isabetli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların kasten işlenen suç niteliğinde olduğuna dair hükme yer verilmiş olsaydı, ilgili düzenleme (TCK md. 23) açıkça faille sınırlandırılmadığı sürece bu suçlara şerik olarak iştirakin mümkün olduğu ve bu düzenleme kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna net şekilde ulaşılabilecekti. Bu bağlamda ulaşılan sonuca yönelik argümanlardan biri de Alman Ceza Kanunu'nda bu tür suçların kasten işlenen suç kapsamında yer aldığına ilişkin açık düzenlemedir.

Azmettirenin sorumluluğunun belirlenmesinde sadece işlenen esas fiilin değil ayrıca azmettirenin kastının da dikkate alınması gerektiği kabulüne yönelik bu çalışma kapsamında yer verilen diğer bir husus ise failin şahısta hatası olmuştur. Burada göz önünde bulundurulması gereken, azmettirenin mevcut düzenleme bağlamında işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacak olmasına rağmen suçun işleniş sürecindeki konumunun failinkinden farklı olmasıdır. Bu nedenle çalışmada azmettirenin şahısta hatası ile azmettirilenin şahısta hatasının azmettirenin sorumluluğunun tespitinde farklı şekilde etki etmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Azmettirenin şahısta hatasının bulunması ihtimalinde bu hata azmettiren bakımından önemsiz kabul edileceğinden, azmettirenin gerçekleşen netice kapsamında sorumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, failin şahısta hatasında farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Farklı bir kişiye yönelik fiilin gerçekleştirilmesinde hata azmettirenin değil de failden kaynaklanıyorsa, bu durumda azmettiren bakımından fiilin hedefte sapma olarak değerlendirilmesi gereklidir. Zira azmettirenin hedeflediği fiil faildeki şahısta hata nedeniyle istenilen neticeye ulaşmamaktadır. Bununla birlikte burada azmettirenin faillik türü olmaması ve azmettirme haksızlığının esas fiil aracılığıyla gerçekleşmesi nedeniyle failin hedefte sapmasından farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Azmettirenin hedeflediği neticeye yönelik fiil teşebbüs aşamasına varmamıştır. Bu nedenle arka planda yer alanın sorumluluğu teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Failin şahısta hatasının arka planda yer alanın sorumluluğunu ne şekilde etkilediği meselesinin sadece belirtilen durumla sınırlı olarak ele alınması eksik bir değerlendirme teşkil edecektir. Bu eksikliğin giderilmesi bağlamında bu hataya arka planda yer alanın sebep olması ve bu hatayı suçun işlenmesinde kullanması ihtimali de dikkate alınmalıdır. Özellikle dolaylı faillik ile azmettirme ayrımı bakımından ele alınan bu konuya azmettirme kapsamının belirlenmesi kapsamında dikkat çekilmiştir. Azmettirenin tali bir iştirak türü olarak ancak failliğin bulunmadığı durumlarda söz konusu olabilmesi ve dolaylı faillik bakımından ön planda yer alanın araç olarak kullanılmasının gerekli olması hususları göz önünde bulundurularak arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu çalışmada failin şahısta hatasının kendi sorumluluğu bakımından önemsiz olmasının arka planda yer alanın sorumluluğunun belirlenmesinde aynı şekilde etki etmeyeceği sonucuna, arka planda yer alanın failin kastının ortadan kalkmasına



neden olmayacak düzeyde olmakla birlikte suçun konusunda hataya yol açması argümanı üzerinden ulaşılmıştır. Zira arka planda yer alan, kendi hedeflediği mağdura yönelik adeta failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasını kendi suç planı doğrultusunda kullanmakta ve böylece failin kendi hedefine yönelik kararlılığını kullanmak suretiyle neticenin gerçekleşmesini bir nevi garanti ederek fiil hâkimiyetine sahip olmaktadır. Ön planda yer alanın tam sorumlu olmasına rağmen arka planda yer alanın dolaylı fail olarak kabulüne TCK'da yer alan dolaylı faillik düzenlemesi de engel teşkil etmemektedir.

Bu çalışmada azmettirmeye ilişkin bağıllık kuralından kaynaklanan sorunların tespiti ve bunlara yönelik çözüm önerilerinin getirilebilmesi hedeflendiğinden, faillik ile şeriklik ayırımına yönelik bir temelin oluşturulması, şerikliğin hukuki esasının gerekçelendirilmesi ve devamında bağıllık kuralı ile ilişkili olarak azmettirmeye yönelik kapsamın belirlenmesi yeterli değildir. Tüm bunlar dikkate alınarak çalışmanın ana eksenini oluşturan hususlar son aşamada detaylı şekilde ele alınmıştır. Öncelikle sınırlı bağıllık kuralı bağlamında esas fiilin kasten işlenmesi şartına yer verilmiştir. Esas fiilin kasten işlenmesi gerekliliği yasal olarak açıklık kazanmakla birlikte, doktrinde esas fiilin özellikle bilinçli taksirle gerçekleştirilmesi haline ilişkin tartışmalar azmettirme ile dolaylı faillik ayırımında önem taşıdığından ve konu bütünlüğünün sağlanması açısından dikkate alınmıştır.

Bu kapsamda özellikle arka planda yer alanın suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirenin kastının bulunup bulunmadığına ilişkin hatası halinde sorumluluğunun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususuna detaylı şekilde yer verilmiştir. Arka planda yer alan kişinin ön plandaki kişinin kastının bulunduğuna yönelik hatasının varlığı halinde, ön plandaki kişiyi araç olarak kullanmaya yönelik kastından söz edilemeyecektir. Bununla birlikte ön planda yer alan fiili kastı bulunmaksızın gerçekleştirmiştir. Arka planda yer alanın ön plandaki kişinin kastına yönelik hatasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda mevcut düzenlemeler çerçevesinde söz konusu kişinin dolaylı failliği kabul edilemez. Çünkü her ne kadar ön planda yer alanın fiile yönelik kastı bulunmasa dahi arka planda yer alan kişi onu suçun işlenmesinde araç olarak kullanma kastıyla hareket etmemektedir. Konu Alman doktrinde geniş yer bulduğundan burada ileri sürülen yaklaşımlar çerçevesinde Türk ceza hukuku kapsamında çözüm arayışında azmettirme üzerinde yoğunlaşılmalı birlikte, bağıllık kuralının buna engel olduğunu belirtmek gerekir. Zira şeriklik incelemesi bağlamında konu ele alındığında, şeriklik

bakımından gerekli olan esas fiilin kasten işlenmesi şartının gerçekleştiğinden söz edilememektedir. Daha açık ifadeyle, ön planda yer alanın taksirinin bulunması nedeniyle bağıllık kuralı kapsamında arka planda yer alanın azmettiren olarak kabul edilmesi mevcut düzenleme çerçevesinde mümkün değildir. Bu nedenle ikilik sisteminin dikkate alındığı iştirak öğretisinde konuya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği sürece arka planda yer alanın sorumluluğunun teşebbüs aşamasında kalan azmettirme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte TCK'da teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin kabul edilmemesi nedeniyle sorun çözümsüz kalmaktadır. Bu durumda suça katkının cezasız kalması ihtimali gündeme gelir ki, söz konusu haksızlığın maddi içeriği dikkate alındığında adil olmayan bir sonucun ortaya çıkacağı göz ardı edilemez. Bu nedenle arka planda yer alan kişinin ön planda yer alan kişinin kastına ilişkin hata durumu ile sınırlı kalmak kaydıyla kanunda yer verilecek düzenleme bu kapsamda ileri sürülen çözüm yolları içinde en adil sonucu içermektedir.

İkilik sisteminde fail-şerik ayrımının en fazla sorun teşkil ettiği suçlar kanun koyucu tarafından faillik için belli bir niteliğin veya yükümlülüğün ya da özelliğın gerekli görüldüğü suçlardır. Bu tür suçlarda herkes tarafından işlenebilen suçlardan farklı olarak faillik bakımından bir gerekliliğe dikkat çekilmektedir. Bu nedenle çalışmada bu suçlarda fiil hâkimiyeti teorisinin uygulanabilirliğinin mümkün olup olmadığı sorusu üzerinde yoğunlaşmış ve bu kapsamda bir çözüm arayışına gidilmiştir. Belirtilmelidir ki, doktrinde ileri sürülen görüşler de göz önünde bulundurularak özgü suçun kapsamının tespitinde sadece özgü yükümlülük ihlali esas alınmamış ayrıca kanun koyucunun faillik alanını belli bir durum veya özellikle sınırlandırdığı suçlar da dikkate alınmıştır. Ayrıca özgü niteliğın bir suçun kurucu unsurunu mu yoksa daha fazla cezayı gerektiren halini mi teşkil ettiği sorusu göz önünde bulundurularak Türk hukukunda da benimsenen gerçek-görünüşte özgü suç ayrımı üzerinden fail-şerik ayrımının esas alınması gerektiğinin altı çizilmiştir. Özellikle gerçek özgü suçlar konusunda faillik belirlemesinin sorun teşkil etmesi nedeniyle bu konuya ağırlık verilmiştir. Nitekim ilgili niteliğe sahip olan kişinin bu niteliğe sahip olmayan kişi aracılığıyla özgü suçu gerçekleştirmesi halinde sorumluluğunun ne şekilde tespit edilmesi gerektiğine yönelik doktrinde uzlaşa sağlanamadığı görülmüştür. Bu konuda arka planda yer alan kişinin cezasız kalmasına kadar uzanan görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu görüşler incelenirken, sorunun farklı kriterler dikkate alınarak değerlendirildiği tespit edilmiştir. Özellikle kanun koyucunun

bu suçlarda faillik için gerekli kıldığı ilgili niteliğin tüm özgü suçlarda tek başına failliği temellendirmek bakımından yeterli olup olmadığı hususu sorunun özünü oluşturmaktadır. Gerçek özgü suçlarda suçun gerektirdiği ilgili niteliğe sahip olmak suçun kurucu unsuru kabul edildiğinden, bu çalışma bağlamında çıkış noktası olarak bu husus göz önünde bulundurulmuştur. Burada iştirak öğretisinde özgü suçların bağımsız bir öneme sahip olmadığı ve bu nedenle ilgili niteliğe sahip olmayan kişinin cezalandırılması bakımından genel iştirak kurallarının dikkate alınması gerektiği iddiası reddedilmektedir. İlgili niteliğe sahip olmayan kişi gerçek özgü suçların işlenmesinde ne şekilde katkı gerçekleştirmiş olursa olsun fail olarak değerlendirilememesi gerekir. Bu nedenle ilgili nitelik sahibi kişinin bu niteliğe sahip olmayan kişi ile anlaşarak onu suç işlemeye sevk etmesi özgü suça azmettirme olarak da değerlendirilemez. Bununla birlikte bu kabul, sorunun çözümü bakımından yeterli değildir. Burada önem arz eden husus, arka planda yer alanın sadece ilgili niteliği haiz olması sebebiyle suçun faili olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu bağlamda çalışmada ilgili niteliği taşıyan kişinin ilgili niteliği taşımayan bir başkası aracılığıyla da bazı gerçek özgü suçları işleyebileceği üzerinde yoğunlaşmış ve bu şekilde arka planda yer alanın fail olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece özgü suçlarda dolaylı failliğin farklı bir görünüm şekli olduğu kabul edilmiştir. Arka planda yer alanın dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesinin nedeni ön plandaki kişide oluşturduğu irade hâkimiyeti olmayıp ilgili niteliğe sahip olarak veya özgü yükümlülüğünü ihlal ederek gerçekleştirdiği normatif hâkimiyettir. Burada ön planda yer alan kişide isnadiyet eksikliği bulunmadığından hareketle arka planda yer alanın fiil hâkimiyetinden söz edilemeyeceği itirazına yönelik normatif hâkimiyetin ön planda hareket edenin ilgili niteliğe sahip olmaması nedeniyle fiili gerçekleştiremeyecek olmasına dayandığına dikkat çekilmiştir.

İştirak öğretisinde özgü suçlar kapsamında arka planda yer alanın sorumluluğunun tespiti sadece bu konuya ilişkin sorun teşkil etmemekte ayrıca ön planda yer alanın ilgili niteliğe sahip olmakla birlikte kastı olmaksızın hareket etmesi ve arka planda yer alanın bu kişiyi suçun işlenmesinde kullanması ihtimali ön plana çıkmaktadır. Konu bağıllık kuralı ile azmettirme-dolaylı faillik ayrımının kesişim noktasını oluşturmaktadır. Arka planda yer alanın ilgili niteliğe sahip olmamasından dolayı dolaylı fail olarak kabul edilememesi ve aynı zamanda ön planda yer alanın kasten hareket etmemesi nedeniyle bağıllık kuralından ötürü azmettiren olarak ele alınamaması arka planda yer alan

bakımından cezasızlık alanı ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle doktrinde kasten işlenen esas fiil gerekliliği ceza boşluklarına sebebiyet vermesi nedeniyle eleştirilmekte ve “hukuk politikası bakımından hata” olarak kabul edilmektedir. Söz konusu duruma ilişkin arka planda yer alanın ne dolaylı fail ne de azmettiren olarak değerlendirileceği kabul edilmekle birlikte konunun faillik kapsamında çözüm beklediğini söylemek mümkündür. Zira arka planda yer alanın suça yönelik katkısının haksızlık içeriği göz önünde bulundurulduğunda ve ayrıca bu boşluğun suç tipi ihdas edilerek kapatılması gerektiği dikkate alındığında bu sonuç makul görünmektedir. Bu bağlamda şeriklik bakımından esas fiilin kasten işlenmesine yönelik gerekliliğin esnetilmesinin konu kapsamında ortaya çıkan boşluğun ortadan kaldırılması için çözüm getirdiği kabul edilse dahi şerikliğe ilişkin farklı sorunlara kapı aralayacağı göz ardı edilmemelidir.

Azmettirmenin bağlı bir şeriklik türü olması nedeniyle bağlılık kuralından kaynaklanan sorunlara ilişkin önem arz eden diğer bir husus kusurluluk alanında gündeme gelmektedir. Kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin yanı sıra failin kusurlu hareket etmesini de şerikliğin cezalandırılması bakımından şart olarak öngören bağlılık şekli olarak katı bağlılık kuralından vazgeçiş ve onun yerine sınırlı bağlılık kuralının benimsenmesi ile dolaylı faillik ile azmettirme ayrımı farklı bir yöne evrilmiştir. Failin kusurunun sadece kendi ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından etki doğurması ve şerikin cezalandırılması bakımından şart olarak aranmaması kabulü özellikle kusuru ortadan kaldıran bir durum içinde bulunan kişinin suç işlemeye yönlendirilmesinde arka planda yer alanın sorumluluğuna ilişkin ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiği noktasında farklı ihtimalleri gündeme getirmiştir. Çünkü azmettirme bakımından sınırlı bağlılık kuralı gereğince esas alınan, hukuka aykırı bir fiilin varlığı olduğundan, ön plandaki kişi kusuru bulunmamakla birlikte hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmişse, arka plandaki kişinin azmettiren olarak da sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu çerçevede konu failin kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlar ile mazeret nedenleri bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu ayırım kusura ilişkin yapısal olarak farklılığın bulunduğu temeline dayanmakla birlikte her iki duruma ilişkin arka planda yer alanın sorumluluğunun tespitinde paralel sonuca ulaşılmıştır. Bu çalışma kapsamında ön planda yer alanın sadece sorumluluğunun ortadan kalktığı durumlarda değil sorumluluğunun azaldığı durumlarda dahi arka planda yer alanın dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği yaklaşımı benimsenmiştir. Buradan hareketle özellikle TCK bağlamında tartışma konusu olan

çocukların suça sevk edilmesi durumuna yönelik yasal düzenlemede değişiklik yapılması gerektiği savunulmuştur.

Azmettirmenin bağıllık kuralı kapsamında sadece niteliksel bağıllığına değil ayrıca niceliksel bağıllığına yer verilmesi teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin ceza altına alınmasına yönelik gerekliliğin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından önemlidir. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması, ikilik sisteminde azmettirmenin hukuki niteliğini bağıli şeriklik türü olarak izah eden yaklaşımların zorlandığı bir konudur. Bu çalışmada da azmettirmenin esas olarak bağıli niteliğinin savunulmasının sonucu olarak teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin tüm suçlar bakımından geçerli olacak şekilde ceza altına alınmasına karşı çıkmıştır. Bununla birlikte teşebbüs aşamasında kalan azmettirmenin bazı durumlar bakımından cezalandırılabilirliğinin gerekli olduğu ve bu durumların azmettirmenin bağıllığına istisna teşkil edebileceği kabul edilmiştir.

Çalışmada azmettirmeye ilişkin bağıllık kuralından kaynaklanan sorunlar kapsamında son olarak suçun daha fazla veya daha az cezayı gerektiren hallerinin suça iştirak edenlerin sorumluluğuna ne şekilde etki edeceği ele alınmıştır. Bu bağlamda özellikle ACK'da yer alan düzenlemeye (ACK md. 28) yönelik detaylı bir inceleme yapılarak ilgili düzenlemenin suça iştirak edenlerin sorumluluğunun belirlenmesinde ne şekilde dikkate alındığına ve buna bağıli olarak ortaya çıkan sorunların ne olduğuna ilişkin yapılan tespit üzerinden Türk hukuku bakımından söz konusu soruna ilişkin çözüm önerisi getirilmeye çalışılmıştır. Bu konuya yönelik gereklilik, mevcut bağıllık kuralı düzenlemesinin (TCK md. 40) özellikle suça ilişkin nitelikli hallerin suça şerik olarak iştirak edenlere ne şekilde etki edeceği meselesinde belirsiz kalmasından ortaya çıkmaktadır. Söz konusu düzenleme kapsamında şerikler bakımından bütün nitelikli hallerin sadece fail tarafından gerçekleştirilmesi şartına bağıli kılınmasının ve akabinde şerikin bunu bilmesi ile sınırlandırılmasının ortaya çıkardığı adil olmayan sonuçlar nedeniyle nitelikli hallerin içinde bir ayırımın gerekli olduğu kabulüne ulaşılmıştır. Bu noktada bu ayırımın ne şekilde belirleneceğine ilişkin hem eski TCK dönemindeki uygulamalar hem de ACK düzenlemesi dikkate alınmıştır. Bu kapsamda özellikle faile ilişkin kişisel özellik, nitelik veya durumdan kaynaklanan suça ilişkin daha az veya fazla cezayı gerektiren hallerin bu hali gerçekleştirilmemiş olan şerik bakımından cezada indirim sebebi olmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira bazı nitelikli haller doğrudan

failin kendisi ile ilişkili olmakla birlikte bazı nitelikli haller fiilin işleniş şekli veya diğer özellikleri ile ilişkili iken; bazı nitelikli haller ise hem faille hem de fiille ilişkili olabilmektedir. Bu nedenle sadece fiille ilişkili olan nitelikli haller bilmeleri şartıyla suçta tüm iştirak edenler için uygulanabilme kabiliyetine sahip kabul edilmelidir. Bunun dışında yer alan nitelikli haller ilgili niteliği taşımayan şerik bakımından sadece cezada indirim sebebi teşkil etmelidir. Ayrıca kişisel niteliğinden ötürü şerik ile ilişkili olan bir nitelikli hal, sadece şerik için dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte söz konusu durumun sadece daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller ile sınırlı tutulması eksik değerlendirme teşkil edeceğinden çalışmada ayrıca özgü suçlar bakımından ilgili niteliğe sahip olmayan şerikler için ceza indirimi öngörülmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Varılan sonuç ancak bu şekilde bir bütünlük arz edecek ve haksızlık kapsamında yer alan kişisel nitelikteki unsurların paralel şekilde değerlendirilmesini mümkün kılacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKAR İbrahim, “Tahrikçi Ajan”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, 2018, ss. 132-148.
- AKBULUT Berrin, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, 2010, S. 1. ss. 167-214.
- AKBULUT Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs, Ankara: Adalet, 2016.
- AMELUNG Knut, “Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten”, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, ss. 147-178.
- AMELUNG Knut, BOCH Gerhard, “Hausarbeitsanalyse – Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger”, *Juristische Schulung*, 2000, ss. 261-267.
- ARANA Raúl Pariona, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Baden-Baden: Nomos, 2010.
- ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN M.Emin, ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. bs, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- AYDIN Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- BACKMANN Leonhard, “Die Rechtsfolgen der aberratio ictus”, *Juristische Schulung*, 1971, ss. 113-120.
- BAUMANN Jürgen, “Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?”, *JZ*, 1958, ss. 230-235.
- BAUMANN Jürgen, “Täterschaft und Teilnahme”, *JuS*, 1963, S. 2, ss. 51-59.
- BAUMANN Jürgen, “Täterschaft und Teilnahme”, *JuS*, 1963, S. 4, ss. 125-138.
- BAUMANN Jürgen, WEBER Ulrich, Wolfgang MITSCH, Jörg EISELE, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 12. bs, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016.
- BEMMANN Günter, “Zum Fall Rose-Rosahl”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1958, ss. 817-822.

- BEMMANN Günter, “Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise”, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, ss. 273-280.
- BERTSCHI Marcel, *Die Konkurrenz der Beteiligungsformen im Strafrecht*, Zürich: Juris Verlag, 1961.
- BEULKE Werner, “Die vermeintliche mittelbare Täterschaft”, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 2014, ss. 115-135.
- BLEI Hermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17. bs, München: C. H. Beck, 1977.
- BLOY René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- BLOY René, “Anstiftung durch Unterlassen?”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1987, ss. 490-497.
- BLOY René, “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung”, *JR*, 1992, ss. 493-497.
- BLOY René, “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, *GA*, 1996, ss. 424-442.
- BLOY René, “Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle,” *ZStW*, 2005, ss. 3-36.
- BOCK Dennis, “Beteiligungssystem und Einheitstätersystem”, *JURA*, 2005, ss. 673-680.
- BOCK Dennis, “Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)”, *JA*, 2007, ss. 599-604.
- BOCK Dennis, “Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen”, *JR*, 2008, ss. 143-146.
- BOCKELMANN Paul, “Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme”, *GA*, 1954, ss. 193-210.
- BOCKELMANN Paul, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen: Schwartz, 1957.
- BOCKELMANN Paul, “Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten”, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, ss. 261-272.



- BOTTKE Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg: C. F. Müller, 1992.
- BÖRNER René, “Die Sukzessive Anstiftung am Beispiel von Trunkenheitsfahrt, Insolvenzverschleppung und Körperverletzung”, *JURA*, 2008, ss. 415-417.
- BRAMMSEN Joerg, APEL Simon, “Anstiftung oder Täterschaft? „Organisationsherrschaft“ in Wirtschaftsunternehmen”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 3/2008, ss. 256-264.
- BRINGEWAT Peter, *Grundbegriffe des Strafrechts*, 3. bs., Baden-Baden: Nomos, 2018.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. bs, İstanbul: Beta, 2017.
- CHARALAMBAKIS Aristoteles, “Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe”, *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin/New York: De Gruyter, 2001, ss. 625-639.
- CHRISTMANN Jörg, *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.
- CONRAD Gerhard, *Die "akzessorische" Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes*, Breslau-Neukirch: Schletter'sche Buchhandlung, 1937.
- CORTES ROSA Manuel, “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, *ZStW*, 1978, ss. 413-441.
- CRAMER Peter, “Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.6.1964 – 2 StR 14/64”, *JZ*, 1965, ss. 30-32.
- CRAMER Peter, “Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München: C. H. Beck, 1979, ss. 389-403.
- CRAMER Peter, GÜNTER Heine, *Schönke/Schröder/Cramer Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. bs, München: C. H. Beck, 2006.

- ÇELEN Ömer, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Aslî Fail- Yardım Eden Ayrımı)*, Ankara: Adalet, 2020.
- DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. bs, Ankara: Seçkin, 2017.
- DEMİREL Muhammed, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul: On İki Levha, 2017.
- DEMİREL Muhammed, KARTAL Melik, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, ss. 457-490.
- DENCKER Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin: Duncker&Humblot, 1996.
- DENCKER Friedrich, “Beteiligung ohne Täter”, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden: Nomos, 2002, ss. 525-537.
- DOĞAN Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 2. bs, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. 2, 12. bs, İstanbul: Beta, 1999.
- DREHER Eduard, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, ss. 207-228.
- EBERT Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. bs, Heidelberg: C. F. Müller, 2001.
- EIDAM Lutz, “Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur”, *Rechtsstaatliches Strafrecht Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2017, ss. 773-783.
- EKİCİ ŞAHİN Meral, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 109, 2013, ss. 7-25.
- EKİCİ ŞAHİN Meral, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, ss. 637-686.
- ENGERT Florian, *Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?*, Frankfurt: Lang, 2005.

- ENGISCH Karl, “Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?”, *ZStW*, 1954, ss. 339-389.
- ERDEM Mustafa Ruhan, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.5, 2005, ss. 204-215.
- ERDEM Mustafa Ruhan, “Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5”, *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 11-30.
- ERDEM Mustafa Ruhan, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, ss. 43-68.
- EREM Faruk, “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, ss. 62-107.
- EREM Faruk, “Kışkırtıcı Ajan”, *AÜHFD*, 1975, C. 32, S. 1-4, ss. 5-15.
- EREM Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1995.
- EROĞLU Fulya, “Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan*, C. IX, S. 2, 2012, ss. 633-657.
- ERYILDIZ H. Sefa, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Hamburg: Dr. Kovač, 2016.
- ERYILDIZ H. Sefa, “Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (Alm. CK m. 26)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 120, 2016, ss. 38-49.
- ESSER, “Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem”, *GA*, 1958, ss. 321-333.
- EVİK Vesile Sonay, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

- FAHL Christian, „»Bestimmtheitsanforderungen« bei Anstiftung und Aufforderung – zum Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB”, *JURA*, 2020, ss. 431-441.
- FREUND Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, 2.bs, Berlin: Springer, 2009.
- FRISTER Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, München: C.H. Beck, 2009.
- GALLAS Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin: Walter De Gruyter, 1968.
- GEERDS Friedrich, “Täterschaft und Teilnahme – Zu den Kriterien einer normativen Abgrenzung-“, *JURA*, 1990, ss. 173-180.
- GEPPERT Klaus, “Zum "error in persona vel objecto" und zur "aberratio ictus", insbesondere vor dem Hintergrund der neuen "Rose-Rosahl-Entscheidung" (BGHSt 37, 214ff)”, *JURA*, 1992, ss. 163-168.
- GEPPERT Klaus, “Die Anstiftung (§ 26 StGB)”, *Juristische Ausbildung (JURA)*, De Gruyter, Berlin, 1997, ss. 299-305 (1. Bötüm), 358-366 (2. Bötüm).
- GEPPERT Klaus, “Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)”, *JURA*, 1997, ss. 546-553.
- GEPPERT Klaus, “Die Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB) und die Mordmerkmale”, *JURA*, 2008, ss. 34-40.
- GERHOLD Sönke, *Die Akzessorietät der Teilnahme am Mord und Totschlag*, Baden-Baden: Nomos, 2014.
- GERSON Oliver Harry, “Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 1\* Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), ss. 183-191.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre”, *ZStW*, 1968, ss. 915-943.

- GÖKCEN Ahmet, BALCI Murat, “Kasten Öldürme Suçu (TCK md. 81)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17 (1-2), 2011, ss. 95-218.
- GÖSSEL Karl Heinz, “Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB”, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 1976, ss. 219-239.
- GRABOW Stefan, “Die sukzessive Anstiftung”, *JURA*, 2009, ss. 408-412.
- GROPP Walter, “Der Zufall als Merkmal der Aberratio ictus”, *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C.H.Beck, 1998, ss. 55-68.
- GROPP Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Berlin: Springer, 2015.
- GRÜNWALD Gerald, “Strafrecht: Der folgenschwere Rat”, *JuS*, 1965, ss. 311-315.
- GRÜNWALD Gerald, “Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB)”, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (GS)*, Köln: Heymanns, 1989, ss. 555-571.
- HAAS Volker, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- HAAS Volker, “Kritik der Tatherrschaftslehre”, *ZStW*, 2007, ss. 519-546.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs, Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- HAKE Manfred, *Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, Berlin: Duncker&Humboldt, 1994.
- HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs, Ankara: Adalet, 2013.
- HAKERİ Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.1, S.1, 2006, ss. 75-109.

- HAMDORF Kai, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstäter- systemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim, 2002.
- HARDTUNG Bernhard, “»Aufstiftung« bei Unrechtsintensivierung und Unrechtsverknüpfung”, *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, ss. 411-441.
- HARDWIG Werner, “Über den Begriff der Täterschaft”, *JZ*, 1965, ss. 667-671.
- HAUF Claus Jürgen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Neuwied: Luchterhand, 1996.
- HEGHMANNS Michael, “Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung”, *GA*, 2000, ss. 473-489.
- HEINRICH Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Stuttgart: Kohlhammer, 2014.
- HERZBERG Rolf Dietrich, “Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände”, *GA*, 1971, ss. 1-12.
- HERZBERG Rolf Dietrich, “Die Problematik der besonderen persönlichen Merkmale im Strafrecht”, *ZStW*, 1976, ss. 67-116.
- HERZBERG Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München: C.H. Beck, 1977.
- HERZBERG Rolf Dietrich, “Anstiftung zur Unbestimmten Haupttat - BGHSt 34”, *JuS*, 1987, ss. 617-622.
- HERZBERG Rolf Dietrich, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät”, *ZStW*, 1987, ss. 49-81.
- HERZBERG Rolf Dietrich, “Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums – BGHSt 35, 347”, *JURA*, 1990, ss. 16-26.
- HERZBERG Rolf Dietrich, “Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, *GA*, 1991, ss. 145-184.

- HILGENDORF Eric, “Was meint “zur Tat bestimmen” in § 26 StGB”, *JURA*, 1996, ss. 9-13.
- HILLENKAMP Thomas, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Göttingen: Schwartz, 1971.
- HIRSCH Hans Joachim, “Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts”, *GA*, 1972, ss. 65-78.
- HOBERG Theodor, *Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Breslau: Schletter, 1931.
- HOFFMANN-HOLLAND Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. bs., Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- HOYER Andreas, “Kombinationen von Täterschaft und Teilnahme beim Hintermann”, *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, ss. 379-394.
- HRUSCHKA Joachim, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen”, *ZStW*, 1998, ss. 581-610.
- HÜNERFELD Peter, “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *ZStW*, 1987, ss. 228-250.
- IBACH Viktor, *Die Anstiftung*, Breslau: Schletter, 1912.
- INGELFINGER Ralph, *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs, İstanbul: Beta, 2014.
- İÇER Zafer, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, ss. 295-347.
- JAKOBS Günther, “Akzessorietät Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, *GA*, 1996, ss. 253-268.

- JAKOBS Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. bs, Berlin: De Gruyter, 2011.
- JAKOBS Günther, "Mittäterschaft als Beteiligung", *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, ss. 547-562.
- JESCHECK Hans Heinrich, WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. bs, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- JOECKS Wolfgang, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.1, 2. bs, München: C. H. Beck, 2011.
- JOERDEN Jan C., "Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten", *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, ss. 563-580.
- JOHANNSEN Sven Leif Erik, *Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- KAHLO Michael, "Bestimmt, wer aufstiftet, zur Tat des schwereren Delikts? –Zugleich ein Beitrag zum Unrecht der Anstiftung–", *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2008, ss. 159-178.
- KALISZ Sven Jöran, "Täterschaft und „Teilnahme“ im polnischen Recht", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2010, ss. 167-177.
- KANGAL Zeynel T., *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- KANGAL Zeynel T., "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2011, C. 7, S. 85-86, ss. 38-60.
- KANGAL Zeynel T., *Kabahatler Hukuku*, 2. bs, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- KANGAL Zeynel T., "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", *İÜHFMC* C. LXVIII, S. 1-2, 2010, ss. 151-168.



- KAYMAZ Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 2, 2012, ss. 117-167.
- KAZAKER Gözde, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- KEÇELİOĞLU Elvan, “Alman Ceza Hukukunda Failik”, *TBB Dergisi*, S. 65, 2006, ss. 73-88.
- KIENAPFEL Diethelm, HÖPFEL Frank, KERT Robert, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 15. bs, Wien: MANZ’sche Verlags, 2016.
- KINDHÄUSER Urs, “Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft”, *Festschrift für Günter Bemann*, Baden-Baden: Nomos, 1997, ss. 339-361.
- KINDHÄUSER Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. bs, Baden-Baden: Nomos, 2008.
- KLESCZEWSKI Diethelm, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat Grundlegung zu einer strafrechtlichen Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, Habilitationsschrift, Hamburg, 1998.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, “Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma (TCK m. 87/4)”, *İÜHF*, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 801-814.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 12. bs, Ankara: Seçkin, 2019.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. bs, İstanbul: Adalet, 2019.
- KOCH Arnd, “Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB”, *JuS*, 2008, ss. 496-499.
- KOCH Arnd, WIRTH Katrin, “Grundfälle zur Anstiftung”, *JuS*, 2010, ss. 203-209.
- KOHLRAUSCH Eduard, LANGE Richard, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 41. bs, Berlin: De Gruyter, 1956.
- KÖHLER Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg: Springer, 1997.

- KRETSCHMER Joachim, “Mittelbare Täterschaft–Irrtümer über die täterschaftsbegründende Situation”, *JURA*, 2003, ss. 535-540.
- KRETSCHMER Joachim, “Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht”, *JURA*, 2008, ss. 265-271.
- KREY Volker, NUYS Marcel, “Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel”, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, ss. 203-223.
- KREY Volker, ESSER Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Stuttgart: Kohlhammer, 2011.
- KRÜGER Matthias, “Zum »Bestimmen« im Sinne von §§ 26, 30 StGB”, *JA*, 2008, ss. 492-498.
- KUHLEN Lothar, ROTH Frank, “Der praktische Fall- Strafrecht: Ein Experiment in der U-Bahn”, *JuS*, 1995, ss. 711-717.
- KUNDLICH Hans, “Die Abstiftung”, *JuS*, 2005, ss. 592-595.
- KUNTER Nurullah, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt.13, Sayı.1, 1974, ss. 65-94.
- KÜHL Kristian, HEGER Martin, DREHER Eduard, LACKNER Karl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. bs, München: Beck, 2014.
- KÜHL Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. bs, München: Franz Vahlen, 2017.
- KÜPER Wilfried, “Der "agent provocateur" im Strafrecht”, *GA*, 1974, ss. 321-335.
- KÜPER Wilfried, “Ein Neues Bild der Lehre von Täterschaft und Teilnahme”, *ZStW* 105, 1993, ss. 445-482.
- KÜPER Wilfried, “Die Verleitung zur Falschaussage zwischen Anstiftung, mittelbarer Täterschaft und Urheberchaft”, *JZ*, 2012, ss. 992-1002.
- KÜPPER Georg, “Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, *GA*, 1986, ss. 437-449.

- LAMPE Ernst-Joachim, "Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen", *ZStW*, 1965, ss. 262-311.
- LAMPE Ernst-Joachim, "Tatersysteme: Spuren und Strukturen", *ZStW*, 2007, ss. 471-518.
- LANGER Winrich, "Zum Begriff der besonderen persönlichen Merkmale", *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 1976, ss. 241-264.
- LANGER Winrich, *Das Sonderverbrechen eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- LESCH Heiko Hartmut, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1992.
- LESS Günter, "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", *ZStW*, 1957, ss. 43-58.
- LETZGUS Klaus, *Vorstufen der Beteiligung Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- LOEWENHEIM Ulrich, "Error in obiecto und aber ratio ictus – OLG Neustadt, NJW 1964, 311", *JuS*, 1966, ss. 310-315.
- LÜDERSEN Klaus, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden: Nomos, 1967.
- MAAß Wolfgang, "Die Behandlung des „agent provocateur“ im Strafrecht", *JURA*, 1981, ss. 514-520.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", *İÜHFİM*, C. LXIII, S. 1-2, 2005, ss. 57-112.
- MAIWALD Manfred, "Aspekte der Einheitstäterlösung", *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München: C. H. Beck 1979, ss. 343-367.
- MAIWALD Manfred, "Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe- Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland", *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, ss. 283-296.

- MAIWALD Manfred, "Literaturbericht", *ZStW*, 1981, ss. 890-901.
- MALLISON Jochen, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, Tübingen: Paul Siebeck, 1979.
- MAURACH Reinhart, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Karlsruhe: C.F.Müller, 1971.
- MAURACH Reinhart, GÖSSEL Karl Heinz, ZIPF Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil II, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 6. bs, Heidelberg: C.F. Müller, 1984.
- MAURACH Reinhart, GÖSSEL Karl Heinz, ZIPF Heinz, DÖLLING Dieter, RENZIKOWSKI Joachim, LAUE Christian, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Heidelberg: C.F. Müller, 2014.
- MAYER Hellmuth, "Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft", *Festschrift für Theodor Rittler Zu seinem achtzigsten Geburtstag*, Aalen: Scientia, 1957, ss. 243-274.
- MEYER Dieter, "Nochmals: Der mißverständliche Bestechungsversuch", *JuS*, 1970, ss. 529-531.
- MEYER Maria-Katharina, *Der Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach*, Dissertation, Hamburg, 1970.
- MEYER Maria-Katharina, "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt", *GA*, 1979, ss. 252-271.
- MITSCH Wolfgang, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, Lübeck: Max-Schmidt Römheld, 1986.
- MONTENBRUCK Axel, "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat", *ZStW* 84, 1972, ss. 323-352.
- MURMANN Uwe, *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. bs, Köln: Carl Heymanns, 2014.
- MURMANN Uwe, "Grundwissen der mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB)", *JA*, 2008, ss. 321-326.
- MURMANN Uwe, "Tatherrschaft durch Weisungsmacht", *GA*, 1996, ss. 269-281.

- NEPOMUCK Lutz, *Anstiftung und Tatinteresse*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- NIKOLIDAKIS Marios, *Grundfragen der Anstiftung Strafgrund - agent provocateur – Objektivverwechslung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- NOLTENIUS Bettina, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.
- NYDEGGER Micha, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, Baden-Baden: Nomos, 2012.
- OTTO Harro, “Straflose Teilnahme?“, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 1976 ss. 197-217.
- OTTO Harro, “Anstiftung und Beihilfe“, *Juristische Schulung*, 1982, ss. 557-566.
- OTTO Harro, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft“, *JURA*, 1987, ss. 246-258.
- OTTO Harro, “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich“, *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin: Walter de Gruyter, 1992, ss. 271-288.
- OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. bs, Berlin: Walter de Gruyter, 2000.
- OTTO Harro, “Mittelbare Täterschaft und Verbotsirrtum“, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, ss. 483-501.
- ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 2-3, 2. bs, İstanbul: Beta Yayınları, 1992.
- ÖNOK R. Murat, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Ankara: Seçkin, 2019.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs, Ankara: Seçkin, 2019.

- ÖZEN Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.70, 2007, ss. 239-253.
- ÖZEN Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- ÖZGENÇ İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul: İ.B.B. Hukuk Müşavirliği, 1996.
- ÖZGENÇ İzzet, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suçta İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1999, ss. 70-96.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2019.
- ÖZKAN Halid, *Ceza Hukukunda Azmettirme*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- ÖZYÜKSEL Özgün, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik* (Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.
- PEÑA Diego-Manuel Luzón, CONLLEDO Miguel Díaz y García, “Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale”, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, ss. 575-608.
- PIOTET Paul, “Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre”, *ZStW*, 1957, ss. 14-42.
- PLATE Hartwig, “Zur Strafbarkeit des agent provocateur”, *ZStW*, 1972, ss. 294-322.
- POPPE Andreas, *Die Akzessorietät der Teilnahme Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2011.
- PUPPE Ingeborg, “Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus”, *GA*, 1981, ss. 1-20.
- PUPPE Ingeborg, “Der Objektive Tatbestand der Anstiftung”, *GA*, 1984, ss. 101-123.
- PUPPE Ingeborg, “Verwechslung des Opfers durch Angestifteten”, *NStZ*, 1991, ss. 123-126.

- REDMANN Michael, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, Berlin: Duncker & Humblot, 2014.
- RENGIER Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. bs., München: C.H. Beck, 2010.
- RENZIKOWSKI Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- RIEMER Marion Bertschi, *Die Anstiftung gemäss Art. 24 StGB eine Überprüfung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nach den Gesichtspunkten der finalen Verbrechenslehre*, Zürich: Juris-Verlag, 1961.
- ROGALL Klaus, "Die Verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten", *GA*, 1979, ss. 11-26.
- ROGALL Klaus, "Bemerkungen zum Versuch der Beteiligung", *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, ss. 859-885.
- ROTSCH Thomas, *"Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- ROTSCH Thomas, "Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen", *NStZ*, 1998, ss. 491-495.
- ROXIN Claus, "Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht", *JZ*, 1966, ss. 293-299.
- ROXIN Claus, "Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter", *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 1976, ss. 173-195.
- ROXIN Claus, "Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB)", *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1979, ss. 169-175.
- ROXIN Claus, "Rose - Rosahl redivivus", *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter: Berlin, 1992, ss. 289-301.

- ROXIN Claus, “Zum Strafgrund der Teilnahme”, *Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, ss. 365-382.
- ROXIN Claus, “Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes”, *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hannskarl Salger*, 1995, ss. 129-137.
- ROXIN Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München: C.H. Beck, 2003.
- ROXIN Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. bs., Berlin: Walter de Gruyter, 2015.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, “Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?”, *ZStW*, 1966, ss. 67-99.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, “Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr”, *GA*, 1970, ss. 353-367.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalen Unrechtslehre”, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 1972, ss. 51-73.
- SANCAR Türkan Yalçın, *Çok Failli Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1998.
- SÁNCHEZ-VERA Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- SATZGER Helmut, “Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz”, *JURA*, 2008, ss. 514-523.
- SAX Walter, “Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission”, *ZStW*, 1957, ss. 412-440.
- SAX Walter, “Zur Problematik des Teilnehmerdelikts”, *ZStW*, 1978, ss. 927-964.
- SCHAFFSTEIN Friedrich, “Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems.”, *ZStW*, 1938, ss. 295-336.



- SCHAFFSTEIN Friedrich, “Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, 1989, ss. 153-158.
- SCHILD Wolfgang, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch I*, 5. bs, Baden-Baden, 2017.
- SCHLEHOFER Horst, “Der error in persona des Haupttäter - eine aberratio ictus für den Teilnehmer?”, *GA*, 1992, ss. 307-318.
- SCHLEHOFER Horst, “Täterschaftliche Fahrlässigkeit”, *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, ss. 355-377.
- SCHLUTTER Gustav, *Zur Dogmengeschichte der Akzessorietat der Teilnahme (unter besonderer Berücksichtigung des neunzehnten Jahrhunderts)*, Breslau-Neukirch: Keip, 1941.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. bs, Tübingen: Paul Siebeck, 1984.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, “"Tatherrschaft" als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht”, *Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F.Müller, 1993, ss. 343-363.
- SCHÖNEBORN Christian, “Kombiniertes Teilnahme und Einheitstätersystem für das Strafrecht”, *ZStW*, 1975, ss. 902-924.
- SCHROEDER Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- SCHRÖDER Horst, “Grundprobleme des § 49a StGB”, *Juristische Schulung (JuS)*, 1967, ss. 289-295.
- SCHULZ Joachim, *Die Bestrafung des Ratgebers*, Berlin: Duncker & Humblot, 1980.
- SCHULZ Joachim, “Anstiftung oder Beihilfe”, *JuS*, 1986, ss. 933-942.
- SCHUMANN Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen: Mohr, 1986.

- SCHÜNEMANN Bernd, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, C.1, 12. bs, Berlin: Walter de Gruyter, 2007.
- SCHÜNEMANN Bernd, “Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, ss. 401-413.
- SCHWERDTFEGER Dirk, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*, Berlin: Peter Lang, 1992.
- SEELMANN Kurt, “Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes Die Strafbarkeit des Lockspitzels und des Verlockten”, *ZStW*, 1983, ss. 797-833.
- SINAR Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 15, 2011, ss. 59-86.
- SOWADA Cristoph, “Das sog. ‘Unmittelbarkeits’- Erfordernis als Zentrales Problem erfolgsqualifizierter Delikte”, *JURA*, 1994, ss. 643-652.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bs, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2018.
- SÖZÜER Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- SPENDEL Günter, “Der Täter hinter dem Täter eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft”, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1976, ss. 147-171.
- SPENDEL Günter, “Zum Begriff der Täterschaft”, *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden: Nomos, 2002, ss. 605-611.
- STEIN Ulrich, *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- STRATENWERTH Günter, *Strafrecht Allgemeiner Teil I Die Straftat*, 3. bs, Berlin: Carl Heymanns, 1981.
- STRATENWERTH Günter, “Objektsirrtum und Tatbeteiligung”, *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1992, ss. 57-69.

- STRATENWERTH Günter, KUHLEN Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat*, 6. bs, München: Franz Vahlen, 2011.
- STREE Walter, “Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatanderung”, *Festschrift für Ernst Heinitz Zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, ss. 277-293.
- TANER M. Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. bs, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- TAŞKIN KAPUSUZOĞLU Beril, *Suç İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. bs, Ankara: Seçkin, 2020.
- TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. bs, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- TÖNGÜR Ali Rıza, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 28, 2015, ss. 223-259.
- TRECHSEL Stefan, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Bern: Stampfli&CIE, 1967.
- TULAY Muhammed Emre, “Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)”, *TAAD*, S. 38, 2019, ss. 89-106.
- UTHMANN Jörg v., *Der Urheber des Verbrechen Ein Exkurs in das Niemandsland zwischen Täterschaft und Teilnahme*, Dissertation, 1963.
- ÜZÜLMEZ İlhan, “Dolaylı Faillik (TCK m.37/2)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2006, ss. 79-95.
- VOGLER Theo, “Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am Unechten Unterlassungsdelikt”, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1976, ss. 265-283.
- VOGLER Theo, “Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat”, *Festschrift Für Ernst Heinitz Zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter 1972, ss. 295-316.

- WAGNER Heinz, *Amtsverbrechen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- WARNEKE Nikolai, *Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- WEIßER Bettina, *Täterschaft in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- WEIßER Bettina, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- WELZ Markus, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe Überlegungen insbesondere zur Abgrenzung von Anstiftung und psychischer Beihilfe sowie zur Durchführung einer Wahlfeststellung zwischen den Teilnahmeformen*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.
- WELZEL Hans, "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW*, 1939, ss. 491-551.
- WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. bs, Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
- WESSELS Johannes, BEULKE Werner, SATZGER Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau*, 46. bs, Heidelberg: C.F. Müller, 2016.
- WEßLAU Edda, "Der Exzeß des Angestifteten", *ZStW*, 1992, ss. 105-131.
- WIDMAIER Gunter, "Strafrecht: Der mißverständliche Bestechungsversuch", *JuS*, 1970, ss. 241-245.
- WINKELBACH Andreas, *Die Strafbarkeits des Anstifters beim error in persona des Täters*, Hamburg: Dr. Kovac, 2004.
- YILMAZ Zahit, *Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik (Doktora Tezi)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2018.
- YURTCAN Erdener, "Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler", C.2, *Türkiye Barolar Birliği*, 2015.
- ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. bs, İstanbul: Beta, 2019.

ZIESCHANG Frank, "Gibt es den Täter hinter dem Täter?", *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Berlin: Carl Heymanns, 2007, ss. 505-524.

ZIMMERL Leopold, "Grundsatzliches zur Teilnahmelehre", *ZStW*, 1929, ss. 39-54.

## ÖZGEÇMİŞ

<b>Adı, Soyadı</b>	Meral BALCI		
<b>Doğum Yeri ve Yılı</b>			
<b>Bildiği Yabancı Diller</b>	Orta düzeyde		İngilizce
<b>ve Düzeyi</b>	Orta düzeyde		Almanca
<b>Eğitim Durumu</b>	<b>Başlama - Bitirme Yılı</b>		<b>Kurum Adı</b>
<b>Lise</b>	2003	2007	Muzaffer Atasay Anadolu Lisesi
<b>Lisans</b>	2007	2011	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Yüksek Lisans</b>	2011	2014	İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku (Yatay Geçiş- 2013) Bursa Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku
<b>Doktora</b>	2014	Halen	Bursa Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku
<b>Çalıştığı Kurum (lar)</b>	<b>Başlama - Ayrılma Yılı</b>		<b>Çalışılan Kurumun Adı</b>
<b>Araştırma Görevlisi</b>	2013	Halen	Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
<b>Misafir Araştırmacı</b>	Ocak 2018	Haziran 2018	Max Planck Ceza Hukuku Enstitüsü
<b>Yayımlar:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- “Müdafi Bağlamında Büroda ve Postada Elkoyma Tedbiri”, Prof. Dr. Mehmet Genç’e Armağan, Bursa: Dora Basım-Yayın Dağıtım, 2016, ss. 281-326.</li> <li>- “Tek Faillik Sistemine İlişkin Değerlendirme”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 44, Aralık 2020, ss. 997-1031.</li> </ul>		
<b>İletişim (e-posta):</b>			
	<b>Tarih İmza Adı Soyadı</b>		09.06.2021