

**T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**DOKTORA TEZİ**

**SUÇA İŞTİRAKTE BAĞLILIK KURALI**

**MUHAMMED DEMİREL  
2502110491**

**TEZ DANIŞMANI  
PROF. DR. ADEM SÖZÜER**

**İSTANBUL - 2017**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : MUHAMMED DEMİREL Numarası : 2502110491  
Anabilim Dalı /  
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER  
Tez Savunma Tarihi : 12.07.2017 Saati : 11:00  
Tez Başlığı : SUÇA İŞTİRAKTE BAĞLILIK KURALI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,  
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.ADEM SÖZÜER		Kabul
2- PROF.DR.İZZET ÖZGENÇ		Kabul
3- PROF.DR.MAHMUT KOCA		Kabul
4- YRD.DOÇ.DR.SELMAN DURSUN		Kabul
5- YRD.DOÇ.DR.SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.YUSUF YAŞAR		
2- YRD.DOÇ.DR.BATUHAN BAYTAZ		

## ÖZ

### SUÇA İŞTİRAKTE BAĞLILIK KURALI

**Muhammed Demirel**

Suçun işlenişine katılan ve fakat işlediği davranış tipik olmayan şerik konumundaki kişilerin cezalandırılmaları için TCK’da bazı koşullar bulunmaktadır. İşte bu koşullar, bağlılık kuralı kapsamında düzenlenmiştir. Bu çerçevede azmettiren ve yardım eden suç ortakları, tipik fiili gerçekleştiren faile bağlı kabul edilir. Bu bağlılık, ceza hukukunda “bağlılık kuralı” olarak telakki edilir. Bu kural, niteliksel ve niceliksel bağlılık şeklinde iki gereklilikten oluşur ki bu, çalışmanın da ana konusunu oluşturmaktadır. Yine bununla bağlantılı olarak şeriklerin cezalandırma temelinin ne olduğu da önemli bir husus olarak incelenmektedir.

Bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde bağlılık kuralının temeli olan faillik-şeriklik ayrımının nasıl gerçekleştirileceği konusundaki teoriler irdelenmiştir. İkinci bölümde ise şerikliğin cezalandırma temeliyle bağlılığın niteliksel ve niceliksel gerekleri incelenmiştir. Nihayet üçüncü bölümde özellikle TCK’da da benimsenmiş olan sınırlı bağlılık kuralı kapsamında niteliksel bağlılık kuralının gerekleri, Yargıtay kararları ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Bağlılık kuralı, azmettirme, yardım etme, akim kalmış azmettirme, niteliksel bağlılık, niceliksel bağlılık, şerikliğin cezalandırma temeli.

## ABSTRACT

### THE ACCESSORY PRINCIPLE AT PARTICIPATION IN CRIMINAL LAW

**Muhammed Demirel**

The punishing those who provide support for the commission of a crime, but do not fulfill the certain typical acts stipulated in the code requires an additional condition. This is called as the accessory principle. In this context, criminal liability of these persons, solicitor, aider, depend upon the main actor, the perpetrator. This dependence is conceptualized as the accessory principle in criminal law. This principle is of two requirements as quantity and quality, which lies in the core of this study. Furthermore, it is aimed to indicate that why we should punish those who support the perpetrator, but do not commit the crime by themselves.

This study consists of three chapters. The first one theoretically differentiates solicitor and aider from the perpetrator, whereas the second demonstrates the theoretical grounds of the punishing solicitor and aider. In addition, two requirements of accessory principle, quantity and quality, are profoundly dealt with. Lastly, the quality-based theory adopted by the Turkish Penal Code, so called “the limited accessory principle”, is analyzed. By doing so, the study refers the case law from both in Turkish and German law systems.

**Keywords:** Accessory principle, solicitor, aider, attempted solicitor, quantity accessory principle, quality accessory principle, the theoretical grounds of punishing the solicitor and aider.

## ÖNSÖZ

“Suça İştirakte Bağlılık Kuralı” başlıklı bu çalışma, iştirak gibi ceza hukukunun temel bir alanına ilişkin olmanın yanında bağlılık kuralının ilk defa 5237 sayılı TCK’da benimsenmesiyle birlikte ayrı bir önem taşımaktadır. Hiç şüphesiz ki 765 sayılı TCK döneminde de teorik olarak bahsedilen ve üzerinde durulan bir kurum olsa da bağlılık kuralı, Türk hukukunda esas önemini 5237 sayılı TCK ile birlikte elde etmiş, iştirakle ilgili birçok tartışmalı konunun çözümünün odak noktasında yer alan bir konu olduğunu fark ettirmeye başlamıştır. Nitekim özellikle son dönemlerde konu üzerinde ya da konu kapsamındaki hususlara ilişkin farklı çalışmalar yapılmış, çeşitli çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır. İşte bunlardan biri de doktora tezi olarak hazırlanmış olan bu çalışmadır.

Bununla birlikte bu çalışmada öncelikle bağlılık kuralının teorik temeline ilişkin detaylı bir inceleme yapılmış, şerikliğin cezalandırma temeli başta olmak üzere şeriklikle ilgili birçok tartışmalı konuya bu konu merkeze alınarak bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bağlılık kuralının gerek Türk hukuku açısından yeni TCK ile birlikte önem kazanmaya başlamış olması ve bu nedenle de hakkında az sayıda eserin mevcut olması gerekse batı hukukunda, özellikle de Alman ceza hukuku çalışmalarında detaylı bir şekilde incelenmiş olması hususları dikkate alındığında yabancı literatürden, özellikle de Alman kaynaklarından yararlanılmasını gerektirmekteydi. Bu kapsamda yabancı literatürden etkin şekilde faydalanabilmek için yurt dışı araştırma bursu ile Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde misafir araştırmacı olarak bulundum. Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda görevli olan Prof. Dr. Martin Heger’e ve keza Dr. Erol Pohlreich’a gerek Almanya’da bulunduğum süreçte danışmanlığımı üstlenmeleri gerekse araştırma sürecimin yurt dışında bulunduğum kısımda gösterdikleri ilgi ve destek için teşekkür ederim. Bunun yanı sıra çalışmanın yurt dışındaki kısmı için önemli bir katkı sağlayan TÜBİTAK’a (Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na) da ayrıca çok teşekkür ederim.

Değerli Hocam Prof. Dr. Adem Sözüer'e hem yüksek lisans hem doktora aşamasında danışmanlığımı üstlenmesi, konunun belirlenmesi ve çalışmanın tamamlanması aşamasında desteğini hiçbir zaman esirgememesi, çok yoğun olduğu zamanlarda dahi ilgisini eksik etmeyip, değerli görüşlerini her fırsatta paylaşması nedeniyle teşekkür etmek isterim. Doktora tezimin hazırlanması ve tamamlanması aşamasında göstermiş olduğu desteğin yanı sıra bizleri birçok bilimsel faaliyete dâhil etmesi ve akademik çalışmalarımızı her daim desteklemesi nedeniyle Hocam'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Diğer yandan tez izleme komite üyesi olan değerli Hocalarım Prof. Dr. İzzet Özgenç ve Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun'a ayırdıkları vakit ve gösterdikleri ilgi için çok teşekkür ederim. Bilhassa Hocam Yard. Doç. Dr. Selman Dursun'a yalnızca tezime yapmış olduğu katkı ve desteklerinden dolayı ayrıca ve özellikle teşekkür etmek isterim. Bununla birlikte her fırsatta bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım kürsü Hocalarım Yrd. Doç. Dr. Serdar Talas, Yrd. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu, Yrd. Doç Dr. Mehmet Maden ve kürsü arkadaşlarıma ayrı ayrı çok teşekkür ederim.

İstanbul, 2017

Muhammed DEMİREL

## İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### BAĞLILIK KURALININ TEMELİ:

#### FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMI

I. FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMINA İLİŞKİN TEORİLER.....	7
A. Geniş Faillik Anlayışı.....	8
1. Faillik-Şeriklik Ayrımını Reddeden Görüş: Eş Değerlilik Teorisi....	13
a. Teorinin Esası.....	13
b. Teorinin Günümüzdeki Yansıması: Tek Faillik Sistemi...15	
c. Teoriye ve Bu Kapsamda Tek Faillik Sistemine	
Yöneltilen Eleştiriler.....	19
2. Faillik-Şeriklik Ayrımını Kabul Eden Görüş: Aşırı Sübjektif Teori..21	
a. Teorinin Esası.....	21
b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	27
B. Dar Faillik Anlayışı.....	30
1. Sınırlandırılmış Sübjektif Teori: Normatif	
Kombinasyon Teorisi.....	33
a. Teorinin Esası.....	33
b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	35
2. Şekli Objektif Teori.....	37
a. Teorinin Esası.....	37

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	39
3. Maddi-Objektif Teorinin Gelişmiş Şekli Olarak	
Fiil Hakimiyeti Teorisi.....	42
a. Genel Olarak.....	42
b. Teorinin Gelişimi.....	44
c. Teorinin Gelişmiş Şekli.....	52
d. Teorinin TCK'ya Yansımaları.....	56
<b>II. TARİHİ GELİŞİM.....</b>	<b>59</b>
A. Kıta Avrupasında Tarihi Gelişim.....	59
1. Roma Hukuku.....	60
2. Ortaçağda Avrupa'daki Gelişmeler ve Düzenlemeler.....	63
3. 13. – 16. Yüzyıllar Arasındaki İtalyan Ceza Hukuku	
Bilimsel Çalışmaları.....	69
4. 16. ve 17. Yüzyıllara İlişkin Tarihi Gelişmeler.....	75
5. 18. Yüzyıldan Günümüze Kadarki Kanuni	
Düzenlemelere İlişkin Tarihi Gelişmeler.....	77
B. Türk Hukukunda Tarihi Gelişim.....	80
1. Osmanlı Dönemi.....	80
2. Eski TCK Dönemi.....	88
<b>III. YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINDA, BİZZAT İŞLENEBİLEN</b>	
<b>SUÇLARDA VE AMAÇ SUÇLARINDA FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMI...95</b>	
A. Genel Olarak.....	95
B. Yükümlülük Suçları.....	98
1. Yükümlülük Suçlarının Esası.....	98
2. Yükümlülük Suçlarıyla Özgü Suçlar Arasındaki İlişki.....	102
3. Yükümlülük Suçlarında Faillik-Şeriklik Ayrımı.....	108
a. Genel Olarak.....	108
b. Farklı Görüşler.....	109
c. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	117
C. Bizzat İşlenebilen Suçlar.....	133



D. Amaç Suçları.....	136
----------------------	-----

## İKİNCİ BÖLÜM

### ŞERİKLİK VE BAĞLILIK KURALI

<b>I. ŞERİKLİĞİN HUKUKİ TEMELİ.....</b>	<b>141</b>
A. Kusura ve Haksızlığa İştirak Teorileri.....	143
1. Kusura İştirak Teorisi.....	143
a. Teorinin Esası.....	143
b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	146
2. Haksızlığa İştirak Teorisi.....	152
a. Teorinin Esası.....	152
b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	154
3. Haksızlığa Yönelik Dayanışma Teorisi.....	164
a. Teorinin Esası.....	164
b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	166
B. Neden Olma Teorileri.....	172
1. Bağımsız Suç Olarak Şeriklik Teorisi (Şerik Suçları).....	173
a. Saf Neden Olma Teorisi.....	173
i. Teorinin Esası.....	173
ii. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	177
b. Soyut Tehlike Haksızlığı Olarak Şeriklik.....	186
i. Teorinin Esası.....	186
ii. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	189
2. Bağlılığa Yönlendirilmiş Destekleme veya Neden Olma Teorisi.....	195
a. Teorinin Esası.....	195
b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	200
3. Hukuki Değerlere Saldırı Olarak Faile Bağlı Şeriklik Teorisi.....	207
a. Teorinin Esası.....	207

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	211
C. Görüşümüz.....	216
D. Türk Hukuku Açısından Genel Değerlendirme.....	225
<b>II. BAĞLILIK KURALININ ESASI VE GEREKLERİ.....</b>	<b>231</b>
A. Bağlılığın Esası.....	231
1. Genel Olarak.....	231
2. Tarihi Gelişim Süreci.....	244
3. Faillik-Şeriklik Ayrımına İlişkin Görüşlerin Bağlılık Kuralına Yönelik Yaklaşımları.....	253
a. Tek Faillik Sistemi.....	253
b. Sübjektif Teori.....	259
c. Şekli-Objektif Teori.....	265
d. Fiil Hakimiyeti Teorisi.....	266
4. Faillik ve Bağlılık Kuralı.....	267
B. Bağlılığın Çifte Gereklere.....	274
1. Niteliksel Bağlılık Kapsamında Farklı Bağlılık Dereceleri.....	275
a. Asgari Bağlılık Kuralı.....	278
b. Sınırlı Bağlılık Kuralı.....	284
c. Katı Bağlılık Kuralı.....	288
d. Aşırı Bağlılık Kuralı.....	291
e. Değerlendirme.....	294
2. Niceliksel Bağlılık.....	296
a. Fiilin İcrasına Başlamış Olma Koşulu: Tamamlanmış Şeriklik.....	296
b. Fiilin İcrasına Başlamanın Aranmaması: Akim Kalmış Şeriklik.....	300
c. Akim Kalmış Şerikliğin Cezalandırılabilirliği Sorunu.....	304
i. Genel Olarak.....	304
ii. Akim Kalmış Azmettirme.....	304

iii. Akim Kalmış Yardım Etme.....	313
-----------------------------------	-----

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**SINIRLI BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA**  
**NİTELİKSEL BAĞLILIĞIN GEREKLERİ**

<b>I. NİTELİKSEL BAĞLILIĞIN GEREKLERİ.....</b>	<b>318</b>
A. Tipe Uygun Fiilin Varlığı.....	322
1. Maddi Unsur.....	322
a. Failin Fiili Bakımından.....	323
b. Şerikler Bakımından.....	326
i. Azmettiren.....	326
ii. Yardım Eden.....	329
2. Manevi Unsur.....	333
a. Failin Fiili Bakımından.....	334
i. Fiilin Kasıtlı İşlenmesi.....	334
ii. Sınırın Aşılması.....	341
(a) Genel Olarak.....	341
(b) Niceliksel Sınır Aşımı-Niteliksel Sınır	
Aşımı.....	347
(c) Sınır Aşımında Sorumluluk.....	349
iii. Şahısta Hata.....	366
b. Şeriklik Bakımından.....	382
i. Azmettirme: Failde Suç İşleme Kararına Neden	
Olunması.....	385
ii. Yardım Etme: Yardım Etme	
Hareketi .....	400
B. Hukuka Aykırı Fiilin Varlığı.....	414

<b>II. CEZAYA ETKİ EDEN HALLERLE BU KAPSAMDA NİTELİKLİ HALLERİN SUÇ ORTAKLARINA SİRAYETİ.....</b>	<b>423</b>
A. Genel Olarak.....	423
B. Cezaya Etki Eden Hallerin Etkisi.....	429
1. Genel Olarak.....	429
2. Suçun Daha Ağır veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hallerin Tasnifi.....	433
a. Genel Olarak.....	433
b. Fiile ve Faile İlişkin Suçun Daha Ağır veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Halleri.....	438
c. Görüşümüz.....	441
3. Nitelikli Hallerin Etkisi.....	450
a. Bağlılık Kuralının Sirayete İlişkin Belirleyiciliği.....	450
b. Sirayetin Kapsamı: TCK md. 40.....	451
c. Hangi Suç Ortağından Hangi Suç Ortağına Sirayet Mümkündür?.....	454
d. Sirayetin Koşulu: Cezaya Etki Eden Nedene Yönelik Kastın Varlığı.....	458
C. Değerlendirme.....	460
<b>SONUÇ.....</b>	<b>473</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>493</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>521</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	:	Adı geçen eser
Alm. CK	:	Alman Ceza Kanunu (StGB)
AT	:	Allgemeiner Teil
Aufl.	:	Auflage
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	:	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Bd.	:	Band
BGH	:	Bundesgerichtshof
bkz.	:	Bakınız
bs.	:	Baskı
c.	:	Cümle
C	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:	Çeviren
Diss.	:	Dissertation
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör

Einl.	:	Einleitung
ETCK	:	Eski Türk Ceza Kanunu (765 sayılı)
f.	:	Fıkra
Fest.	:	Festgabe
FS	:	Festschrift
GA	:	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜ	:	İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	:	Juristische Arbeitsblätter
JR	:	Juristische Rundschau
JURA	:	Juristische Ausbildung
JuS	:	Juristische Schulung
JZ	:	Juristische Zeitung
K.	:	Karar
Kn.	:	Kenar numarası
LK	:	Leipziger Kommentar
md.	:	Madde
MDR	:	Monatschrift für deutsches Rechts
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	:	Numara
NStZ	:	Neue Zeitschrift für Strafrecht

ÖZSt	:	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
RG	:	Reichsgericht
s.	:	Sayfa
S	:	Sayı
SA	:	Strafrechtliche Abhandlungen
T.	:	Tarih
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve devamı
Vor.	:	Vorbemerkung
Y	:	Yargıtay
Yay.	:	Yayıncılık
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	:	Yargıtay Dergisi
ZStW	:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## GİRİŞ

Herhangi bir norm kapsamındaki hukuki değerin ihlal edilmesine yönelik hareketin işlenmesine birden fazla kişinin katılması halinde “suça iştirak” kurumu gündeme gelecektir. Tek bir kişinin işlediği suçta dahi failin kim olduğunun tespiti önem arz ederken bu durum, suçun işlenişine birden fazla kişinin katılması halinde evleviyetle önemli olacak, bilhassa birbiriyle irtibatlı bir şekilde hareket eden faillerin yahut da irtibatlı olmasa bile failin fiiline olumlu manada etki eden yardımsal katkıları ortaya koyan kişilerin sorumluluklarının tespiti açısından bu kuruma ihtiyaç duyulacaktır. En basitinden “bıçaklayan” kişinin fail olarak kabul edildiği yerde bir kişi bıçaklama hareketini gerçekleştirirken bıçaklanan kişiyi tutan, yahut da bıçağı faile veren kişilerin durumlarının ne olacağı sorularının oldukça eski dönemlerden itibaren tartışılmaya başlandığında şüphe bulunmamaktadır.

Suç işleyen esas sorumlu konumundaki kişi, faildir. Zaten ceza hukukunda birçok suç düzenlemesi temelde faille birlikte başlar. Bu nedenle ceza kanunlarında suç tipi düzenlemeleri yapılırken mutlaka fiili işleyen herhangi bir kimseden söz edilir. Bu açıdan ceza kanununun özel hükümler bölümünde yer alan bütün suç tipleri, kural olarak tek bir kişinin hareketi üzerinden tanımlanmış, her ne kadar “*kamu görevlisi*”, “*İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri*” gibi bazı suç tiplerinde özel olarak kişinin belli bir niteliği haiz olması gerektiğine işaret edilmiş olsa da genel olarak suç tiplerinde “*kişi*”, “*kimse*” gibi ifadelere yer verilerek herkesin bu suçun icra hareketlerini gerçekleştirebileceğine, faillik sıfatına sahip olabileceğine işaret edilmiştir.

Bir insana kasıtlı olarak ateş ederek o kişiyi öldüren bir kimse, “*Bir insanı kasten öldüren kişi...*” şeklindeki kanuni tanımla ihtiva eden kasten öldürme suçu bakımından tipe uygun şekilde hareket etmiştir. Bu açıdan kanuni tanımdaki “*kişi*” ifadesine uygun şekilde suçun faili olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak bu kişiyle birlikte bir başka kimsenin de mağdura ateş etmesi yahut da fail konumundaki bu kişiye silah temin etmiş olması, bu kişiyi olayın ardından aracıyla kaçırmaması, olay öncesi mağdura ve çevresine ilişkin keşif yapmış olması ve bilgilendirmesi, öldürme



fiili karşılığında para vaat etmiş olması, fiilin işlendiği esnada gözcülük yapması gibi durumlardan herhangi birinin varlığı halinde, yani suçun işlenişine herhangi bir şekilde katkıda bulunması durumunda artık suça iştirakten bahsedilecek, bu defa iştirak müessesesi kapsamında her birinin yaptıkları katkı dikkate alınarak suçun faili olup olmadıkları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yönde bir tespit yapılmasına dair gereklilik, kanuni tanımında yer alan “öldüren” ifadesinin yorumlanmasını beraberinde getirmiş, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Dolayısıyla fail kavramına verilen anlama göre görüşlerde de değişiklik söz konusu olacaktır. Bu kapsamda ya suçun işlenişine ne şekilde olursa olsun katkı sağlayan herkesin fail olarak kabul edilmesi esas alınmış, bu yönde bir anlayış geliştirilmiştir ki bu, geniş faillik anlayışının bir gereği olarak tek faillik sistemini ortaya koymuştur. Yahut da katkının ağırlığı ve önemi esas alınarak geliştirilen farklı ölçütlere çerçevesinde sadece belirli kişilerin fail olarak kabul edilmesi benimsenmiştir ki bu defa da suçun işlenişine katkı sağlayan bazı kişilerin cezasız kalmaları gibi bir sonucun ortaya çıkma ihtimali ortaya çıkmış, bu da bütün suçlar açısından geçerli olabilecek şekilde faillik dışında bir başka iştirak kurumunun daha öngörülmesi sonucunu meydana getirmiştir: Şeriklik. Bu bakımdan kanunda iştirake ve bilhassa da şerikliğe ilişkin düzenlemelerin ihdas edilmemesi halinde dahi suçun işlenişine katılan herkesin cezalandırılacağı yönündeki görüşlerin doğruluğu oldukça tartışmalı hale gelmektedir.

Bir başkasını suçun işlenmesine sevk etme, hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsede bu düşüncenin oluşmasına neden olma şeklinde tarif edilebilecek olan azmettirme ile suçun işlenmesinden evvel veya suçun işlenmesi esnasında yahut da suçun işlenmesinden hemen sonra suçun işlenmesini kolaylaştıran maddi veya manevi nitelikteki yardımsal katkılara karşılık gelen yardım etmeden oluşan şeriklik dolayısıyla suçun işlenişine katkı sağlayan kişilerin sorumlu tutulmaları, özel hükümlerdeki suç tiplerinden şeriklik hareketleri faillik gibi doğrudan çıkarılabilir olmadığından ancak kanunun özel hükümler kısmında yer alan bütün suç tipleri üzerinde geçerli olabilecek şekilde genel hükümler kısmında düzenlenmesiyle mümkün görülmüş ve azmettirme ile yardım etme hükümleri ihdas edilmiştir. Yani müşterek faillik ve dolaylı faillik türleri bir an için görmezden gelindiğinde faillik

için kanunda özel bir düzenlemeye gerek görülmeyecekken, bilakis özel hükümlerdeki suç tiplerinin yorumlanması suretiyle de bir tanıma varılabilecekken aynı durumun şerikler için belirtilmesi mümkün olmayacaktır. Elbette eski dönemlerde olduğu gibi bütün suç tipleri için kazuistik şekilde yardım ve azmettirme hareketlerinin tanımlanması da bir alternatif olarak görülebilir. Ancak bu yöntemin meseleyi çözüme kavuşturmaktan ziyade daha da karmaşık hale getireceği tartışmasız bir gerçektir. Dolayısıyla da suça iştirak kurumu kapsamında şeriklik düzenlemelerinin ve keza müşterek faillikle dolaylı failliğin kanunun genel hükümler kısmında düzenlenmesi ile birlikte bu çerçevede öngörülen bütün kurallar, tek fail esas alınarak düzenlenen bütün suç tipleri bakımından uygulanabilir duruma gelmiş ve dolayısıyla da herhangi bir suç tipinin işlenmesine asıl fail dışında katılan diğer kişilerin de sorumluluklarının belirlenmesi ihtiyacı karşılık bulmuştur.

Sıradan bir bakışla da görüleceği üzere evvela faillik gelişmiş, şekillenmiş, failliği şeriklik takip etmiştir. Doğal olarak buradan şerikliğin faillğe göre tali, ikincil olduğu kolaylıkla çıkartılabilecek bir sonuçtur. Yani birden fazla iştirak ilişkisi içerisinde işlemiş oldukları bir suçta failin tespiti, hiçbir şekilde önce şeriklerin belirlenmesi ve geriye kalan kişilerin fail olarak addedilmesi yoluyla gerçekleştirilmez. Bilakis birden fazla kişinin katılımıyla işlenen herhangi bir suç bakımından evvela failer ortaya konulur, ardından da geriye kalan kişilerin şerik olup olmadıkları incelenir ve katkılarına göre şerikliğin türlerinden olan azmettirme veya yardım etme kapsamına dahil edilirler. Bu anlamda failliğin şerikliğe asliliği kuralı ortaya çıkar ki bu kural sayesinde bir kimsenin işlenen fiilde hem fail hem de şerik olarak katkısının olduğu durumlarda yalnızca faillikten dolayı sorumlu tutulması yoluna gidilir.

Failliğin şeriklik karşısındaki bu asli konumunu ortaya koyan bir diğer husus da şerikliğin faillğe bağlılığıdır. Yani şerikliğin mevcudiyetinin faillğe, diğer bir ifadeyle şeriklik hareketinin failin fiiline bağlı olmasıdır. Bağlılık, kısaca “failsiz şeriklik olmaz” ilkesini ortaya çıkaran, bilhassa Alman ceza hukuku bilimsel çalışmalarında uzun yıllar öncesinden itibaren detaylı bir şekilde inceleme konusu yapılan bir konu olup uzun süre devam eden tartışmalar sonunda belli gerekleri kapsamında bulunduran bir prensip haline gelmiş, daha doğrusu kurallar bütünü

olarak şekillenmiştir. Bu kurallar bütününün Alman literatüründe yüzyıldan daha fazla öncesinden itibaren inceleme konusu olmasının yanı sıra Türk hukukunda henüz hiçbir dönem içerisinde inceleme konusu yapılmamış olması dikkate alındığında konunun incelenmesi ayrı bir önem kazanmaktadır.

Tüm bu bilgilerle birlikte çalışmamızın ilk bölümü, tek faillik sisteminde şeriklik olmayacağından, dolayısıyla da bağlılık kuralı kabul edilmeyeceğinden bağlılık kuralının temeli olan faillik-şeriklik ayrımı ve bu konuda ileri sürülen teorilere ilişkindir. Bu kapsamda teoriler, geniş faillik ve dar faillik anlayışı altında incelenmiştir. Tipikliği gerçekleştiren davranışı geniş yorumlayan ve şerikliğe ya hiç yer vermeyen ya da oldukça sınırlı şekilde alan tanıyan görüşler, eş değerlilik teorisi ve sübjektif teori olarak geniş faillik anlayışı altında konumlandırılmıştır. Tipikliği gerçekleştiren davranışı dar yorumlayan ve esas itibarıyla failik tanımına uymadığından cezasız kalabilecek olan şerikliği cezalandırılabilirliği genişleten düzenlemeler olarak kabul eden dar failik anlayışı altında, sınırlandırılmış sübjektif teori, şekli-objektif teori ve nihayet maddi-objektif teorinin gelişmiş şekli olarak fiil hakimiyeti teorisi ele alınmıştır. Maddi-objektif teori altında ileri sürülen farklı görüşlerin her birinin münferit bir başlık olma özelliği arz etmemesi nedeniyle bu görüşlere genel olarak değinildikten sonra esas olarak kendisi de maddi-objektif temellere dayanan fiil hakimiyeti teorisine değinilmiştir.

Faillik-şeriklik ayrımında fiil hakimiyeti kriterinin hiçbir şekilde geçerli olmadığı ya da tek başına yeterli olmadığı belirli suç gruplarının varlığına dikkat çekilmiş ve ayrı bir başlık altında özel bir inceleme yapılmıştır. Bu suçlardan özellikle de yükümlülük suçları üzerinde durulmuş, TCK'da özgü suç ifadesi kullanılmış olması karşısında niçin yükümlülük suçları ifadesini tercih ettiğimiz ve yükümlülük suçlarıyla özgü suçlar arasında bir fark olup olmadığı, aralarındaki ilişki ortaya konmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Nihayet tüm bu bilgilerden sonra yükümlülük suçlarında failliğin tespitine ilişkin teorilerle bu teoriler arasından bizim kabul ettiğimiz görüşün niçin kabul edilmesi gerektiği, halen Türk hukukunda kabul edilen görüşün ortaya çıkardığı sorunlara işaret edilerek detaylı bir şekilde izah edilmiştir. Bu bölüm kapsamında yükümlülük suçlarının yanı sıra kişinin başkasıyla birlikte ya da başkası aracılığıyla işlemesi ve fail olarak sorumlu tutulmasının

mümkün olmadığı bizzat işlenebilen suçlarla fail olabilmesi için suç tipinde yer alan amaç veya saike de sahip olmasının arandığı amaç suçları da yalnızca konuyla sınırlı olmak koşuluyla ele alınmış, bu suretle bu suçlarda faillik-şeriklik ayrımının nasıl yapılacağı ortaya konmuştur.

Faillik-şeriklik ayrımına karar kılındıktan ve bu ayrımın nasıl yapılacağına değinildikten sonra ikinci bölüm altında şerikliğin cezalandırma temeli üzerinde durulmuş, bu konuda ileri sürülen teoriler kronolojik silsileye uyulmak suretiyle incelenmiş, nihayet Türk hukukunda kabul edilen hakim görüşün bu teorilerden hangisine uyduğu üzerine bir tartışma yapılmış, bu tartışma yapılırken bizim kanaatimiz de, yani bu teorilerden hangisinin benimsenmesi gerektiği de, bütün gerekçeleri detaylı bir şekilde sıralanarak açıklanmış, böylelikle şeriklerin niçin cezalandırılmalarının şart olduğu teorik bir temele oturtulmaya çalışılmış, bundan sonraki incelemelerin de bu teorik temel üzerinden sürdürülmesine dikkat edilmiştir.

İşte tam bu noktada şeriklerin failin fiiline yaptıkları katkı nedeniyle şeriklerin cezalandırma temelinin önemli bir kısmının faile olan bağlılıklarından kaynaklandığı sonucuna ulaşılarak bağlılık kuralı çalışmanın odak noktası haline gelmiş, bundan sonraki inceleme tamamen bağlılık kuralı üzerinden devam ettirilmiştir. Nitekim ikinci bölümün ikinci kısmında bağlılık kuralının esas ve gerekleri üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda bilhassa bağlılığın niteliksel ve niceliksel gerekleri üzerinde durulmuştur. Şeriklerin failin işlediği suçtan sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin taşıması gereken nitelikleri ifade eden niteliksel bağlılık kuralı altında asgari, sınırlı, katı ve aşırı olmak üzere kanun koyucu tarafından kabul edilebilecek olan dört farklı bağlılık derecesi ele alınmış, bunlar üzerinde kısa bir değerlendirme yapılmıştır. Bununla birlikte Türk kanun koyucunun 5237 sayılı TCK ile birlikte benimsediği sınırlı bağlılık kuralı ve bu kapsamda ortaya çıkan sorunlar, üçüncü bölüme bırakılmış, nitekim üçüncü bölümün başlığı da “Sınırlı Bağlılık Kuralı Kapsamında Niteliksel Bağlılığın Gerekleri” olarak belirlenmiştir.

İkinci bölüm altında ise daha çok şeriklerin sorumluluğu için failin fiilinin suç yolunun en az hangi aşamada olması gerektiğini ifade eden niceliksel bağlılık kuralı üzerinde durulmuş, tam da bu noktada tamamlanmış şeriklikle akim kalmış şeriklik arasındaki fark ortaya konmuş, şerikliğin yapısı şerikliğin cezalandırma temeline

ilişkin olarak benimsemiş olduğumuz teori çerçevesinde detaylandırılarak akim kalmış azmettirmenin ve yardım etmenin cezalandırılabilirliği sorunu irdelenmiş, Türk hukuku açısından da öneri niteliğinde bazı sonuçlara ulaşılmıştır.

Son olarak üçüncü bölüm altında TCK md. 40/2 düzenlemesi çerçevesinde tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı şeklindeki niteliksel bağıllık kuralının gerekleri ortaya konmuş, inceme buna göre yapılmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla şeriklerin sorumluluğu için failin ve de şeriklerin hareketlerinin maddi ve manevi unsuru belirtilerek irdelene yapılmıştır. Bu kapsamda özellikle failin fiili bakımından sınırın aşılması ve şahısta hata üzerinde durulmuş, bu tür durumlarda şeriklerin sorumluluğunun ne olacağına yine şerikliğin cezalandırma temeline ilişkin olarak benimsemiş olduğumuz teori çerçevesinde bir çözüm aranmıştır.

Tüm bunlardan sonra üçüncü bölüm kapsamında belki de Türk hukukunda en fazla tartışılan konulardan biri olan nitelikli hallerin sirayeti incelenmiştir. Elbette bu konuda öncelikle Türk hukukunda niçin çok fazla tartışma çıktığı yargı kararları da dikkate alınarak bu sorunlara yönelik ileri sürülen çözüm önerileriyle birlikte ortaya konmuştur. Bununla birlikte şerikliğin cezalandırma temeline ilişkin olarak benimsemiş olduğumuz teori ve de şerikliğin yapısı çerçevesinde bu soruna yönelik kendi çözüm önerimiz detaylı bir şekilde izah edilmiş, bazı önerilerde bulunulmaya çalışılmış, böylelikle sorunların önüne geçilmeye yönelik çaba sarf edilmiştir.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## BAĞLILIK KURALININ TEMELİ: FAİLLİK-ŞERİKLİK

### AYRIMI

#### I. FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMINA İLİŞKİN TEORİLER

Tarihi gelişimde de görüleceği üzere yüzyıllar boyunca “*Bir insanı bıçaklayan...*” ya da “*Bir insanla kavga eden...*”, “*Kavga esnasında mağduru tutan...*” şeklinde bütün hareketlerin tek tek tanımlandığı kazuistik yapıli kanunların olduğu dönemlerde kimin fail olacağı bu kadar üzerinde düşünmeyi gerektirmeyen bir konuydu. Oysa ki günümüzde “*Bir insanı öldüren...*”, “*Bir insanı yaralayan...*” şeklinde genel, kapsayıcı suç tanımlamaları, suçun işlenmesine herhangi bir şekilde nedensel katkı sağlayan birçok kişi arasından kimin işlenen suçtan fail olarak sorumlu olacağının tespitini zorlaştırmış, bunun bir sorun olarak gündeme gelmesine yol açmıştır.

Dolayısıyla genel nitelikli suç tanımlamaları ile birlikte olumlu bir gelişme olarak kanunlar kısalmış olsa da bu durum, kanuni tanım kapsamındaki söz konusu genel ifadelerin yorumlanmasını ve bu yorum sonucuna göre failin kim olacağının tespit edilmesi yönünde bir gerekliliği beraberinde getirmiştir. Bu tespit, kanuni tanım kapsamındaki hareketin bazı görüşler tarafından geniş, diğer görüşler tarafından dar yorumlanması suretiyle yapılmıştır. Bu şekilde suç tipinde yer alan hareketin geniş yorumlanması ile geniş faillik anlayışı şekillenirken dar yorumlanması ile de dar faillik anlayışı meydana gelmiştir<sup>1</sup>. İçeriklerinin karşılıklı olarak aynı anda oluştuğundan da bahsedilemeyecek olan bu anlayışların önemi ise içeriksel olarak şeriklik konusunun farklı düzenlenmesi değil, bilakis suça katkıda bulunan ve fakat suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeyen bir kişinin icra hareketlerini kendisi gerçekleştirmiş olan bir kişiden farklı olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>2</sup>. Bu çerçevede bilhassa dar faillik anlayışının geniş faillik anlayışı karşısında zaman içerisinde kapsamının

<sup>1</sup> Hermann Roeder, “Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt”, *ZStW* 1957, s. 226.

<sup>2</sup> Leopold Zimmerl, “Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung”, *ZStW* 1933, s. 576.

oluşturulduğu ve taraftarlarının arttığı ifade edilmelidir. Dolayısıyla geniş faillik anlayışının dar faillik anlayışı karşısında eski öğretilerde kabul edilen, kronolojik anlamda daha önce şekillendiği belirtilebilir<sup>3</sup>.

Pek tabidir ki bu farklı yorum tarzları ve bunlarla ilişkili olarak ortaya konulan öğretilerin faillik hususundaki görüşleri, şerikliğin de kapsamını belirlediğinden dolayı bu konunun irdelenmesi, bağlılık kuralı bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Nitekim bu görüşlerden her birinin kabul etmiş olduğu teorik kapsamın doğal olarak bağlılık kuralına da etkisi kaçınılmazdır. Bu çerçevede evvela faillik anlayışları olarak ortaya konulan “geniş faillik ve dar faillik anlayışı” ele alınacak, ardından da bu anlayışlar kapsamında ileri sürülen teoriler irdelenecek, bunların bağlılık kuralına etkileri ise ikinci bölümde incelenecektir.

#### A. Geniş Faillik Anlayışı

Geniş faillik anlayışı, yukarıda da belirtildiği üzere suç tipinde tanımlanan hareket ya da neticenin geniş yorumlanmasına dayanmaktadır. Bu şekilde geniş yoruma temel teşkil eden farklı kriterler söz konusu olabilir.

Bu kriterlerden ilki ve belki de en önemlisi eş değerliliktir. Buna göre suç tipi, neticeye sebebiyet veren ve nedensel olan bütün hareketlerin bir şekilde eş değer görülmesi suretiyle geniş yorumlanabilir. Şu halde geniş faillik anlayışının ilk hali, 19. yüzyılın ikinci yarısında natüralist bakış açısının hukuk alanındaki görünümü olarak eşdeğerlilik şeklinde ortaya çıkmıştır. Eş değerlilik, ilgili harekete yahut da hareketle meydana gelen neticeye herhangi bir şekilde nedensel katkısı bulunan herkesin nedensel hareketinin tipiklik kapsamında anlaşılması şeklinde ifade edilebilir<sup>4</sup>. Eş değerlilik, birçok yazar tarafından savunularak bir tez olmanın ötesinde teori olma noktasına ulaşmış, başka teorilere de temel teşkil eder hale

<sup>3</sup> Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014, § 47, Kn. 24.

<sup>4</sup> Bu çerçevede ilk olarak v. Liszt gibi yazarlar tarafından benimsendiği haliyle natüralist yaklaşımda, faillik türü bir sorumluluk için fiilin işlenmesine yönelik herhangi bir katkı yeterli addedilmiş; suça her iştirak eden, fiilin işlenmesine yönelik olarak kendisi tarafından istenen ve etki edilen katkı dolayısıyla tamamen bağımsız görülmüş ve bu kişilerin cezalandırılmaları gerektiği kabul edilmiştir (Bkz. Franz von Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 21. und 22. Auflage, de Gruyter, Berlin und Leipzig 1919, § 50). Nihayetinde bu anlayışta, fiilin işlenişine yönelik olarak ortaya konulan katkıların somut önemi, dışsal özellikleri dikkate alınmaksızın bir sonuca ulaşılması ile karşılaşılmaktadır (Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, § 47, Kn. 24; Günther Heine/Bettina Weißer, “Täterschaft und Teilnahme”, **Schönke/Schroeder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014, §§ 25 Kn. 7).

gelmiştir. Bu açıdan eş değerlilik, geniş faillik anlayışı kapsamındaki diğer kriter karşısında ayrı bir önemi haizdir. Zira diğer kriter açısından bu şekilde teori olma durumundan bahsedilemeyecektir.

Zaten diğer kriter, natüralist-nedensel bakış açısına bir takım eklemeler yapılması yahut da normatif bir yaklaşım sergilenmesi suretiyle ortaya konulmuş, böylelikle de geniş faillik anlayışının farklı türleri ortaya konmuştur<sup>5</sup>. Bu çerçevede bir diğer kriter, hukuki değerlerin ihlal edilmesidir. Buna göre nedensellik, sadece insan hareketiyle netice arasındaki ilişkinin belirlenmesinden ibaret görülmüş, sadece icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi değil, bilakis hukuki değerlerin ihlal edilmesine katkıda bulunan her hareket tipiklik kapsamında telakki edilmiştir<sup>6</sup>. Şu halde tipikliğin gerçekleştirilmesine ve böylelikle hukuki değerlerin ihlal edilmesine hukuka aykırı olarak iştirak eden herkesin ilgili suç tipinden fail olarak sorumlu tutulması gündeme gelebilecek, bu da kişinin tipe uygun fiil tanımlamasına dışsal anlamda uygun hareketleri icra edip etmediğini önemsiz hale getirecektir<sup>7</sup>.

Nihayet hukuki değerlerin ihlal edilmesi ve sosyal kötülüğün tipik hareketin tespiti bakımından tek başına bir çıkış noktası olarak görülmesinin sorunlu olduğuna değinilmiş<sup>8</sup> ve geniş faillik anlayışı kapsamında eşdeğerlilik esas alınarak başka bir

<sup>5</sup> Roeder, **a.g.e.**, s. 228; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, C. II, 10. Bası, İstanbul 1997, s. 449; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, C. II-III, 2. Bası, İstanbul, 1992, s. 434; İzzet Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996, s. 41; Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S.Mahmutoğlu/Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 370.

<sup>6</sup> Eberhard Schmidt, **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**, 3. Auflage, Göttingen 1965, s. 115. Buradan hareketle *Eb. Schmidt*, bu görüşünü kanuni düzenleme ile uyumlu hale getirmeye çalışmış ve buna uygun olarak da bir faillik tanımı ortaya koymuş, failin kendi hareketiyle tipikliği gerçekleştiren ya da kasıtlı olmayan bir başka kişiyi tipikliği gerçekleştiren kişi olduğunu ifade etmiştir (*Eb. Schmidt, a.g.e.*, s. 120). Bu kapsamda azmettirme şeklindeki şeriklik türünü, yapay bir iştirak türü olarak addedip şeriklik kapsamında değil de manevi faillik altında telakki etme arzusunda olan *Eb. Schmidt*, fiili icra etmese bile fiilin işlenmesine sevk etme veya fiili destekleme şeklinde çeşitli katkılar sağlayan kişilerin de bu katkısız nitelikteki hareketleriyle hukuki değerleri ihlal etmiş olacaklarında şüphe bulunmayacağını ifade etmiştir. Böylelikle *Eb. Schmidt*, fiili doğrudan icra etmeksizin bu tür katkılarla ihlal edilen hukuki değerlerin bu ihlalinin daha az oranda ihlal içerdiği yahut da daha az oranda kınanabilirlik değerlendirmesini hak ettiğini belirtmiştir. Bu nedenle *Eb. Schmidt*, şeriklik kapsamında ortaya konulan hareket türünün faillikteki hareket türünden yardım edenin hareketinin ihlal edilen hukuki değere karşı objektif olarak daha az tehlikelilik içermesi kriterine göre ayrılması noktasında hukuki bir zorunluluk olduğuna dikkat çekmiş (*Eb. Schmidt, a.g.e.*, s. 118), böylelikle failliğin alanını oldukça geniş tutmuştur.

<sup>7</sup> *Eb. Schmidt, a.g.e.*, s. 117.

<sup>8</sup> Richard Lange, **Der moderne Tatbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf**, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1935, s. 25.



teori geliştirilmiştir. Buna göre eşdeğer nedenler arasında objektif anlamda bir ayırım yapılması mümkün görülmediğinden failin amacı ön plana alınmış, fiilin maddi haksızlık kapsamının sadece hukuki değerlerin ihlal edilmesi ya da tehlikeye düşürülmesinden ibaret olmadığına işaret edilmiştir<sup>9</sup>. Böylelikle de eşdeğer kabul edilen nedenler arasında irade ve amaç ön plana çıkarılarak bir ayırım yapılmaya çalışılmış, şeriklik türleri belirgin hale getirilerek failliğin alanı az da olsa daraltılmış<sup>10</sup> ve sübjektif teori şekillenmiştir<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Lange, **a.g.e.**, s. 26.

<sup>10</sup> Wilhelm Dreyer, **Die akzessorische Teilnahme**, Buchdruckerei Robert Noske, Borna-Leipzig 1911, s. 11; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 457; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 64; Andreas Hoyer, "Täterschaft und Teilnahme", **Systematischer Kommentar**, Band 1, 7. Auflage, 2001, § 25 Kn. 4; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015, § 10 Kn. 66; Volker Krey/Robert Esser, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012, Kn. 814; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996, § 61 IV 2; Michael Redmann, **Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte**, Duncker&Humblot, Berlin 2014, s. 37; Andreas Poppe, **Die Akzessorietät der Teilnahme, Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen**, Peter Lang, Band 106, Göttingen, 2010, s. 180; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 52; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, § 47, Kn. 39.

<sup>11</sup> Bu anlamda bu görüşün çıkış noktasını, ilk olarak 19. yüzyılda eşdeğerlilik teorisi gereğince neticenin gerçekleşmesine neden olan bütün koşulların hukuki anlamda eşdeğer olduğu düşüncesini şekillendiren anlayışın oluşturduğu belirtilebilir (Dreyer, **a.g.e.**, s. 8; Martina Baunack, **Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen**, Duncker&Humboldt, Berlin 1999, s. 20; Sven Leif Erik Johannsen, **Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung**, Duncker&Humblot, Berlin 2009, s. 22; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, § 47, Kn. 39; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 52) ki bu da sübjektif öğretinin geniş faillik anlayışının bir yansıması olarak görülmesine zemin hazırlamakta ve niçin bu başlık altında incelendiğini ortaya koymaktadır (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 51; Krey/ Esser, **a.g.e.**, Kn. 814; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, § 61 IV 2; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, § 47, Kn. 39; Redmann, **a.g.e.**, s. 35; Gropp, **a.g.e.**, § 10 Kn. 66; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 52; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin, 16. Baskı, Ankara 2016, Kn. 694). Nitekim *v. Liszt* de neticenin bütün koşullarının eş değer olduğuna işaret etmiştir (*v. Liszt*, **Lehrbuch des deutschen Strafrecht**, 1908, s. 126 – Aktaran Dreyer, **a.g.e.**, s. 8). Paul Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1957, s. 47; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 457; Önder, **a.g.e.**, s. 438; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 9. Bası, Ankara 2016, s. 432. *Baumann* da bu öğretiyi eş değerlilik teorisinin adeta yavrusu olarak nitelendirerek bütün koşulların nedensel değerinin eş değer olması durumunda müşterek faillik ve şeriklik arasında fiile yönelik olarak ortaya konulan katkıların ağırlığına göre bir ayırım yapılmasının mümkün olmayacağına işaret etmiş, en değersiz koşulun faillığe konumlandırılması halinde müşterek faillik için bu konunun özellikle etkili ve doğrudan fiili icra eden koşulların gerekli görülmesinin yerinde görülmeceği, bu temel konseptte göre müşterek failin neticeye yönelik olarak fiilin işlenmesini destekleme veya tavsiyelerde bulunma gibi fiilin hazırlanmasında yardımcı olan herhangi bir koşulun müşterek fail olabilmesinin mümkün görülmeceği hususlarına vurgu yapmıştır (Jürgen Baumann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1975, § 36 I 3, s. 553; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, § 29 Kn. 38).

Dolayısıyla da geniş faillik anlayışında iki teorinin yer aldığı belirtilebilir. İlk teori, bilhassa natüralist anlayıştan hareket edilmesi suretiyle nedensellik kriterini temel alan nedenlerin eşdeğerliliği teorisi. İlerleyen kısımlarda da detaylı olarak inceleneceği üzere eş değerlilik teorisinin günümüzdeki görünüm şekli tek faillik sistemidir. Şu halde tek faillik sisteminin de geniş faillik anlayışı kapsamında yer aldığı rahatlıkla belirtilebilir. Zaten literatürde birçok görüş tarafından geniş faillik anlayışından bahsedildiğinde hemen bütün suç ortaklarının fail olarak kabul edildiği ve hiçbir şekilde şerikliğe yer verilmesinin mevzu bahis olmadığı tek faillik sisteminden söz edilmekte ve faillik anlayışı bu sistem üzerinden değerlendirilmektedir. Ancak tek faillik sisteminin geniş faillik anlayışının en önemli örneği olduğu gerçeği kabul edilmesi gereken bir husus olmakla birlikte, geniş faillik anlayışı demek doktrinde bazı yazarların iddia ettiği gibi<sup>12</sup> doğrudan tek faillik sistemi demek de değildir. Yani tek faillik sistemi, geniş faillik anlayışının sadece (en) önemli bir görünüm şekli olup<sup>13</sup> şeriklik türlerinin de öngörüldüğü ve fakat failliğin sınırlarının genişletildiği bir sistem de öngörülmüş olabilir<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Roeder, **a.g.e.**, s. 228; Wilhelm Gallas, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Walter de Gruyter, Berlin 1968, s. 114; Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, s. 171; Gropp, **a.g.e.**, § 10. Bir an için benzer durumun *Koca/Üzülmez* bakımından geçerli olduğu anlaşılırsa da (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 432) *yazarların* faillik-şeriklik ayrımında subjektif öğretiyi irdelerken bu öğretinin geniş faillik anlayışını esas aldığı ifade etmiş oldukları da dikkat çekmektedir (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 432). Yine *Artuk/Gökçen/Yenidünya*’nın da ikilik sisteminin kabul edilmesi halinde dar faillik sisteminin geçerli olacağı yönündeki ifadeleri de esasında subjektif öğretinin geniş faillik anlayışının temel alan bir öğreti olduğunun görmezden gelinmesinden başka bir şey değildir (Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 10 Bası, Ankara 2016, s. 635).

<sup>13</sup> Nitekim *Kienapfel*, tek faillik sisteminde geniş faillik anlayışında söz konusu olan faillik ve şerikliğin birbirine yakın olmasından vazgeçildiği, ayrıca suça iştirak eden herkesin faillik seviyesine yükseltildiği hususlarına dikkat çekmiştir (Diethelm Kienapfel, “Das Prinzip der Einheitstäterschaft”, **JuS 1974**, s. 2). Bu çerçevede tek faillik sistemi, geniş faillik anlayışının bir yansıması olsa da bire bir kendisi değildir. Tek faillik sistemi için dar faillik anlayışından yola çıkılmayacak olması, aslında bu sistem bakımından geniş faillik anlayışının önemli bir kriter olduğunu da göstermektedir (Florian Engert, **Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?**, Peter Lang, Frankfurt 2005, s. 22). Geniş faillik anlayışının ilk olarak tek faillik anlayışı ile temellendirildiği, bu anlayış üzerinden tek faillik anlayışına yöneltilen eleştiriler üzerine yine bu geniş faillik anlayışının savunurlarının subjektif ayırım kriterleri geliştirdikleri de özellikle vurgulanmalıdır. Nitekim daha sonra da incelenecek olan *v. Buri*’nin bizatihi kendisi başlangıçta tüm koşulların eş değer olduğu gerekçesiyle suçun işlenişine katkı sağlayan bütün suç ortaklarının fail olduğunu kabul edip tek faillik sisteminin şekillenmesine önemli katkılarda bulunurken daha sonradan gelen eleştiriler üzerine eş değer telakki ettiği söz konusu koşullar arasında objektif bir ayırım yapılamayacağı gerekçesinden hareketle bu defa aralarında subjektif esaslardan hareketle bir ayırım yapmaya çalışmış, böylelikle de o dönemde

İşte tam bu noktada geniş faillik anlayışı kapsamında görülebilecek ikinci teori sübjektif teori olarak gösterilmektedir<sup>15</sup>. Doktrinde birçok yazar tarafından geniş faillik anlayışı ile şeriklik ilişkisinden bahsedilecek olduğunda bu anlayış bakımından şerikliğin “cezalandırılabilirliği daraltan” bir işleve sahip olduğu<sup>16</sup> ve dolayısıyla da şeriklik türlerinin daha az cezaya layık olduğu ifade edilmektedir<sup>17</sup> ki bu bile geniş faillik anlayışının kabul edilmesinin mutlaka şerikliğin hiçbir şekilde öngörülmediği ve bütün suç ortaklarının fail olarak kabul edildiği anlamına gelmediğini göstermeye yeterlidir.

---

Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi tarafından da sıkı şekilde takip edilmeye başlanan sübjektif teoriyi temellendirmiştir (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 50).

<sup>14</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 50; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 7. Geniş faillik anlayışının savunurlarından olan *Mezger*’in faillığe ilişkin “*Hareketiyle tipikliğin gerçekleştirilmesine neden olan kişi, hareketi azmettirme ve yardım etme olarak görünmemesi şartıyla fail olarak nitelendirilir.*” şeklindeki tanımı dikkate alındığında faillığe ilişkin sorumluluğa şeriklik düzenlemeleri üzerinden bir sınırlandırma getirdiği görülmektedir (Edmund Mezger, **Strafrecht**, 3. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin und München 1949, s. 415, 417). Bunun yanı sıra eş değerlilik düşüncesiyle ortaya konulan fail kavramının sübjektif kriterlerle sınırlandırılmış olması nedeniyle sübjektif öğretiyile geniş faillik anlayışı arasında bir ilişki kurulduğuna dikkat çekilmektedir (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 50, 51).

<sup>15</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 694. Öğretinin niçin geniş faillik anlayışı kapsamında telakki edildiği, şu izahla daha açık bir şekilde ortaya konulabilir: Fiili icra eden ve kendi yararına hareket eden bir kimsenin yanı sıra fiili icra etmeksizin yardımsal katkılarda bulunan yahut da fiili icra eden kişiyi fiili işlemeye sevk eden kişinin de “kendi yararına” hareket etmek kaydıyla fail olabilmesi mümkündür. O halde bir şekilde fiilin işlenmesine yönelik olarak her türlü katkıyı sağlayan kişinin fail olabilmesi mümkün olabilmekte, bu da yine öğretiye temel teşkil eden şartların eş değerliliğinin ön plana çıkmasına yol açmakta, öğretinin geniş faillik anlayışı kapsamında addedilmesine temel teşkil etmektedir. Bu tespit, bilhassa Krallık döneminde verilen mahkeme kararları dikkate alındığında tam anlamıyla doğrulanmaktadır. Nitekim kürtaşı kendi yararı doğrultusunda gerçekleştiren kadının yanı sıra kendisini kürtaja sevk eden bir kimsenin bu davranışı da “kendi yararı doğrultusunda” gerçekleştirmesi nedeniyle azmettirme olarak değil, faillik olarak anlaşılmıştır (RGSt 74, 21, 23 – Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 75, 76; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 IV 2).

<sup>16</sup> Mezger, **a.g.e.**, s. 416; Zimmerl, **ZStW 1933**, s. 577; Jürgen Baumann, “Täterschaft und Teilnahme”, **JuS 1963**, s. 127; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 7; Önder, **a.g.e.**, s. 434; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 56; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 430; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 697. Bu noktada konu başlığıyla da bağlantılı olarak suç tipinin yorumlanmasını daraltan görüş olduğu ifade edilebilir. Nitekim Önder, bu görüş için “cezalandırılabilirliği sınırlandıran” ifadesinin yanında “suç tiplerini sınırlandıran” ibaresini de kullanmıştır. Bunun için bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 434. *Bazı yazarlar*, işirake ilişkin hükümlerin tipikliği sınırlandırdığından, faillığın kapsamını daralttığından söz etmişlerdir (Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 694; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 7. Bası, Ankara 2016, s. 552). Böylelikle *Aydın*’ın belirttiği gibi (Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suçta İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 51) işirak hükümleri her halükarda ceza sorumluluğunu genişletici nitelikte olayabilir.

<sup>17</sup> Roeder, **a.g.e.**, s. 228; Baumann, **JuS 1963**, s. 127; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 56.

## 1. Faillik-Şeriklik Ayırımı Reddeden Görüş: Eşdeğerlilik Teorisi

### a. Teorinin Esası

Bu teoriyle suçun neticesi bakımından bütün katkıların nedensel bir görünüm arz ettiği ve dolayısıyla da eşdeğer olduğu kabul edilmektedir. Teori, isnadiyet için yalnızca hareket ile netice arasındaki nedensellik bağının esas olduğu düşüncesinden hareketle geliştirilmiş<sup>18</sup>, daha sonra başka yazarlar tarafından da savunulmaya başlanmıştır<sup>19</sup>. Bu teoriyle birlikte netice üzerinde katkılarıyla etkide bulunan

<sup>18</sup> İlk olarak *Feuerbach* tarafından ileri sürülen fail ve yardım etmeye ilişkin bir takım görüşleri esaslı bir şekilde sorgulayan ve özellikle de ilk isnadiyetin suça katılma bakımından bir anlam ifade ettiğini kabul eden *Stübel*, kendisinden evvel suç teşkil eden fiilin işlenişine katılan herkesin fiile yönelik katkısının nedensellik bakımından eş değer olduğunu ifade eden *Wilhelm von Schirach*'tan etkilenerek (Christoph Carl Stübel, *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828, s. 67 - Aktaran: Thomas Rotsch, *“Einheitstaterschaft” statt Tatherrschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, s. 35) yeni bir nedensellik kavramı uygulamak suretiyle *Feuerbach*'ın nedenselliği farklı türlere ayırma düşüncesinden (Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 31) uzaklaşmış ve bir anlamda *v. Buri*'den önce davranarak eş değer nedenselliği ileri sürmüş, suçun neticesi bakımından bütün katkıların nedensel bir görünüm arz ettiğini ve dolayısıyla da eş değer olduğunu vurgulayarak bir anlamda modern iştirak öğretisinde tek faillik sisteminin ilk adımını atmıştır (Rene Bloy, *Die Beteiligungstypus als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Dunckner&Humboldt, Berlin 1985, s. 72, 73; Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 50; Stephan A. Osnabrügge, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, Ducker&Humboldt, Berlin 2002, s. 47; Rotsch, *a.g.e.*, s. 35; Poppe, *a.g.e.*, s. 102; Shahryar Ebrahim-Nesbat, *Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert*, Peter Lang, 2006, s. 43). Bu açıdan herkesi fail olarak kabul eden *Stübel*, objektif isnadiyet değerlendirmesi kapsamında fail kavramının tanımı bakımından bütün subjektif unsurları değerlendirme dışında bırakarak subjektif değerlendirmeyi mümkün kılacak hiçbir unsura yer vermemiş<sup>18</sup>, buradan hareketle de geniş faillik anlayışının bir yansıması olan tek faillik sisteminin de modern anlamda ilk savunucusu olarak görülmüştür (Bloy, *a.g.e.*, s. 73; Rotsch, *a.g.e.*, s. 35).

<sup>19</sup> *v. Buri*, GA 1870 (22), s. 1, 2 (Aktaranlar Redmann, *a.g.e.*, s. 50; Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 50). *v. Buri*, neticeye neden olan her türlü katkıyı faillik kapsamında değerlendirmiş, değirmen örneği vererek objektif bakımdan neticenin meydana gelmesi için bütün koşulların eş değer olduğunu öngören eş değerlilik teorisinden hareket etmiştir. Buna göre *v. Buri*, biri büyük bir havuza (4/5) sahip olan A ile küçük bir havuza (1/5) sahip olan B'nin aynı anda havuzlarını açarak değirmene su göndermeleri durumunda değirmenin harekete geçmesine yol açan suyun kimin havuzuna ait olduğu, daha doğrusu değirmenin A'nın mı yoksa B'nin mi harekete geçmiş olduğu sorusunu sorarak sonuca ulaşmaya çalışmıştır (*v. Buri*, GA 1870 (22), s. 1, 2 - Aktaran Redmann, *a.g.e.*, s. 50). Bu anlamda *v. Buri* tarafından geliştirilen doktrinsel görüş de tek faillik sistemine belli bir yakınlık içinde görülmüştür (Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 88; Rotsch, *a.g.e.*, s. 37). Bununla birlikte *Rotch*, *v. Buri*'nin faillik (Urheberschaft) başlığı altında olsa da azmettirmeyi dolaylı faillikle birlikte manevi faillik altında (Poppe, *a.g.e.*, s. 154, 155) yardım etmeyi ise yine maddi faillik altında ikinci derecede kabul etmiş olduğuna, iştirak türleri arasında fiile yönelik katkıların dikkate alarak bir ayırım yapmış olması ve fakat temelde her birini faillik başlığı altında telakki etmiş olduğuna dikkat çekmiş, bu anlamda *v. Buri*'nin tek faillik sisteminin tam manasıyla bulunup bulunmadığı hususuna kuşkuyla yaklaşmıştır (Rotsch, *a.g.e.*, s. 38). Buna karşılık azmettirme ile yardım etmeyi kesin olarak birbirinden ayırdığı görülen *v. Buri*'nin azmettirme ile dolaylı failliği manevi faillik altında, yardım etmeyi ise failliğin ikinci bir derecesi olarak nitelendirmiş olması aslında *Rotsch*'un bu şüphesini yersiz bırakmaktadır. Zira *v. Buri*, her şeye rağmen bütün iştirak türlerini faillik kapsamı altında kabul etmiştir. Buna rağmen *v. Buri*, ilk aşamada tamamen

kişilerin iradeleri dikkate alınmamış, sübjektif kriterler bir tarafa bırakılarak yalnızca objektif bir kriter esas alınmıştır<sup>20</sup>. Bu anlayış altında esas itibariyle sübjektif niteliği haiz olarak görülebilecek olan insan iradesi de yalnızca vücudun davranış sergilemesi için kişiyi harekete geçiren bir etken olarak nedensellik bağlantısının bir unsuru, bileşeni olarak görülmüştür<sup>21</sup>.

Teorinin ilk halinde suça iştirak eden herkesin eş değerliliğinin bir sonucu olarak fail olarak nitelendirilmelerinin yanı sıra cezalarının da aynı olması gerektiği savunulmuştur<sup>22</sup>. Ancak daha sonra fiile yönelik olarak gerçekleştirilen her bir katkının ağırlığına göre farklılaştırılmış bir ceza uygulamasına gidilebileceği görüşü benimsenmiş<sup>23</sup>, bu bağlamda farklı iştirak şekillerinin esas alındığı bir kanun yapma tekniğinin anlaşılmasının mümkün olmadığı ifade edilerek kişilerin katkıları, kişilerin iştirak statülerinin belirlenmesi açısından olmasa da cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulmuş, bunun takdiri de hakime bırakılmıştır<sup>24</sup>.

Teorinin günümüzdeki görünüm şeklinin suçun işlenişine katkı sağlayan herkesin fail olarak telakki edildiği tek faillik sistemi olduğu belirtilebilir. Bu bakımdan tek faillik sisteminin irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

---

objektif temelden hareket etmiş ve eş değerlilik teorisi gereğince neticeye katkıda bulunan herkesi fail olarak nitelendirmiş olsa da sonrasında kişilerin iradesini esas almış, sübjektif kriterlere dayanarak faillik ve manevi yardım etme arasında bir farklılaştırma yapmıştır. Elbette bu tür bir farklılaştırma, faillik ve şeriklik ayrımını ortaya koymamaktadır. Bu isnadiyet temeli ile birlikte v. *Buri*, hangi faillik şeklinin mevcut olduğuna ilişkin bir irdeleme yapmaya çalışmıştır (v. *Buri*, GA 1864 (22), s. 505 - Aktaran Rotsch, **a.g.e.**, s. 37). İradenin bağımsız olması halinde bu defa gerçek anlamda faillikten söz edilirken iradenin başka bir kimseye bağlı tutulması halinde failliğin ikinci derecesi olarak yardım etmeden bahsedilmektedir (v. *Buri*, GA 1870 (22), s. 23 - Aktaranlar Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 87; Rotsch, **a.g.e.**, s. 37). Yani iradenin bağımsız olup olmadığı hareket eden kişi tarafından takip edilen amaca göre belirlenmekte, kişinin kendi yararı çerçevesinde veya kendi amacına erişmek için hareket etmesi durumunda iradenin bağımsızlığından söz edilmektedir (v. *Buri*, *Lehre von der Theilnahme*, s. 64 – Aktaran Rotsch, **a.g.e.**, s. 37).

<sup>20</sup> v. *Buri*, GA 1864 (12), s. 505, 506 - Aktaran Redmann, **a.g.e.**, s. 50).

<sup>21</sup> v. *Buri*, *Über Causalität*, s. 1 - Aktaran Poppe, **a.g.e.**, s. 151.

<sup>22</sup> Stübel, 1828, s. 73, 98 - Aktaranlar Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 73; Rotsch, **a.g.e.**, s. 36; Poppe, **a.g.e.**, s. 102; Redmann, **a.g.e.**, s. 49; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 32).

<sup>23</sup> Stübel, 1828, s. 73, 98 - Aktaranlar Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 73; Rotsch, **a.g.e.**, s. 36; Poppe, **a.g.e.**, s. 102; Redmann, **a.g.e.**, s. 49; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 32).

<sup>24</sup> Stübel, 1828, s. 99 - Aktaran Rotsch, **a.g.e.**, s. 36. Gerçekten de normal koşullarda eşitlik sisteminden anlaşılan aynı derecede görülen suç ortaklarının aynı ceza ile cezalandırılmalarıdır. Yani eşitlik sisteminin temelinde suç ortaklarından bir kısmının daha az, bir kısmının daha fazla oranda cezalandırılmasına imkan bulunmamaktadır. Bu sistem için daha ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C. II, s. 453, 454.

## b. Teorinin Günümüzdeki Yansıması: Tek Faillik Sistemi

Tek faillik sistemi, eşdeğerlilik teorisinin günümüzdeki görünüm şekli olduğundan büyük ölçüde eşdeğerlilik teorisi bağlamında yapılan açıklamaların geçerli olduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede sisteme göre, tipikliğin gerçekleştirilmesi bakımından nedensel anlamda katkı sağlayan her suç ortağı gerçekleşen olay üzerindeki etkisine bakılmaksızın fail olarak kabul edilir<sup>25</sup>.

Tek faillik sisteminin iki temel görüşün şekillenmesiyle geliştiği söylenebilir<sup>26</sup>. Bu iki görüş, *Kienapfel* tarafından tek faillik sisteminin şekli ve fonksiyonel tek faillik sistemi şeklinde ikiye ayrılması olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>27</sup>.

Bu kapsamda tek faillik sisteminin klasik görünümü olan şekli tek faillik sistemi, faillik ve şerikliğin farklı kategorileri arasında yapılan ve bir takım zorlukları beraberinde getirdiği belirtilen ayrımları yapmaya yanaşmaksızın her bir suç ortağının netice için gerçekleştirmiş olduğu katkısı nedeniyle kişilerin tamamının fail olarak ele alınmasını kabul etmektedir<sup>28</sup>. Ancak bu görüşe karşı suç ortaklarının

<sup>25</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 1; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 450; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin 1991, 21/4; Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 435; Kristian Kühn, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen, München 2012, § 20 Kn. 8; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 II 1, s. 645; Gropp, **a.g.e.**, § 10 Kn. 29; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 28 Kn. 10; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 487.

<sup>26</sup> 1902 yılına ait St. Petersburg'taki Uluslararası Ceza Hukuku Derneği tarafından bir kongre organize edilmiştir (Diethelm Kienapfel, **Der Einheitstater im Strafrecht**, Frankfurt 1971, s. 14; Wolfgang Schöberl, **Die Einheitstaterschaft als europäisches Modell**, Berliner Wissenschafts-Verlag, Zürich 2006, s. 41).

<sup>27</sup> Tek faillik sistemine değinilen bütün kaynaklarda bu ayrıma yer verilmiş, detaylı açıklamalarda bulunulmuştur. Bkz. Kienapfel, **JuS 1974**, s. 1-7; Diethelm Kienapfel, "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", **NJW 1970**, s. 217; Wolfgang Schöberl, **Die Einheitstaterschaft als europäisches Modell**, Berliner Wissenschafts-Verlag, Zürich 2006; Thomas Rotsch, "Einheitstaterschaft" statt Tatherrschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2009; Rene Bloy, **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**, Dunckner/Humboldt, Berlin 1985; Açık bir başlık halinde olmasa da Kienapfel, **Der Einheitstater im Strafrecht**, Frankfurt 1971.

<sup>28</sup> Kienapfel, **Der Einheitstater im Strafrecht**, s. 12; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 9; Schöberl, **a.g.e.**, s. 42. Bu tek faillik sistemi türünün en önemli savunucusu *v. Liszt* olarak görülebilir. Zamansal ve mekânsal anlamda suçun neticesinin uzaktan bile olsa bir şekilde etkilemiş olan herhangi bir katkının da failliğin haksızlığı için bir gerekçe ortaya koyabileceği düşüncesinden hareket eden *v. Liszt*, nedenlerin eş değerliliğini gerekçe göstererek bütün suç ortaklarının hep birlikte fail olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmuş, şekli tek faillik sistemi için doğrudan yürürlükteki hukuki düzenlemelerle yetinmiştir (Kienapfel, **Der Einheitstater im Strafrecht**, s. 10; Poppe, **a.g.e.**, s. 180). Buradan hareketle de *v. Liszt*, "Bir insanı öldürme" şeklinde tanımlanan suç tipinin "Bir insanın ölümü için nedensel olarak katılan herkes kanunda tanımlanan suçunu işlemiş olur." şeklinde okunabileceği bunun sonucu olarak da *zaten kapsamında ve yorumlamasında azmettirme ve yardım etme şeklindeki her iki iştirak şeklini de bünyesinde barındıran tipiklikler karşısında faillik türlerinin yanında ayrıca*

suçtan elde ettikleri yararın aynı olmadığı, suç ortaklarının birbirlerinin ortaya çıkmasını sağlamaya yönelik girişimlerde bulunmalarını zorlaştırabileceği, sadece yardımsal katkı sağlayan bir kimsenin fiili bizzat icra eden kişiyle aynı cezaya tabi tutulmasının adil olmayabileceği şeklinde bir eleştiri ileri sürülmüştür<sup>29</sup>. Bu eleştiri, esas itibariyle tamamen hukuk devleti ilkesi bağlamında belirlilik ilkesine aykırılığa ilişkindir ki bu durum, sistem üzerinde bir takım geliştirmeler yapılmasına ve bu kapsamda daha farklı bir görüşün ileri sürülmesine yol açmıştır<sup>30</sup>.

Bu çerçevede şekli tek faillik sisteminin hukuk devleti ilkesine uygun olan kız kardeşi olduğu belirtilen<sup>31</sup> fonksiyonel tek faillik sistemi isimlendirmesiyle ikinci görüş geliştirilmiştir. Bu görüş, ikilik sisteminde olduğu gibi faillik ve şeriklik şeklinde farklı iştirak şekillerini öngörmese de şeriklik türlerinin faillik düzeyine yükseltilmeleri suretiyle ve fakat fiili doğrudan icra eden doğrudan faille de aralarında bir ayırım yapılmasını mümkün görmektedir<sup>32</sup>. Bu kapsamda failliğin farklı türleri şeklinde kavramsal bir ayırım yapılması yoluna gidilmekte<sup>33</sup>; ancak bu

---

*şeriklik türlerine de ayrıca ihtiyaç duyulmayacağını, bu ayırımın gereksiz ve amaçsız olacağını, her bir suç ortağının layık olduğu cezanın hakim tarafından takdir edilebileceğini ifade etmiş (Schöberl, a.g.e., s. 43, 44), ikilik sisteminin dogmatik ayırmalarına bağlı olmaksızın her bir suç ortağının sadece kendi fiilinin haksızlık oranına ve kendi kişisel kusuruna göre sorumlu tutulmasını esas almıştır (Kienapfel, **Der Einheitstater im Strafrecht**, s. 32; Kienapfel, **JuS 1974**, s. 1; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 II 1, s. 645; Gropp, **StrafR**, § 10 Kn. 33; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 8). Tek faillik sistemi, 1902 yılında yapılan Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Kongresinde *Franz v. Lizst*'in de etkisiyle ciddi bir şekilde ele alınmış, böylelikle de 20. yüzyılın başlarından itibaren hazırlanan bazı kanun tasarılarında tartışılması sağlanmıştır (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 28 Kn. 11, dñn. 15; Jakobs, **AT**, 21/5). 1902 yılına ait St. Petersburg'taki Uluslararası Ceza Hukuku Derneği tarafından organize edilen dernek toplantısı ve kongresi çerçevesinde bir araya gelen üyeler, faillik, müşterek faillik ve azmettirme gibi ayırımların suni farklılaştırmalar olduğunu, uygulamada da daha fazla sürdürülemeyecek olan bu sistemin feshi için daha çok çaba sarf edilmesi gerektiğini, bu kavramların birbirlerinden ayırt edilmesinin zor olmadığını, bilakis aralarındaki ilişki dikkate alınmak suretiyle cezaya layık olabirlikleri esas alındığında bu ayırımın yapılmasını mümkün kılan genel bir düzenlemenin yapılmasının imkansız olduğunu ifade etmişlerdir (Högel, **MittIKV 5** (1896), s. 517 – Aktaran Schöberl, a.g.e., s. 42).*

<sup>29</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s. 455; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 1997, s. 361.

<sup>30</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s. 451; Jakobs, **AT**, 21/6. Nitekim *Kienapfel*, açıkça tek faillik sistemine yönelik itirazlardan bahsederek fonksiyonel tek faillik sisteminin bu eleştiriye ortadan kaldıracı nitelikte olduğuna işaret etmiş, bir anlamda sistemin niçin geliştirildiğine de işaret etmiştir (Kienapfel, **JuS 1974**, s. 6).

<sup>31</sup> Kienapfel, **JBİ 1974**, s. 120; Kienapfel, **JuS 1974**, s. 5; Schöberl, a.g.e., s. 58. Bu tek faillik sisteminin en belirgin örneklerinden biri Avusturya Ceza Kanunu'dur (Jakobs, **AT**, 21/7; Engert, a.g.e., s. 21).

<sup>32</sup> Schöberl, a.g.e., s. 59.

<sup>33</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 5.

farklılaştırmaya çok fazla anlam yüklenmemesi gibi bir çaba içerisine girilmektedir<sup>34</sup>. Faillik türleri arasında bir ayırım yapılmak suretiyle fiili doğrudan icra eden failin, suçun işlenişine katılan ve fail konumunda bulunan diğer faillerden farklı olması da bir anlamda muhafaza edilmiş olacaktır. Diğer faillik türleri ise neden olma ve sevk etme failliği şeklinde tezahür edecek, aslında ikilik sisteminde yardım etme ve azmettirme hareketlerini gerçekleştiren kişiler, yine aynı kapsamda sadece kavramsal olan isimleri değiştirilerek ve kişiler faillik seviyesine yükseltilerek, fiili doğrudan icra eden doğrudan failden de ayrı bir konumda bulunmak suretiyle varlıklarını sürdüreceklidir. Fiili bizzat kendisi gerçekleştiren kişi, doğrudan fail olarak kabul edilmekte, fiili doğrudan icra etmeksizin fiilin işlenişine herhangi bir şekilde katkıda bulunan diğer kişiler ise dolaylı fail olarak telakki edilmektedir<sup>35</sup>. Nitekim bu ayırım Norveç ve Avusturya Ceza Kanunlarına da yansımış, doğrudan fail dışındaki fiile katkıda bulunan ikincil niteliği haiz olan kişiler dolaylı fail olarak nitelendirilmişlerdir. Böylece dolaylı faillğe, ikilik sisteminde sahip olduğu anlamdan çok daha farklı bir anlam yüklenmiş, ikilik sistemdeki anlamıyla dolaylı faillik, azmettirme ve yardım etme durumlarıyla da harmanlanmış, dolaylı faillik yapısı altında karma bir yapı ortaya çıkmıştır<sup>36</sup>. Böylelikle her ne kadar dolaylı failin cezası da doğrudan fail bakımından öngörülen ceza üzerinden belirlenecek olsa da muhakkak dolaylı fail için belli bir oranda

<sup>34</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 437; Schöberl, **a.g.e.**, s. 42. *Heimberger*, her suç ortağının birbirinden bağımsız bir koşul şeklinde mevcut olduğunu, fiilin cezalandırılabilirliğini başkasının fiilin cezalandırılabilirliğinden iktibas eden biri olmadığını belirterek bu duruma işaret etmiştir. Keza hem *Nicoladoni*, hem de *Miler*, kastın tekliğinden ve kusurun tekliğinden söz edilemeyeceğine, bu minvalde suça iştirak eden herkesin yalnızca kendi kusurundan sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmişlerdir (Aktaran Schöberl, **a.g.e.**, s. 42).

<sup>35</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 2. İkilik sisteminde dolaylı faillik kurumuna ihtiyacın sınırlı bağlılık kuralı nedeniyle failin fiilinde söz konusu olan bir takım eksiklikler nedeniyle arka plandaki kişinin azmettiren olamaması nedeniyle ortaya çıktığına değinen *Kienapfel*, bu kurumun tek faillik sisteminde daha geniş bir kapsama sahip olduğuna, doğrudan fail dışındaki diğer bütün katılım şekillerinin dolaylı faillik başlığı altında kullanıldığına değinmiştir (Kienapfel, **JuS 1974**, s. 2).

<sup>36</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 2; Engert, **a.g.e.**, s. 22; Jakobs, **AT**, 21/7; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 172.



indirim yapılabilmesine imkan veren düzenlemelere yer verilecek<sup>37</sup>, bu sayede her iki failin katkıları oranında bir ceza ile cezalandırılmaları sağlanmış olacaktır<sup>38</sup>.

Bazı yazarlar tarafından bu sistemin faillik-şeriklik ayrımının yapıldığı ikilik sistemi karşısında üstün olduğu iddia edilmiş ve bunun için farklı argümanlar ileri sürülmüştür. Bu kapsamda azmettirenin faille aynı ceza ile cezalandırılmasının öngörüldüğü ikilik sisteminin yardım etme dışında bir anlamının olmadığına vurgu yapılmıştır<sup>39</sup>. Nitekim yardım etme için haksız sonuçları ortadan kaldırabilmek adına zorunlu ceza indirimine yer verildiği, bunun cezanın alt ve üst sınırlarının belirtildiği suç tipleri karşısında somut cezanın belirlenmesini daha da karmaşık hale getirdiği ifade edilmektedir<sup>40</sup>. İkilik sisteminin en önemli sorunu olarak cezanın belirlenmesi gösterilmektedir ki tek faillik sisteminin buna da bir çözüm getirdiğine vurgu yapılmakta<sup>41</sup>, faillik-şeriklik ayrımı bakımından dogmatik zorlukları bir tarafa bırakarak hukuk uygulamasını kolaylaştırdığı iddia edilmektedir<sup>42</sup>. Zaten bu nedenle de gerek TCK'nın taksirli bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesine dair hükmünde (md. 22/5) gerekse Türk Kabahatler Kanunu'nun iştirake ilişkin düzenlemesinde (md. 14)<sup>43</sup> tek faillik sistemi kabul edilmiştir<sup>44</sup>.

Tek faillik sisteminin bu olumlu yönlerine rağmen birçok eleştiriye maruz kaldığı belirtilebilir. Öyle ki bundan dolayı birçok ülke ceza kanununda tek faillik sistemi değil, ikilik sistemi esas alınmıştır. Şu halde tek faillik sistemine ne tür eleştirilerin ileri sürüldüğünün irdelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu eleştiriler,

<sup>37</sup> Kienapfel, , **JuS 1974**, s. 3; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C. II, s. 470; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 11. Bası, Ankara 2016, s. 487; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 685.

<sup>38</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 114; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 56.

<sup>39</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 7.

<sup>40</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 28 Kn. 10; Jakobs, **AT**, 21/6; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 8.

<sup>41</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 3.

<sup>42</sup> Erem/Danişman/Artuk, **a.g.e.**, s. 364; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 554.

<sup>43</sup> “Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında fail olarak idari para cezası verilir.”

<sup>44</sup> Her ne kadar Türk Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddesinin gerekçesinde yer almasa da kabahatler bakımından tek faillik sisteminin kabul edilmesinin arka planında daha kolay bir hukuk uygulaması beklentisinin ve olağan idari işlemleri kolaylaştırma amacının olduğu rahatlıkla belirtilebilir. Nitekim benzer düzenlemeye Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'nda da yer verilmiş ve bu gerekçe ileri sürülmüştür (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 8; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 8; Halid Özkan, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara 2014, s. 13). Bu düzenlemeye göre düzene aykırılık teşkil eden bir fiilin birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda bu kişilerden her biri kendi düzene aykırılığı bağlamında ele alınacaktır (OWiG § 14, Jakobs, **AT**, 21/7; Gropp, **AT**, § 10 Kn. 27).

tek faillik sisteminin temelini oluşturan eş değeriğe yöneltilen eleştirilerle birlikte irdelenecektir.

### c. Teoriye ve Bu Kapsamda Tek Faillik Sistemine Yöneltilen Eleştiriler

Eşdeğeriğe yöneltebilecek ilk eleştiri, bu görüşün kabul edilmesiyle birlikte nedensel silsilenin sonsuz şekilde devam edecek olması, bunun da sorumluluğun kapsamını belirsiz hale getirecek olmasıdır. Nitekim ceza hukuku anlamında sorumluluk için tek başına nedenselliğin esas alınması halinde failin annesi dahi meydana gelen netice açısından bir neden olacaktır<sup>45</sup>.

Her ne kadar tek faillik sistemiyle birlikte akim kalmış şeriklik hallerinin de rahatlıkla cezalandırılabilir olacağı belirtilerek tek faillik sistemi ön plana çıkarılmaya çalışılsa da<sup>46</sup>, tek faillik sistemine yöneltilen bir diğeri eleştiri de tam bu hususa ilişkindir. Zira tek faillik sistemi, sırf teşebbüs aşamasında kalmış her türlü katılımın her durumda cezalandırılmasının mümkün hale gelmesiyle cezalandırılabilirlik alanını arzu edilmeyecek ölçüde genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>47</sup>.

Bu çerçevede ileri sürülebilecek bir diğeri eleştiri, iştirak şekillerinin tamamının aynı şekilde değerlendirilmesi noktasında ortaya çıkabilir. Zira fiilin işlenişine katkı sağlayan suç ortaklarının her birinin katkısı birbiri ile aynı oranda olmayacaktır. Nitekim salt yardım hareketini gerçekleştiren kişinin katkısıyla doğrudan kanunda yer alan hareketi gerçekleştiren kişinin katkısı arasında önemli bir fark olacaktır. İşte bu fark görmezden gelinerek suç tipi kapsamındaki hareketle şeriklik hareketleri birbirine eş değeri addedildiğinde bu defa her bir tipiklik kapsamında yer alan

<sup>45</sup> Leopold Zimmerl, "Grundsätzliche zur Teilnahmelehre", **ZStW 1929**, s. 42.

<sup>46</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 554.

<sup>47</sup> Alman hukukunda mevcut olan teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmenin de cezalandırılmasının mümkün olması ve fakat bu cezanın yalnızca cürümler bakımından söz konusu olması ve belli bir oranda indirim imkanının tanınmış olması, bunun yanında teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme bakımından hiçbir cezanın öngörülmemesi hususları dikkate alındığında tek faillik sisteminin normalde şerik konumunda bulunabilecek kişiler bakımından aleyhe sonuç doğuracak iki durumu ortaya çıkardığı ve bu nedenle de cezalandırmanın alanını genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. O hade bu eleştirilerden ilki, teşebbüs aşamasında kalmış şeriklik ile faillik arasındaki ayrımı kaldırdığı şekildeyken ikinci eleştiri, cürümlerin yanı sıra cünhalar bakımından da teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme ve yardım etmenin cezalandırılmasına neden olduğu şeklindedir (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 451; Jakobs, **AT**, 21/6; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 II 1, s. 646; Gropp, **AT**, § 10 Kn. 35; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 13; Diethelm Kleczewski, "Die Grundformen beteiligungsdogmatische Systembildung **Ingeborg Puppe-Festschrift**, Duncker&Humblot, Berlin 2011 s. 618).

hareketin içerdiği özel haksızlık kaybolacak, suç ortaklarının işledikleri fiilin ortaya koydukları ihlalin gerçek anlamda değeri tipiklik alanı bakımından değil, sadece hukuki sonuçların görünümünde değerlendirilmiş olacak, bu da ciddi şüpheleri beraberinde getirecektir<sup>48</sup>.

Eş değeri teorininin kendi savunucuları da bu eleştiriyi dikkate alarak suça iştirak eden birden fazla kişinin layık oldukları cezanın farklı olması gerektiğine işaret etmişlerdir<sup>49</sup>. Bu nedenle teorinin taraftarı olan bazı yazarlar tarafından bu tür durumlarda fail olarak addedilen bütün suç ortaklarının cezalarının aynı ceza kapsamında farklı ceza oranları ile belirlenmesi ile sorunun aşılabileceği yönünde bir öneride bulunulmuştur. Ancak bu defa da suç ortaklarının katkılarının ağırlığına göre cezalarının belirlenmesi noktasında ne derece başarılı olunacağı sorusu akla gelir. Zira hakimin bu değerlendirmeyi hangi ölçütlere göre gerçekleştireceği belirsiz olup bu da hukuk devleti ilkesi kapsamında belirlilik ilkesine bir aykırılık teşkil edecektir<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Jakobs, *AT*, 21/6; Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 II 1, s. 645; Erem/Danişman/Artuk, *a.g.e.*, s. 363; Gropp, *AT*, § 10 Kn. 34; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 47, Kn. 12; Rene Bloy, “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstaterlehre in Deutschland und Österreich”, *FS-Rudolf Schmitt*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1992, s. 47. Bu anlamda tek faillik sisteminin ilk haline yöneltilen eleştiriye temel teşkil eden durum, ortadan kaldırılmamıştır. Ancak bu eleştiriye karşı *Renzikowski*, objektif isnadiyetin hakim öğretisine göre –ayrıntılardaki tüm farklılıklara rağmen- neticeli suçların tipikliğinin gerçekleştirilmesinin yalnızca izin verilmeyen riskin ortaya konulması olarak gösterilen eş değer nedensel katkıyı gerekli kılmasının dikkate alınacak olması halinde bu itirazın kuşkuyla karşılanabileceğini, objektif isnadiyetin önemli savunurları tarafından da faillik ve şeriklik arasındaki niteliksel ayrımın inkar edildiğinin kabul edilebileceğini, esasında her bir suç tipinin kapsamında yer alan hareketin içerdiği özel haksızlığının ne anlamda mevcut olduğu ve bunun şerikliğinin hareketinin haksızlığından ne ölçüde farklı olduğu hususunun da belirsiz olduğuna değinerek cevap vermeye çalışmıştır (Erem/Danişman/Artuk, *a.g.e.*, s. 363; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 47, Kn. 12).

<sup>49</sup> Gallas, *a.g.e.*, s. 114.

<sup>50</sup> Zira suç tiplerini hukuk güvenliğinin kalesi olarak nitelendiren *Zimmerl*, sadece kanunda tanımlanan suç tipinden dolayı cezalandırma yoluna gidilebileceği ilkesini hatırlatarak suç tiplerinin geniş yorumlanması ve kanuni suç tipinde yer alan netice bakımından nedensel olan her katkının suç tipi kapsamında telakki edilmesinin tipikliğinin sınırlarının genişlemesi ve kapsam dışına çıkılmasına yol açabileceğine, bu suretle de belirlilik ilkesini ortadan kaldırabileceğine dikkat çekmiştir (*Zimmerl*, *ZStW 1929*, s. 41) ki bu da hukuk güvenliğinin ortadan kalkması tehlikesini beraberinde getirebilir olarak görülmüştür (*Lange*, *a.g.e.*, s. 23; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015, Kn. 1206). Gerçi *Zimmerl*'in bu eleştirisi, *Lange* tarafından büyük oranda hatalı görülmüştür. Zira geniş faillik anlayışını bilhassa failliği hukuki değerleri ihlal eden hareket üzerinden ele alan *Eb.Schmidt*'i esas alarak bir değerlendirme yapan *Lange*'ye göre bu anlayış, ceza kanununda da yer alan suç tiplerinin kıyas yasağına dikkat etmek şartıyla yorumlanması şeklinde kabul edilebilir (*Lange*, *a.g.e.*, s. 23). Nitekim kıyas yapmamak kaydıyla ceza hukukunda suç tipleri üzerinde gerçekleştirilen yorum, hiçbir şekilde hukuk devleti ilkesine aykırı olarak telakki edilmemiş, hatta ceza kanunlarında özel olarak ihdas edilmiştir.

İkilik sistemini eleştiren<sup>51</sup> ve tek faillik sisteminin benimsenmesi gerektiğine yönelik görüşlerin varlığına rağmen tüm bu eleştiriler dikkate alındığında tek faillik sisteminin kabul edilmesi pek makul görünmemektedir. Tek faillik sistemi, şekli-objektif teori ve sübjektif teori gibi bir takım sorunlara sahip öğretilerin hakim olduğu dönemlerde tartışılmış, üzerinde ciddi bir şekilde düşünülmüş bir sistem olarak görülebilir. Ancak fiil hakimiyeti teorisinin esas alındığı günümüzde artık tek faillik sisteminin bu ölçüde üzerinde düşünülmesine gerek kalmadığı sonucuna ulaşılabilir. Elbette fiil hakimiyeti teorisinin tam anlamıyla sorunsuz olduğu da belirtilemez. Ancak yine de teorinin bazı sorunlara sahip olması, hiçbir şekilde teorinin tek faillik sistemi karşısında daha aşağı bir konuma indirgenmesini sağlamaya yeterli olmayacaktır.

### 3. Faillik-Şeriklik Ayrımını Kabul Eden Görüş: Aşırı Sübjektif Teori

#### a. Teorinin Esası

Bu teoriye göre failliğin tespiti suça katkı sağlayan kişilerin iradeleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Yani failliğin tespitinde tek başına sübjektif kıstaslardan faydalanılır ki aslında bu, teorinin niçin sübjektif olarak nitelendirildiğinin de bir cevabıdır<sup>52</sup>. Öğretinin “aşırı sübjektif teori” olarak nitelendirilmesinin sebebi ise

<sup>51</sup> İkilik sistemine yöneltilen en temel eleştirilerden biri ikilik sisteminin birden fazla suç ortağının suç tipinde yer alan hareketi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen suç tipindeki neticenin gerçekte hangisinin hareketi ile meydana geldiğinin belirlenememesi tehlikesini de beraberinde getirebileceğidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 554). Bu yönde bir tehlike olsa da suç tipindeki neticenin gerçekte hangisinin hareketi ile meydana geldiğinin belirlenemediği durumlarda benzer sorun tek faillik sisteminde de ortaya çıkacaktır. Yani bu hallerde tek faillik sisteminin ikilik sistemi karşısında daha sorunsuz olduğu iddia edilemez. Hatta o kadar ki belki de hareketi netice açısından diğer suç ortaklarının yanında çok daha az etkide bulunan suç ortağının da fail olarak kabul edilecek ve fail olarak cezalandırılacak olması nedeniyle tek faillik sisteminin daha da aleyhe sonuçlar ortaya çıkarabileceği ileri sürülebilir. Yine *yazarlar*, ikilik sisteminin kusur yeteneği ya da kendisinde şahsi cezasızlık sebebi bulunmayan kişinin suçta kullanılması hallerinde kanunda dolaylı faillik kurumunun kabul edilmesine neden olduğunu ifade etmişlerdir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 554). Bu ifade iki açıdan değerlendirilebilir. Birincisi kendisinde şahsi cezasızlık sebebi bulunmayan bir kimsenin suçta kullanılmasının mümkün olup olmadığı, bu bakımdan da bu durumlarda dolaylı faillik kurumunun gündeme gelip gelmeyeceğidir. Zira ön plandaki kişide bir şahsi cezasızlık nedeninin bulunması, arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması sonucunu ortaya çıkarmayacaktır. Dolayısıyla da *yazarlar* tarafından kullanılan ifadenin ne derece yerinde olduğu da tartışmalı hale gelmektedir. Aynı şekilde dolaylı faillik kurumunun, ikilik sisteminin ortaya çıkardığı boşlukları doldurmak üzere getirildiği, dolaylı faillik olmaksızın ikilik sisteminin sakıncalara neden olduğu yönündeki iddia da ancak tek faillik sisteminde ön plandaki kişiyi suçun işlenmesinde kullanan arka plandaki kişinin fail olarak kabul edilmesi halinde bir anlam ifade edecektir.

<sup>52</sup> Teori, suç ortaklarının içsel iradi yönelmelerin dikkate alan *Westphal*'ın “faili kendi adına, kendi hesabına hareket eden kişi, şeriki ise başkası adına veya yararına, hesabına hareket eden kişi

teorinin uygulandığı bazı önemli mahkeme kararlarında subjektif kriterlerin oldukça geniş yorumlanmış olmasıdır ki bu nedenle teori oldukça sert eleştirilere maruz kalmıştır<sup>53</sup>.

Öğreti kapsamında kast ve menfaat teorisi olmak üzere iki farklı teori bulunmaktadır<sup>54</sup>. Her ne kadar ilerleyen zamanlarda bu iki teori, birbirine karışmış, daha doğrusu menfaat teorisi, kast teorisinin kapsamında telakki edilmeye başlamış

---

olarak nitelendirme düşüncesiyle temellendirilmiştir (Westphal, Das Criminalrecht, Zwölfte Anmerkung, § 3, s. 53 - Aktaranlar Gustav Schlutter, **Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme**, Breslau-Neukirch, Göttingen 1941, s. 28; Poppe, **a.g.e.**, s. 89; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 99; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 64). Bunun üzerine teori, *Pufendorf*, *Hegel* ve *Feurbach*'ın felsefi görüşlerinden etkilenen *v. Buri* tarafından geliştirilmiş (Robert v. Hippel, **Lehrbuch des Strafrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin 1932, s. 455; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 64; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 IV 2, d.pn. 23; Wolfgang Joecks, "Täterschaft und Teilnahme", **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003, § 25 Kn. 18), sonrasında da her ne kadar bilimsel çalışmalarda pek ilgi görmüş olmasa da *v. Buri*'nin kendisinin de mahkeme danışmanı olması hasebiyle 1871 tarihinden itibaren mahkeme kararlarında sürekli olarak esas alınmaya başlanmıştır (v. Hippel, **Lb.**, s. 454; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 50; Redmann, **a.g.e.**, s. 37; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C.H. Beck, München 2003, § 25 Kn. 17; Johannsen, **a.g.e.**, s. 22; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 39). *Pufendorf*'un subjektif öğretiye temel teşkil eden görüşleri, belirli menfaat ya da yarar kriterlerini baz alması noktasında değil, suçta neden olan bütün nedenlerin eş değer olduğunu düşünmemesi, bu açıdan da suçta katılan kişilerin kendi aralarında kategorize edilmesine önem vermesi noktasındadır (Schlutter, **a.g.e.**, s. 26). *Pufendorf*'a göre yan neden olabilecek şekilde fiili icra etmeksizin fiile nedensel katkı sağlayan kişiyi yine sırf iradi yöneliminden hareketle fail olarak telakki edebilmesi noktasında bir temel teşkil ettiği belirtilebilir (Poppe, **a.g.e.**, s. 88). Her şeyden evvel suçta katılım şekli olarak yalnızca faili ve yardım etmeyi tanıyan *Feurbach*, her ne kadar daha sonra bu görüşünde değişikliklere gidecek olsa da başlangıçta faillik kavramı için kişinin doğrudan kendi yararından hareket ederek hukuki değerini ihlalini bizzat kendisinin istemesini şart koşmuş, ancak bizzat kendi yararı için gerçekleştirilmeyen kişinin fail olarak görülemeyeceğini ileri sürmüştür ki (Feurbach, *Revision, Zweiter Theil*, § 11, s. 244 – Aktaranlar Schlutter, **a.g.e.**, s. 31; Poppe, **a.g.e.**, s. 97) bu anlamda *Feurbach*'ın kendisi de subjektif öğretinin gelişiminde katkısı bulunan yazarlar arasında nitelendirilebilecektir. Ancak *Feurbach*, sonradan görüşünü değiştirmiş ve faillik için kişinin fiile doğrudan kendi yararını zorunlu gören subjektif kriteri bir tarafa bırakarak kanuni netice için gerçekleştirilen hareketin nedensel farklılıklarını dikkate almaya başlamış, bu çerçevede failliği esas katkı sağlayan, yardım edeni ise yan katkı sağlayan kişi olarak addetmiştir (Feurbach, *Lehrbuch*, 13. Auflage, Überschrift vor § 44, s. 74 – Aktaranlar Poppe, **a.g.e.**, s. 97; Schlutter, **a.g.e.**, s. 32).

<sup>53</sup> Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.F.Müller, 44. Auflage, Hiedelberg 2014, Kn. 515; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 19; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 694.

<sup>54</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 64; Redmann, **a.g.e.**, s. 37; Bernd Schünemann, "Täterschaft und Teilnahme", **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010, § 25 Kn. 2; Martina Baunack, **Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen**, Duncker&Humboldt, Berlin 1999, s. 18; Harro Otto, **Grundkurs Strafrecht**, De Gruyter, 7. Auflage, Berlin 2004, 21/13; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 7; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 18; Bununla birlikte şekli subjektif teori ve maddi subjektif teori şeklinde ayırım ortaya koyan görüşler de olmuştur (Bernhard R. J. Winter, **Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert**, Esprint Verlag, Heidelberg 1981, s. 63). Türk doktrininde ise irade ve amaç veya yarar teorileri olarak ifade edildiği görülmektedir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438).

olsa da, her iki teori de başlangıçta iki ayrı anlayış olarak sübjektif teorinin bir yansıması şeklinde geliştirilmiştir.

Özellikle Alman Krallık mahkemelerinin kararlarında oldukça etkili olan<sup>55</sup> **kast teorisi (animus teorisi)**<sup>56</sup> kapsamında faillik-şeriklik ayırımına ilişkin olarak esas alınan kriter, iradenin konumlanması, kişilerin içsel iradi yönelişidir<sup>57</sup>. Buna göre fail, bağımsız bir iradeye sahipken şerik, bağımsız olmayan, failin iradesi altında konumlanan, faile tabi olan bir iradeye sahip kabul edilir<sup>58</sup>. Yani öğretiyeye göre fail, fail iradesi ile (*animus auctoris*), fail olarak hareket ederken şerik, şerik iradesiyle (*animus socii*), şerik olarak hareket eder<sup>59</sup>. Şu halde “*fiili kendisi olarak isteyen, animus auctoris’e sahip olan kişi müşterek failken fiili başkası olarak isteyen, sadece animus socii ile hareket eden kişi ise yardım edendir.*”<sup>60</sup>.

Teorinin temelinde şerikin, sadece fail isterse isteyip failin istediğini, istediği kadarını istediği, failin ise bu şekilde bir düşünceye sahip olmadığı kabulünden hareket edilir<sup>61</sup>. Kişi, fiilin işlenmesine yönelik olarak katkı sağladıktan sonra bu katkısının fiilin işlenmesi için yeterli olup olmadığıyla ve keza fiilin başarıyla işlenip işlenmediğiyle ilgilenmez, bir anlamda katkı sağlamasının ardından suçun işlenişini başkasının işlediği fiilin işlenmesi sürecine terk ederse bu defa kişinin iradi

<sup>55</sup> RGSt 31, 80; RGSt 37, 55 (Baunack, **a.g.e.**, s. 18); RGSt 2, 181, 182 (Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 IV 2; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 18); Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 7; Baunack, **a.g.e.**, s. 19, dpn. 19; Redmann, **a.g.e.**, s. 38; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 3; Herinrich, **AT**, Kn. 1205. Teori, Alman hukukunda II. Dünya Savaşı sonrasında da *Bockelmann*’ın ve *Baumann* tarafından (Bockelmann, **a.g.e.**, s. 76; Baumann, **AT**, 1975, s. 59) savunulmaya devam edilmiştir.

<sup>56</sup> Gropp, **AT**, § 10 Kn. 66; Herinrich, **AT**, Kn. 1205; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 432; Akbulut, **GÜHFD** 2010, s. 172, dpn. 18; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 694; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 491. Türk doktrininde bazı yazarlar taafından “kast teorisi” olarak anıldığı görülmektedir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438).

<sup>57</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 3; Herinrich, **AT**, Kn. 1205; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, Kn. 515; Poppe, **a.g.e.**, s. 184; Johannsen, **a.g.e.**, s. 22; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 51.

<sup>58</sup> Baumann, **JuS** 1963, s. 126; Dreyer, **a.g.e.**, s. 11; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 457; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 18; Baunack, **a.g.e.**, s. 19; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 7; Halschner, System des Preußischen Strafrechts, 1. Theil, s. 324 (Aktaran Redmann, **a.g.e.**, s. 37); Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 3; Herinrich, **AT**, Kn. 1205.

<sup>59</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438.

<sup>60</sup> Baumann, **AT**, 1975, § 36 I 3, s. 557; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 38.

<sup>61</sup> v. Hippel, **Lb.**, s. 456; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 457; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 64; Krey/Esser, **AT**, Kn. 815; Johannsen, **a.g.e.**, s. 22; Baumann, **NJW** 1963, s. 561; Baumann, **JuS** 1963, s. 51, 85; Baunack, **a.g.e.**, s. 19; Otto, **AT**, 21/14; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 52; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 IV 2; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 3; Herinrich, **AT**, Kn. 1205; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 17; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, Kn. 515.

yöneliminin bir başka kişinin iradesine özgülenmesinden söz edilir<sup>62</sup>. Failin iradesine tabi olmadan kişinin fiilin tamamlanıp tamamlanmayacağına yönelik olarak kararı bir başka kişinin kararına bırakmanın anlaşılacağına vurgu yapılmıştır. Bu anlayışın asla yardım edenin fiili sadece failin de fiili istemesi halinde isteyeceği koşuluyla hareket ettiği anlamına gelmediğine, bilakis fiilin sadece failin gerçekten bu fiili işlemeye karar verdiği durumda gerçekleşeceği bilinciyle hareket edilmesi anlamına geldiğine işaret edilmiştir<sup>63</sup>.

Bu öğreti kapsamındaki bir diğer teori **menfaat (yarar) teorisi**dir. Bu teoriye göre fail ve şerik iradesi için belirti, fiilin işlenmesine yönelik kendi menfaatinin derecesidir<sup>64</sup>. Failin iradesi fiile yönelik kendi yararı üzerinden şekillenirken şerikin iradesi bu tür bir yararın bulunmaması, başka bir kimsenin menfaati için hareket etmesi üzerinden tanımlanmaktadır<sup>65</sup>. Bu çerçevede fiilin neticesine ilişkin olarak hiç menfaati olmayan yahut da sadece düşük dereceli bir menfaate sahip olan kişi, kural olarak fiili kendisi olarak istemiyordur. Dolayısıyla bu durumda bu kişi şerik olarak değerlendirilir<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 184; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 40.

<sup>63</sup> Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, s. 76.

<sup>64</sup> Esasında bu öğretinin temellerinin *Köstlin*'in fikirlerinde yer aldığı ifade edilebilir (Redmann, **a.g.e.**, s. 38; Dreyer, **a.g.e.**, s. 11, dñn. 1). Buna göre *Köstlin*, söz konusu suçta katkı sağlanmış olunabilmesi için bu katkının nedensel bağlantı içinde olması gerektiğini aramış ve fakat nedenselliği faillik için özel bir kriteri olarak öngörmemiş, bilakis yardım etme şeklindeki iştirak şekli için de yapısal bir unsur olarak telakki etmiş ve bu yüzden de faillik için kendi amacı doğrultusunda hareket etme şeklinde başka bir kriter ortaya koymuş (Köstlin, *Neue Revision*, s. 464; s. 450 - Aktaranlar Schlutter, **a.g.e.**, s. 40; Poppe, **a.g.e.**, s. 109), bu çerçevede yardım edenin başka bir kişinin amacı doğrultusunda hareket eden kişi olduğu görüşünden hareketle fail-yardım eden ayrımına subjektif bir bakış açısı getirmiştir (Köstlin, *Neue Revision*, s. 465; s. 509 - Aktaranlar Poppe, **a.g.e.**, s. 110; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 34, 35). Tüm bunlara rağmen *Köstlin*, amaç doğrultusunda hareket etme şartını yeniden ele alarak bu düşüncesi üzerinde değişiklik yapmış, amacın yalnızca kasten işlenebilen suçlarda gerekli olduğunu, taksirli olarak işlenen suçlar bakımından amacın söz konusu olamayacağını, dolayısıyla da taksirli faillik açısından hareketin serbest iradeyle hareket edilmiş olmasının yeterli olacağını kabul etmiştir (Köstlin, *Neue Revision*, s. 257 - Aktaran Poppe, **a.g.e.**, s. 110). Bu teori, açık bir şekilde *Geib*'in düşüncelerinde de görülebilir. Nitekim şeriklik öğretisini subjektif unsura dayandıran *Geib*, şerikliği dışsal anlamda değerlendirmeyip bilakis iradeyi dikkate alarak ele almıştır (Schlutter, **a.g.e.**, s. 76). *Geib*'e göre fail, suçu kendi adına ve yararına işleyen kişiyken yardım eden kişi yalnızca başkasının yararına olarak destek olan kişidir (Geib, *Lb.*, 2. Bd., s. 318 - Aktaranlar Redmann, **a.g.e.**, s. 39; Schlutter, **a.g.e.**, s. 76).

<sup>65</sup> BGH GA 1974, s. 511 (Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 4); Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 64; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 19; Redmann, **a.g.e.**, s. 38; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 41; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 432; Akbulut, **GÜHFD** 2010, s. 172, dñn. 18.

<sup>66</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438; Baunack, **a.g.e.**, s. 19; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 8; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 4; Krey/Esser, **AT**, Kn. 816.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1975 yılında Alm.CK'nın genel hükümlerinde, özellikle de iştirake ilişkin düzenlemelerde değişiklik yapılan kadar bu teoriyi şeklen de olsa bir süre daha uyguladığına dikkat çekilmektedir<sup>67</sup>. Mahkemenin bu teoriyi uygulaması, özellikle de 19.02.1940 tarihli *Banyo Küveti* kararıyla birlikte ulaşılan sonuçla birlikte iyice göze çarpar hale gelmiş, eleştirilerin artmasına neden olmuştur<sup>68</sup>. Nitekim söz konusu kararda “*Suçtu kasıtlı ve bizzat işleyen kişi de, faillik iradesi olmaksızın hareket etmiş olması, yani fiili kendisi olarak istememiş olması halinde kendi işlediği fiilden faillik yerine salt yardım eden olarak cezalandırılabilir.*” şeklindeki ifadelerle yer verilmek suretiyle failliğin sınırları oldukça genişletilmiştir<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 76; Baunack, *a.g.e.*, s. 19; Gropp, *AT*, § 10 Kn. 68; Hoyer, *a.g.e.*, § 25 Kn. 5. 1970'lere kadar Krallık mahkemesinin bu uygulamasında (Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 75; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 47, Kn. 41) ısrarcı olan BGH, bazı kararlarında iradeye tabi olma kriterini esas alırken diğer bir kısım kararlarında ise kendi yararına hareket etmeyi ön olana almıştır (MK-Joecks, § 25 Kn. 20). Nitekim aracıyla gitmekte olan bir kimseye ateş edip ölümüne yol açan bir kimseyi kendi menfaatinin eksikliğinden dolayı yardım eden olarak sorumlu tutma yoluna giden BGH (BGH 15.06.1962 – 4 StR 125/62 - Joecks, *a.g.e.*, § 25 Kn. 21) 1974 yılında da kişinin bizzat kendi elleriyle bıçak kullanarak gerçekleştirdiği ölümcül hareketi yardım etme hareketi olarak değerlendirmiş, gerekçe olarak da failin müşterek failin gözünde korkak olarak görülmemek için durmak üzere hareket etmiş olduğu yönünde bir karara ulaşmıştır (BGH 12.03.1974 – 1 StR 569/73 - Joecks, *a.g.e.*, § 25 Kn. 21). Yine mücevher hırsızlığını birlikte gerçekleştiren, dolayısıyla da müşterek hareket eden suç ortaklarından biri, diğerinin iradesine tabi olduğu gerekçesiyle fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen yardım eden olarak kabul edilmiştir (BGH 21.06.1955 – 2 StR 8/70 – Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 77). Buna rağmen bu kararlar, 50'li yıllarda mahkemenin objektif kriterleri yahut da fiili hakimiyet prensibini uygulamadığı anlamına gelmemekte, bilakis bu yönde kararların varlığı da dikkat çekmektedir (Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 76; Joecks, *a.g.e.*, § 25 Kn. 21).

<sup>68</sup> Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, Kn. 515; Joecks, *a.g.e.*, § 25 Kn. 19; Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, Kn. 694.

<sup>69</sup> RGSt 74, 85 (Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 76; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 47, Kn. 43; Joecks, *a.g.e.*, § 25 Kn. 19; Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 IV 2). Kararın analizi için bkz. Fritz Hartung, “Der Badewannenfall, Eine Reminiszenz”, *JZ* 1954, s. 430. Söz konusu karara konu olayda evlilik dışı bir çocuk dünyaya getiren A'nın kız kardeşi S, doğumdan hemen sonra A'nın ısrarı üzerine kız kardeşine köyde halk arasında kötü gözle bakılacağını ve babası tarafından kınanacağını düşünerek çocuğu banyo küvetinde boğarak öldürmesini irdeleyen ilk derece mahkemesi, kız kardeş S'yi kasten öldürme suçunun faili, anne A'yı ise azmettiren olarak kabul etmiştir. Ancak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, kız kardeşin tipe uygun hareketi gerçekleştirmesinin faillik için yeterli olmadığını, kız kardeşin öldürme hareketini kendi yararı için mi istediği yoksa yalnızca kız kardeşine destek olmak amacıyla mı istediğinin incelenmesi ve tespit edilmesi gerektiğini belirten Yüksek Mahkeme tarafından, S'nin yaşamını kurtarmak adına “*Suçtu kasıtlı ve bizzat işleyen kişi de, faillik iradesi olmaksızın hareket etmiş olması, yani fiili kendi olarak istememiş olması halinde kendi işlediği fiilden faillik yerine salt yardım eden olarak cezalandırılabilir.*” şeklindeki ifadelerle yer verilmek suretiyle subjektif teori uygulanarak bozulmuştur. Böylelikle mahkemenin kararına göre A, çocuğunu öldürme suçuna göre fail olarak cezalandırılırken S, çocuğun öldürülmesine salt yardım eden olarak



Menfaat teorisinin gerçek anlamını zamanla kaybettiği ve çoğu durumda kast teorisi ile ilişkili olarak kombine edilmiş bir görünüm arz ettiği görülmüştür<sup>70</sup>. Bu çerçevede menfaatin aşırı derecede vurgulanması halinde fiilin icra hareketlerini bizzat işleyen kişinin varlığı durumunda failliğin genel olarak kabul edilmesi sonucunun ortaya çıkmayabileceğinin altı çizilmiştir<sup>71</sup>. Böylelikle iradi tabiiyetin bulunmadığı durumlarda “yarar” kriteri sadece bir belirti işlevi görmüştür ki bu haliyle öğreti, mahkeme kararlarına da tesir etmiştir<sup>72</sup>. Nitekim bir kararda, “*Kişinin fiili kendisi olarak mı yoksa sadece başkasının fiilini desteklemek istediği yönünde bir değerlendirme için fiile yönelik olarak failin menfaatinin bir delil olarak değerlendirilmesi mümkündür.*” şeklindeki ifadelerle atıf yapılması<sup>73</sup>, bu durumu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Benzer ifadelerle Rus ajanına ilişkin *Stachynskij* kararında da yer verildiği görülmektedir. Buna göre Mahkeme, azmettiren kişinin fail iradesi ile hareket ettiğinden gerçek anlamda fail olduğunu, bu nedenle her ne kadar dolaylı fail olsa da bir şekilde fail olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık fiili icra eden kişinin fiilde kendisi bakımından bir yarar bulunmadığı ve nitekim de kendi yararıyla hareket etmediği, bilakis istemeyerek de olsa bir başkasının iradesine boyun eğmek durumunda kaldığı belirtilerek yardım eden olduğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>74</sup>. Kararın gerekçesinden de anlaşıldığı üzere “yarar” kriteri, kişinin yardım etme iradesi ile hareket etmiş olduğuna bir işaret olarak kullanılmış, böylelikle menfaat teorisi, kast teorisi içinde eritilmiştir.

---

cezalandırılmış (Hartung, **JZ 1954**, s. 431; Krey/Esser, **AT**, Kn. 820), kişinin fiili kendisi olarak işleyip işlemediğine dair tespit için her şeyden evvel kişinin neticeye ilişkin yararının derecesine yönelmiş olması gerekli görülmüştür (Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 19).

<sup>70</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 8; Jakobs, **AT**, 21/30, dpn. 57; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 4. Buna ilk defa *v. Buri*’nin eserlerinde rastlandığı ifade edilmektedir (Buri, GA 17 (1869), s. 238 – Aktaran Redmann, **a.g.e.**, s. 38).

<sup>71</sup> Baumann, **AT**, § 36 I 3, s. 554; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 43.

<sup>72</sup> Birkmeyer, *Teilnahme am Verbrechen*, s. 28 – Aktaralar Redmann, **a.g.e.**, s. 39; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 4.

<sup>73</sup> BGHSt 6, 229 (Redmann, **a.g.e.**, s. 39).

<sup>74</sup> BGHSt 18, 87, 88 (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 77; Krey/Esser, **AT**, Kn. 822; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 20; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 694; Gropp, **AT**, § 10 Kn. 69; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 45; Jürgen Baumann, “Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung”, **NJW 1963**, s. 561). Karara konu olayda gizli servisten verilen görev gereğince sürgünde bulunan iki politikacının KGB adına görev yapan bir istihbarat ajanı tarafından Münih’te zehirli bir tabanca ile öldürülmesi ele alınmaktadır. Olayda ajan sadece yardım eden olarak sorumlu tutulmuş, emri veren kişiler fail olarak kabul edilmiştir.

## b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Sübjektif teoriye yöneltebilecek ilk ve en önemli eleştiri, öğretinin şartların eş değerliliğini esas alıyor olmasıdır. Zira kişinin bir başka kimseyi öldürmek isteyen kişiye bıçak vermesi ile bizzat kendisinin gidip o kişiyi bıçaklamasının eş değer olmadığı aşıkardır. Buna rağmen teorinin eş değerlilikten hareket edilmesi uygun görülmemekte<sup>75</sup>, nihayetinde bu hareket noktası, öğretinin sübjektif ayırım noktasının da tam manasıyla belirli olmaması da dikkate alındığında tek faillik sisteminin benimsenmiş olduğu sonucunu ortaya çıkardığı iddiasını beraberinde getirmektedir<sup>76</sup>.

Bu eleştiriyle bağlantılı olarak ileri sürülen bir diğer eleştiri de teorinin gerek faillğe ilişkin düzenlemeler gerekse özel hükümlerde ihdas edilen suç tipleri açısından mevcut kanuni düzenlemelerle uyumsuz olmasıdır<sup>77</sup>. Nitekim kanunun iştirake ilişkin düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda bu teorinin dikkate alınmadığı açık ve net bir şekilde ortaya konmuştur. Bu durum sadece kanunun genel hükümlerinde yer alan düzenlemelerden değil, özel hükümlerdeki suç tiplerinden de rahat bir şekilde anlaşılabilir. Nitekim kapsamında belirli bir “amaç veya saikin” arandığı suç tiplerinde faillik için ayrıca “amaç, saik” gibi unsurlar da gerekli görülerek sübjektif öğreti ile şart olarak addedilen “kendi yararı” kriteri bertaraf edilmiştir. Söz gelimi hırsızlık suçunun kanuni tanımına göre “kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla” taşınır malı bulunduğu yerden alan kişinin hırsızlık suçunun faili olarak cezalandırılacağı ifade edilmiştir<sup>78</sup>.

Bu teorinin en önemli sorunlarından biri, yukarıda yer verilen Alman mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere başkasının yararına göre hareket eden kişinin fiili kendi elleriyle gerçekleştirmiş olsa bile fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu

<sup>75</sup> Max Ernst Mayer, **Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts Lehrbuch**, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1915, s. 402; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 32; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 80; Otto, **a.g.e.**, 21/13.

<sup>76</sup> Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 80.

<sup>77</sup> Bloy, **Die Beteiligungsförmige als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 96; Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Berlin 1969, § 15 IV 2b; Peter Cramer, “Gedanken zur Abgrenzung von Taterschaft und Teilnahme, **FS-Paul Bockelmann**, München 1979, s. 392; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 IV 3; Krey/Esser, **AT**, Kn. 824; Georg Freund, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin Heidelberg 2009, § 10 Kn. 40; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 27; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2015, 41/6; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015, § 27 Kn. 6; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 32; Herinrich, **AT**, Kn. 1205, 1209.

<sup>78</sup> Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 67; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 33.

tutulacak olması, bunun tam tersi fiili bizzat icra etmese bile sırf kendi yararına göre hareket ettiği için bir başkasının işlediği fiile yardımcı katkı sağlamış olması halinde dahi fail olarak sorumlu tutulacak olmasıdır<sup>79</sup>. Bu şekilde ulaşılan sonuçların esas etkisi hiç kuşkusuz ki bağlılık kuralı kapsamında ortaya çıkacaktır ki bu husustaki irdeleme ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

<sup>79</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 81; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 694. Bilhassa kararların verildiği dönemlerde ileri sürülen ağır ve yoğun eleştirilere rağmen doktrinde bu kararların her birinin kendi tarihi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 53; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 43). Nitekim karara ilişkin detaylı analiz yapan *Hartung*, mahkemenin bu kararı verirken kararın arka planı hakkında bilgi vermiş, mahkemenin kız kardeş hakkında ölüm cezası yönünde bir karar vermektan sakınmak üzere bu yönde bir karar vermiş olduğunu belirterek karara açıklık getirmiştir (Hartung, **JZ 1954**, s. 430; Herinrich, **AT**, Kn. 1208). Öyle ki Alman hukuku bakımından özellikle de olayın gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda her iki öğretinin uygulanmasının ortaya çıkardığı farklı sonuçlar bir hayli önem arz etmektedir. Nitekim o dönem yürürlükte olan kanuni düzenlemeye göre “*Evlilik dışı çocuğunu doğum anında veya doğumdan sonra kasıtlı bir şekilde öldüren anne, 3 yıldan az olmayan ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Hafifletici durumların mevcut olması halinde hapis cezası 2 yıldan aşağı olmaz.*” Tabi ki bu hüküm, bir annenin kendi çocuğunu öldürmesi halinde gündeme gelmekteydi. Oysa ki çocuğun bu şekilde banyo küvetinde boğularak öldürme fiilini anne olmayan bir başka kimsenin işlemesi halinde kasten öldürme suçunun nitelikli hali (Alm. CK § 211) ile cezalandırılmaktaydı ki kişi hakkında öngörülen hapis cezası ölümdü. İşte bu olayda fiili işleyen kız kardeş S'nin fail olarak kabul edilmesi, hakkında ölüm cezasına hükmolunması sonucunu ortaya çıkarmaktayken anne hakkında kendi çocuğun ölümüne neden olduğu için üç yıldan aşağı olmayan hapis cezası söz konusuydu. Dolayısıyla karara konu olayda mahkeme, kendi çocuğu olsaydı hapis cezasına mahkum edilecek olan kız kardeşin yahut da çocuğu kız kardeşine öldürtmek yerine kendisi öldürmüş olsaydı yine kendisi de yalnızca hapis cezasına mahkum edilecek olan annenin mevcut olduğu bu sonuçları itibariyle trajikomik olayda adeta kız kardeşi ölüm cezasından kurtarmanın yollarını aramaya çalışmış, bunu da subjektif teoriyi uygulamak suretiyle başarmıştır.

Yine *Stachynskij* kararına yönelik olarak doktrinde mahkemenin bu kararla birlikte Nazi Dönemi bakımından söz konusu olan yargılamalar için de uygulanmasını sağlamak üzere önemli bir karar vermiş olduğu, mahkeme hakimlerinin bu saikle hareket ettikleri ve bir anlamda geçmişteki olayların üstesinden gelmeye çalıştıklarının altı çizilmiştir. Bu çerçevede işlediği fiil önemli bir haksızlık içeriğine sahip olmasına rağmen (Alman literatüründe Alman ceza kanununa göre kasten öldürme suçunu nitelikli hale getiren bir unsur olarak “canice” olduğu ifade edilmiştir) verilen görev gereği herhangi bir fiili işleyen kişilerin, yardım eden olarak kabul edilmek suretiyle cezalarının az olmasının mümkün kılındığı, bir anlamda politik kararlar verildiği, hatta bu politik kararlarla yetinilmediği, ceza kanununun yeni genel hükümleri yürürlüğe girene kadar günlük ceza hukuku politikalarının uygulandığı belirtilmiş ve eleştiriler ileri sürülmüştür. Ancak bu eleştiriler, etkisini sonraki olaylarda hissettirmiştir ki Berlin duvarını korumakla görevli Doğu Almanya askerlerinin duvarı geçmek isteyen sivil vatandaşları öldürmelerinin konu alan davalarda söz konusu askerlerin emir gereği bu fiili işlemiş olmalarına rağmen yardım eden olarak sorumlu tutulmadıkları özellikle vurgulanmış, bu karardaki gibi bir uygulama kabul edilmemiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 45, 47, Kn. 45; Karara yönelik başka eleştiriler için bkz. Walter Sax, “Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre”, **JZ 1963**, s. 329). *Kienapfel*, her iki mahkeme kararını da kullanarak ikilik sistemi yerine tek faillik sisteminin uygulanmış olması halinde faillik ve şeriklik şekilleri arasındaki ayrıma hiçbir şekilde yer verilmeksizin bütüncül bir ceza belirlemesi yoluyla daha kolay bir sonuç elde edilebileceğini ifade etmiş (Kienapfel, **JuS 1974**, s. 3), subjektif teori üzerinden genel bir yorum yaparak tek faillik sisteminin ikilik sistemi karşısındaki üstünlüğünü ortaya koymaya çalışmıştır.

Bu teori esas alınsa bile faillik için teori nezdinde benimsenen kriterlerin içerikleri oldukça belirsizdir. Diğer bir ifadeyle teori kapsamında yer alan “yararın derecesi” ve “iradeye tabi olma” gibi içsel durumlara işaret eden sübjektif kriterlerin içeriklerinin belirlenmesi oldukça zordur. Nitekim kişinin fiili kendisi olarak mı yoksa başkası olarak mı istediği sorusunun mahkeme kararlarında sık sık belirli kriterlere yer verilmeksizin<sup>80</sup> tamamen varsayımsal cezaya layık olma ve tehlikelilik oranına göre belirlenmesi sonucuna yol açtığı, bu kriterlerin özellikle de müşterek faillik ve dolaylı faillik bakımından sorun teşkil edebileceği belirtilmektedir<sup>81</sup>. Ancak bu da düşünce ceza hukuku anlayışının esas alınması tehlikesini beraberinde getirecek, nihayetinde failin duygularının, hislerinin cezalandırılması şeklinde bir durum ortaya çıkacak, fail, azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılabilirlik kararı mutlak şekilde düşünceye göre belirlenecektir<sup>82</sup>. Dolayısıyla da faillik şeriklik ayrımında kullanılan bu kriterlerin bir hayli geniş kapsamda değerlendirme yapılması imkanı sunmuş olması, daha doğrusu kişinin takdirine bırakılan kısmın genişliği<sup>83</sup>, keyfi uygulamalara yol açacak, bu da hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan belirlilik ilkesine ve hukuk güvenliğine aykırı sonuçları beraberinde getirecektir<sup>84</sup>.

Kaldı ki bir an için bu kriterlerden hareket edilmiş olsa da yardım etmede bir başka kişinin kararına tabi olma, o kişi adına ve yararına hareket etme mümkün görünse bile azmettirme bakımından aynı imkandan söz edilemeyecektir. Nitekim özellikle de menfaat teorisinden hareket edildiğinde kiralık katil durumlarında oldukça sorunlu bir sonuca neden olduğu gözlemlenecektir<sup>85</sup>. Zira kiralık katili görevlendiren kişi, kendi menfaati ile hareket ettiğinden dolayı fiili bizzat gerçekleştirmemesine rağmen fail olarak sorumlu tutulurken fiili bizzat icra eden kişinin fiilin işlenmesinde kendi menfaati olmadığı için fail olarak sorumlu

<sup>80</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 75.

<sup>81</sup> v. Hippel, **Lb.**, s. 459; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 457; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 19; Aydın, **a.g.e.**, s. 60; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 47.

<sup>82</sup> Gallas, **Beiträge zur Verbrechenlehre**, s. 94; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 6; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 46.

<sup>83</sup> Herinrich, **AT**, Kn. 1205; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 IV 3.

<sup>84</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 33; Herinrich, **AT**, Kn. 1205; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, Kn. 515; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 44, 46; Özkan, **a.g.e.**, s. 18. Kaldı ki Krallık Mahkemesinin kararlarında da sübjektif ayrımın birçok durumda zorluk içerdiği vurgulanmıştır (v. Hippel, **Lb.**, s. 458).

<sup>85</sup> Herinrich, **AT**, Kn. 1205, dph. 54.

tutulamayacaktır. Bu noktada ortaya fiili bizzat icra eden kişinin fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı sorununun yanı sıra iki önemli sorun daha ortaya çıkmaktadır. Birincisi fiili icra eden kiralık katilin kendisini kiralayan kişiden mağdurun öldürülmesi karşılığında elde edeceği meblağın menfaat olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, nitelendirilecekse bu defa kendisinin de fail olarak kabul edilebileceği, bu durumda da görev verenle alan arasında ortak karar olduğundan dolayı müşterek faillik ilişkisine kadar gidilebilmesi ihtimalinin ortaya çıkması, böyle olmasa ve her iki kişi de müstakil fail olarak nitelendirilse bile subjektif öğretinin kabulüyle birlikte bir anda bağlılık kuralı ve kuraldan kaynaklı bütün sonuçların ortadan kalkmasının mevzu bahis olmasıdır. İkinci sorun ise kiralık katilin kendi menfaati için hareket ettiğinin kabul edilmemesi halinde bu tür bir olayda iradesinin nasıl tespit edilebileceği, yardım eden olarak mı yoksa azmettiren olarak mı sorumlu tutulacağı sorunudur. Zira bu öğretiye göre fail olarak sorumlu tutulmayan bir kimsenin doğrudan şerik olarak sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşılmamakta, bilakis şerik iradesine sahip ise şerik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

### **B. Dar Faillik Anlayışı**

Dar faillik anlayışı, tipiklik kapsamındaki hareketin ve keza failliğin kapsamının geniş yorumlanmaması, kapsamı belirgin olan bir faillik anlayışının ortaya konulmasıdır. Bu çerçevede dar faillik anlayışı esas alınarak suç tanımında yer alan hareket dar yorumlanmış, faillik alanının kapsamı daha dar olacak şekilde çizilmiştir.

Tam bu noktada faillik için gerekli olarak görülen hareket dışında bir davranış sergileyerek suçun işlenişine katkı sağlayan diğer suç ortaklarının nasıl sorumlu tutulacakları sorusu gündeme gelmiştir. İşte bu kişilerin cezasız kalmalarına engel olmak amacıyla kanun koyucunun takdirinin bir sonucu olarak kanunda şeriklik düzenlemelerine yer verilmiştir<sup>86</sup>. Nitekim bir an için şeriklik düzenlemelerinin

<sup>86</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 226; M. E. Mayer, **Lb.**, s. 388; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, 2004, s. 370; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 12. Baskı, Ankara 2016, s. 497; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 555; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 171. Öyle ki bazı durumlarda kanun koyucu, şerikliği faillik konumuna yükseltmiş, bu davranışları şeriklik hareketi olarak telakki etmemiştir. Nitekim fuhşa teşvik gibi suç tipleri bu tür suçlara örnek gösterilebilir (M. E. Mayer, **Lb.**, s. 388). Kaldı ki dar faillik anlayışından evvel değinilen geniş faillik anlayışına göre *Zimmerl*'in deyimıyla şeriklik

olmadığı düşünülürken ve yine dar faillik anlayışıyla hareket edildiğinde, faillik alanı dışında kalan ve fakat fiilin işlenişine katkı sağlayan kişilerin cezasız kalmaları şeklinde bir sonucun ortaya çıkması muhtemel olacaktır<sup>87</sup>. O halde dar faillik anlayışında şeriklik düzenlemeleri ihdas edilmek suretiyle esasında faillik alanı dışında kaldıkları için cezasız kalacak olan suç ortaklarının cezalandırılmalarına imkan tanınmakta, böylelikle de cezalandırılabilirlik alanı genişletilmektedir<sup>88</sup>.

Buradan hareketle dar faillik anlayışında şeriklik düzenlemelerinin, haksızlık teşkil eden bu fiillerin farklı oranlarda cezaya layık olmaları hasebiyle farklı ceza kapsamalarının öngörülmesinin sağlanması şeklinde bir işlevin yanı sıra<sup>89</sup> geniş faillik anlayışındaki tam aksine “cezalandırılabilirlik alanını genişletici” yahut da “tipikliği genişletici”<sup>90</sup> bir işlevi haiz olduğu kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Elbette şeriklik

---

bakımından ihdas edilen düzenlemeler gereksiz görülmekte veya en azından bu düzenlemelere olmazsa olmaz şekilde gerekli gözüyle bakılmamaktadır (Zimmerl, **ZStW 1929**, s. 40). Keza *Mezger*, nedensel anlamda eş değerliliğin hukuk anlamda eş değerlilikle aynı olmamasına dayandığına dikkate çekmiş, faillik türü katkılarla şeriklik türü katkılarının birbirinden ayrılmasının sadece pozitif hukuku esas alan bir bakış açısına göre yerine getirilebilir olduğuna işaret etmiş, bu noktada *M.E. Mayer* tarafından vurgulanan *şeriklik kavramının bütünüyle kanunun bir ürünü olduğu* ifadesine atıf yapmıştır (Mezger, **Strafrecht**, s. 414).

<sup>87</sup> Zimmerl, **ZStW 1929**, s. 45; Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 435; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 168; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 430; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 551; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 630; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014, s. 1120; Aydın, **a.g.e.**, s. 51, 52.

<sup>88</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 227; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 497; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 431; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 552; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 690, 697; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 486; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1124; Aydın, **a.g.e.**, s. 52; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 171.

<sup>89</sup> Zimmerl, **ZStW 1929**, s. 45, 46; Ancak bu durumun bu iştirak türlerinin faillikle eşit şekilde cezalandırılmasının önüne geçmeyeceği, nitekim azmettirme ile failin eş değer cezaya layık görüldüğü de ifade edilmelidir (Zimmerl, **ZStW 1933**, s. 576, 577). Hatta dar faillik anlayışı ikilik sistemine daha yakın durmasına rağmen farklı iştirak şekillerine ceza kapsamının belirlenmesinde bir önem atfedilmemesi durumunda bu anlayışın da ilkesel olarak tek faillik sistemiyle de uyuşabilir durumda olduğu belirtilmektedir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 4). Ancak her halükarda ceza kapsamı nasıl belirlenmiş olursa olsun tüm bu durumlar dikkate alındığında dar faillik anlayışının benimsendiği bir sistem içerisinde bu tür katkılarının cezalandırılmasını sağlayan düzenlemelerin ihdas edilmesi, cezalandırılabilirlikteki boşlukların ortadan kaldırılması için zorunludur. Yani geniş faillik anlayışı, şeriklik türleri olmaksızın tek faillik sistemi ile varlığını sürdürebilecekken, hatta bu anlayış kural olarak varlığını bu şekilde ortaya çıkaracakken dar faillik anlayışında şeriklik türlerinin tanımlanması bir zorunluluk arz edecek, şerikliğin öngörülmediği bir dar faillik anlayışı düşünülemezdir (Zimmerl, **ZStW 1933**, s. 577).

<sup>90</sup> Bu ifade, *Zimmerl* ve *Roeder*'e ait olup tipikliğin kapsamının genişlemesinden dolayı kullanılmıştır (Zimmerl, **ZStW 1929**, s. 45; Roeder, **ZStW 1957**, s. 226). Bu ifade, Türk hukukunda da bazı görüşler tarafından ileri sürülmüştür. Bunun için bkz. Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 435; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 552. Bu ifadenin ne derece yerinde olduğu değerlendirmeye muhtaçtır. Öyle ki şeriklik hükümleriyle birlikte azmettirme ve yardım etme

düzenlemelerinin bu işlevi haiz olmasında düzenlemelerin bütün suç tipleri üzerinde uygulanabilirliğini sağlayacak şekilde kanunun genel hükümler kapsamında ihdas edilmesi etkili olmuştur. Böylelikle bu şeriklik türleri, bütün suç tipleri bakımından uygulanabilir hale gelmiş, herhangi bir suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik destekleme veya neden olma da cezalandırılabilir hale getirilmiştir<sup>92</sup>.

Günümüze kadar faillik-şeriklik ayrımına ilişkin olarak ileri sürülen teorilerden şekli-objektif teorisini ve maddi-objektif teori kapsamında fiil hakimiyeti teorisini benimseyen yazarların dar faillik anlayışını esas aldıkları belirtilebilir<sup>93</sup>. Buna göre şekli-objektif teorinin bazı sorunlara çözüm bulmaktan da öte yeni sorunlara neden olması, bazı yazarları yeni arayışlara sevk etmiş ve nihayet evvela hareketin gai olduğu ortaya konulmuş, bu hareket öğretisi üzerinden de faillik öğretisi geliştirilmiş ve faillik için fiil hakimiyeti kriteri esas alınmaya başlanmıştır. Bu kapsamda fiil hakimiyeti teorisinin de geniş faillik anlayışından değil, yine dar faillik anlayışından

---

hareketlerinin de cezalandırılabilir hale gelmiş olmasının tipikliğin alanını genişlettiğinin iddia edilmesi, azmettirme ve yardım etme hareketlerinin de suç tipleri kapsamındaki harekete karşılık geldiği ve bu iştirak türlerinin de faillik olduğu gibi bir anlam ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Bu bakımdan şeriklik düzenlemelerinin tipikliği değil, cezalandırılabilirliği genişleten hükümler olduğu ifadesi daha doğru olacaktır. Aynı şekilde kanunda bir faillik tanımlamasının yapılması ve failliğin sınırlarının belirlenmesi, bu tanım dışında kalan davranışların faillik dışına itilmesi, suç tanımındaki tipikliğin sınırlarını genişletici değil, bilakis daraltıcı bir etki gösterecektir.

<sup>91</sup> M. E Mayer, **Lb.**, s. 388; Zimmerl, **ZStW 1929**, s. 45; Arthur Wegner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1951, s. 234; Roeder, **ZStW 1957**, s. 226; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 448; Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 440, 446; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 370; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 4. Bu noktada *Wegner*, bu konudaki değerlendirmelerini abartarak ilginç bir şekilde müşterek faillik üzerindeki tanımlamanın da tıpkı şeriklik gibi cezalandırılabilirliği genişletici bir etkisinin bulunduğunu ifade etmiştir (Wegner, s. 234).

<sup>92</sup> M.E. Mayer, **Lb.**, s. 374, 375; Wegner, **AT**, s. 234; Zimmerl, **ZStW 1929**, s. 45, 46.

<sup>93</sup> Bu noktada *Zimmerl*'in kasıtlı suçlar bakımından dar faillik anlayışından da hareket etmiş olmasından anlaşılacağı üzere öğreti genel olarak dar faillik anlayışının bir yansıması olarak görülmüştür (Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 9, 11; Heinrich, **AT**, Kn. 1204; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 36). Buna rağmen *Mezger*, ilginç bir şekilde kanuni düzenlemede yer alan tanımdan hareket etmesi ve şekli-objektifeye dayanmasına rağmen geniş faillik anlayışından yola çıkmıştır. Nitekim *Mezger*, açıkça temelde şekli-objektif teorisinin yerinde olduğunu ifade etmiş, tek başına pozitif hukukla uyumlu olduğuna dikkat çekmiş, ayrımın şekli-objektif teori ile yapılmasının zorunlu olduğuna işaret etmiştir (Mezger, **Strafrecht**, 3. Auflage, s. 444; Benzer gerekçelendirme, *M.E. Mayer*'de de görülebilir. Bkz. M. E Mayer, **Lb.**, s. 380). Böylelikle nedensellik öğretisinin gerekli ayrımın yapılması bakımından elverişli olmadığını belirten *Mezger*, nedensellikten hareket edildiğinde neticenin her bir koşulu arasında herhangi bir ayrımın bulunmayacağını, bu ayrımın bilakis sadece hukuki değer değer kavramının elde bulundurulması ile yapılabilir olduğunu vurgulamış (Mezger, **Strafrecht**, 3. Auflage, s. 444), bu suretle sırf kanuni düzenleme dolayısıyla benimsemek durumunda kaldığı şekli-objektif teori üzerinde tamamlayıcı bir ölçüt geliştirmiştir.

hareket ettiği ifade edilebilir<sup>94</sup>. Fiil hakimiyeti teorisinin zaman içerisinde üstünlük kazanmaya başlamasıyla birlikte subjektif teori geliştirilmiş ve objektif kriterlerle daraltılmış, bu suretle normatif kombinasyon teorisi adıyla sınırlandırılmış subjektif teori şekillenmiştir. Bu bakımdan sınırlandırılmış subjektif teori de dar faillik anlayışını esas alan teoriler arasında gösterilebilir.

## 1. Sınırlanmış Subjektif Teori: Normatif Kombinasyon Teorisi

### a. Teorinin Esası

Teori, faillik-şeriklik ayrımında subjektif kriterlerin kullanılmasının sürdürülmesi ve fakat bu kriterlerin fiile yönelik bütüncül bakış açısıyla bir değerlendirme yapılması suretiyle objektifleştirilmesine dayanmaktadır<sup>95</sup>. Daha açık bir ifadeyle suça iştirak eden kişinin fiile yönelik daha dar kapsamda bir ilişkiye sahip olmak isteyip istemediği, kendi düşüncesindeki bütün durumlara göre değerlendirici bir bakış açısıyla ortaya konulmaktadır. Bu tespit için fiilin neticesine ilişkin kişinin kendi yararının derecesinin ve fiile iştirakin kapsamının yanı sıra fiil

<sup>94</sup> Bu kapsamda üzerinde durulması gereken husus, öğretilerde bazı görüş sahiplerinin dar faillik anlayışı denildiğinde doğrudan şekli-objektif teoriyi anlamaları, fiili hakimiyet öğretisini görmezden gelmeleridir. Öyle ki söz gelimi *Roeder*, dar fail anlayışının savunurlarının faili, fiili doğrudan icra eden kişi olarak tanımladıklarına işaret etmiş, yukarıda da belirttiğimiz üzere final hareket öğretisinden hareket eden fiili hakimiyet öğretisini görmezden gelmiştir (*Roeder, ZStW 1957*, s. 227). Bu noktada kanaatimiz, dar faillik anlayışının sadece şekli-objektif öğreti bakımından esas alınmadığı, bunun yanında sınırlandırılmış subjektif öğreti ve fiili hakimiyet öğretisinde de benimsenmiş olduğu yönündedir. Nitekim doktrinde de bu yönde görüşlerin varlığına rastlanmaktadır (*Maurach/Gössel/Zipf, AT II*, § 47 Kn. 85). Hiç şüphesiz ki benimsemiş olduğumuz bu görüşe yönelik olarak bilhassa sınırlandırılmış subjektif öğretinin dar faillik anlayışını benimseyip benimsemediği noktasında birtakım eleştiriler ileri sürülebilir. Yani bu öğretilerin her birinin dar faillik anlayışı kapsamında bulunup bulunmadığı hususu üzerine bir tartışma yapılabilir. Ancak öyle ya da böyle dar faillik anlayışı, şekli-objektif öğretilerden ibaret değildir. Buna rağmen Türk doktrininde de dar faillik anlayışının doğrudan şekli-objektif öğretilere karşılık geldiğine dair bir görüş ileri sürülmüştür ki (*Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 62) bu, şüpheyle yaklaşılacak bir görüştür. Nitekim şekli-objektif öğretinin dar faillik anlayışı kapsamında yer aldığı herhangi bir tereddüt bulunmasa da fiili hakimiyet öğretisinin niçin dar faillik anlayışı kapsamında telakki edilemeyeceği de izaha muhtaç olacaktır. Bu noktada önem arz eden husus, dar faillik anlayışının sadece fiili icra eden kişinin fail olarak telakki edilmesi olmadığını bir hareket noktası olarak kabul edilmesidir. Kaldı ki fiili hakimiyet öğretisinin esas alındığı mevcut ceza kanununda da şeriklik düzenlemelerinin cezalandırılabilirliği genişletici bir işlev gördüğü rahatlıkla tespit edilebilir ki tek başına bu da fiili hakimiyet öğretisinin dar faillik anlayışı kapsamında anlaşılabilirliğini ortaya koyabilecektir.

<sup>95</sup> Kühl, *AT*, § 20 Rn. 31; Murmann, *GrundK Strafr*, § 27 Rn. 10.



hakimiyeti veya en azından fiil hakimiyetine yönelik iradesi önemli bir kriter olarak göz önünde bulundurulmaktadır<sup>96</sup>.

Dolayısıyla *Mezger*'in karma subjektif-objektif iştirak öğretisinin bir gelişimi olarak ortaya çıkan bu teori<sup>97</sup>, bir anlamda kast teorisinin iyileştirilmiş ve modernize edilmiş bir şekli olarak nitelendirilmektedir<sup>98</sup> -ki bu şekilde bir kabulde subjektif çıkış noktası, sadece terminolojik bir anlam ifade edebilecektir<sup>99</sup>-. Bu açıdan geniş subjektif öğretilerdeki gibi sadece belirtilerin anlamından hareket etmenin failliğin tespiti bakımından yeterli olmayacağı, bu nedenle de olayların esasının bütün koşulları dikkate alınarak değerlendirme yapılması için farklı objektif ve subjektif kriterlere başvurulması gerektiği kabulünden hareket edilmiştir. Böylelikle de objektif niteliği haiz fiil hakimiyeti teorisinin subjektif kıstaslar üzerinde bir sınırlandırma ölçütü olarak kullanılması yoluna gidilmiştir<sup>100</sup> -ki bu bakımdan da teori, sınırlandırılmış subjektif öğreti ya da “normatif kombinasyon teorisi” olarak nitelendirilmektedir-.

Teori, 20. yüzyılın ilk yarısında haksızlık telakkisi ve kusur anlayışında söz konusu olan gelişmelerin failliğin tespitinde fiil hakimiyeti teorisinin ilerlemesini tetiklemesi ve bu teorinin zaman içerisinde daha fazla taraftar bulmaya başlamasıyla birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından esas alınmaya başlanmıştır. Subjektif öğretinin kendisinin en derin haliyle hissettirdiği “*Banyo küveti*” ve “*Staschynskij*” kararlarını veren Mahkeme, 1955 yılında verdiği bir kararda “fiile yönelik irade” kıstası yerine ilk kez “fiil hakimiyetine yönelik kişinin kendi iradesi” kriterini dikkati nazara almış<sup>101</sup>, böylelikle de subjektif teorinin normatif bir şekilde

<sup>96</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 78; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, Rn. 516; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Rn. 11.

<sup>97</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 78.

<sup>98</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 25 Rn. 8.

<sup>99</sup> BGH'nın günümüzde uyguladığı subjektif öğretiye yönelik eleştiriler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Rn. 34.

<sup>100</sup> Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Rn. 6; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 55.

<sup>101</sup> BGHSt 8, 70, 73 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 53): BGH'nın kararında kendisi ile dost olan F'nin, eşi E ile sürekli geçimsiz bir hayat sürmesinden dolayı sanık A'dan E'nin öldürülmesi konusunda ısrarlarda bulunduğu ve bunun üzerine F ile A arasında bir öldürme planının konuşulup hazırlandığı olayda F'nin işareti ile A, komşu köyün ortak yolunda kuytu bir yerde habersiz olan E'nin üzerine atlayıp kafasına balta ile vurur ve yere yıkılmış olan E'yi başka bir yere götürür. F'nin talebi üzerine A, E ölene kadar balta ile E'ye vurmaya devam eder. Geniş subjektif teorisinin esas alınması halinde olayda A, F'nin öldürme suçuna yalnızca yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir. Zira E'nin öldürülmesi bakımından A'nın kendi yararı

uygulanmasını sağlamış, bir anlamda teorinin içeriğini fiil hakimiyeti teorisine yaklaştırmıştır.

Nitekim günümüzde Alman Federal Yüksek Mahkemesi, fail iradesi bakımından ilgili kişinin fiil esnasında ve fiilden sonraki hareketlerini objektif kriter olarak kabul etmiş, bu anlamda özellikle de fiilin hazırlanması ve planlanması üzerindeki etkisini<sup>102</sup>, fiili bizzat kendi elleriyle işlemesi<sup>103</sup>, fiile yönelik katkısının türüne ve ağırlığına göre fiil hakimiyeti hususları çerçevesinde olayların gerçekleşme süreci üzerinde birlikte hakimiyetinin bulunup bulunmadığını ve varsa ne ölçüde olduğunu dikkate almıştır<sup>104</sup>. Bunun yanında mahkeme, sübjektif olarak kişinin netice üzerinde kendi yararını esas alarak faillik iradesinin tespit edilebileceğine işaret etmiştir. Bu noktada Mahkeme, failin iradesini artık manevi, ruhsal bir durum olarak değil, içsel bir gerçeklik olarak ele almış, daha doğrusu bu iradeyi tüm durumların temeli üzerinde bir değerlendirme ölçütü olarak ortaya koymak istemiş, bunun tespiti bakımından da suça katılan kişilerin olayların gerçekleşme süreci üzerinde ne derece birlikte hakim oldukları, bu suretle fiilin neticesi ile olayın esas olarak ne derece kişinin iradesine bağlı olduğu çıkış noktası olmuştur<sup>105</sup>. Böylelikle fiil hakimiyetinin kendisi olmasa bile kişinin fiil hakimiyetine yönelik iradesi de tek başına yeterli kabul edilmekte, kişinin fail olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>106</sup>.

### **b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler**

Teori, fiile yönelik iradenin artık içsel bir durum olarak görülmemesi, her bir katılımcının ne istediğinin artık sübjektif ve objektif kriterler ortak şekilde dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması suretiyle belirlenmesi suretiyle aşırı sübjektif teoriye karşı üstün konuma gelmişse de kural olarak nedensel suç öğretisi tarafından

---

bulunmayıp bu şekilde hareket etmesindeki esas neden F'ya karşı olan yüksek sevgisi ve merhameti, yani F'nin yararadır. Ancak Ağır Ceza Mahkemesinin "Banyo Küveti Olayı"nda uygulanan ilkelerden ayrılarak A'yı kasten öldürme suçunun faili olarak sorumlu tutmaya yönelik kararı BGH tarafından onaylanmıştır - BGHSt 8, 393. (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 54; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 21).

<sup>102</sup> NSTZ 1993, s. 137 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 55).

<sup>103</sup> BGH NSTZ 1993, s. 138 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 55).

<sup>104</sup> BGHSt 34, 125; 36, 367 (Kühl, **AT**, § 20 Rn. 31); BGH NSTZ 1998, s. 507 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 55).

<sup>105</sup> BGHSt 37, 297; BGH NSTZ 1994, s. 92 (**SK-Hoyer**, § 25 Rn. 6); BGH JR 1955, s. 304 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 53); BGHSt 34, 125; 36, 367 (Kühl, **AT**, § 20 Rn. 31).

<sup>106</sup> BGHSt 37, 289 (Krey/Esser, **AT**, Rn. 816).

belirlenen tüm katkıların eş değeri olduğu yönündeki çıkış noktasını ortadan kaldırmamış olması bakımından eleştirilmektedir<sup>107</sup>.

Her ne kadar bu yöndeki eleştirilere cevap verebilmek adına öğreti objektif kriterlerle zenginleştirilmiş olsa da<sup>108</sup>, bu teori kapsamında farklı objektif ve sübjektif kriterlerin birbiri ile olan ilişkisinin açıklanamaz olduğu, kriterlerin farklı yönleri sahip olmaları halinde her daim hangi kriterin üstünlük kazanacağı yönünde bir sorunun ortaya çıkacağı vurgulanmıştır<sup>109</sup>. Böylelikle ortaya çıkan bu belirsizlikle birlikte tüm koşulların değerlendirici bütüncül bakış açısıyla ele alınması, hakim in adalet duygusu bakımından üzerinde inceleme yapılamaz durumda olan kararına teslim edilmiş olması anlamına gelecektir ki, bunun da hiçbir şekilde hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kanunilik ilkesine uygun düşmeyeceği ifade edilmiştir<sup>110</sup>. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi, dolaylı failliğin gerekçelendirilmesi için daha ziyade fiil hakimiyetine dayanırken müşterek faillik bakımından yarar teorisinin eskisi gibi geniş anlamına dayanmakta olduğuna vurgu yapılmakta ve iki eğilimin de birbiriyle uyuşmadığına dikkat çekilmektedir<sup>111</sup>.

Öyle ki Mahkemenin her bir olayda hangi sonuca yöneleceğinin zor tahmin edilebilir olduğuna işaret edilmiş, bunun da sebebinin Mahkemenin normatif kombinasyon teorisinden hareket ederek bireysel adaleti sağlamaya yönelik çaba sarf etmesinden kaynaklandığı, bunu yaparken de çekingen davrandığı hususlarının altı çizilmiştir<sup>112</sup>. O kadar ki bazı kararlarda fiile ilişkin olayların önemli aşamasında fiile ilişkin menfaati olan kişinin etkisine, otoritesine müdahale edilmesi, adeta el konulması halinde (müşterek) faillik reddedilirken başka kararlarda fiilin işleniş süreci üzerinde böylesi bir hakimiyeti sağlayıcı etkinin bulunmadığı hallerde fiilin neticesine yönelik olarak suça iştirak edenin şahsi menfaatinde de faillik kabul edilmektedir<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 82.

<sup>108</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 57.

<sup>109</sup> Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Rn. 9.

<sup>110</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 82; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Rn. 13; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Rn. 30; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Rn. 9; Johannsen, **a.g.e.**, s. 51; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 58.

<sup>111</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 58; Eleştiri için bkz. Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 30.

<sup>112</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 56.

<sup>113</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 35.

## 2. Şekli-Objektif Teori

### a. Teorinin Esası

Bu teoriye göre fail, sadece suç tipi kapsamında tanımlanan hareketi bizzat gerçekleştiren kişi olup hareketi gerçekleştiren kişi dışında suçun işlenişine katkı sağlayan diğer suç ortakları faillik kapsamında görülmemektedir<sup>114</sup>.

İlk defa *Birkmeyer* tarafından isimlendirilmiş olan bu teori, önemli görüş sahipleri başta olmak üzere birçok yazar tarafından savunulmaya başlanmış<sup>115</sup>, 20. yüzyılın ilk 30 yılında da ceza hukuku doktrininde varlığını hissettirmiştir<sup>116</sup>.

Teorinin objektif olarak nitelendirilmesinin sebebi, teori kapsamında neticeye yol açan her bir koşul arasında hareket edenlerin irade veya içsel iradi yönelimlerinin, menfaatlerinin dikkate alınmaması, sadece dışsal faktörlerin göz

<sup>114</sup> Zimmerl, **ZStW 1933**, s. 576, 577. Hatta *Zimmerl*, icra hareketlerinin gerçekleştirilmesine o denli büyük bir önem atfetmiştir ki doğrudan icra hareketlerinin neticeye diğer katkısız nedenlere göre daha yakın olduğuna, bu nedenle de icra hareketlerinin genel tehlikeliliğinin başka katkılarının genel tehlikeliliğine karşı daha önemli olduğuna, dolayısıyla da doğrudan icra hareketlerinin genel itibariyle başka iştirak türleri karşısında daha ağır bir haksızlık teşkil ettiğinin ifade edilebileceğine vurgu yapmıştır (Zimmerl, **ZStW 1933**, s. 580).

<sup>115</sup> Suçun işlenişine katkı sağlayarak iştirak eden herkesi birer neden olarak gören, ancak bu nedenleri eş değer olarak addeden eş değerlilik teorisinin bu kabulünü yerinde görmeyerek koşullar arasında bir ayırım yapılması gerekliliğinden hareket eden ve bu nedenle de suça katılan kişilerin kendi aralarında kategorize edilmesine önem veren *Pufendorf*'tan etkilenen *Böhmer* şeriklik öğretisinde yeni bir yol ortaya koymuş ve faillik ile şerikliğin şekli-objektif tanımına dair fikirler ileriye sürmüştür. *Böhmer*, maddi neden olma kapsamında kişinin hareketi doğrudan kendi eliyle icra etmiş olması gerektiğine değinmiş, dolayısıyla da *Böhmer*'in bu öğretinin temellerini inşa ettiği kabul edilmiştir (Poppe, **a.g.e.**, s. 89, 90). *Böhmer*'den sonra teori, bilhassa 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda yer alan ve açıkça icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin fail olduğu şeklindeki faillik tanımının bizi kendisinden kaynaklı olarak 19. yüzyılın özellikle de son on yılında *Beling* (Ernst Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, Scientia Verlag Aalen, Tübingen 1906, § 54 V III 2), *Max Ernst Mayer* (M. E Mayer, **Lb.**, s. 380) gibi yazarlar tarafından da savunulmuştur.

<sup>116</sup> Leonidas Georgios Kotsalis, **Die Mittelbare Taterschaft und deren Agrenzung von der Anstiftung unter Besonderer Berücksichtigung der Akzessorietat der Teilnahme**, Tübingen 1975, s. 1; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 458; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 58; Johannsen, **a.g.e.**, s. 19; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 24; Poppe, **a.g.e.**, s. 220; Özkan, **a.g.e.**, s. 18. Nitekim o dönem etkili olan *Dreyer*, (**Die akzessorische Teilnahme**, s. 20), *Frank* (Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, 1931, § 47 II), *Zimmerl* ("Taterschaft, Teilnahme, Mitwirkung", **ZStW 1933**, s. 575-590), *v. Hippel* (Deutsches Strafrecht II, 1930, s. 453), *Wegner* (Strafrecht AT, 1951, s. 249), *Mezger* (**Strafrecht**, 2. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1933, s. 444) ve *v. Liszt* (Franz v. Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 21. und 22. Auflage, de Gruyter, Berlin und Leipzig 1919, s. 211) gibi birçok yazarın da bu teoriyi kabul ettikleri, aynı şekilde Alman Ceza Kanunu için hazırlanan tasarılar arasında her ne kadar 1911/13 tarihli ceza hukuku komisyonunda sübjektif öğreti etkili olmuş olsa da (*v. Hippel*, **a.g.e.**, s. 479) yeniden gerek 1915 ve 1925 gerek 1933 ve 1951 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarılarında bu teorik kabulden hareket edildiğine dikkat çekilmektedir (*v. Hippel*, **a.g.e.**, s. 480). Öğretinin günümüzdeki temsilcisi için bkz. *Freund*, **AT**, § 10 Kn. 35.

önünde bulundurulmasıdır<sup>117</sup>. Şekli olarak kabul edilmesinin sebebi ise objektif ayırım yapılırken özel hükümlerde yer alan suç tiplerine başvurulması ve ayırımın tamamen bu suç tipleri ile bu suç tiplerinde tanımlanan harekete göre tespit edilmesidir<sup>118</sup>.

Bazı olaylar bakımından teorinin esas aldığı görüşün uygulanması durumunda failin kim olduğunun tespitinin oldukça kolay ve anlaşılabilir olduğu ifade edilmektedir. Nitekim mağdurun göğsüne bıçağı saplayan kişinin fail olduğunun tespitinin zor olmadığı, keza kasanın zorla açılması sonrasında değerli eşyaları toplayıp olay yerinden kaçan kişinin ya da bir davada yalan yere yemin eden tanığın dışardan bakıldığında olayların gelişiminin merkezi noktasında buldukları, tarafsız bir gözlemci gözüyle bakıldığında bu kişilerin davranış tarzlarının diğer suç ortaklarından anlaşılabilir bir şekilde farklılık göstermesi nedeniyle kolaylıkla anlaşılabilirliği belirtilmektedir<sup>119</sup>. Bu anlamda sübjektif öğretinin beraberinde getirdiği tipikliğin sınırlarının belirsiz hale gelmesi karşısında bu teori, bu belirsizliğin önüne geçme adına sıkı şekilcilik yaparak belirlilik ilkesinin bir güvencesi olarak nitelendirilmiştir<sup>120</sup>.

Buna karşılık çoğu durumda kelimelerin günlük hayatta kullanılan karşılıklarından hareket edilerek sadece objektif faktörleri dikkate alan bu teoriyle bazı hususların izahında zorlukların ortaya çıktığına dikkat çekilmiştir. Bu nedenle de teorinin finalist anlayışın da güçlenmesiyle birlikte önemini kaybettiği ifade edilebilir<sup>121</sup>. Zaten aşağıda yer verildiği üzere teoriye yöneltilmiş olan eleştirilerin

<sup>117</sup> Dreyer, **a.g.e.**, s. 12; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 433. Öztürk/Erdem, biçimsel objektif teori olarak isimlendirmiştir. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 690.

<sup>118</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 35; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 24; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 433. Öğretiyi “biçimsel” objektif teori olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır (Aydın, **a.g.e.**, s. 60).

<sup>119</sup> Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, De Gruyter, 9. Auflage, Berlin 2015, s. 35; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 692.

<sup>120</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 62; Heinrich, **AT**, Kn. 1204. Nitekim *Freund*, halen suç tipinde yerinde alan hareketin tamamen şekli-objektif teori ile maddi şekilde tanımlanmasında da esasa uygun sonuçlar elde edildiğini ve hatta temelde bu sonuçların “kanunsuz ceza olmaz” ilkesi ile de uyumlu hale geldiğinin altını çizmiştir (Freund, **AT**, § 10 Kn. 36).

<sup>121</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 50.

birçoğunun kanuni düzenlemelerdeki ifadelerin sadece günlük hayattaki karşılığının esas alınmış olmasından kaynaklandığı rahatlıkla belirtilebilir<sup>122</sup>.

### **b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler**

Teoriye yöneltilen ilk eleştiri, teori kapsamında icra hareketlerinin esas alınması nedeniyle kanuni suç tipinde hiçbir zaman tipik hareketlerinin tanımlanmadığı, sadece neticenin belirtildiği serbest hareketli suçlarda bazı zorlukların ortaya çıktığı şeklindedir<sup>123</sup>. Nitekim bu suçlarda hareketin icrasından ne anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkacak, buna göre bir başka kişiyi mağduru öldürmeye kasıtlı olarak sevk edici hareketlerin yahut da kişinin bizzat kendisinin mağdura yönelik olarak yalnızca bir defa ölümcül şekilde ateş etmesinin öldürme suçu kapsamında hareketin icrası olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği şeklinde bir soru gündeme gelecektir<sup>124</sup>.

Teoriye yöneltilen diğer bir eleştiri, teori kapsamında kanuni tanımdaki ifadelere sıkı sıkıya bağlılığın, dolaylı faillik ve müşterek faillik kurumları açısından da sorunlara neden olmasına yöneliktir. Nitekim iştirak türleri arasındaki ayrımın faillik için esas alınan “icra hareketlerinin yerine getirilmesi” şeklindeki koşulla birlikte izah edilebilir olmadığı ileri sürülmüştür<sup>125</sup>. Bu kapsamda öncelikle tipiklik altında yer alan hareketi hiçbir zaman bizatihi kendisi gerçekleştirmeyen dolaylı failin gerçekleştirdiği hareket, hiçbir zaman tipiklik kapsamında tanımlanan harekete uygun olmayacağından arka plandaki kişinin failliğinden bahsedilemeyecek, bu anlamda dolaylı failliğin izahında sıkıntılar ortaya çıkacaktır<sup>126</sup>. Keza suçun

<sup>122</sup> Lange, **Der moderne Tatbegriff**, s. 15.

<sup>123</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 62; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 51; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 37; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 81.

<sup>124</sup> Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat**, 6. Auflage, Vahlen, Köln-Berlin-München 2011, 12/4. Daha açık bir ifadeyle faillik ve şeriklik ayrımı için hareketin haksızlığının zorunlu olan tanımlamasının bulunmadığı eleştirisi getirilmiş (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 81), bu bağlamda bu tür suçlarda şekli-objektif teoriden yola çıkılarak bir karar verilebilmesinin mantıksal olarak pek de mümkün olmadığı ifade edilmiştir (Kotsalis, **a.g.e.**, s. 11).

<sup>125</sup> Lange, **Der moderne Tatbegriff**, s. 15; Roeder, **ZStW 1957**, s. 227; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 62; Heinrich, **AT**, Kn. 1204; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 51; Baumann, **AT**, 1975, § 36 I 3, s. 552; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 37; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 24; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**, 12/4; Özkan, **a.g.e.**, s. 19.

<sup>126</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 62; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 51; Poppe, **a.g.e.**, s. 222; Baunack, **a.g.e.**, s. 21; Johannsen, **a.g.e.**, s. 19; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 82; Öztürk/Erdem **a.g.e.**, Kn. 692; Mustafa Ruhan Erdem, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı” **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, S. 5, s. 205. Bu kabulde bir başka

işlenmesinde failer arasında işbölümünün söz konusu olduğu müşterek faillik bakımından da failerin her birinin tipiklik kapsamında tanımlanan hareketi bizzat yerine getirmiş olmamaları da bu öğreti bakımından sorun teşkil etmektedir<sup>127</sup>. Buna göre failliğin kapsamını bu şekilde oldukça daraltan bu öğretinin bir an için kabul edilmiş olması ihtimalinde müşterek failliğe ve dolaylı failliğe ilişkin düzenlemeler de şeriklik düzenlemeleri gibi cezalandırılabilirliği genişleten hükümler olarak telakki edilecektir<sup>128</sup>.

---

kimseyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin suçun icra hareketlerini icra ettiğinden söz edilemeyecek, bu da kendisinin fail olarak sorumlu tutulamaması anlamına gelecektir. Böyle bir durumda arka plandaki kişinin işlenen fiil nedeniyle sorumsuz kalması şeklinde bir tehlike ortaya çıkacaktır. İşte bu tehlikenin defedilmesi için de normalde dolaylı fail konumunda olması gereken bir kimsenin azmettiren olarak sorumlu tutulması sonuca varılacak, bu da azmettirme kurumunun kapsamının genişlemesini beraberinde getirecektir (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 63); Nitekim *Zimmerl*, dar faillik anlayışında failin sadece icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin olabileceğinden hareketle icra hareketlerini gerçekleştirilmeyen bir kimsenin fail olmasının mümkün olmadığını ifade etmiş, bu suretle dolaylı failliği reddetmiş, fiilin icra hareketlerini gerçekleştirilmeyen, arka plandaki kişinin sadece şeriklik düzenlemelerinden hareketle cezalandırılabilirliğini belirtmiştir (Zimmerl, **ZStW 1933**, s. 583).

<sup>127</sup> Lange, **Der moderne Tatbegriff**, s. 16; **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 62; Krey/Esser, **AT**, Kn. 826; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 51; Johannsen, **a.g.e.**, s. 19; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 82; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 433; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 639; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 692; Özkan, **a.g.e.**, s. 19, 20. Öyle ki bu öğretiye göre birlikte hırsızlık suçunu işlemeye karar veren A, B ve C'nin aralarında yaptıkları iş bölümü gereğince C'nin dışarda gözcülük yapması, A ile B'nin ise eve girerek malları alıp evden ayrılmaları halinde hırsızlık suçunun kanuni tanımında yer alan "taşınır malın bulunduğu yerden alınması" hareketini sadece A ile B gerçekleştirdiklerinden her ikisi de müşterek fail olarak kabul edileceklerden sadece gözcülük yapan, bu nedenle de kanuni tanımdaki harekete uygun bir hareket gerçekleştirilmeyen, sadece bu hareketin işlenmesi için nedensel olan bir katkı sağlayan C ise yardım eden olarak kabul edilecektir (Baumann/Weber/Mitsch, § 29 Kn. 34). Bu noktada kendisi işlenen suçun itici gücü, adeta orkestra şefi olmasına rağmen sırf zamansal birlikteliğin eksikliği nedeniyle fiilin icra hareketlerine doğrudan iştirak edemediğinden salt yardım eden yahut da azmettiren olarak sorumlu tutulabilir olacağına işaret eden ve kendisi de sübjektif öğretinin bir savunucusu olan *Baumann/Weber/Mitsch*, suçun işlenmesi esnasında iş bölümünün tesadüflüğünü de izah etmekte zorlanacağına dikkat çekmiştir (Baumann, **AT**, § 36 I 3, s. 552; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 37). Nitekim öğretinin savunurlarından olan *v. Liszt*, *Baumann/Weber/Mitsch*'in bu iddiasını doğrular nitelikte bir görüş ileri sürmüş, A, B'yi tehdit ederken C'nin bu tehdide dayalı olarak B'den malı teslim alması durumunda A ile C'nin müşterek failliğinden söz edilebileceğini belirttikten sonra hırsızlık suçu işlenirken kapıda nöbet bekleyen bir kimsenin hiçbir şekilde müşterek olmayacağını, ancak yardım eden olabileceğini belirtmiş, buna gerekçe olarak da gözcülük yapmanın hırsızlık suçunun icra hareketlerinden olmadığını ifade etmiştir (*v. Liszt*, **Lb.**, 21. und 22. Auflage, s. 211). Bununla birlikte *M. E. Mayer*, öğretiye çok defa yöneltilen bu eleştirilere cevap vermek adına öğretinin esas itibarıyla "icra hareketlerinin bizzat yerine getirme" şeklindeki temel tezini "icra hareketlerini kısmen veya tamamen yerine getirme" şeklinde değiştirmiştir (*M. E. Mayer*, **Lb.**, s. 381). Ancak bu çabanın, icra hareketlerinin gerçekleştirilmesine hiçbir şekilde bizzat katılmayan ve fakat önemli derecede katkı sağlayan, fiilin işlenişine hakim konumunda olan bir kişinin fail sayılabilmesi için yeterli olmadığı açıktır.

<sup>128</sup> Rolf Dietrich Herzberg, "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", **JuS 1974**, s. 720.

Bu eleştirilere rağmen teoriyi savunan bazı yazarların<sup>129</sup>, dolaylı faillik kurumunu kabul ettikleri ve bu tür bir sorunu görmezden geldikleri dikkat çekmektedir. Hatta teorinin günümüzdeki savunucularından olan *Freund* tarafından bu eleştirinin haklılığı kabul edilerek bu eleştiriye yanıt bulmak adına suç tipi tanımlamaları ve dolaylı faillığe ilişkin kanuni tanım gözönünde bulundurulması suretiyle bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Buna göre *yazar*, Alm. CK'da dolaylı faillığe ilişkin suçun bir başka kişi vasıtasıyla işlenmesi şeklindeki tanımdan da hareketle “*Bir insanı kasten öldüren...*” yönündeki tanımların sadece doğrudan değil, dolaylı ihlal edici hareket türlerini de kapsamında bulundurduğunu belirtmiştir. Buna göre hukuki değerleri dolaylı da olsa ihlal edici şekilde hareket eden kişi, tipik icra hareketlerinin koşullarını kendi şahsında yerine getirir<sup>130</sup>. Her şeye rağmen *yazarın* bu argümanı, suçu kendisi veya bir başka kişi vasıtasıyla işleyen kişiyi fail olarak nitelendiren Alm.CK düzenlemesi karşısında tartışılabilir olsa da açıkça bir başka kişiyi araç olarak kullanan kişinin de fail olarak cezalandırılacağına belirtildiği TCK düzenlemesi (md. 37/2) dikkate alındığında pek karşılık bulmayacak, dolaylı faillik yine şekli-objektif teori ile yapılan bir yaklaşımla en azından Türk hukuku açısından izaha muhtaç kalacaktır<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Nitekim *M. E. Mayer*, suç tipinde yer alan tipikliği tek başına kendi hareketleriyle gerçekleştiren kişinin fail olduğunu belirttikten sonra (M. E Mayer, **Lb.**, s. 375) bir kişiyi araç olarak kullanan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğuna gidileceğini ifade etmiş (M. E Mayer, **Lb.**, s. 376), dolaylı failliğin doğrudan faile hukuken eş değer olduğuna yer vererek kişinin yaşı küçük bir kimseyi somut tehlikeye yol açacak şekilde yangın çıkarmaya yönlendirmesinin bu yangını bizzat kendi elleriyle çıkarmasından daha az veya başka bir anlam içermediğine yer vermiştir (M. E Mayer, **Lb.**, s. 376). Keza fiili icra eden, fiilin kanuni unsurlarını gerçekleştiren kişinin fail olduğunu belirten *Allfeld* de bir başka kişiyi bir başka kişiyi araç olarak kullanan kişinin de fail olabileceğine işaret etmiş, bu tür durumlarda dolaylı failliğin gündeme geleceğini belirtmiştir (Allfeld, **AT**, s. 215). Yine *v. Liszt*, bir başka kişinin araç olarak kullanılmak suretiyle icra hareketlerinin yerine getirilmesinden söz etmiş, bu suretle dolaylı failliği de sistem içerisinde meşrulaştırmaya çalışmıştır (v. Liszt, **Lb.**, 21. und 22. Auflage, s. 209).

<sup>130</sup> Freund, **AT**, § 10 Kn. 37.

<sup>131</sup> Kaldı ki *Freund*'un bu görüşlerinin bizatihi kendisine ait olmadığı, öğretinin eski savunularına bakıldığında *H. Mayer* tarafından da benzer söylemlerden hareket edildiği görülmektedir. Nitekim faillik için fiilin icrasından söz eden *H. Mayer*, özel hükümlerde yer alan suç tanımlarının suçun icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren kişinin yanı sıra başkası aracılığıyla gerçekleştiren kişiyi de kapsamında bulundurduğunu ifade etmiştir (H. Mayer, **AT**, s. 318). Bu noktada *Freund*'un öğretiye yönelik eleştirilere cevap vermek adına ileri sürdüğü görüşlerin daha evvel *H. Mayer* tarafından zaten ileri sürülmüş olduğu ve buna rağmen öğretinin varlığını sürdürmediği dikkat çekmekte, bu da *Freund*'un ileri sürdüğü görüşlerin çok da öğretinin modernize edilmesi anlamına gelmediği ve bilhassa fiili hakimiyet öğretisi karşısında pek de işe yaramayacağı izlenimini oluşturmaya fazlasıyla yetmektedir.



### 3. Maddi-Objektif Teorinin Geliştirilmiş Şekli Olarak Fiil Hakimiyeti Teorisi

#### a. Genel Olarak

Sübjektif teoriye karşı ileri sürülen şekli-objektif teori yukarıda yer verildiği üzere ortaya çıkan bazı sorunlar nedeniyle yeterli görülmemiş, bu da yine dar faillik anlayışı kapsamında başka arayışları beraberinde getirmiş<sup>132</sup>, bu anlayışlar maddi-objektif teoriler olarak şekillenerek yayılmıştır<sup>133</sup>.

Maddi-objektif teori kapsamında birçok farklı görüş ortaya çıkmıştır<sup>134</sup>. Bu kapsamda ileri sürülen görüşlerden “gereklilik görüşü” gereğince, fiile yönelik olarak gerçekleştirilmediği takdirde fiilin işlenmeyecek olduğu türde zorunlu bir katkı sağlayan herkes fail olarak addedilmektedir. “Eş zamanlılık görüşü” gereğince ise fiilin işlenmesi esnasında fiile katkı sağlayan herkes fail olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda ileri sürülen görüşlerden bir diğeri ise *Frank* tarafından savunulan “maddi ve manevi olarak ortaya konulan nedensellik” görüşüdür ki bu görüşe göre doğrudan maddi olarak neticeye neden olma failliği temellendirirken bir başka kişinin manevi durumu üzerinde nedensel bir katkıda bulunan kimse şerik olarak sorumlu tutulur<sup>135</sup>. Bunların dışında “objektif tehlikeliliği” esas alan görüş vardır ki yine bütün katkıları nedensel gören bu anlayışa göre fiile yönelik vazgeçilmez nitelikteki katkılar ve müşterek failliği ortaya çıkarırken diğer katkılar, şerikliği

<sup>132</sup> Reinhart Maurach, **Deutsche Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, 1958, § 49 II C 1 a; Murmann, **GrundK StraFR**, § 27 Kn. 8. Nitekim bu durum, gerek *Welzel*'in (*Welzel, ZStW 58 (1939)*, s. 542) gerek *Maurach*'ın (*Maurach, AT*, 2. Auflage, § 49 II C 1 a) gerekse de *Gallas*'ın (*Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre*, s. 80, 81, 86, 87) fiil hakimiyeti öğretisini temellendirirken eleştirilerinde şekli-objektif teoriden ziyade sübjektif öğretiyi hedef almış olmalarından da anlaşılmaktadır.

<sup>133</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 438; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 10; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 86.

<sup>134</sup> Belki de bu teorinin ilk izlerine *Birkmeyer*'in görüşlerinde rastlanabilir. Buna göre suçun neticesine sebebiyet veren bütün koşulların tam anlamıyla eş değer olmadığını, bilakis her bir koşulun neticenin gerçekleşmesi için farklı bir önemi haiz olduğunu kabul eden *Birkmeyer*, birçok koşul arasında yer alan ve fakat en fazla önem arz eden koşulu neden olarak telakki etmiştir. Bu bakımdan nihayetinde bu görüşün de sübjektif öğretilerde ortaya çıkan hatayı tekrarladığı, bütün etkenleri birer koşul olarak kabul ettiği, bunun da hatalara yol açtığı ifade edilmiştir (Aktaran Dreyer, **a.g.e.**, s. 13).

<sup>135</sup> Aktaran Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 6.

meydana getirir. Yani fail, fiili sadece kendi eliyle işleyen kişi değil, fiilin işlendiği olaylarla kendi katkısı arasında yoğun bir ilişki bulunan kişiler de fail olabilir<sup>136</sup>.

Maddi-objektif teori kapsamında ileri sürülen tüm bu görüşler arasından yine bu teori kapsamında geliştirilen fiil hakimiyeti teorisi ön plana çıkmış ve etkisini göstermiştir<sup>137</sup>. Teori, maddi-objektif teoriler kapsamında geliştirilen bir öğreti olarak telakki edilebilirse de<sup>138</sup> en nihayetinde final-objektif teori olarak nitelendirilmekte<sup>139</sup>, bu da öğretinin sübjektif teori ile objektif teorilerin bir sentezi olarak görülmesine neden olmaktadır<sup>140</sup>. Dolayısıyla her ne kadar teorinin temellerinin objektif teoriye dayandığı<sup>141</sup> ve maddi objektif öğretinin geliştirilerek sürdürülmüş halinin bir görünüm şekli olduğu rahatlıkla ifade edilebilirse de<sup>142</sup> kuşkusuz ki sübjektif bir yönünün olduğu da göz ardı edilemez.

<sup>136</sup> Aktaran Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 56. Ancak bu ayırım, salt objektif kriterlere dayandırıldığından sürdürülebilir görülmemiştir. Nitekim failliğin ortak plan ve olayın esasını bilmesi bağlamında sübjektif kriterlere de bağlı olduğu ifade edilmektedir (Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 56).

<sup>137</sup> Nitekim henüz öğretinin yeni yeni ortaya atılıp üzerinde tartışmaların yapıldığı dönem içerisinde *Maurach*, öğretinin şaşırtıcı bir şekilde hızla geliştiğine işaret etmiş olması da bu durumu doğrulamaktadır. O kadar ki *Maurach*, daha o dönemde öğretinin hakim konuma ilerleyeceğine dikkat çekmiştir (Maurach, **AT**, 2. Auflage, § 49 II C.). *Welzel* tarafından komisyon çalışmaları esnasında bu teorinin kabul edilmesi yönündeki öneri *Gallas* tarafından da desteklenmiş, nihayet Adalet Bakanlığının taslak hazırlamakla görevlendirilen hukukçular da bu öğreti üzerine şekillendirme yapmışlardır (Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 628).

<sup>138</sup> Heinrich, **AT**, Kn. 1206; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 12.

<sup>139</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 93. Nitekim *Roxin* de açıklamalarında öğretinin *Welzel* tarafından ilk defa ortaya konulduğundaki “finalist” yapısına dikkat çekmektedir (Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 31).

<sup>140</sup> Baunack, **a.g.e.**, s. 22; Johannsen, **a.g.e.**, s. 20; **LK-Schünemann**, § 25 Kn. 7; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 V 1; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 10; Maurach, **AT**, 2. Auflage, § 49 II C; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 89; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 518; Heinrich, **AT**, Kn. 1206; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 37.

<sup>141</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 85. *Maurach*, (Maurach, **AT**, 2. Auflage, § 49 II C) bu görüşü şu şekilde izah etmeye çalışmıştır: “(...) Zira fiili hakimiyet öğretisine göre fiili bizzat icra eden kişi, her halükarda faillik konumu elde eder. Buna rağmen fiili hakimiyet öğretisi ile birlikte şekli-objektif teorinin de kabul ettiği “fiili bizzat icra eden kişinin fail olacağı” kuralına bazı eklemeler yapılmış, daha doğrusu bu kuralın izahı fail suretiyle tipe uygun olayların finalist bir yapıda yönetilmesi, yürütülmesi şeklindeki unsurla daha temelli bir şekilde gerçekleştirilmiş ve bu suretle bu kuraldan hareket eden şekli-objektif teorinin izah edemediği dolaylı faillik ve müşterek faillik bakımından da geçerli olabilecek bir teorik kapsam elde edilmiştir. Böylelikle fiili hakimiyet öğretisinin, faillik kavramı elde ederken büyük ölçüde şekli-objektif öğretisi ile sağlanan çalışmalara dayandığı açıkça belirtilebilir.” Keza *Roxin* de öğretisi üzerinde şekli-objektif teorinin de etkisi olduğunun yadsınamaz bir durum olduğuna dikkat çekmiş, *Maurach*’la benzer ifadelerle yer vermiştir (Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 29).

<sup>142</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57; Murmann, **GrundK Strafr**, § 27 Kn. 8.

Nitekim şekli-objektif teori karşısında “fiil hakimiyeti” kriteriyle tipikliğin gerçekleştirilmesine maddi bir içerik kazandırılmıştır<sup>143</sup>. Bu suretle faillik için gerekli görülen “icra etme”ye şekli-objektif teori gibi şekli bir anlam yüklenmemiş, bilakis maddi bir anlam yüklenmiş, böylelikle fiilin bizzat icra edilmesi gerekli görülmeyerek gerek müşterek faillik gerekse dolaylı faillik bakımından da failliğin izahı mümkün hale gelmiştir. Bir anlamda fiilin bizzat işlenmesi söz konusu olmamasına rağmen bir insanın araç konumuna indirgenmesi ve üzerinde hakimiyet kurulması suretiyle de failliğin temellendirilebilir olduğu kabul edilmiştir<sup>144</sup>.

### b. Teorinin Gelişimi

Teorinin günümüzdeki haline ulaşması bir anda olmamış, teori belli bir süreç içerisinde her defasında belli bir yazar tarafından geliştirilmiş, nihayet doktrininde tartışılmaz şekilde hakim konuma gelmiştir<sup>145</sup>. Teorinin günümüzde kabul edilen haline yer verilmeden evvel kısa da olsa tarihi gelişim sürecine değinilmesinde yarar bulunmaktadır.

Buna göre ceza hukuku bilimsel çalışmalarında “fiil hakimiyeti” ifadesine ilk defa 19. yüzyılın sonlarına doğru rastlanmaktadır. Ancak bu ifadenin günümüzdeki anlamında kullanılmadığı belirtilmektedir<sup>146</sup>. Bununla birlikte incelemesinde “*Neticenin en son gerçekleşme biçiminde neden olma ve destekleme hareketlerinde*

<sup>143</sup> Maurach, **AT**, 2. Auflage, § 49 II C; **LK-Roxin**, § 25 Kn. 34; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 58; Murmann, **GrundK StraFR**, § 27 Kn. 8; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 12. Nitekim şekli-objektif teorinin savunucularının tipik hareket alanını neticeli suç alanında da uygulamaya çalışmış olduklarına değinen *Gallas*, bilhassa neticeli suçlar alanında itirazların ileri sürülebilir olduğunu belirtmiş, buna gerekçe olarak da kanuni tanımlara yönelik fiilin işlenme şeklinin belirsiz olduğu, daha doğrusu gösterilmediği bir durumda bu itirazların evveliyetle ileri sürülebilir olduğunu vurgulamıştır (*Gallas*, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, s. 88).

<sup>144</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 11; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 29; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 58; Murmann, **GrundK StraFR**, § 27 Kn. 8; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 36.

<sup>145</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 56; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 85; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 11; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 10; Heinrich, **AT**, Kn. 1206; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 V 1; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 25; Murmann, **GrundK StraFR**, § 27 Kn. 8; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 9; Baunack, **a.g.e.**, s. 21. O kadar ki teori, Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi Kararında dahi yer bulmuştur (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 85, dpn. 165);

<sup>146</sup> Nitekim 20. yüzyılın başında *Hegler* tarafından kullanılan söz konusu ifade, bu defa şekli-objektif teori ile uyuşacak şekilde suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi olarak görülmüştür. Fakat objektif teoriden farklı olarak dolaylı failliğin izahında “üstün ağırlık” şeklindeki ifadeyle arka plandaki şahsın fiilin icra hareketlerini bizzat gerçekleştirmemesine rağmen ön plandaki kişiye göre ağırlığının hukuki anlamda üstünlüğü ileri sürülerek failliği gerekçelendirilmeye çalışılmış olsa da (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 84, 85) söz konusu ifade, iştirak şekillerinin birbirlerinden ayrılması bakımından bir kriter olarak kullanılmamıştır (Maurach/Gössel/Zipf, **AT** § 47, Kn. 88).

*fiil hakimiyeti yoktur.*” ifadesine yer veren *Bruns*, fiil hakimiyeti düşüncesini ilk defa faillik ve şeriklik ayrımında bir kriter olarak kullanmıştır<sup>147</sup>. Kriterin günümüzdeki anlamına hitap etmeyen bu çalışmalar bir tarafa bırakıldığında doktrinde yaygın kabul, fiil hakimiyeti teorisinin kapsamının ilk defa *Lobe* tarafından gerekçelendirildiği<sup>148</sup>, sonrasında *Welzel*, *Maurach* ve *Gallas* tarafından geliştirildiği ve nihayet güncel anlamdaki içeriğinin *Roxin* tarafından oluşturulduğu kabul edilmektedir<sup>149</sup>.

Sübjektif öğretinin bir hayli revaçta olduğu dönemde *Lobe*, failin iradesine dikkat çekmiş, failin iradesinin icra hareketleri ile ortaya çıkmış olması, yani iradenin icra hareketleri üzerinde hakim olması gerektiğini ifade etmiş<sup>150</sup>, tipe uygun neticenin başlangıcı için nedensel koşullar vasıtasıyla yapılan ayrımı kabul etmediğini belirtmiştir<sup>151</sup>. Ancak fiil hakimiyeti teorisinin esasının ilk defa ortaya çıkışı *Lobe*'ye bağlı kalmaksızın hareketin *final yapısını* ortaya koyan, böylelikle kendi “*final hakimiyet öğretisi*”ni geliştiren *Welzel*<sup>152</sup>'e dayanmaktadır.

*Yazar*, kasıtlı ve taksirli olarak gerçekleştirilen hareketleri birbirinden ayırmış, taksirli suçların nedensel suç tipleri şeklindeki yapılarına karşılık olarak kasıtlı suçların objektif tipikliğinin finalist özelliğinin ön plana çıktığına vurgu yapmıştır<sup>153</sup>. Bu kapsamda *yazar*, kanunun kural olarak suç tiplerindeki objektif hareketlerin kasıtlı ve buna uygun olarak taksirli olmaları arasında açık bir ayrım yaptığına işaret

<sup>147</sup> Hermann Bruns, **Kritik der Lehre vom Tatbestand**, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1932, s. 72, 75; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 88.

<sup>148</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 10; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 9; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 11; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57. Her ne kadar Alman doktrininde yeterince dillendirilmese de *Welzel*'den önce klasik suç öğretisine yönelttiği eleştiri ve farklı önerileriyle gai hareket teorisinin gelişimine önemli katkılar sağlayan v. Weber'in görüşleri de önem arz etmektedir. Zira gai hareket öğretisinin temellerini atan *Welzel*'in nedenselliği esas alan klasik suç öğretisi üzerindeki sorgulamasını v. Weber'in görüşleri üzerinden gerçekleştirmiş olduğu rahatlıkla tespit edilebilir. Bkz. *Welzel*, **ZStW 58 (1939)**, s. 499.

<sup>149</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 11; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 V 1; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 58. Bu bakımdan *Özkan*'ın öğretinin fikir babasının *Maurach* olduğu yönündeki ifadesine (*Özkan*, **a.g.e.**, s. 21) kuşkuyla bakmaktayız.

<sup>150</sup> **LK-Lobe**, Einf., s. 122 – Aktaranlar Johanssen, **a.g.e.**, s. 20; *Roxin*, **AT II**, § 25 Kn. 31).

<sup>151</sup> *Jonanssen*, **a.g.e.**, s. 20. *Lobe* bir nevi objektif teorilerin içerdiği görüşlere de bir karşı çıkış sergileyerek adeta fiili hakimiyeti objektif ve sübjektif unsurların tekliği olarak anlamıştır (*Maurach/Gössel/Zipf*, **AT II**, § 47, Kn. 88). Ancak *Lobe*'nin bu ifadeleri, o dönem için, yani 1930'lu yıllarda pek yankı uyandırmamıştır (*Schünemann*, **a.g.e.**, § 25 Kn. 9; *Roxin*, **AT II**, § 25 Kn. 31).

<sup>152</sup> *Schünemann*, **a.g.e.**, § 25 Kn. 9; *Baunack*, **a.g.e.**, s. 22; *Poppe*, **a.g.e.**, s. 239; *Roxin*, **AT II**, § 25 Kn. 31.

<sup>153</sup> *Welzel*, **ZStW 58 (1939)**, s. 501.

ederek kasten öldürme suçundaki “öldürme” hareketinin taksirle öldürme suçundaki “ölümüne neden olma”ya uygun olduğunu ifade etmiştir. *Yazar*, aynısının yaralama ve genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçları bakımından da tekrarlandığının altını çizmiş, kullanılan dil itibariyle aralarında fark bulunmayan bu suç tipleri arasındaki esas farkın salt neden olmayı aşan ilk baştan finalist yapıda olan hareket kavramı olduğuna dikkat çekmiştir<sup>154</sup>. Böylelikle kasıtlı olarak gerçekleştirilen hareketlerin finalist yapıda olduğu, “*Kasıtlı hareketler, objektif kapsamlarını esas itibariyle objektif olaylara ya kendi amaçsal kararı olarak doğrudan ya da başkasının amaçsal kararı üzerinde sadece dolaylı şekilde dahil olan amaca yönelmiş iradede almaktadır*”<sup>155</sup>.” şeklindeki ifadelerle açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır<sup>156</sup>.

Bu farklılaştırma, özellikle de faillik-şeriklik ayrımı bakımından önem arz etmektedir. Zira şeriklik ilişkisi, sadece kasıtlı suçlar bakımından söz konusu olabilecek; buna karşılık fiilin işlenişine yönelik nedensel anlam ifade eden tüm taksirli hareketler “taksirli faillik” altında toplanacaktır. Buna göre bu ayrım aynı şekilde taksirli hareketlerin objektif olarak salt nedenselliği temel alan suç tiplerine dayanmakta olup bu da taksirli failliğin taksirli neden olmadan başka bir şey olmadığını göstermektedir<sup>157</sup>.

İleri sürülen bu tez, şeriklik üzerinde uygulanmış ve herhangi bir kişinin gerçekleştirdiği hareketlere taksirli olarak ikincil nitelikte katkıda bulunan kişilerin niçin şerik olarak telakki edilmemeleri gerektiği açıklanmaya çalışılmış, oldukça tutarlı bir izah ortaya konmuştur. Buna göre kasıtlı suçlarda bütün suç ortaklarının gerçekleştirdikleri hareketin belli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirildiği ve bu

<sup>154</sup> Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 499.

<sup>155</sup> Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 501.

<sup>156</sup> Bu kapsamda hareketi insanın amaçsal faaliyetleri olarak tanımlayan *Welzel*'e göre nedensellik kör bir kategori olup buna göre katkıda bulunma, yani nedensel anlamda etkide bulunma, derecesel olarak var olan nedensel bileşenlerin kör bileşkeleridir ve amaca bir önem atfedilmemesi nedeniyle amaca uygun faaliyetlerin vazifesinde konumlandırılabilir. Bu öğretide kural olarak sadece belirli bir neticeye yol açacak olan nedensel unsurların bir araya getirilmesine ihtiyaç duyulmakta olup kendisi için soyut olan, bu açıdan da kör olarak nitelendirilen bu nedensellik bağı, arzu edilmeyen bir sonuca yol açar (Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 502).

<sup>157</sup> *Welzel*, kendi dönemine kadarki kanunun, uygulamanın ve teorinin fail öğretisinin oy birliğiyle ve zimni bir şekilde kasıtlı suç tiplerinin ve ilgili taksirli suç tiplerinin failliğinin ilkesel olarak farklılığından hareket ettiğine yer vermiş ve sadece ilk faillik kavramı için şeriklik öğretisinin geliştirildiğini, sonucunu için ise böyle bir öğretinin geliştirilmediğini ifade etmiş, esasında taksirli suçlar için bir faillik tanımının tam anlamıyla geliştirilemediğini belirtmiştir (Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 538).

suretle de her bir suç ortağının *kendi fiilinin* işleniş sürecine hakim olduğu ifade edilmiş, şeriklerin bu hareketlerinin tek başına failin finalist hakimiyet alanına tabi olduğu, bu nedenle de şerikliğin sadece başkasının fiiline iştirak olduğu belirtilmiştir. Daha açık bir ifadeyle fail, kararı ve bu kararın icrası üzerinde hakim olarak fiil üzerinde bir hakimiyet sağlarken onu bu kararı vermeye ve kararı icraya sevk eden veya bu yönde faile destek olan, yardım eden kişi, fiilin işlenişine iştirak etmiş olsa da işlenen fiil üzerinde hakimiyet sahibi değildir<sup>158</sup>.

Faillik öğretisini hem tipe uygunluğa hem de final hareket öğretisine dayandıran *Maurach*<sup>159</sup> da nedensellik temelli dar faillik anlayışını yapısal olarak yeterli görmemiş<sup>160</sup>, faillige maddi bir anlam kazandırmak üzere kendi öğretisini yine dar failliği esas almak suretiyle finalist öğretisi üzerine inşa etmiştir<sup>161</sup>. *Yazar*, kasıtlı suçlarda failliği temellendiren unsur olarak objektif fiil hakimiyetini görmüş<sup>162</sup>, bunun taksirli suçlarda bulunmadığına dikkat çekmiştir<sup>163</sup>.

*Yazar*, failliğin farklı şekillerini, doğrudan, dolaylı, müşterek ve nihayet kasıtlı yan faillik olarak ortaya koymuş olsa da<sup>164</sup> hakimiyet türlerini henüz geliştirmemiş, sadece fiil hakimiyeti kriterinin bütün faillik türleri bakımından geçerli olduğunu belirtmekle yetinmiş, bilhassa objektif fiil hakimiyeti ifadesini kullanmıştır<sup>165</sup>. Buna göre kasıtlı suçlarda tipik olayın işlenme sürecini kendi iradesine göre yürütebilmeyi, durdurabilme veya kesebilmeyi kendi elinde bulunduran ve bu bilinçle hareket eden

<sup>158</sup> Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 539.

<sup>159</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 369. Nitekim *Maurach*, eserlerinde dolaylı faillik ve şeriklik arasında bir sınır çekmiş ve bunun bağlılık kuralı üzerindeki etkileri bakımından ortaya çıkan sorunlara değinmiştir. Bunu yaparken *Maurach*'ın sık sık *v. Weber, Welzel ve Gallas*'a atıf yaptığı görülmektedir. Bkz. *Maurach, AT, 2. Auflage*, § 47 III B 1. Ancak *Maurach*'ın o dönemki etkisinden kaynaklı olarak sübjektif öğretinin etkisi altında kalan ve öğretilerini buna göre şekillendiren *Lobe* ve *Welzel*'in aksine bağımsız bir şekilde kendisi tarafından daha detaylı olarak somutlaştırılan hakimiyet kavramını geliştirdiğine dikkat çekilmektedir (Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 9).

<sup>160</sup> *Maurach, AT, 2. Auflage*, § 47 III A.

<sup>161</sup> Bu noktada amaca yönelik hareketin sadece kasıtlı suçlar bakımından söz konusu olacağını kabul eden *Maurach*, incelemesini bu ayırım üzerinden gerçekleştirmiş, taksirli fiillerde nedensel hattan söz ederken kasıtlı olarak gerçekleştirilen fiillerde finalist, amaçsal yönlendirme, kontrol hattından söz ederek kasıtlı ve taksirli hareketler açısından farklı faillik kriterleri ortaya koymuş, böylece finalist hareket teorisinin gelişmesine katkıda bulunmuştur (*Maurach, AT, 2. Auflage*, § 47 III B 1).

<sup>162</sup> *Maurach, AT, 2. Auflage*, § 47 III B 1 b.

<sup>163</sup> *Maurach, AT, 2. Auflage*, § 47 III B 1.

<sup>164</sup> *Maurach, AT, 2. Auflage*, § 48 I A 1.

<sup>165</sup> *Maurach, AT, 2. Auflage*, § 47 III B 2, § 48 I A 2.

her suç ortağı fiil hakimiyetine sahip olup bunun dışında kalan her suç ortağı da şerik olarak telakki edilir<sup>166</sup>. Buna karşılık kasıtlı olmadan gerçekleştirilen neticeye yönelik her türlü nedensel katkı tek başına failliği temellendirirken şeriklik kabul edilmez, şeriklik türü katkılar da birer neden olarak addedileceğinden yan faillik olarak tezahür eder<sup>167</sup>.

*Gallas*, dar faillik anlayışının bilhassa dolaylı faillik ve müşterek faillik bakımından uygulanabilirliğine dair engellerin aşılması yönünde bir çaba sarf ederek<sup>168</sup> fiil hakimiyeti öğretisinin tipik davranışın gevşetici, genişletici bir yorumu için hizmet eden bir ölçüt olduğunu, bu sayede de finalist görüşün dar faillik anlayışını terk etmeden bu tür zorluklardan kaçınacak şekilde<sup>169</sup> bir formülasyon ortaya koyduğunu belirtmiştir<sup>170</sup>. Nitekim şekli objektif teorinin müşterek faillik bakımından ortaya çıkardığı sorunun finalist öğreti ile ortadan kalkacağına dikkat çeken *yazar*, eş değer görülen nedensel faktörler arasındaki esas ayrımın amaçsal hareketin objektif ağırlığı ile ortaya konulabilir olduğuna vurgu yapmıştır<sup>171</sup>.

Buna göre X'i zehirleyerek öldürmek isteyen A'nın bu isteğini kendisine anlattığı B'nin, A'nın kendisinden ricası üzerine bardağa doldurduğu içeceğin içerisine daha evvelden zehir katması, ardından A'nın söz konusu içeceği X'e içmesi için vermesi ve X'in hayatını kaybetmesi durumunda A, fail olarak sorumlu tutulacak, B ise yardım eden olacaktır. Buna karşılık A'nın, kendisinden habersiz bir şekilde X'in içeceği bardağa zehir koyan B'nin bardağı X'e uzatması ve X'in içeceği içerek ölmesi halinde tartışmasız bir şekilde fail B olacaktır. Burada *yazar*, ilk olaya karşılık X'e karşı A'nın hareketinde ve keza B'nin hareketinde nedensel açıdan herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen sonuç olarak söz konusu olan farklılığın "*amacın dahil edilmediği bir objektif öğretisi*" ile izahında sorun ortaya çıktığını ifade etmiş, böylelikle kanunda yer alan fiil tanımına bağlı olarak teorik içeriği şekillenen şekli-objektif teorinin teknik anlamda icra hareketi olmaksızın da

<sup>166</sup> Maurach, **AT**, 2. Auflage, § 47 III B 2.

<sup>167</sup> Maurach, **AT**, 2. Auflage, § 47 III B 1 b.

<sup>168</sup> Wilhelm Gallas, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Walter de Gruyter, Berlin 1968, s. 96.

<sup>169</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 102.

<sup>170</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 10; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 11; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 32.

<sup>171</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 90.

gerçekleştirilebilecek fiile yönelik katkının failin hareketinin gerçek ağırlığına eriştiği yerde memnun edici olmayan sonuçlara yol açacağıın altını çizmiştir<sup>172</sup>.

Bu örnek üzerinden izahat yapan *yazar*, ilk olayda A'nın, öldürme suçunun faili olduğunu, zira A'nın ölüm neticesini doğrudan meydana getirmeye yeterli olan ilacı bilinçli bir şekilde kullandığını, yani A'nın, X'in kaderini elinde bulundurduğunu ve bu imkanı kullandığını<sup>173</sup>, buna karşılık ikinci olayda A'nın X'e uzattığı içeceğin zehir içerdiğini bilmemesi karşısında B'nin, kasıtlı olarak zehirlenmek istediğini, böylelikle fiil hakimiyetini elinde bulundurduğunu, bu anlamda B'nin arada bulunan A'yı yanılttığı için, yani bir araç olarak kullanarak suçu bir başkası üzerinden işlediği için dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağını, dışsal anlamda A'nın hareketine bağlanan neticenin gerçekleşme şansının B tarafından meydana getirildiğini ve yöneltildiğini vurgulamıştır<sup>174</sup>.

Tüm bu ihtimallere binaen ilk olayda A ile B'nin öldürme hareketinden dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarının da mümkün olduğuna işaret eden *yazara* göre A ile B'nin fiili ortak şekilde kararlaştırmış olmaları ve bu karardan hareketle B'nin, içeceğe zehri koymuş olması ve içeceğin verilmesi ile doğrudan bağlantısının olması halinde bu defa B de A'nın hareketinde varlığını hissettirecek ve kendi hareketi ile varlığı, A ile dayanışma içerisinde olması ile A'yı ikna etmesi ve böylelikle A ile bir dayanak teşkil etmesi noktasında bilinçli bir etkiye sahip olacaktır. Bu da A ve B'nin hareketinin peş peşe ilişki içerisinde bulunarak kolektif bir icrasının ifadesi olacaktır ki bu, değerlendirici bir bakış açısı içerisinde her ikisini de fiil hakimiyetinin taşıyıcısı, üstlenicisi olarak ortaya koyacaktır<sup>175</sup>. Böylelikle hareket suçlarında harekete belli bir amaçsallık unsuru atfedilerek bir anlamda modernize edilmiş şekli-objektif teori ortaya konmuştur<sup>176</sup>.

*Yazar*, dolaylı failliği arka plandaki kişinin, ön plandaki kimsenin kusurunu ortadan kaldıran yahut da önemli derece azaltan bu hallerden birinin varlığı halinde fiili işleminin neden olması şeklinde nitelendirmiş, bunun için arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi bizzat kendisinin yönlendirmiş olmasını şart olarak görmemiş,

<sup>172</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 102.

<sup>173</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 103.

<sup>174</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 103.

<sup>175</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 103.

<sup>176</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 95.



sadece bu kişiyi kullanmasını da yeterli addetmiştir<sup>177</sup>. *Yazar*, ön plandaki kişinin tehdit etkisi altında olsa da fiili kasıtlı olarak bizzat icra ettiği durumda ilgili suç tipinin faili için şart koşulan fiil hakimiyetini de yerine getirmiş olacağından söz etmiştir. Aynı şekilde ön plandaki bu kişi üzerinde tehdit uygulayarak doğrudan hareket eden bu kişiyi elinde bulunduran arka plandaki kişinin de fiil hakimiyetine sahip olduğunu belirten *yazar*, buradan hareketle de bir fiilin işlenmesine bu kadar çok kişinin hakim olmasının düşünülp düşünülemezliği sorusunu sormuştur. Bu noktada bir fiile yönelik olarak birden fazla kişinin aynı dereceli iştirakinin söz konusu olduğu yerde birden fazla kişinin fiil hakimiyetinin bulunabileceği hususunda hiçbir şüphe bulunmayacağını, müşterek failliğin yapısının fiile iştirak eden birden fazla kişinin fiil hakimiyetini paylaşmaları üzerine dayandığını ifade eden *yazar*, tehdit örneğinde doğrudan hareket eden kişinin fiil hakimiyetinin arka plandaki kişinin fiil hakimiyetini aşması, yani daha üstün olmasının da zorunlu olduğundan söz etmiştir<sup>178</sup>.

Fiil hakimiyeti öğretisi, nihayet *Roxin*'in katkılarıyla büyük ölçüde son halini alarak her ne kadar farklı görüşler söz konusu olsa da günümüzdeki hakim görüş tarafından kabul edilen mevcut konumuna ulaşmıştır<sup>179</sup>. *Yazara* göre faillik kural olarak doğru bir şekilde fiil hakimiyeti kriteri ile belirlenebilir. Suçun işlenmesinde olaylar üzerindeki esaslı etkisi suretiyle anahtar konumunda olan, merkezde yer alan kişi fail olup fiil hakimiyetine sahip olan kişi olarak addedilmektedir<sup>180</sup>. Hareketinin yapısına göre farklı şekillerde somutlaştırılabilir olan hakimiyet türlerini üç bölüme ayıran ve böylece bir anlamda kendi faillik öğretisini inşa eden *yazara* göre<sup>181</sup> fiili

---

<sup>177</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 99.

<sup>178</sup> Gallas, **a.g.e.**, s. 98.

<sup>179</sup> Keza aynı şekilde *Roxin*'in geliştirmiş olduğu sistemi kabul etmekle birlikte, yani temele geliştirilen bu öğretiyi almakla birlikte üzerine farklı fikirler ileri süren yahut da eklemeler yapan görüşlerin de ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu görüşe örnek için bkz. Freund, **AT**, 10/45. Aynı şekilde *Jakobs*, bu görüşlerden belki de en önemlilerinden biri olarak kabul edilebilir. *Jakobs*'a göre faillik, belirli bir organizasyon alanının dahilinde bulunan organizasyon hareketlerine bağlanmıştır. Esas organizasyonun klasik anlamda fiili hakimiyet olarak tanımlandığını, dolayısıyla da bu suçların hakimiyet suçları olarak nitelendirildiğini belirten *Jakobs*, organizasyon sebebiyle faillik için gerekli olan yeterliliğin hakimiyet suçlarında üç şekilde belirlendiğine değinmiş, doğrudan faillığe, dolaylı faillığe ve müşterek faillığe işaret etmiştir (*Jakobs*, **AT**, 21/2, 3).

<sup>180</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Rn. 27.

<sup>181</sup> Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1. Auflage, De Gruyter, Hamburg 1963, s. 26.

hakimiyetin üç türü olup bu üç hakimiyet türünden her biri faillik türlerine karşılık gelir.

Buna göre doğrudan faillik, fiilin bizzat icra edilmesi ve böylelikle kişinin kendi hareketleriyle olayların merkezine hareket edilmesi suretiyle fiile hakim olunmasıdır ki, bu **harekete hakimiyeti** ifade eder. Dolaylı faillik tipikliğin gerçekleştirilmesinde fiili icra eden kişinin yanında bulunmaksızın fiili icra eden üzerinde tehdit veya hile gibi yollarla olaylar üzerinde hakimiyet kurulmasıdır ki, bu **iradeye hakimiyeti** ifade eder<sup>182</sup>. Nihayet müşterek faillik, tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik olarak fiilin işlenmesi için başkalarıyla iş bölümü halinde önemli bir fonksiyona sahip olunmasıdır ki, bu da **fonksiyonel hakimiyeti** ifade eder<sup>183</sup>. Ancak *yazar*, bu hakimiyet türlerinin yalnızca icrai suçların kasıtlı

---

<sup>182</sup> *Roxin*'e göre dolaylı failiğin iradeye hakimiyeti, her durumda fiili icra eden kişinin harekete hakimiyeti ile birbirini fesheden, alt eden bir ilişki içerisinde konumlanmaz. Böylelikle *Roxin*'e göre hem ön plandaki kişinin hem de arka plandaki kişinin hakimiyeti bulunabilir ve dolaylı faillik, "(kusursuz) failin arkasındaki fail" olarak tezahür edebilir (*Roxin*, **TuT**, 1. Auflage, s. 143). *Roxin*, zorlama sayesinde, hata sayesinde ve organize güç örgütleri sayesinde söz konusu olan iradeye hakimiyeti, birbirinden ayırmıştır. Buna göre organizasyon hakimiyetinden söz edilebilmesi için fiili icra eden kişinin fiili işleyebilmesini hukuktan ayrılan organize suç örgütlerinin üzerine konumlandırmıştır (*Roxin*, **TuT**, 1. Auflage, s. 244). Zorlama hakimiyeti ise sadece fiili icra eden kişinin pozitif hukukun cebir, tehdit hükümlerine göre mazur görülebilir olması halinde mevcut olacaktır (*Roxin*, **TuT**, 1. Auflage, s. 146). *Roxin*, hata hakimiyetinde zorlamaya karşılık olarak normatif kriterlerden uzak durmuş, bu hakimiyeti, bilgi anlamında eksikliği söz konusu olan fiili icra eden kişiyi başka dışsal faktörlerle aynı şekilde nedensel bir faktör olarak planına dahil eden arka plandaki kişi aracılığıyla nedensel sürecin amaca yönelik çok etkenli belirleme üzerine temellendirmiştir (*Roxin*, **TuT**, 1. Auflage, s. 172). Şayet arka plandaki kişi araç konumundaki kişiye karşı daha yüksek konumda bulunursa, *Roxin*'e göre arka plandaki kişiye daima yakın olabilecek olan hata hakimiyetinin toptan dört derecesi tanımlanmıştır. Kusursuz bir şekilde kast olmaksızın hareket eden bakımından her türlü etki ile fiili icra eden kişi bakımından tipiklik sınırında veya kaçınılabılır yahut kaçınılamaz bir yasak hatasına neden olma ya da bu tür bir hatayı istismar edecek ölçüde kullanma, arka plandaki kişinin dolayı failliğini temellendirecektir. *Roxin*, fiilin haksızlığını anlayabilme konumunda bulunmayan kusur yeteneği olmayan araç konumundaki kişiyi son iki durumda birbirine eşit kılmıştır. Şayet fiili icra eden bilinçli taksirle hareket ediyorsa *Roxin*'in, kasten hareket eden arka plandaki kişinin hataya hakimiyetini o güne kadarki tüm fiili hakimiyet çeşitlerinden ayırmayı kabul etmemesi, buradakilerle bağlantı içinde özel bir önem taşımaktadır. *Roxin*, bu durumların her ikisinde de mevcut olan arka plandaki kişinin olası kastının neticenin gerçekleşmesi riskini ön plandaki kişiden daha iyi, daha etraflı görmediğine işaret etmiştir. Burada süreci tasarlanan amaca yönelik olma sadece araç konumundaki kişidedir. İsteme alanındaki bu üstünlük muhtemelen her ne kadar kastın taksirden ayrılması için olsa da tipikliği temellendiren olayların amaca yönelik yönetilmesi için önemli olmadığından sadece arka plandaki kişinin fiili içsel anlamda uygun görmesi bu durumda herhangi bir değişikliğe neden olmayacaktır (*Roxin*, **TuT**, 1. Auflage, s. 186).

<sup>183</sup> *Roxin*, **AT II**, § 25 Rn. 28.

olarak işlenmesi bakımından esas alınabileceği görüşünden hareket etmiş<sup>184</sup>, böylelikle de taksirli suçlarda nedensellik kriterini faillik kriteri olarak görmüştür.

### c. Teorinin Gelişmiş Şekli

Teoriye göre suçun işlenmesinde olaylar üzerindeki esaslı etkisi suretiyle anahtar konumunda olan, merkezde yer alan kişi, objektif olarak **fiil hakimiyetine** sahip olan kimse olup bu kişi, fiili olayları elinde bulunduran, fiilin işlenip işlenmeyeceğine ve işlenecekse nasıl işleneceğine esas olarak karar veren, suç tipleri kapsamındaki tanımlamaların süjesi konumundadır<sup>185</sup>. Yani esasında öğreti kapsamında objektif anlamda faillik için iştirak eden her bir suç ortağının üstlenmiş olduğu fiilin parçalarının objektif ağırlığı esas alınır<sup>186</sup>. Bu kapsamda fiil hakimiyetini, fiilin işleniş sürecinde objektif katkısının önemine göre birlikte hakimiyet sağlayan, böylelikle tipikliğe fiili olarak sahip olan, tipikliğin gerçekleşmesine yönelik idareyi her daim kontrolü altında bulunduran kişinin elinde bulundurmuş olduğu kabul edilir<sup>187</sup>. Bununla birlikte kişinin fiil hakimiyetine sahip olduğunun da bilincinde olması gerekmektedir ki bu da fiil hakimiyeti kapsamında yer alan sübjektif kritere karşılık gelmektedir<sup>188</sup>. Fiilin işlenişine hakim konumda olduğunun farkında olmayan bir kimsenin failliğinden de söz edilmesi pek mümkün olmayacaktır. Esas itibariyle bundan anlaşılması gereken failin, fiilin işleniş sürecinin devamı veya sona erdirilmesinin kendi iradesine göre şekillenmesi, bu açıdan kendisinin merkezi konumda bulunmasıdır<sup>189</sup>. Nitekim dolaylı faillikte arka plandaki kişinin de ön plandaki kişide söz konusu olan eksiklik nedeniyle oluşan üstün konumundan söz edilebilmesi için ön plandaki kişide söz konusu olan bu

<sup>184</sup> Roxin, **TuT**, 1. Auflage, s. 335.

<sup>185</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 36; **LK-Roxin**, § 25 Kn. 34; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 27; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57, 58; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 12; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 V 1.

<sup>186</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57.

<sup>187</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 90; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 518;

<sup>188</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 37; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 57. Türk doktrininde de bu görüşü benimseyen yazarlar bulunmaktadır. Nitekim *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe* bu yazarlara örnek olarak gösterilebilir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 554). *Yazarlara* göre faillik için teorilerin hiçbiri tek başına yeterli olmayıp bir sentez yapılmalı, fiile objektif katılmanın şekli, ağırlığı ve katılanın iradesi esas alınmalıdır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 554). Bununla da yetinmeyen *yazarlar*, 5237 sayılı TCK'nın ikilik sistemiyle cezanın faile göre belirlenmesi sistemi arasında karma bir sistemin benimsendiğini ileri sürmüştür Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 556.

<sup>189</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 38.

eksikliği de bilmesi gerekmektedir<sup>190</sup>. Bu bakımdan fiil hakimiyetinin sübjektif unsuru, daha çok objektif anlamda fiil hakimiyetinin izahta yetersiz kalabileceği dolaylı faillikte söz konusu olan hakimiyetin açıklanmasında fayda sağlamaktadır<sup>191</sup>.

Temel olarak kastın kapsamında yalnızca tipikliğin objektif unsurlarının yer aldığı kabul edilmekte ve fiil hakimiyetine yer verilmediği görülmekteyse de kastın ilgili kişinin nedensel süreci öngörmesi olarak anlaşılması halinde bu defa faillik bakımından kişinin fiil hakimiyetini temellendiren objektif durumları da bilmesi gerektiği sonucunun ortaya çıkacağı ifade edilmekte, bu iradenin de fiil hakimiyetine yönelik irade olduğu, bu çerçevede tipe uygun olayların işleniş sürecinin kast kapsamında yer alması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>192</sup>. Buna göre şahsi olarak tipikliği gerçekleştirdiğinden yahut da kendini egemen konuma getiren rolünden haberdar olmayan bir kimsenin olaylar üzerindeki hakimiyeti de ele geçiremeyeceği ve fail olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilebilir<sup>193</sup>.

Tüm bu açıklamalar karşısında finalist anlamda fiil hakimiyetine sahip olmayan ve fakat yan figür olarak fiilin işlenişine sebebiyet verme veya işlenişini destekleme şeklindeki nedensel katkıları sağlayan kişiler şerik olarak nitelendirilir<sup>194</sup>. Öğretide faillik için genel bir hareket tanımı bulunmayıp sadece farklı esas hareket şekilleri somutlaştırılmak suretiyle temel ölçütler gösterilir. Yani fiil hakimiyeti, genel bir tanım üzerinden de belirlenemez, bilakis gerektiğinde her bir tipik olay için ayrı tanımlamalar da yapılmalıdır<sup>195</sup>. Bu çerçevede “*doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik*” şeklinde failliğin üç farklı türü arasında bir ayırım yapılarak bunun ilk adımının atılmış olması bu durumu göstermektedir<sup>196</sup>.

Fiil hakimiyetinin üç farklı türü olup bunlar doğrudan faillığe işaret eden “*harekete hakimiyet*”, dolaylı faillığe işaret eden “*iradeye hakimiyet*” ve nihayet müşterek faillığe işaret eden “*fonksiyonel hakimiyet*” şeklinde tasnif edilebilir<sup>197</sup>.

<sup>190</sup> Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 20.

<sup>191</sup> Heinrich, **AT**, Kn. 1206.

<sup>192</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 92; Heinrich, **AT**, Kn. 1206; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 37.

<sup>193</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 37; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 93.

<sup>194</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 37; Heinrich, **AT**, Kn. 1206.

<sup>195</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 58.

<sup>196</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 27.

<sup>197</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 28; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 13; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 95, 96, 97; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 58; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 9. *Roxin*

Doğrudan faillığe karşılık gelen *harekete hakimiyette* fail, evvela tek başına yahut da birden fazla kişiyle bütün suç tipini bedensel hareketleriyle, yani kendi eliyle gerçekleştiren kişidir<sup>198</sup>.

Dolaylı faillığe karşılık gelen *iradeye hakimiyette* fail, tipikliği bir başka kişinin araç haline getirilerek olay üzerinde dolaylı bir hakimiyet kurulması amacı edinilerek ve araç konumundaki bu kişi kullanılarak gerçekleştiren kimsedir<sup>199</sup>. Bu durumlarda arka plandaki kişinin iradeye hakimiyetinden söz edilmektedir<sup>200</sup>. Hiç şüphesiz ki arka plandaki kişinin hakimiyetini temellendiren husus da ön plandaki kişinin hareketine yönelik hakimiyetindeki eksikliklerdir. Yine de bu eksiklik, hiçbir şekilde ön plandaki kimsenin hakimiyetinin tamamen ortadan kalkmasına neden olmayabilir<sup>201</sup>. Yani arka plandaki kişinin hakimiyeti, ön plandaki kişinin

---

tarafından bu üçlü ayırım üzerinden geliştirilen fiili hakimiyet öğretisi, çığır açıcı bir niteliği haiz görülmekteyse de (Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 59) öğretiye yöneltilen ve fiili hakimiyet kriterinin belirsiz olduğu, zira bir defa tam anlamıyla bir tanımın ortaya konulmadığı gibi eleştirilerin de esas sebebini teşkil etmektedir.

<sup>198</sup> Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 19. Bir kimse, kendi icra ettiğinden daha iyi bir şekilde fiile hakim olamaz. Doğrudan faillikte fiili icra eden kişiye hakimiyetin tipe uygun hareketin icrası suretiyle ortaya konulabileceğini belirten *Roxin*, bu nedenle bu durumu harekete hakimiyet olarak ifade ettiğine işaret etmektedir (Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 38). Bu faillik türünün en göze çarpan faillik türü olduğunu belirten *Roxin*, fiili hakimiyetin bu türünün tipikliğin gerçekleştirilmesi olarak faillik anlayışına en belirgin şekilde uygun olmasını da buna gerekçe olarak göstermiştir (Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 38).

<sup>199</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 45, 46; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 564; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 650; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 715 vd; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 500.

<sup>200</sup> Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 20; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 45, 46.

<sup>201</sup> Nitekim bu konuda BGH tarafından verilen “*Kedi Kral Olayı*”nın irdelenmesi yerinde olacaktır. Batıl inançları olan A’ya yönelik olarak B ve C tarafından kedi kral olan şeytanın kendisine bir insan kurban edilmemesi bütün insanlığı yok edeceği söylenir. D’yi sevmeyen ve kıskanan B ve C, A’ya D’nin öldürülmesi halinde bütün insanlığın kurtarılacağını söylerler. Kendisine bütün insanlığı kurtarması için D’yi öldürmesine izin verilebileceği düşüncesiyle hareket eden A, D’yi vursa da D ölmez. Olayı ele alan BGH, A’nın yasak hatası içinde olduğunu ve fakat bu hatanın kaçınılmaz bir hata olduğunu kabul etmiş, B ve C’nin ise dolaylı fail olduğuna hükmetmiştir. Buna göre fiili icra eden kişinin arka planında çeşitli kimselerin bulunması ve ön plandaki kişinin hareketinin norma ilişkin doğruluğunu değerlendirememiş olması halinde bu kişinin bağımsız hareket etmiş olmayacağı kabul edilmektedir (BGHSt 35, s. 353 - Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 48, Kn. 36). Olayda kendi normatif bütüncül bakış açısı kapsamında münhasır durumların somut koşullarını inceleme amacını edinen BGH, arka plandaki kişide failin iradesi tarafından kullanılan fiili hakimiyetin yeterli şekilde mevcut olup olmadığını, arka plandaki kişinin etkisinin yoğunluğu ve hatanın değeri ile türüne bağlı tutmuştur (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 48, Kn. 38). Ancak BGH’nın bu kararı doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuş, bir kısım görüş fiili icra eden kişinin kaçınılmaz bir hataya düştüğü durumlarda her halde ve şartta “sorumluluk ilkesi”nin bir sonucu olarak işlediği suçun kasıtlı olduğunun kabul edileceği ve buna göre cezalandırılacağından hareketle arka plandaki kişinin azmettiren olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia ederken (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 347; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**, § 12

hakimiyetini her durumda ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan bazı kaynaklarda dolaylı faillikle azmettirme arasındaki farka değinilirken dolaylı faillikte araç olarak kullanılan ön plandaki kişinin cezalandırılmadığından söz edilmesi<sup>202</sup>, taksirli olarak hareket eden ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kuran arka plandaki kişinin dolaylı failliği görmezden gelinmesi anlamına gelmektedir ki bu, söz konusu tespitinin ne derece hatalı olduğunu göstermektedir.

Nihayet *fonksiyonel hakimiyette* fail, kişinin birden fazla kimseyle birlikte fiile ilişkin olarak yapılan planın gerçekleştirilmesi için önemli olan ve bu katkısı suretiyle bütün olaya hakimiyet kurmasını mümkün kılan görevi üstlenen kişidir<sup>203</sup>. Esasında burada kişinin kendi harekete olan hakimiyetini fonksiyonel hakimiyete dönüştüren ve böylelikle suç niteliğini haiz hareketin işlenmesini sağlayan temel unsur, herhangi bir suç ortağının suça yönelik katkısının diğer suç ortaklarının katkısıyla tamamlanacağı yahut da tam tersi suç ortağının fiile yönelik kendi katkısının diğer suç ortaklarının katkısını tamamlayacağı yönünde sahip olduğu düşünce, yani fiilin birden fazla kişiyle işlenmesine yönelik kasttır. Bu da daha evvel de üzerinde durduğumuz fiil hakimiyetinin sübjektif unsuruna işaret eder ki, böylelikle finalist fiili hakimiyet inşa edilmiş olur. Nitekim birbirinden habersiz olan suç ortaklarının aynı kişiye karşı aynı anda ateş etmeleri ve ölümüne neden olmaları durumunda her birinin gerçekleştirdiği katkı, mağdurun ölümüne yeterli olsa bile ve hatta bu kişiler daha evvel mağduru birlikte öldürme planı yapmış olsalar bile planı yanlış anladıkları için tesadüfen aynı anda ateş etmeleri durumunda da fiili hakimiyetin sübjektif unsurunun varlığından, daha doğrusu fiili hakimiyete yönelik kastın varlığından ve dolayısıyla da olayın işleniş sürecini elde bulundurmada söz edilemeyecektir. O halde birlikte suç işlemeye karar veren ve iş bölümü paylaşımına ve keza plana uygun hareket eden her bir suç ortağının sadece fiilin işlenişine yönelik kendi katkısı üzerinde fiil hakimiyetine sahip olduğu, bu durumun hiçbirine

---

Kn. 55;) diğer görüş mahkemenin kararını isabetli bulmuş ve arka plandaki kişilerin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmüştür. BGH'nın da dahil olduğu bu görüşe göre A, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalı, hatasını kabul edilse ve fakat kaçınılabılır bir hata olduğunu sonucuna ulaşılsa da A'nın hareket hakimiyetinin varlığı, B ve C'nin dolaylı faili olarak sorumlu tutulmalarına engel olarak görülmemelidir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 95).

<sup>202</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 564.

<sup>203</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 188; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 500 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 559, 560; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 704 vd.

fiilin bütünü üzerinde hakimiyet sağlamayacağı eleştirisi<sup>204</sup> büyük ölçüde etkisiz bırakılmaktadır.

#### d. Teorinin TCK'ya Yansımaları

TCK ile birlikte kanuni tanımda yer alan fiilin birlikte gerçekleştirilmesinden söz edilmiş, müşterek faillik tanımlamasına yer verilmiş, doğrudan (müstakil) failliğin de ne olduğu büyük ölçüde bu tanımdan hareketle ortaya konulur hale gelmiştir. Yine ETCK'dan farklı olarak yeni TCK'da dolaylı faillik tanımına yer verilmiş ve böylelikle dolaylı faillik kanuni temeli olan bir kurum haline dönüştürülmüştür<sup>205</sup>. Dolayısıyla da azmettirme kapsamında telakki edilebilecek bazı durumlar daha net bir şekilde dolaylı faillik nezdinde değerlendirilebilir hale gelmiş, bu da azmettirmenin kapsamının daralmasına yol açmıştır. Bununla birlikte dolaylı faillik kurumu, azmettirmeden ayrılmasını, daha doğrusu faillik-şeriklik tasnifinin doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli ölçütlerin ortaya konmasını daha da elzem hale getirmiştir.

TCK'nın başta bağlılık kuralına ilişkin düzenlemesi olmak üzere iştirake ilişkin hükümleri göz önünde bulundurulduğunda öncelikle faillik-şeriklik ayrımının yapıldığı, geniş faillik anlayışının görünüm şekillerinden sadece biri olan tek faillik anlayışının benimsenmiş olmadığı, yani ikilik sisteminin esas alındığı anlaşılmaktadır<sup>206</sup>. Bu bakımdan **TCK'da**, ETCK'ya göre sistem açısından bir farklılık getirilmemiş olsa ve bu anlamda yine ikilik sistemi benimsenmiş olsa da

<sup>204</sup> Heinrich, **AT**, Kn. 1206.

<sup>205</sup> Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, C.I, 4. Bası, Seçkin, Ankara 2010, s. 648.

<sup>206</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 497; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 431; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 686; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 488; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 636; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 555; Ekici Şahin, **AÜHFĐ 64 (3) 2015**, s. 646. *Hakeri*, iştirakin ilk şartı olarak birden fazla fail tarafından yapılan birden çok hareketten söz etmiş, adeta tek faillik sistemini kabul etmiş izlenimi oluşturmuştur (Hakeri, **a.g.e.**, s. 536, 537). Gerçekten de “iştirakin şartları” başlıklı tablo altında bütün suç ortaklarından söz etmiş, inceleme kapsamında da yardım edenden bahsetmiş, böylelikle ismen yardım etme ifadesine yer vermiş olsa da “birden fazla fail tarafından yapılan birden çok hareket” diyerek yardım etmeyi de sanki faillik nezdinde görmüştür (Hakeri, **a.g.e.**, s. 537). Zaten halen asli iştirak-fer'i iştirak ayrımını sürdürmesi itibariyle Eski TCK'da mevcut olan faillik-şeriklik ayrımını halen sürdüren ender yazarlardan biri olan *Hakeri* (Hakeri, **a.g.e.**, s. 560 vd.), azmettirmeyi de manevi faillik olarak kabul etmiş (Hakeri, **a.g.e.**, s. 576), böylelikle bu yöndeki düşüncemizi tam anlamıyla kuvvetlendirmiştir. Ancak tüm bunlara rağmen *Hakeri*, nitelikli hallerin bağlılık kuralı gereğince failden faile sirayet etmeyeceğini belirtip failden azmettiren sirayet edeceğini ifade ederek (Hakeri, **a.g.e.**, s. 590) eski kanun anlayışından ayrılmıştır.

**failliğin tespiti açısından hangi faillik öğretisinin temel alındığı noktasında önemli bir değişikliğe gidilmiştir.**

Bu açıdan failliğin tespiti bakımından hangi öğretinin esas alındığına ilişkin olarak faillik tanımının irdelenmesinde fayda bulunmaktadır. “Fiili birlikte gerçekleştiren kişiler”den söz edilmiş olması, direkt müşterek faillik tanımının yapılmış olmasından<sup>207</sup> ve TCK md. 37/1 hükmünün gerekçesinde yer alan “*Yeni yapılan düzenlemeyle iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir.*” şeklindeki ifadelerden açıkça fiil hakimiyeti öğretisinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Kanuni düzenleme ve madde gerekçesinde bu açık ifadelerden sonra Türk doktrininde bu konuda bir görüş birliğinin olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır<sup>208</sup>. Bu çerçevede TCK’da dar faillik anlayışının esas alındığı da rahatlıkla ifade edilebilir<sup>209</sup>.

Bu düzenlemeler çerçevesinde fiili bizzat icra ederek **hareket üzerinde hakimiyete sahip olmak** ya da fiili bilinçli ve iradi bir birleşmeyle başka kimselerle birlikte işleyip **fonksiyonel hakimiyete sahip olmak** yahut da zorlama veya suç örgütleri yoluyla, ön plandaki kişinin hareketinin tipik olmaması veya hataya düş(ürül)mesi ya da kusur yeteneğinin olmaması hallerinden yararlanarak **iradeye hakim olmak** suretiyle **fiil hakimiyetini** elde eden kimsenin fail olarak sorumluluğuna gidilebilecektir<sup>210</sup>.

Dolayısıyla bir kimsenin müşterek fail mi yoksa yardım eden mi olduğu yahut da dolaylı fail mi yoksa azmettiren mi olduğu tamamen fiil hakimiyeti kriterine göre

<sup>207</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 500; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 435; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 555.

<sup>208</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 503; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 434; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 696; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 491; Hakeri, **a.g.e.**, s. 535. *Hakeri*, faillik-şeriklik ayrımı bakımından TCK’da fiili hakimiyet prensibinin kabul edildiğini belirtmiş olsa da 765 sayılı TCK dönemindeki anlayışı devam ettirmiş, asli fail ve yardım eden ayrımı yaparak azmettirmeyi faillik çatısı altında telakki etmiştir (Hakeri, **a.g.e.**, s. 536). *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, eserlerinde azmettirilenin suçu azmettiren adına işlediği bilincine sahip olduğuna, suçta araç olarak kullanılan kişi ise suçu kendisi için işlediğini düşündüğüne yer vermişler, adeta sübjektif öğretinin argümanlarına yaslanmışlardır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 564).

<sup>209</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 431; Özbek, **a.g.e.**, s. 646; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 636; Özkan, **a.g.e.**, s. 9; *Koca/Üzülmez*, açıklamalarında TCK’da dar faillik anlayışının esas alınmış olmasına gerekçe olarak adeta faillik-şeriklik ayrımının kabul edilmiş olmasını göstermiş (Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2014, s. 418) ve geniş faillik anlayışının tek faillik anlayışından ibaret olmadığı yönündeki vurgulamamızın ne derece mühim olduğunu ortaya koymuştur.

<sup>210</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 434; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 696.



belirlenmeye çalışılacaktır. Şu halde her bir suç ortağının suçun icrası üzerinde hakimiyet kurup kurmadığı üzerinde normatif bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Fonksiyonel hakimiyet kriterine göre bir kimsenin müşterek fail mi yardım eden mi olduğunun tespitinde suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri roller, suçun icrasında bulunulan katkının arz ettiği önem ve zaruret göz önünde bulundurulacaktır. Benzer şekilde ön plandaki kişiyi suça sevk eden kimsenin dolaylı fail mi azmettiren mi olduğu suçun işlenişine arka plandaki kişinin mi yoksa ön plandaki kişinin mi hakim olduğuna bağlı olarak değişecektir. Zira azmettiren kimse, fiilin işleniş sürecine hakim olmayıp ön plandaki kişiye tabi bir konumdayken dolaylı fail, fiilin bütün işleniş sürecine hakim olup araç konumundaki ön plandaki kişi üzerinde kontrolü elinde bulundurur<sup>211</sup>.

Böylelikle TCK ile birlikte ETCK döneminde doktrinde mevcut olan asli fail-fer'i fail ayırımına son verilmiş, "Faillik" başlığını taşıyan TCK md. 37 hükmünü takiben "Azmettirme" başlıklı TCK md. 38 hükmüne yer verilerek azmettirmenin açıkça şeriklik kapsamında olduğu ortaya konmuştur. Şu halde ETCK dönemine ilişkin yapılan incelemede de belirtildiği üzere azmettirmenin asli faillik kapsamında telakki edilmesi ihtimali de kalmamıştır. Buna rağmen Türk doktrininde ETCK dönemindeki doktrinden etkilenerek yeni TCK ile uyumlu olup olmadığına bakmaksızın eski görüşleri yineleyen bazı yazarların varlığı dikkat çekmektedir<sup>212</sup>.

TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay kararlarında her ne kadar başlangıçta ETCK döneminin etkisi yer yer hissedilmişse de<sup>213</sup> bu etki zamanla

<sup>211</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2014, s. 430.

<sup>212</sup> Nitekim *Özbek*, azmettirmenin de aslında müşterek faillik olduğunun söylendiğini belirtmiş, müşterek faillik için mutlaka maddi bir katılımın şart olmadığını, manevi bir katılımın da yeterli olacağını ifade etmiştir (Özbek, **a.g.e.**, s. 646). Oysa ki *Özbek*'in söz konusu ifadesi *Yüce*'ye dayanmakta olup bu düşünce tamamen 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlemelere ilişkindir. Dolayısıyla bu görüşün günümüzdeki düzenlemelerle ilişkilendirilmesi hiçbir şekilde mümkün olmayıp *Özbek*'in belirttiği gibi azmettirenin failin cezası ile cezalandırılmasının nedeni de bu görüşteki gibi azmettirmenin de müşterek fail olması değildir. Esasında *Özbek* de bu ifadelerinin devamında azmettirmenin fiilin icrasına katılmadığı için müşterek fail olmadığını belirtmiş, fiili hakimiyete işaret etmiştir. Benzer şekilde *Hakeri*'nin de azmettirmeyi de manevi faillik olarak kabul etmiş olması dikkat çekmektedir (Hakeri, **a.g.e.**, s. 576).

<sup>213</sup> 765 sayılı TCK döneminin Yargıtay kararları üzerindeki etkileri, 5237 sayılı TCK'nın kabul edildiği 2005 yılından sonraki birkaç yıl daha devam etmiştir. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 27.12.2006 tarih ve 6069 sayılı kararında, "*Sanık Yalçın'ın mağdureyi yanılarak hileli bir şekilde kapının açılmasını sağlaması ve diğer sanık Deniz'in bıçakla mağdureye vurması sırasında da onu kollarından tutarak etkisiz hale getirmesi hususları nazara alındığında sanığın suç işleme iradesi ve suçun icrasına olan hakimiyeti nedeniyle fail sayılıp 5237 sayılı*

azalmıştır. Nitekim mahkeme kararlarına bakıldığında fiil hakimiyeti kriterinin benimsendiği, faillik-şeriklik ayrımının bu ölçüte göre gerçekleştirildiği görülmektedir<sup>214</sup>. Buna rağmen mahkemenin fiil hakimiyeti kriterine bazı kararlarında açıkça yer verirken<sup>215</sup> genel itibariyle yer vermediği, sadece olayın koşullarını irdeleyerek kişilerin fail mi yoksa şerik mi oldukları konusunda genel bir kanaate ulaştığı dikkat çekmektedir<sup>216</sup>.

## II. TARİHİ GELİŞİM

### A. Kıta Avrupasında Tarihi Gelişim

Şerikliğin failin fiiline bağlılığının temellerine ilişkin teorik tartışmaların gelişiminin 20. yüzyılın başlarına dayandığı belirtilebilir. İştirak öğretisi altında bağlılık kuralının gelişimine değinilen birçok araştırmada, bu konu iştirak kapsamında tartışılabilir bir husus olması nedeniyle geri planda kalmıştır. Bu şekilde bağlılık kuralının dogmatik anlamda arka planı ihmal edilmiştir<sup>217</sup>.

Geçmişte konuya ilişkin yapılan dogmatik tartışmaların ve yargısal kararların teşhis edilmesi ve bağlılık kuralının belirli bir şeklinin ortaya çıkarılması kanun

---

yasanın 37. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde **yardımcı fail** sayılarak hüküm kurulması...” hukuka aykırı görülmüştür (Hakeri, **a.g.e.**, s. 563).

<sup>214</sup> “...olay tarihinde sanık Gönül’ün mağdureye gecelik getirip ısrarla üzerini değiştirmesini istediği, mağdurenin üzerindeki elbiseleri çıkartıp atlet ve kilotla kalmasından sonra oğlu olan diğer sanık Bekir’i odaya çağırdığı, her iki sanık birlikte mağdureyi zorla yere yatırdıkları, sanık Bekir’in mağdurenin üzerine çıktığı, bundan sonra sanık Gönül’ün odadan çıktığı ve sanık Bekir’in mağdureyle zorla cinsel ilişkiye girdiği, bu suretle sanık Gönül’ün nitelikli cinsel istismar suçunun icra hareketlerine doğrudan katıldığı anlaşılmalı, sanık Gönül’ün TCK’nın 37/1. maddesi gereğince doğrudan fail olarak cezalandırılması gerekirken yardım eden olarak kabulüyle TCK’nın 39/2. maddesi gereğince indirim yapılması...” Y. 14. CD., 19.06.2012, 2012/3576, 2012/6975 – M. EminArtuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, **TCK Şerhi**, C. 1, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2014, s. 1246.

<sup>215</sup> Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 02.02.2010 tarih ve E. 2009/1-239, K. 2010/14 sayılı kararında “...Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.” şeklindeki ifadelerden de bu açıkça anlaşılmaktadır. Karar için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 498, dpn. 915. Benzer karar için bkz. Y 1. CD., 13.03.2007, 1122/2452.

<sup>216</sup> “Suça konu çuval içerisindeki uyuşturucu maddeyi teslim edebileceği yere kadar getirip bu yerde alıcı kılığındaki muhbir ile bekleyen kocasına teslim edip daha sonra uyuşturucu maddenin satımından elde edilen parayı kocasından alarak olay yerinden uzaklaşan sanık A...’nin gerçekleştirdiği eylemler itibariyle faillik statüsünün TCK’nın 37. maddesinde öngörülen hale uyduğu gözetilmeden yardım eden şeklinde nitelendirilip hakkında anılan kanunun 39. maddesi uygulanarak cezasından indirim yapılması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır (Y. 10. CD., 21.03.2007, 89/3384 – Özbek, **a.g.e.**, s. 651)”.

<sup>217</sup> Wilhelm Bauer, **Die akzessorische Natur der Teilnahme**, Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. A. Huth, Göttingen 1904, s. 1; Poppe, **a.g.e.**, s. 47.

koyucuya rehberlik edecektir. Elbette bağılılığın temelini iştirake dayanması, konuya ilişkin ileri sürülen farklı teorilerin varlığını ön plana çıkarmakta, bu da hangi öğretinin esas alınması gerektiği sorusuna gerekçeli bir cevap verilmesini zorunlu hale getirmektedir.

Bu kapsamda bağılılığa ilişkin bir irdeleme yapılırken şeriklerin bağı yapıısıyla birlikte belki de bundan evvel faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin görüşlere, doktrinsel gelişmelere ve bunların kanuni düzenlemelere olan etkilerine değinilmesi oldukça büyük bir fayda sağlayacaktır. Zira şeriklerin varsa bağı yapıısının daha iyi bir şekilde tahayyül edilebilmesi, ancak şeriklerin kendisine bağı olarak addedildiği failliğin yapıısının ve çerçevesinin anlaşılması ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla faillik-şeriklik ayırımına dair teorik gelişmelerin ardından roma hukuku dönemi başta olmak üzere tarihi gelişim sürecine göz atılması, konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

### **1. Roma Hukuku Dönemi**

Roma hukukundan bahsederken her şeyden önce genel bir bakış olarak kamusal suçların özel hukukta yer alan haksızlıklardan farklı olduğunu, yani günümüzdeki ayırımın da temellerinin o döneme dayandığını ifade etmek gerekir<sup>218</sup>. O dönem içerisinde cezai hareketler (*actiones poenales*) bakımından yaptırım olarak para cezasına bir yönelme söz konusu olmuştur. Buna göre işlenen haksız fiilden sorumlu tutulan fail, para cezası ile cezalandırılıyor ve bu sayede haksız fiilden dolayı mağdur olan kişiye tazminat ödenmesi sağlanmış oluyor, dolayısıyla da cezalandırma fonksiyonu zararın tazmini suretiyle yerine getiriliyordu<sup>219</sup>. Özellikle de malvarlığına yönelik zararların söz konusu olması durumunda zarar görenin zararının tazmin edilmesinin yanı sıra failin özgürlüğünden yoksun bırakılması gibi bir cezaya yahut da para cezasına mahkum edilmesi şeklinde ağır sonuçlar da ortaya çıkabilmekteydi<sup>220</sup>.

Bu bilgilerden sonra iştirak konusuna gelinecek olursa en başta o dönem içinde günümüzde olduğu gibi bütün suçlar bakımından geçerli olacak genel bir iştirak

<sup>218</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 48.

<sup>219</sup> Hellmuth Mayer, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln 1953, s. 301; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 48.

<sup>220</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 56.

düzenlemesinin öngörülmüş olmadığı, altı çizilmesi gereken bir husustur<sup>221</sup>. Zaten sorunlara meseleci bir anlayışla yaklaşan Roma hukuk düşüncesine genelleştirme ve soyutlama yöntemi pek de uygun düşmemektedir. Herhangi bir fiilin işlenmesine birden fazla kişinin katılımı söz konusu ise bu durumda kişilerin, söz konusu fiilin işlenişinde oynadıkları rol hiçbir şekilde dikkate alınmamış ve aralarında herhangi bir farklılaştırma yapılmamıştır.

Bununla birlikte suça iştirak şekilleri, hukuki sonuçların belirlenmesi açısından herhangi bir önem arz etmese de yalnızca farklı isimlendirmelerle mevcut olmuştur<sup>222</sup>. Diğer bir ifadeyle katılımcıların hareketlerinin türüne pek önem verilmemekte, aralarında kavramsal bir farklılık yapılmamaktadır<sup>223</sup>. Esasında bu durum, birçok suç tipi bakımından suçun kanuna göre kural olarak hazırlanma, icra etme ve destekleme gibi bütün katılım şekilleriyle ortaya konulan ortak bir netice olarak görülmesinden kaynaklanmaktaydı. Zaten suç tanımlamalarında fail gibi belli bir kişiyi işaret edebilecek herhangi bir belirlemeye yer verilmemiş, sadece ceza yaptırımını altına alınan hareketin gösterilmesi ile yetinilmiştir<sup>224</sup>. Nihayet tüm bu hususlar dikkate alındığında Roma hukukunda tek faillik sisteminin geçerli olduğu sonucuna ulaşılabileceği ifade edilmiştir<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47; Vesile Sonay Evik, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, Oniki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2011 s. 7.

<sup>222</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 56; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996, s. 24; Erem/Danişman/Artuk, **a.g.e.**, s. 359; Akbulut, **GÜHFD**, s. 169; Özkan, **a.g.e.**, s. 31. Nitekim bu isimlendirmeler bakımından da birçok farklı kavram kullanılmış olup bu kavramlar açısından da bir karışıklık söz konusudur. Bununla birlikte zaten konuya ilişkin genel kurallar bulunmadığından ifadelerin de bilimsel olmaktan çok günlük konuşma diline ait olması o dönem için hiç de şaşırtıcı görülmemektedir (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24).

<sup>223</sup> Franz v. Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 21. und 22. Auflage, de Gruyter, Berlin und Leipzig 1919, s. 205; Wilhelm Rein, **Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian**, Aalen 1962, s. 185; Waldemar Engelmann, "Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem Italienischen Recht des Mittelalters", **FS-Karl Binding**, Band II, Leipzig 1911, s. 397; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47; Poppe, **a.g.e.**, s. 53; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24. Nitekim v. Liszt, roma hukukunda *auctores, socii, ministri, fautores, participes* şeklinde suç ortaklarının cezalandırıldıkları, aralarında kavramsal bir farklılık yapılmadığına işaret etmiştir (v. Liszt, **a.g.e.**, s. 205).

<sup>224</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47. Bu anlamda bütün iştirak şekillerine aynı ceza yaptırımının uygulandığı belirtilebilir (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24).

<sup>225</sup> Theodor Mommsen, **Romisches Strafrecht**, Akademie Verlag, Berlin, 1955, s. 100; v. Hippel, **a.g.e.**, s. 441; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 453; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 48; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24;

Elbette birçok suç tipi bakımından kişilerin hareketlerinin türüne önem verilmemesinin konumuz bağlamında önemli bir sonucunun olduğu ifade edilebilir. Her şeyden evvel bu durum, -her ne kadar Roma hukukunda ceza hukukuna ilişkin fiilin tanımlanması, kusurun cezaya uygun olması, sorumluluk için kastın esas olması gibi genel kurallar belirlenmiş olsa da- kural olarak farklı şeriklik türlerinin genel itibariyle tam olarak bilinmediği gerçeğini ortaya koymakta, bu anlamda da suçun işlenişine her ne şekilde katılırsa katılsın herkes eşit şekilde sorumlu tutulmaktaydı. Dolayısıyla da kural olarak suçun işlenişine katılan herkes aynı ceza ile cezalandırılmakta, bu bağlamda ortaya konulan suça yönelik katkı, genel bir kabulle failliğin cezalandırılabilirliği kademesine konulmaktaydı<sup>226</sup>.

Roma hukukunda bu önemli sonucu beraberinde getiren farklı şeriklik türlerinin mevcut olmaması ve herkesin fail gibi eşit şekilde sorumlu tutulmasının daha önce de ifade ettiğimiz üzere bazı durumlarda istisnalarına rastlanmıştır. Yani öngörülen bir kısım suç tiplerinde kişilerin işlenen suça yönelik olarak ortaya koydukları katkının türüne veya ağırlığına göre farklı katılım şekilleri dikkate alınıp aralarında ayırım yapılmasına rastlanabilmekteydi<sup>227</sup>. Nitekim bu dönemde özellikle de kamunun ihlali nedeniyle haksızlık derecelerinin daha ağır olduğu nitelendirmesi yapılarak öldürme ve vatana ihanet gibi suçlar bakımından kişiler arasında kısmen de olsa bir ayırım yapılması dikkat çekmektedir. Bu bağlamda fiile katılan birçok kişinin bulunduğu suça iştirak durumunda kişilerin fiilin işlenişine yaptıkları katkının türü veya ağırlığına göre bir ayırma yer verildiği ve bu statülerin farklı kavramlarla ifade edildiği durumlara da rastlanmıştır<sup>228</sup>. Elbette statülerin terminolojik ifadelerinin tam olarak karşılık bulduğu ifade edilemezse de yaygın olarak fail olan kişiler için *auctor*

---

Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 359; Aydın, **a.g.e.**, s. 66; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 169; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 635.

<sup>226</sup> Rein, **a.g.e.**, s. 185; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47. Bununla birlikte bazı durumlarda amaçlanan neticenin şeriklik hareketi olması nedeniyle hakim rüsvet alması, yalan tanıklık gibi kişilerin bazı hareketlerinin nitelikleri gereği bağımsız kendine özgü bir suç olarak kabul edildiğine rastlanmaktadır (Engelmann, **a.g.e.**, s. 397). Bu suretle aslında şeriklik konumunda bulunan kişilerin hareketlerinin de bağımsız faillik seviyesine yükseltildiği belirtilebilir (Poppe, **a.g.e.**, s. 53).

<sup>227</sup> Rein, **a.g.e.**, s. 185; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 7, 8.

<sup>228</sup> Philipp Allfeld, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, A. Deichersche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1934, s. 207; Helmuth Mayer, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, W.Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln 1953, s. 301; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47.

ve ona yardım eden kişiler için ise *minister* şeklinde ibareler kullanılmaktaydı<sup>229</sup>. Nitekim fail için *factor*, *peccator*, *reus principalis*, *reus*, *qui mandat*, yardım eden için ise *socius*, *conscii* gibi ifadelerle de rastlanmış olduğunu belirten Rein<sup>230</sup>, ilginç bir şekilde günümüz ifadesiyle azmettireni de *auctor* altında incelemiş, üçüncü bir kişinin emri suretiyle itaat zorunluluğu gereğince reddedilmeyecek olan bu emrin yerine getirilmesi suretiyle bir suçun işlenmesi halinde yalnızca emreden kişinin *auctor* sıfatıyla cezalandırılabilmesine işaret etmiştir<sup>231</sup>.

## 2. Ortaçağda Avrupasındaki Gelişmeler ve Düzenlemeler

Bu dönem içerisinde Alman hukukuna etki eden Fransız hukukunda kan davası ve kişisel öç bir tarafa bırakılmış ve kamusal gücün muvaffak olmasıyla birlikte haksız fiillerin cezalandırılmasına hizmet eden haksız neticelere kan parası ve kefarete sistemi hakim olmuştur<sup>232</sup>. Alman hukukunda da neticeye dayalı sorumluluk esas alınarak *kişisel olmayan* öç alma düşüncesine bir yöneliş söz konusu olmuştur<sup>233</sup>. Bu durum 6. yy'dan itibaren daha da belirgin hale gelmiş, hukuki ihlallerin her türü bakımından bir kefarete kategorisi öngörülmüş, kefaretin temeli ise kan parasına dayandırılmıştır<sup>234</sup>.

İştirak konusunda bir açıklama yapılabilmesi için bilinmesi gereken ilk husus, ortaçağın sonlarından itibaren genelleştirilmeye başlanan suç tiplerinin bu dönem içerisinde teker teker tanımlanıyor olmasıdır. Diğer bir deyişle, ortaçağın sonlarına kadar suç tiplerinin kazuistik olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu tanımlamaların faillige de etki ettiği görülmektedir. Nitekim bazı Alman kaynaklarında o dönemde öldürmenin faili olarak katil, bıçak veya kılıçla vurarak öldüren veya silahını o kişinin kanyla kızıla boyayan kişi olarak nitelendirildiğine işaret edilmiştir<sup>235</sup>.

<sup>229</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 47; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 8, 9.

<sup>230</sup> Rein, **a.g.e.**, s. 185, 200

<sup>231</sup> Rein, **a.g.e.**, s. 191. Buna karşılık mutlak itaat kuralının geçerli olmadığı hallerde –söz gelimi özel bir kişi veya babanın emri durumunda- özellikle de ağır suçlar bakımından hem emri veren hem de emri yerine getiren kişilerin birlikte sorumlu tutulduğu ifade edilmelidir. Bu gibi durumlarda emri yerine getiren kişinin, emri verenin iradesinin bir tecellisi olan emrin haksızlık teşkil ettiğini düşünmesi gerektiği dikkate alınmıştır (Rein, **a.g.e.**, s. 193).

<sup>232</sup> Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>233</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 58.

<sup>234</sup> Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>235</sup> Wilda, **a.g.e.**, s. 610, 611; Schlutter, **a.g.e.**, s. 19; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 49; Poppe, **a.g.e.**, s. 58.

Bununla birlikte en azından bu dönemin ilk başlarında günümüz ifadesiyle yardım eden ve azmettiren konumundaki kişiler bakımından hem Alman hukukunda hem de Fransız hukukunda kesin bir ayrıma yer verilmemiş<sup>236</sup>, bu bağlamda da günümüz modern hukuk sisteminde olduğu gibi müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme gibi ayrımlar o dönemki hukuk düşüncesinde de belirsiz kalmıştır<sup>237</sup>. Zira o dönem içerisinde bir başka kişinin fiili işlemesine neden olma veya bunu desteklemenin bir iradenin görünümü olarak dış dünyada meydana gelen bağımsız bir davranış olarak tezahür etmemiş olmasına, başka bir deyişle bu kişilerin maddi anlamda gerçekleştirdikleri herhangi bir hareketin bulunmuyor olmasına dayandırılmıştır<sup>238</sup>. Bu anlamda o dönemki hukuk düşüncesine göre herhangi bir fiilin cezalandırılabilmesi, dış dünyada fark edilebilir şekilde kişinin fiille, özellikle de meydana gelen netice ile olan bağlantısına işaret eden, dışarıdan görülebilen maddi belirtilerin bulunmasına bağlı tutulduğundan sadece fikirsel anlamda katkı sağlayan kişilerin durumu belirsiz kalmıştır<sup>239</sup>. Bu duruma bağlı olarak da failliğin varlığını gösteren hususlar, sık sık failin suçu işlemesinden sonra ortaya çıkarılmaktaydı<sup>240</sup>. Dolayısıyla o dönem bakımından netice sorumluluğunun esas alınmakta olduğu, bunun bir sonucu olarak da meydana gelen netice dolayısıyla ödenmesi gereken kan parası yahut da kefarete bakımından birden fazla failin varlığı halinde mağdurun her birini ya da aralarından sadece birini yahut da birkaçını dava

<sup>236</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 441; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 49; Markus Welz, **Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe**, Peter Lang, Berlin 2009, s. 7; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 11. Tüm bu hususlara rağmen *istisnaen* de olsa dış dünyaya doğrudan yansımış bir netice olmamasına rağmen azmettirmenin cezalandırılabilir olduğu durumlar da söz konusu olmuştur (Welz, **a.g.e.**, s. 7, dpn. 7; Schlutter, **a.g.e.**, s. 19; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 49). Nitekim öldürmeye azmettirme, yalan yere tanıklığa veya kundaklama ve kadın kaçırma suçlarına azmettirme yahut da yabancı bir kölenin hırsızlığa azmettirilmesi bu tür azmettirme düzenlemelerine örnek olarak gösterilebilir (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 49; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24).

<sup>237</sup> Wilda, **a.g.e.**, s. 610; Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 36; Welz, **a.g.e.**, s. 7; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 170.

<sup>238</sup> Wilda, **a.g.e.**, s. 610; Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 36; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, 49; Welz, **a.g.e.**, 7. Buna karşılık *Schlutter*, bu kişilerin faille birlikte müşterek fail olarak düşünüldüklerini, dolayısıyla da azmettirme ve yardım etme kavramlarının bir anlamda cezasız kaldıklarını ifade etmektedir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 19).

<sup>239</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>240</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 49

etmiş olması bir önem arz etmeksizin yalnızca tek bir kan parası veya kefarete ödendiği görülmüştür<sup>241</sup>.

Bu dönemin ilk zamanlarında şerikliğin cezalandırılmamasının bir diğer nedeni olarak da “suç teşkil eden haksız bir fiili (missetat)” işlemeye başlayan özgür bir kişinin tam ve tek başına sorumluluğu üzerine aldığı, bu çerçevede de yanında bulunan diğer suç ortaklarının dikkate alınmadıkları görülmektedir<sup>242</sup>. Elbette Alman hukukundaki gerçekleştirilen her davranışın sorumluluğunu da üstlenme şeklindeki bu kuralın bir istisnası da öngörülmüştü. Bu istisna, efendinin kölesi için sorumluluğu bakımından söz konusu olmaktaydı. Zira özgür olmayan bir kimse, efendisinin emri üzerine herhangi bir suçun işlenmesine neden olursa esir konumundaki kişi sorumluluktan tam anlamıyla muaf tutulmakta ve araç konumunda görülen kölenin işlediği fiilden dolayı sanki kendisi işlemiş gibi efendi konumundaki kişi cezalandırılmaktaydı<sup>243</sup>. O dönem bu şekilde efendi konumundaki kişinin emri altındaki kişiye hukuka aykırı olarak verdiği emrin yerine getirilmesi nedeniyle sorumlu tutulması, günümüzdeki dolaylı faillik kurumunu hatırlatmaktaysa da<sup>244</sup> bunun dolaylı faillik olarak görülemeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim efendinin sorumluluğu için kölesinin niyetini bilme ve istemesi bir şart olarak telakki edilmemiştir<sup>245</sup>. O halde efendi tarafından verilen emirlerin yerine getirildiği bu gibi olaylarda efendinin sorumluluğunu *yalnızca* aile reisliği düşüncesine dayandırmak ve fiilin gerçekleşmesi bakımından söz konusu olan hakimiyetinden hareket etmemek akla daha yakın görülmektedir. Yine de bu şekildeki bir uygulamanın, dolaylı faillik kurumunu anımsattığı gerçeği de tamamen inkar edilemez.

Alman hukuku düzenlemesinde faillerin belirlenmesi için orta çağ hukukundan önemli bir iktibas söz konusu olmuş, yalnızca terminolojik ifadeler bakımından bazı değişiklikler yapılmış, bu bağlamda hareketin icra edilmesine doğrudan etkide bulunan kişiler, bazı suçlarda genelleştirmeler yapılarak kendi eliyle hareket eden

<sup>241</sup> Eb. Schmidt, *a.g.e.*, s. 35.

<sup>242</sup> Welz, *a.g.e.*, s. 7; Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 49; Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 25.

<sup>243</sup> Poppe, *a.g.e.*, s. 58; Wilda, *a.g.e.*, s. 613.

<sup>244</sup> Schlutter, *a.g.e.*, s. 21.

<sup>245</sup> Schlutter, *a.g.e.*, s. 21, 22; Poppe, *a.g.e.*, s. 58.



(handtatiger), aynı kusura sahip olan (selbschuldiger) veya süreci yöneten kişiler (Sachwalter) gibi kavramlarla ifade edilmeye çalışılmıştır<sup>246</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere her ne kadar faillik ve şeriklik arasında belirgin bir ayrıma rastlanmamış olsa da sadece belirli durumlarla sınırlı olmak kaydıyla azmettirme ve yardım etmeye yer verildiği ve bu kişilere yönelik olarak belirli bir yaptırımın öngörüldüğü ifade edilebilir<sup>247</sup>. Bu bağlamda nicelik itibariyle az da olsa müşahhas bir şekilde azmettirmeye bağımsız bir haksızlık olarak değerlendirilmek suretiyle yer verilmiştir<sup>248</sup>. Nitekim bu dönemde hırsızlık için kölenin azmettirilmesi (6. - 8. yy'lar arasında Lex Baiuvariorum kapsamında), öldürmeye azmettirme (6. yy'da Edictus Rothari kapsamında) veya bir diğer kimsenin öldürülmesi için kiralık katil tutulması (6. yy'da Lex Salica kapsamında) gibi ifadelere rastlanmaktadır<sup>249</sup>. Bu düzenlemeler kapsamında azmettirenin faille aynı ceza ile cezalandırılması söz konusu olmayıp örneğin bir kimsenin öldürülmesi için kiralanan kişiye kan parası olarak ödenen paranın yalnızca bir kısmının ceza olarak tayin edilmesi söz konusu olmuştur<sup>250</sup>. Keza öldürme fiilinin azmettireninin mağdurun akrabalarının dayağına maruz kalacağı, bazı olaylarda ise azmettirenin para cezası ödeyeceği kabul edilmiştir<sup>251</sup>.

Nihayet bu dönemin ilerleyen zamanlarından itibaren şeriklere ilişkin ayrımlar bakımından bir belirginleşme ortaya çıkmaya başlamıştır. Nitekim yardım edene ilişkin bazı düzenlemelerin öngörülmüş olduğu ve hatta yardım etmenin farklı türlerine yer verildiği dikkat çekmektedir. Yardım etme, türleri bakımından “yakın yardım”, “uzak yardım” şeklinde ayrılmış, kendi eliyle (handtatiger) şeriklik ve maiyet altında bulunmak suretiyle şeriklik gibi bir tasnif ortaya konmuştur<sup>252</sup>. Fiilin işlenmesine fiziksel anlamda bir katkı sunan, kendi eliyle söz gelimi öldürme fiili

<sup>246</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 21, 22; Poppe, **a.g.e.**, s. 59.

<sup>247</sup> Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 36.

<sup>248</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 441; Welz, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>249</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 7; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 24; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 11.

<sup>250</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>251</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 7, 8. Kuzey Alman hukuk sisteminde yalnızca belli durumlarda söz konusu olan azmettirme durumunda para cezası öngörülmekte olup öngörülen bu ceza, fail hakkında öngörülen cezadan daha hafif olmaktadır (Welz, **a.g.e.**, s. 8, dpn. 21).

<sup>252</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 59; Wilda, **a.g.e.**, s. 612, 613; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 25.

işlenirken mağduru tutan kişi, “yakın yardım eden” olarak nitelendirilmiş, kuzey Alman kaynaklarında da “*haldbani*” olarak gösterilmiştir<sup>253</sup>. Bunun yanında yalnızca failin işlediği fiil bakımından faile destek olmak amacıyla fiilin işlendiği yerde bulunması durumunda da kişinin yardım eden olması mümkün görülmekteydi ki bu da “uzak yardım eden” olarak kabul edilmiştir<sup>254</sup>.

Yardım etme bakımından örgütsel olarak işlenen suçlarda yardım eden olan kişilerin suçun failleri ile birlikte her durumda daha ağır ceza ile cezalandırıldıklarına da rastlanmaktadır<sup>255</sup>. Bu anlamda yardım etmenin cezalandırılabilirliğinin özellikle askeri olarak örgütlenen ordulardan kaynaklı örgütlü suçlar bakımından bir gelişme gösterdiği belirtilebilir<sup>256</sup>. Başlangıçta bu şekildeki örgütsel nitelikteki suçlara katılan herkes soyut bir şekilde müşterek fail olarak anlaşılmaktayken daha sonra farklı katılım şekilleri arasında bir sınıflandırılmaya gidilmiş<sup>257</sup>, söz konusu oluşumların başında bulunan kişilerin dışındaki kimseler yardımda bulunanlar olarak nitelendirilmiştir<sup>258</sup>.

Her ne kadar yardım etme ile azmettirme zamanla biraz daha belirgin hale gelmeye başlasa ve günümüz anlamıyla o dönemde yerini tam anlamıyla bulmuş olsa

<sup>253</sup> Wilda, **a.g.e.**, s. 611; Poppe, **a.g.e.**, s. 59; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 11. Söz gelimi bir hizmetçi kadına şiddet uygulanması durumunda faile 6 Solidi (Romalılar döneminde madeni paraya verilen isim) para cezası verilmekteyken kendi eliyle faile destek olan yardım eden kişiye 3 Solidi, buna karşılık doğrudan fiile katılmayıp bir anlamda fiilin işlenmesine destek olan yardım eden 2 Solidi para cezası ile cezalandırılmaktaydı (Schlutter, **a.g.e.**, s. 20).

<sup>254</sup> Wilda, **a.g.e.**, s. 612; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 25.

<sup>255</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 441; Schlutter, **a.g.e.**, s. 20; Welz, **a.g.e.**, s. 8; Hermann Conrad, **Deutsche Rechtsgeschichte**, Band I, 2. Auflage, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1962, s. 173, 174; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 11. Bu çerçevede orta çağa kadar herhangi bir suçun işlenmesine katılan kişilerin belli bir sayıda olmaları gerekliliğini öngören çeşitli iştirak kategorileri tespit edilmiştir (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 52; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 26). Nitekim Bloy, bu hususta “Lex Salica”dan yola çıkarak örnek vermektedir. Buna göre özgür bir kimse, kendi evinde bir çetenin saldırısına uğrar ve öldürülürse kanuna göre her bir failin cezasının üç katı oranında artırılması kabul edilmekteydi. Dolayısıyla yaptırım olarak öngörülen kan parası cezası üç katı olarak öngörülmekteydi. Ayrıca bu kanunla birlikte faillerin üç kişiden daha fazla olmayacakları, faillerin dışında kalan çete üyelerinin ise 90 Şilin ile 45 Şilin arasında değişen kan parası ödemeleri gerekecek, diğer katılımcıların ise cezasız kalacakları ifade edilmiştir (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 52; Welz, **a.g.e.**, s. 8). Keza bir kadının kurulan bir çete aracılığıyla öldürülmesi yahut da kaçırılması halinde yine bu çetede yer alan herkes para cezası ile cezalandırılmakta, buna göre tıpkı yukarıdaki örnekte olduğu gibi üçüncü kişinin dışındakilerin çok daha az bir ceza ile cezalandırıldıkları tespit edilebilmiştir. Ancak orduya baskın yapılması halinde *Lex Salica*’ya göre baskının gerçekleştiren kişiler arasında bir ayırım yapılmamış, her biri hakkında aynı cezaya (63 Şilin) hükümlenmiştir (Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 35).

<sup>256</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 25.

<sup>257</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 19; Poppe, **a.g.e.**, s. 59.

<sup>258</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 25.

da bunun pek de kolay olduğu ifade edilemez. Zira maddi yardım etme ile azmettirme arasındaki ayrımın tam olarak belirgin olmadığına değinilmiştir. Öyle ki manevi şeriklik başlığı altında hem suçun işlenmesi için faile araç sağlama veya yol gösterme anlaşılakta, hem de failde suç işleme düşüncesine neden olma, failde bu yönde bir düşüncenin oluşmasını sağlama yer almaktaydı<sup>259</sup>. Nitekim azmettiren kişi, yalnızca öldürme suçu bakımından<sup>260</sup> failin altında “yardımcı” olarak kabul edilmiş ve fakat sorumluluğu para cezasının üçte biri ile sınırlandırılmıştır<sup>261</sup>. Ayrıca azmettirmenin cezalandırılabilir olarak kabul edilmesi, failin fiili işlemesine neden olmanın yanında ayrıca fiili işleme yönündeki niyetini kuvvetlendirme şeklinde de öngörülmüş, bu suretle manevi şeriklik görünür hale gelmiştir<sup>262</sup>. Elbette azmettiren, faile oranla daha az ceza ile sorumlu tutulmuşsa da bu durum zamanla kısmen de olsa bir takım değişikliklere uğramıştır. Bununla birlikte uygulamada faile göre azmettirenin cezasının bazen daha sert bazense daha hafif olması, güvensizliklerin ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>263</sup>.

Tüm bu bilgilerin yanı sıra orta çağ Avrupa hukukunda suç ortaklarının niteliklerinin mağdurdaki yara sayısına göre belirlendiği görülmektedir. Buna göre Saksonya kaynakları irdelendiğinde kavga esnasında gerçekleşen ölümcül yaraların sayısı dikkate alınmış, sadece bir yaranın ölümcül olması durumunda yalnızca yaralayan kişi kasten öldürmenin faili olarak cezalandırılırken diğer kişiler şerik olarak sorumlu tutulmuş, buna rağmen birden fazla ölümcül nitelikte yaranın bulunması halinde Saksonya hukukuna göre de birden fazla kişinin kasten öldürme suçunun faili olarak sorumlu tutulabilmesi yoluna gidilmiştir<sup>264</sup>. Ölümcül yarayı kimin açığının ortaya konulamaması halinde daha eski Saksonya hukukuna göre fiilin işlenmesine katılan herkes, kasten öldürmenin faili olarak ele alınmıştır<sup>265</sup>.

<sup>259</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 19; Wilda, **a.g.e.**, s. 612.

<sup>260</sup> Schutter, **a.g.e.**, s. 20.

<sup>261</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 25.

<sup>262</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 50. Bu kavram, günümüzdeki azmettirme kurumunu büyük ölçüde karşılamaktaydı. Zira söz konusu kavram kapsamında failde suç işleme kararına neden olmanın yanı sıra failin kararını vermesi konusunda cesaretlendirme de yer almaktaydı (Poppe, **a.g.e.**, s. 60).

<sup>263</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 50;

<sup>264</sup> Rudolf His, **Das Strafrecht des Deutschen Mittelalters**, Scientia Verlag, Aalen, 1964, s. 113.

<sup>265</sup> His, **a.g.e.**, s. 114.

Elbette o dönemki kaynak sadece Saksonya hukukuna dayanmamaktadır. Nitekim başka hukuki kaynaklarda da benzer kabulün yer aldığı görülmektedir. Yine kavga esnasındaki öldürmelerde sadece ölümcül yaraları gerçekleştiren kişinin kasten öldürmenin faili olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bununla birlikte birden fazla kişinin önceden bir karar vermiş olmaları ve öldürülen kişiye birlikte saldırımları durumunda bu kuraldan bir ayrılma söz konusu olmuş, bu durumda bütün suç ortaklarının ölümle cezalandırılacağı kabul edilmiştir<sup>266</sup>. Tüm bunların bu dönem içerisinde iştirak kurumunu şekilciliğe mahkum etmiş olduğu anlamına geldiği ifade edilmiştir<sup>267</sup>.

### 3. 13. - 16. Yüzyıllar Arasındaki İtalyan Ceza Hukuku Bilimsel Çalışmaları

Orta çağ İtalya'sının 12. yy'de ve 13. yy'nin ilk döneminde roma hukukunda ceza hukuku alanı üzerine çalışmalar yapan Glassatorların *Corpus Iuris Civilis*'u yorumladıkları görülmektedir<sup>268</sup>. Bu dönem içerisinde faillik ve şeriklik ayrımı bakımından farklı iştirak şekillerinin söz konusu olduğu, bunların da yalnızca birkaçının günümüzde geçerli olan iştirak türleriyle uyduğu belirtilmektedir<sup>269</sup>. Bu dönem içerisindeki bilimsel çalışmalar irdelendiğinde günümüzdeki yardım etme ve azmettirme şeklindeki şeriklik türlerine karşılık gelebilecek “*mandatum*”, “*consilium*” ve “*auxilium*” şeklinde ifadeler dikkati nazara alındığında genel olarak iştirak türlerinin belirgin bir şekilde ayrılmış şekline ilk defa bu dönemden itibaren rastlanmaya başlandığının ifade edilmesi yanlış olmayacaktır<sup>270</sup>. Bu iştirak türlerinin tam manasıyla günümüzde hangi iştirak türlerine karşılık geldiği konusunda oldukça farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere yer vermeden evvel faillik alanına ilişkin temel hususlara değinmekte fayda bulunmaktadır.

Fiili doğrudan icra eden kişinin fail olarak nitelendirildiği bu dönemde fiili doğrudan icra etmiş olsa bile zorunluluk hali içerisinde bulunan, akıl hastalığı nedeniyle kusur ehliyetine sahip olmayan ya da bağlayıcı emir dolayısıyla hareket

<sup>266</sup> His, a.g.e., s. 114.

<sup>267</sup> Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 26.

<sup>268</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 53; Poppe, a.g.e., s. 62.

<sup>269</sup> Poppe, a.g.e., s. 62; Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 26.

<sup>270</sup> v. Hippel, a.g.e., s. 442; Allfeld, a.g.e., s. 207.

etmek durumunda kalan kişinin fail olarak addedilmediği<sup>271</sup>, bu tür durumlarda arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi araçsallaştırarak kullanan kişi olarak “gerçek fail (vere facit)” olduğu belirtilmiştir<sup>272</sup>. Bu durum dolaylı failliği andırır da bu, açıkça kavramsal bir şekilde ifadesini bulmuş değildir. Bu hallerde hareket eden kişi üzerindeki manevi etkileme hareketinden bahsedilmiş, manevi etkide bulunan kişinin suç teşkil eden hareketi işlemesi halinde fiili doğrudan işleyen kişi “causa secunda proxima immediata” şeklinde doğrudan neden olan **ikinci koşul** olarak kabul görmekteyken manevi etkide bulunan kişi ise “causa prima remota” şeklinde uzak ve fakat **ilk koşul** olarak telakki edilmiştir<sup>273</sup>. Bununla birlikte uzak koşul olarak sunulan katkının kişiye failliği kazandırabilmesi için kendisi ile doğrudan ortaya konulan koşul arasında her türlü nedensellik bağının yeterli olarak addedilmediği, dolaylı nedenselliğin sadece uzak koşulun (causa remota) doğrudan koşulun etkili olması için yeterli ve kesin olarak belirleyici olması halinde kabul edilebileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Doğrudan hareket eden kişinin kusursuz olması –ki burada kusursuzluktan kastın bulunmaması yahut da kusur yeteneğinin bulunmaması anlaşılmalıdır - halinde dolaylı failin hukuki olarak suçun tek faili haline geleceği belirtilmiştir. Özgür şekilde hareket eden hayvan, çocuk, akıl hastası yahut hata veya tehdit nedeniyle hareketi için kusuru bulunmayanlar üzerindeki manevi etkileme hareketinin yeterli bir koşul olarak görüneceği ve bunun da manevi faili dolaylı fail haline getireceği ifade edilmiştir<sup>274</sup>. Buna karşılık kusur yeteneğinin mevcut olması ve doğrudan failin tam anlamıyla sorumlu tutulabilecek bir konumda bulunması halinde manevi fail konumundaki kimsenin, işlenen suçun müşterek faili olacağına işaret edilmiştir. Böylelikle manevi fail, hayvan yahut da insan üzerinde ortaya koyduğu etki edici hareketle bunların suç işlemesine neden olan kişi olarak kabul edilmektedir. Bu kişi, işlenen suçun ilk koşulu olarak görülür ve bu durum, bağlayıcı emirle failin belirli bir şekilde hareket etmesine neden

<sup>271</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 405; Georg Dahm, **Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter**, Berlin und Leipzig 1931, s. 207; Poppe, **a.g.e.**, s. 62.

<sup>272</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 408; H.Mayer, **a.g.e.**, s. 301; Poppe, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>273</sup> Bu durum, İtalyan hukukçularının neticenin her koşulunu eş değer görmediklerini göstermektedir. Bu çerçevede ilk koşul olarak addedilen her türlü katkı yeterli ve önemli bir koşul olarak telakki edilmemiştir (Engelmann, **a.g.e.**, s. 415).

<sup>274</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 407; H. Mayer, **a.g.e.**, s. 301.

olunması, tehdit veya başka bir korkutucu unsur yahut da ön plandaki kişinin hataya düşürülmesi hallerinde söz konusu olur<sup>275</sup>.

Yukarıdaki dolaylı faillığe işaret eden manevi faillik durumlarında olduğu gibi müşterek faillik durumlarına da yer verilmiş, kişilerin ortak hareket ederek bir fiili işlemleri durumundan (*plures delinquentes*) bahsedilmiştir<sup>276</sup>. Planlı bir şekilde bir araya gelerek bir insanı kasten öldüren kişiler, yalnızca kendi hareketlerinden dolayı değil, aynı zamanda fiili birlikte gerçekleştirdikleri diğer kişilerin fiillerinden dolayı da sorumlu tutulmuşlardır. Ancak bu tür durumların günümüzdeki gibi müşterek faillik olduğu açıkça belirtilmemiş, kelime olarak müşterek faillik ifadesine yer verilmemiştir<sup>277</sup>. Birlikte suç işlemenin sübjektif koşulu olarak fiili birlikte işleme kararına değinilmiş ve bu yönde bir kararın olmaması halinde kişilerin sırf birbirlerine dayanışma teşkil eden hareketleri söz konusu olsa dahi her birinin yalnızca kendi gerçekleştirdiği fiilden dolayı sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir<sup>278</sup>. Bunun yanında müşterek faillikle yardım etme arasındaki sınırların da tam anlamıyla belirgin olmadığı, bu ayrımı ortaya koyacak herhangi bir ölçütün de bulunmadığı belirtilmiştir<sup>279</sup>.

Yukarıda da değinilen ve İtalyan hukuk anlayışında var olan “*mandatum*”, “*consilium*” ve “*auxilium*” şeklindeki üçlü iştirak türlerine değinilecek olursa oldukça karmaşık bir yapının olduğu daha net bir şekilde anlaşılacaktır. Belki de en büyük karmaşıklık, *mandatum* bakımından söz konusudur. Zira bu iştirak türünün ortaya çıkmasında tıpkı roma hukuku döneminde olduğu gibi özel hukuk kurallarının ceza hukuku üzerindeki etkisine neden olmuştur<sup>280</sup>. Nitekim özel hukuk anlamında yapılan sözleşmelerle ortaya konulan serbest vazifenin üstlenilmesi dışında belli bir

<sup>275</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 407-413.

<sup>276</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>277</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 442.

<sup>278</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 202; Schlutter, **a.g.e.**, s. 13; Poppe, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>279</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 53; Schlutter, **a.g.e.**, s. 13.

<sup>280</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 208; Georg Heukamp, **Die limitierte-akzessorische Natur der Teilnahme**, Münster 1947, s. 10, dpn. 10; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 55; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 27. Bunun bir sonucu olarak emri veren yahut da işlenen fiili onaylayan, tasvip eden arasındaki “hukuk ilişkisi”nin varlığı yeterli olup emri veren *Mandat* konumundaki kişinin emri yerine getiren üzerinde manevi bir etkisinin bulunup bulunmadığı ya da fiili icra eden kişinin zaten daha evvelen fiili işlemeye karar vermiş olmasının bu anlamda bir öneminin olmadığı kabul edilmiştir (Dahm, **a.g.e.**, s. 209; Poppe, **a.g.e.**, s. 63).

mükafat karşılığında bir suça sevk etme ve keza babanın, efendinin, kamu görevlilerinin, hakimlerin, hükümet yetkililerinin emirlerini içeren fiili veya hukuki emretme yetkisi dolayısıyla söz konusu olan her türlü vazife de bu kapsamda telakki edilmiştir<sup>281</sup>. Bir kimsenin emir yoluyla (*mandatum*) yahut da önemli bir onaylama (*ratihabito*) aracılığıyla bir başka kimsenin işlediği suç teşkil eden fiile etki edebileceği kabul edilmiş, bu çerçevede (sevk edenin) kendi menfaati ve iradi ölçüsüne göre bir başka kişiyi suçun işlenmesine yönelik olarak sevk eden kişi *mandatum* olarak nitelendirilmiştir<sup>282</sup>. Bu noktada *mandatum* için fiili icra eden kişinin fiili başkası adına, emri verenin kendi iradesine göre hareket etmesinin, o kişinin yararına tabi olmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Yani fiili icra eden kişi, fiili kendisi için gerçekleştirmiş olmamalıdır<sup>283</sup>.

*Mandatın* faile yönelik suçun işlenmesine neden olan irade açıklamasını ortaya koyması nedeniyle de cezalandırılması gerektiği ileri sürülmüş<sup>284</sup>, bu durumların her birinde *mandatın* hareketi de failin hareketine eş değer görülmüştür<sup>285</sup>. Hem *mandatın* bu şekilde faile eş değerliliği hem de *mandatın* amacı dikkate alınarak *mandatum*, doktrinde bazı görüşler tarafından azmettirme olarak telakki edilmiştir<sup>286</sup>. Bununla birlikte *mandatın* amacının faili kendi menfaatine yönelik olarak teşvik niteliğinde olmadığı dikkate alınarak bu kişiler bazı görüşler tarafından azmettirme şeklinde nitelendirilmemiş, manevi faillik olarak ele alınmıştır<sup>287</sup>. Bununla birlikte yardım etmeye karşılık gelen *consilium* ve *auxilium* bakımından da faile eş değer bir cezanın öngörülmüş olması dikkate alındığında *mandatumun* faille eş değer şekilde cezalandırılmasının manevi faillığe karşılık geldiğine yönelik tespit açısından tam anlamıyla bir delil olmayacağı ifade edilebilir. Dolayısıyla *mandatumun* manevi

<sup>281</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 418.

<sup>282</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 417; Heukamp, **a.g.e.**, s. 10, dpn. 10.

<sup>283</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 14; Dahm, **a.g.e.**, s. 209.

<sup>284</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 417.

<sup>285</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 418; v. Liszt, **a.g.e.**, s. 206; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 27.

<sup>286</sup> Wilhelm Bauer, **Die akzessorische Natur der Teilnahme**, Druck der Univ.- Buchdruckerei von E. A. Huth, Göttingen 1904, s. 3; v. Liszt, **a.g.e.**, s. 206; H. Mayer, **a.g.e.**, s. 301; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 56.

<sup>287</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 418. Buna binaen *Taşkın Kapusuzoğlu*, bu kurumu dolaylı faillik olarak nitelendirmiştir ki (Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 13) bu da kanaatimizce tam manasıyla doğru kabul edilemeyecektir. Bu açıdan dolaylı faillik yerine manevi faillik şeklindeki isimlendirmeyi kullanmayı daha uygun gördüğümüzü de belirtmek gerekir.

faillik olarak anlaşılması için başka bir işarete daha ihtiyaç bulunmaktadır. Bu da *mandatum* bakımından failin sevk etmek suretiyle suç alanına bulaştırılmış olduğu durumlarda failden daha ağır şekilde cezalandırılabilmenin mümkün olup olmadığı yönünde bir tartışmanın ortaya çıkmış olmasıdır<sup>288</sup>.

Şeriklik türlerinden biri olarak ön plana çıkan diğer bir iştirak türü *consiliuma* dair ilk değinilmesi gereken husus, *bunun* günümüz modern iştirak öğretisinde azmettirme<sup>289</sup> ile manevi yardım etmeye karşılık gelmekte olduğudur<sup>290</sup>. Tam bu noktada *auxilium* da devreye girmektedir ki bunun da maddi anlamda failin fiiline sağlanan yardım olarak telakki edildiği görülmektedir. Böylelikle aynı zamanda azmettirme olarak da kabul edilen *consilium*, faile sözlerle sağlanan katkılarda kullanılırken<sup>291</sup>, *auxilium*, faile fiili olarak yapılan yardımsal katkılarda zikredilmektedir<sup>292</sup>. Nihayetinde yardım etme hareketinin yapıldığı zamana göre *auxilium ante delictum, in delicto ve post delictum* şeklinde sınıflandırılmakta olan<sup>293</sup> *auxilium*, özellikle *consilium* tarafından yapılan yardım hareketleri haricindeki fiilin işlenmesine yönelik her türlü yardım hareketini kapsamında barındırır<sup>294</sup>. *Auxilium*'a ilişkin tek sınıflandırma zamansal anlamda olmamış, failin fiiline yönelik katkının ağırlığına göre de söz konusu olmuştur. Buna göre önemli bir katkının sağlanmış olması halinde yardım eden kişi tam bir cezaya mahkum edilirken bu katkının önemli derecede bir katkı olmaması, salt destekleyici bir koşul olarak gerçekleştirilmesi

<sup>288</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 557; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 55; Poppe, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>289</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 14; Heukamp, **a.g.e.**, s. 10, dpn. 11.

<sup>290</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 10, dpn. 11; Poppe, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>291</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 212; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 54; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 27.

<sup>292</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 54. Bazı hukukçuların *consilium*'u *auxilium*'un bir türü olarak tanımlamak ve ele almak istemelerine dikkat çeken Engelmann, *consilium*'un her daim "sözlü *auxilium*"dan ayrılabilir olduğuna vurgu yapmış, bu bakımdan İtalyan hukukundaki *consilium* ifadesinin Alman Hukukundaki sözlü yardıma denk geldiği iddiasının doğru olmadığını ifade etmiştir (Engelmann, **a.g.e.**, s. 420). Heukamp da bazı İtalyan yorumcularda suça yönelik fiil veya sözle yapılan yardım arasında bir ayırım yapılmadığına, her ikisinin de *auxilium* olarak nitelendirildiğine dikkat çekmiştir (Heukamp, **a.g.e.**, s. 10, dpn. 11).

<sup>293</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 65; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 26.

<sup>294</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 64.



halinde ise ilk yardım etme türüne göre daha az ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür<sup>295</sup>.

*Consilium*, failin fiili işleme yönündeki kararının oluşmasına yönelik olarak oluşturulan etkidir. Ancak *consilium*, *mandatum* ile karıştırılmamalıdır. Zira *mandatum*da doğrudan arka plandaki kişinin kendi menfaati için ön plandaki kişide fiilin işlenmesi kararını oluşturması söz konusuysen *consilium*'da arka plandaki kişinin tamamen **ön plandaki kişinin kendi menfaati** için bu kişide fiilin işlenmesi yönünde bir karar oluşturması mevzu bahistir<sup>296</sup>. *Mandata* karşılık *consilium*, başkasının faillik iradesine katkıda bulunur. Suçun işlenmesine yönelik kararına manevi anlamda katılım; henüz karar vermemiş bir kimsenin ikna edilmesi ve kendisinde bir kararın oluşumuna neden olunması yahut da zaten var olan kararın kuvvetlendirilmesi şeklinde söz konusu olabilir<sup>297</sup>. Bu anlamda da *consilium*un fiil üzerinde hakimiyetinden bahsedilemeyecek, sadece fail üzerinde manevi bir etkisinden bahsedilebilecektir<sup>298</sup>.

Her iki durumda da *consilium*, amacı ve etkisine göre *mandattan* önemli ölçüde ayrılır. Nitekim *consilium*, *mandat* gibi belirleyici nitelikte etkili bir irade açıklaması ortaya koymaz, sadece failin kendi kararı ve fiili işlemesi üzerine veya failin kendi menfaati üzerine teşvik edici etki oluşturacak düşünce ve duygu açıklamalarıdır. *Engelmann*'a göre kararsız failin karara ulaşmasına yönlendiren *consilium*, faili suça azmettirme olup bilakis bir faillik olarak değerlendirilmemiştir. Var olan kararı salt kuvvetlendirici nitelikteki *consilium* ise başkasının failliğinin desteklenmesine benzer şekilde fiile yardım etme olarak kabul edilir<sup>299</sup>. Sadece faili belli yönde karar vermeye yönlendiren veya failin verdiği kararı kuvvetlendiren manevi etkileme

<sup>295</sup> v. *Hippel*'e göre bu durum, *auxilium*'da cezalandırma temelinin suç neticesine neden olma olarak görüldüğünü göstermektedir (v. *Hippel*, a.g.e., s. 442).

<sup>296</sup> Engelmann, a.g.e., s. 418; Schlutter, a.g.e., s. 14; Dahm, a.g.e., s. 212; Heukamp, a.g.e., s. 10, dpn. 11; Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 55; Özgenç, a.g.e., s. 27. *Mandatum* ile *consilium* arasındaki en önemli farklılık, daha evvel de işaret edildiği üzere *mandatum*'un özel hukuk kaynaklı olması nedeniyle işlenmesi istenen fiilden vazgeçme konusunda kendisini göstermektedir. Zira *mandatum*'da arka plandaki kişinin ön plandaki kişiye sadece fiilin işlenmesine yönelik iradesini geri aldığı beyan etmesi yeterli görülürken *consilium*'da bu beyan yeterli olmayıp aynı zamanda ön plandaki kişinin bu fiili işlemekten de vazgeçmesinin sağlanması gerekli görülmektedir.

<sup>297</sup> Engelmann, a.g.e., s. 419; Dahm, a.g.e., s. 212.

<sup>298</sup> H. Mayer, a.g.e., s. 301; Dahm, a.g.e., s. 212.

<sup>299</sup> Engelmann, a.g.e., s. 419.

hareketi teknik olarak *consilium* olarak tanımlanmış, buna karşılık konuşarak sunulan yardım bu şekilde tanımlanmamıştır<sup>300</sup>.

*Dahm*, 14. yy. kaynaklarında *consilium*'a ilişkin iki farklı görüşün bulunduğuna dikkat çekmiş, eski bir öğreti de olan *Bartolus*'un öğretisi tarafından mutlak bir şekilde faille eş kılındığını (eşit ceza anlamında) ifade etmiştir. Buna karşılık daha sonra ortaya çıkan ve bu bağlamda daha yeni olan ikinci görüşe göre ise *consilium*, failin üzerindeki manevi etkinin gücüne göre ikiye ayrılmıştır. Buna göre ilk grupta aslında fiili işlemeye karar vermiş olan failin bu kararının kuvvetlendirilmesi yer almaktayken ikinci grupta fiili işlemeye henüz karar vermemiş olan failin bu fiili işlemeye ilk defa sürüklenmesine neden olan *consilium*'dan bahsedilmektedir. İlk grupta *consilium* konumunda bulunan kişiye faile göre daha az ceza verilmesi veya hiç ceza verilmemesi kabul edilmekteyken ikinci grupta fail gibi cezalandırılması kabul edilmekteydi<sup>301</sup>. Tüm bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere *consiliumun* günümüzdeki azmettirmeye karşılık gelen durumlarında faille eşit şekilde cezalandırılması kabul edilmiş olsa da hiçbir şekilde *mandatumda* olduğu gibi failden daha ağır şekilde cezalandırılmadığı görülmektedir<sup>302</sup>.

#### 4. 16. ve 17. Yüzyıllara İlişkin Tarihi Gelişmeler

İtalyan ceza öğretisi, 1498 yılındaki Worms reformunda, 1507 yılındaki Bamberya Ceza Kanunu (CCB)'nda ve 1532 yılındaki Carolina Ceza Kanunu (CCC)'nda etkili olmuştur. Bu anlamda günümüzde de kullanılan modern Alman hukukundaki iştirak öğretisinin orta çağ İtalyan ceza hukukuna dayandığı belirtilebilir<sup>303</sup>.

Bu üç kanun çalışmasında da belirli suç tipleri kapsamında günümüz anlamında şeriklik düzenlemelerinin bağımsız suç tipleri olarak ihdas edildiği görülmektedir. Nitekim ilk olarak Worms Reformu'nun 8'inci maddesinde azmettirme ile ilgili kasten öldürme suçu bağlamında soyut bir düzenlemeye yer

<sup>300</sup> Engelmann, **a.g.e.**, s. 419.

<sup>301</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 215.

<sup>302</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 442; Poppe, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>303</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 58; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 28; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 171, dpn. 17; Sonay Evik, **a.g.e.**, s. 14; Welz, **a.g.e.**, s. 9; Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 107; Schünemann, **a.g.e.**, Vor § 25, Rn. 1; Uwe Murmann, **Die Nebentäterschaft im Strafrecht**, Duncker&Humboldt, Berlin 1993, s. 25.

verilmiş, bu düzenlemeye daha sonradan yeniden CCB'de de rastlanmıştır<sup>304</sup>. Ancak 1507 yılına ait CCB'nin, Worms Reformundan farklı olarak suç tiplerine şeriklik türlerini bağımsız suç olarak kabul etmenin dışında ayrıca bütün suç tipleri bakımından uygulanabilir olan iştirak türleri arasında ayırım yapmaksızın genel bir iştirak düzenlemesini barındırmış olması dikkat çekmektedir<sup>305</sup>. Nitekim CCB madde 203 hükmünde suça katılan diğer kişileri suçu gerçek anlamda işleyen kişi olarak kabul edilen failin karşısına koyan, bu kapsamda da o dönem bilinen azmettirme, yardım eden şeklindeki şeriklik türlerinin (müşterek) failliğin bir istisnası olarak anlaşılması gerektiği şeklindeki ifade nedeniyle bu düzenlemenin dar kapsamda bir şeriklik düzenlemesi olarak görüldüğü anlaşılmaktadır<sup>306</sup>. Bu tür bir düzenlemeye 1532 yılında yürürlükteki krallık hukukuna yardımcı olabilmesi için bir bütün halinde tesis edilen CCC'de de yer verilmiştir (Madde 177)<sup>307</sup>. Bu anlamda CCC'nin bu konuda ilk örnek olarak gösterilemeyeceğine, kendisinden evvel CCB'nin önemli bir örnek olduğuna vurgu yapılmaktadır<sup>308</sup>.

Bu düzenlemelerin dışında elbette ki her iki kanunda da tıpkı Worms Reformunda olduğu gibi belirli suç tipleri için azmettirme ve yardım etme cezalandırılabilir kılınmıştır<sup>309</sup>. Nitekim CCC ve CCB kapsamında, suç tipleri bağlamında öngörülen şeriklik şekillerine yalan tanıklığa azmettirme (CCC madde 107, CCB madde 128), dolandırıcılığa azmettirme (CCC madde 49, CCB madde 61), çift evliliğe azmettirme (CCC madde 121), sahte para basmaya yardım etme (CCC madde 128, CCB madde 136) örnek gösterilebilir<sup>310</sup>.

Bu yüzyıllarda kanuni düzenlemelerde olduğu gibi doktrinsel anlamda da İtalyan hukukçularının etkisi görülmektedir. Nitekim *Carpzow*'un çalışmalarına bakıldığında İtalyan ceza hukuku bilimsel çalışmalarından yararlandığı

<sup>304</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 59.

<sup>305</sup> Allfeld, *a.g.e.*, s. 207; Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 37.

<sup>306</sup> Murmann, *a.g.e.*, s. 25.

<sup>307</sup> v. Hippel, *a.g.e.*, s. 443; Welz, *a.g.e.*, s. 9; Joecks, *a.g.e.*, vor § 25, Rn. 3; Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 37. Söz konusu düzenlemelerde yer alan kavramların günümüz ifadeleriyle belirtildiği, nitekim düzenlemelerde bu kişiler bakımından bir isimlendirme öngörülmediği vurgulanmalıdır (Schlutter, *a.g.e.*, s. 22).

<sup>308</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 58.

<sup>309</sup> Allfeld, *a.g.e.*, s. 207.

<sup>310</sup> v. Hippel, *a.g.e.*, s. 443; Poppe, *a.g.e.*, s. 79, 80.

görülmektedir ki<sup>311</sup> bu da esasında İtalyan hukukçuların görüşlerinin bir anlamda tekrarlandığını göstermektedir<sup>312</sup>. Öyle ki *Carpzow*'un tıpkı Postglassatorlar'da olduğu gibi iştirak şekillerini geleneksel haliyle fail ve müşterek failin yanı sıra *mandatum*, *consilium* ve *auxilium* olarak tasnif ettiğine rastlanmış, aynı şekilde bu kavramların içeriklerini de geleneksel şekilde şekillendirdiği görülmüştür<sup>313</sup>. Buna göre *mandat*, fiil kendisi (kendi yararı) için işlenen kişi olarak addedilirken; *consilium*, benzer şekilde suçun işlenmesine neden olan kişi olarak kabul edilmektedir. Ancak *consilium* bakımından İtalyan ceza hukuku çalışmalarından farklı olarak *consilium*'un kuvvetlendirme şeklini reddeden *Carpzow*, ön plandaki kişiye manevi anlamda etki edecek olan sözlerin katkısız derecesine, etkisinin ağırlığına göre bir sınıflandırma yapmıştır<sup>314</sup>.

#### **5. 18. Yüzyıldan Günümüze Kadarki Kanuni Düzenlemelere İlişkin Tarihi Gelişmeler**

Bu döneme ilişkin olarak 1751 yılında yürürlüğe giren “Codex Juris Bavarici Criminalis” isimli kanun örnek gösterilebilir. Söz konusu kanunda şeriklerin cezalandırılabilirliği için yapısal olarak tamamen İtalyan öğretisine dayalı olan genel düzenlemeler öngörülmüş, bu düzenlemeler kapsamında (§§ 5 – 8 ) iştirak türleri teker teker sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmayla birlikte şeriklik düzenlemelerinin ayrı suçlar şeklinde öngörülmesi yöntemi tamamen sona ermiş, ilgili hükümler bütün suçlar için kesin olarak uygulanabilir hale getirilmiştir ki, bu da o döneme ilişkin önemli bir gelişme olarak addedilmektedir<sup>315</sup>. Aynı şekilde benzer bir düzenlemeye 1768’te “Constitutio Criminalis Theresiana”da da rastlanmaktadır. Söz konusu kanunda faillik ve şeriklik ayrımı da yapılmış, bu ayırmda şekli-objektif öğretisi esas alınmıştır<sup>316</sup>.

<sup>311</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 61; Poppe, *a.g.e.*, s. 83.

<sup>312</sup> Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 28.

<sup>313</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 61.

<sup>314</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 61, 62; Poppe, *a.g.e.*, s. 83. İlerleyen zamanlarda başka yazarlar tarafından da *consilium* için farklı tasniflerin yapıldığına işaret edilmiştir. Bkz. Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 62.

<sup>315</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 65; Welz, *a.g.e.*, s. 10.

<sup>316</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 65; Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 37.

Bilhassa 18. yüzyılın sonlarından itibaren doktrinsel alanda kaydedilen ilerleme, kanuni düzenlemelere de yansımış, böylelikle faillikle şeriklik alanı arasındaki ayrımın kanuni düzenlemelerde de belirgin hale geldiği, kapsamlı hükümlere yer verildiği görülmüştür<sup>317</sup>. Nitekim 1794'te Prusya Ceza Kanunu'nda faillik ve şeriklik ayrımı yapılmış (2. Kısım 20. Bölüm §§ 64), icra hareketlerine doğrudan iştirak eden kişi fail olarak telakki edilmiş, “maddi fail” (§ 64) ve “manevi fail” (§ 67) ayrımı öngörülmüş, bir başka kişiyi suçun işlenmesinde kullanan kişi azmettiren (yani İtalyanlarda olduğu gibi manevi fail) şeklinde nitelendirilmiş, yardım etme de zorunlu (§ 71) ve zorunlu olmayan yardım (§ 72, 76) şeklinde ikiye ayrılmış, “*bu yardım olmaksızın fiil işlenemezdi*” denilen bir yardım zorunlu görülüp tam ceza öngörülürken zorunlu olmayan yardım için daha az ceza yaptırımı öngörülmüştür<sup>318</sup>.

19. yy. içerisinde de özellikle dogmatik anlamda asli faillik bakımından maddi faillik ve manevi faillik ayrımı üzerinde durulmuştur. Doğrudan kendi gücü vasıtasıyla ihlal düşüncesini hayata geçiren ve hareketi gerçekleştiren kişi maddi fail olarak kabul edilirken, verdiği direktif vasıtasıyla fiilin meydana gelmesine etki eden, bir başka deyişle kendi yararı doğrultusunda hukuka aykırı sonuçların meydana gelmesi için söz konusu fiile yönelik olarak bir diğer kimsenin iradesini belirleyen kişi manevi fail olarak kabul edilmiştir<sup>319</sup>.

Maddi ve manevi faillik şeklindeki bu ayrım, *Mittermaier* ve *Bauer* tarafından yapılan bilimsel çalışmalar neticesinde günümüzde kullanılan kavramlarla değiştirilmiştir. Nitekim *Mittermaier* tarafından maddi failliğin yerine günümüz ifadesiyle failliğin kullanılması önerilmiştir<sup>320</sup>. *Mittermaier*, manevi failliğin ise aslında şerikliğe tekabül ettiğine işaret etmiş ve fakat manevi faillik yerine kullanılan “*Intellektuelle Urheber*” şeklindeki ifadede yer alan *Urheber* deyiminin şeriklik yerine kullanılabilmesine değinmiştir. Bununla birlikte esas önemli olan husus ise

<sup>317</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 443; v. Liszt, **a.g.e.**, s. 206; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 70; Welz, **a.g.e.**, s. 10, 11.

<sup>318</sup> v. Hippel, **a.g.e.**, s. 443, dñn. 8; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 70; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 37; Welz, **a.g.e.**, s. 10, 11.

<sup>319</sup> Joachim Hruschka, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen”, **ZStW 110 (1998)**, s. 595; Welz, **a.g.e.**, s. 10.

<sup>320</sup> Bu kavram, ceza hukuku bilimsel çalışmaları açısından büyük bir kazanım olarak görülmektedir (Welz, **a.g.e.**, s. 11).

*Mittermaier*'in eserinde şeriklik için mutlaka suç teşkil eden bir hareketin işlenmiş olmasının şart olduğunu, hatta bu fiilin tamamlanmış olması ile teşebbüs aşamasında kalmış olması arasında bir fark olmadığını belirtmiş olmasıdır<sup>321</sup>.

İlk defa *Bauer* tarafından manevi faillığe uygun düştüğü belirtilerek kullanılan ve Hannover Ceza Kanunu Tasarısı'nın 64'üncü maddesinde yer bulan günümüz anlamındaki "Azmettiren" ifadesi, daha sonra birçok ceza kanunu metninde kendine yer edinmiştir<sup>322</sup>. Nihayet kısmen şekli-objektif teorinin esas alınarak faillik-şeriklik ayrımının yapıldığı 1810 yılı Fransız Ceza Kanunu'nun 60'ıncı maddesinden yararlanılarak öngörülen ve azmettirmeyi her durumda manevi faillik olarak ele alan 1851 yılı Prusya Ceza Kanunu'nun (Prus.CK) şeriklik düzenlemelerinde bir değişikliğe gidilmiş<sup>323</sup>, § 34 hükmünde azmettirme ve yardım etme şeklindeki her iki şeriklik şekli de birbirini tamamlayacak şekilde öngörülmüş, bunun yanında bağlılık unsuru da ilave edilmiştir. Keza Prusya Ceza Kanunu ile birlikte ilk kez dolaylı faillik ile azmettirme arasında kesin bir ayırım yapılmış<sup>324</sup>, bir başka özellik olarak faillik ile şeriklik cezalandırılabilirlik bakımından eşitlenmiş, meğer ki yardım etme önemli olmayan bir niteliği haiz olsun (Prus. CK § 35)<sup>325</sup>.

1871 yılı Prusya Ceza Kanunu'nun "Şeriklik" üst başlığı altında müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme şeklinde üç iştirak şekli birlikte yer almaktaydı<sup>326</sup>. Bu anlamda "şeriklik" ifadesi dar anlamda müşterek faillik ve diğer faillik türleri için de kullanılmıştır<sup>327</sup>. Bununla birlikte teorik anlamda geliştirilmesinin örf-adet hukukuna bırakılması gerektiği düşüncesiyle bu kanun kapsamında dolaylı faillığe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Nitekim bu durumun faillik-

<sup>321</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 11.

<sup>322</sup> Nitekim 1839 tarihli Württemberg Ceza Kanunu, 1840 tarihli Braunschweig Ceza Kanunu ve 1841 tarihli Hessen-Darmstadisch Ceza Kanunu, azmettirme ifadesini kullanan kanunlardır (Hruschka, **a.g.e.**, s. 596; Welz, **a.g.e.**, s. 11).

<sup>323</sup> Hans Kämpnick, **Die Akzessorietät der Teilnahme: und die sog. mittelbare Täterschaft**, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig 1932, s. 8; Welz, **a.g.e.**, s. 11; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 II 2a; Joecks, **a.g.e.**, Vor § 25, Rn. 3.

<sup>324</sup> Ernst-Joachim Lampe, "Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen", **ZStW 1965**, s. 284; Welz, **a.g.e.**, s. 11

<sup>325</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 38; Welz, **a.g.e.**, s. 12. Benzer durum 1861 tarihli Bayern Krallık Ceza Kanunu'nun 51'nci maddesi bakımından da geçerliydi (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 71).

<sup>326</sup> Kämpnick, **a.g.e.**, s. 3; Haukamp, **a.g.e.**, s. 16; Joecks, **a.g.e.**, Vor § 25, Rn. 2; Welz, **a.g.e.**, s. 12.

<sup>327</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 16.

şeriklik ayrımı konusunda yıllarca sürececek hukuki güvensizliğe neden olduğu ve keza bunun sonuçlarının halen devam ettiği belirtilmektedir<sup>328</sup>.

Son döneme ilişkin incelememizdeki ilk döneme nazaran daha az bilgiye yer verilmesinin temel nedeni, bundan sonraki yapılacak izahatlarda zaten son dönem kanuni düzenlemeleri ve bu düzenlemeler çerçevesinde gelişen doktrinel görüşlerle tartışmalara yer verilecek olmasıdır. Bu nedenle 18. yy. sonrası dönem bakımından detaylı açıklamalara yer verilmemiş, genel bilgilerle yetinilmiştir.

## **B. Türk Hukukunda Tarihi Gelişim**

### **1. Osmanlı Dönemi**

Osmanlı dönemine ilişkin bir inceleme yapmadan önce o dönemki iştirak müesseselerinin bugünkü kavram ve açıklamalarıyla izah edilmeye çalışılmasını yerinde görmediğimizi, zira o dönemki algı ve anlayışın günümüzden oldukça farklı olduğunu, günümüzdeki ceza hukuku kavram ve açıklamalarının olsa olsa bir mukayese olarak dikkate alınabileceğini, bunun da ancak o dönemki iştirake ilişkin tasavvurun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak adına yapılabileceğini özellikle vurgulamak gerekir.

Osmanlı hukukunda şer’i hukuk ve örfi hukuktan kaynaklı kurallar uygulanmaktaydı. Kur’an, sünnet, icma ve kıyas ile gelişen ve fıkıh kitapları içerisinde teşekkül eden şer’i hukuk kuralları büyük oranda devletin müdahalesinden bağımsız bir şekilde gelişirken örfi hukuk kuralları padişahların emir ve fermanlarıyla oluşmaktaydı<sup>329</sup>. Bu kaynaklarda tek faillik sisteminin benimsenmediği, ikilik ayrımının yapıldığı açıkça görülebilir. Nitekim Hz. Peygamber’in “*Katili öldürün, tutanı siz de tutun.*” şeklindeki ifadeleriyle hem yardım etmenin söz konusu fiiller bakımından öngörülen cezaya denk bir ceza mı öngörüleceği sorusuna hem de tek faillik sisteminin mi yoksa ikilik sisteminin mi benimsendiği sorusuna bir cevap bulunabilir. Buna göre Hz. Peygamber’in bu ifadesiyle sistem içerisinde tek faillik anlayışının değil, faillik-şeriklik ayrımının

<sup>328</sup> Joecks, a.g.e., Vor § 25, Rn. 2; Welz, a.g.e., s. 12.

<sup>329</sup> M. Akif Aydın, **Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet**, Klasik, 1. Baskı, Nisan 2014, s. 24.

benimsendiği, zira suçun işlenmesine katkı sağlayan kişiler arasında bir ayırım yapıldığı görülebilir<sup>330</sup>.

Nitekim bu ayırım varlığını Osmanlı döneminde de hissettirmiştir. Öyle ki Osmanlı döneminde de yukarıda belirtildiği üzere bugünkü gibi açık ve detaylandırılmış olmasa da iştirak kurumunun varlığı açık bir şekilde görülmektedir. Bu minvalde suç ortakları arasında “mübaşir” ve “mütesebbib” şeklinde bir ayırım yapılmış olması ve haklarında öngörülecek ceza yaptırımını bakımından da bir farklılaştırma yoluna gidilmiş olması bu durumu bariz bir şekilde doğrulamaktadır. Doğrudan ve müstakil anlamına gelen mübaşir, ceza yaptırımını öngörülen normda belirtilen hareketi irtikap eden kişi, yani gerçekleştiren kişi olarak nitelendirilmektedir. Suçun birden fazla kişinin birlikte işleme kararı ile işlenmesi durumunda ise müşterek faillığe karşılık olarak “mübaşeret” söz konusu olur ve bütün suç ortakları fail olarak nitelendirilerek ilgili suçun cezası ile cezalandırılır<sup>331</sup>. Suç tipinde belirtilen hareketi doğrudan icra etmeyip yalnızca neticeye sebebiyet verecek nitelikteki katkıları sağlayan kişiler ise “mütesebbip” olarak kabul edilmiştir. Bu noktada Çatalcalı Ali Efendi tarafından verilen fetvalar irdelendiğinde “azmettirme” ifadesine yer verilmiş olmasa da “tahrik, sevk etme, teşvik” ifadeleri dikkat çekmekte, bu ifadeler arasında herhangi bir ayırım yapılmamış olması da göze

<sup>330</sup> Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 5. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 229; Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza, 2. Baskı, Konya 2014, s. 173.

<sup>331</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 178, 179. Nitekim Hz. Ömer döneminde uzun bir süre kocası eve gelmeyen ve birçok dost edinen bir kadının dostlarıyla karar alıp durumdan haberdar olduğu için kendilerini ele verebileceği gerekçesiyle üvey oğlunu bu yedi kişiyle birlikte öldürmesi ve çocuğun cesedini kuyuya atmaları sonucunda Hz. Ömer, “Allah’a yemin olsun ki bütün San’a halkı birlikte suç işleme kararı ile bu çocuğu öldürmüş olsa hepsine ölüm cezası verirdim.” şeklinde düşüncesini beyan etmiş, mübaşeretin bir sonucu olduğunu göstermiştir (Avcı, **a.g.e.**, s. 179). Bununla birlikte burada hükmolunan öldürme cezasının kısas değil, tazir olduğu belirtilmiş, bu anlamda kesin bir hüküm olmadığı, dönemin şartlarına göre değişiklik gösterebileceğine işaret edilmiştir (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 179). Bu şekildeki tazir cezasına Osmanlı uygulamasında da rastlanmakta, nitekim “Zeyd, Amr ve Bekir, alet-i cariha ile bigayri hakkın Beşir’i katleyeseler verese talebiyle cümlesi katlonulur.” şeklindeki örnekte olduğu gibi en önemli örnekleri Ebussuud Efendi’nin fetvalarında görülmektedir (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 179). Osmanlı Döneminde benzer şekilde verilen bir başka fetva şu şekildedir: “Ali Efendi’nin ikindi vakti alenen evini basıp... ahz ve enva-ı hakaret ve alet-i carihe ile darp ve cerh ederek... bazı kimseler ile ittifaklarıyla akşam vakti birlikte katl eylediklerin... işaret etmekle kısasen yirmisini dahi mahallinde mecma-ı nas olan yerlerde katl olunmaları babında ferman...” (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 180).



çarpmaktadır<sup>332</sup>. Böylelikle de Osmanlı uygulamasında gerek kullanılan ifadelerden gerek suç ortaklarına uygulanan yaptırımdan hareketle açıkça faillik-şeriklik ayrımı yapılmış olduğu rahatlıkla tespit edilebilirse de<sup>333</sup> azmettirmeye karşılık gelen açık bir kavrama yer verilmediği görülmektedir<sup>334</sup>.

Bununla birlikte fiili işleyen kişi ile bu kişiyi teşvik veya tahrik eden yahut da bu kimseye arka çıkan kişilerin cezalarında yapılan farklılaştırma da bu ikili ayrımın sadece şekli olmadığını, somut bir sonucunun da olduğunu göstermektedir<sup>335</sup>. Öyle ki 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'in birinci faslının 6. maddesi hükmüne göre bağilere (isyancılara) silah temin eden kişiye siyaseten katl cezası verileceği ve fakat bu cezanın padişah tarafından müebbet küreğe çevrilebileceği<sup>336</sup>, yine birinci faslın 14. maddesine göre insan öldürmeye azmettiren erkeğe 1-5, yardım edene ise 1-3 yıl kürek ve pranga cezası, 15. maddeye göre yardım eden kadın için ise kadın hapisanesinde ıslah-ı nefis edilinceye kadar, yani süresiz bir şekilde hapsedileceği<sup>337</sup> belirtilmiştir. Bununla birlikte 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 175. maddesi hükmüne göre öldürmeye yardım edene muvakkat kürek cezasına yer

<sup>332</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 185. Buna göre Ali Efendi'nin fetvaları kapsamında “*Zeyd, etabından Amr'ı, Bekir'i katliçün tahrik ve sevkitmekle Amr, Bekir'i katleylese Zeyd'e ne lazım olur?*” sorusuna “*Ta'zir-i şedid ve haps lazımdır.*” cevabını vermiş olduğu görülmektedir (Çatalcalı Ali Efendi, **Açıklamalı Osmanlı Fetvaları**, Açıklayan H. Necati Demirtaş, Kubbealtı, İstanbul Mayıs 2014, s. 255). Yine Ebussud Efendi'nin “*Zeyd, Amr'a 'Seni öldürürüm' deyu hizmetkarlar gönderip Amr'ı alet-i cariha ile katlettirse Şer'an hizmetkarlar kısas olunur, Zeyd nice yıllar zindanda yatar kalır.*” şeklindeki fetvasında Ebussud, No: 745 (Avcı, **a.g.e.**, s. 187). olduğu gibi bu sonuca birçok fetva örneğine rastlanmaktadır.

<sup>333</sup> Bu çerçevede İslami kaynaklarda Hanefilerin yaralama bakımından farklı bir kabulden yola çıktıkları, buna göre müşterek faillere kısas cezasının verilmediği, aksi takdirde fiili işleyen kimselere orantısız bir ceza hükmolünmüş olabileceği, nitekim bu durumun fiili birlikte işleyen birden fazla kişinin de yaralanması durumunda bir kişinin yaralanmasına karşılık birden fazla kişinin yaralanması anlamını taşıyacağı ileri sürülmüşse de Avcı, diğer mezheplerin düşüncelerinin daha uygun olduğunu, suç ve ceza siyaseti gereğince kasten öldürmede müşterek faillerden hepsine kısas uygulanmasının yaralama suçu bakımından da geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir (Avcı, **a.g.e.**, s. 180, 181).

<sup>334</sup> Özkan, **a.g.e.**, s. 34.

<sup>335</sup> Nitekim bu tür durumlarda Hz. Ali'nin fail konumunda kişiye karşılık gelen katile yardım eden kişiye müebbet hapis cezasına hükmettiğine işaret edilmiş, uygulama üzerinden örnekler verilmiştir (Abdulkadir Udeh, **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku**, C. II, Kayıhan, 2012, No: 156).

<sup>336</sup> Görüldüğü üzere her ne kadar isyan edenlere silah sağlayanlarla aynı ceza olacak şekilde siyaseten katl cezası öngörülmüş olsa da bu şekilde isyancılara silah temin edenlerin cezasının ayrıca düzenlenmiş olması dahi isyan edenlerle bunlara silah temin edenler arasında bir ayrım yapıldığını göstermektedir.

<sup>337</sup> Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989, s. 108;

verilmiş olması da<sup>338</sup> bu ayrımın Osmanlı dönemi kanunları ve uygulamasına yansıdığını açıkça göstermektedir.

Kanaatimizce bu hükümler, aslında söz gelimi öldürme suçunu işleyen faile yardım eden kişinin kısas cezasıyla değil de hapis cezasıyla cezalandırılması kuralının dışına çıkılarak yardım edenin de faille aynı cezaya tabi tutulduğunu göstermek üzere özel olarak ihdas edilmiştir. Yoksa bu düzenlemeler olmasaydı kural olarak yardım eden konumdaki kişinin faile göre daha az suretle cezalandırılması söz konusu olabilecekti. Öyle ki bir yahudiyi öldürdüğünü ikrar eden Müslüman bir fail kısas cezasına mahkum edilirken elinde maktulün elbiseleri bulunan kişi ise müebbet hapis cezasına mahkum edilmiştir<sup>339</sup>. Gerçi tüm bu açıklamalarımıza karşılık istisnaen de olsa bazı hallerde, yardım edenin katkısının fiilin işlenmesi bakımından zorunlu olması durumunda İslami kaynaklarda yardım edenlere faille eşit ceza verildiğine rastlanmıştır. Nitekim Hz. Ebubekir, şahitlikten rücu eden kısas şahitlerini siyaseten ölüm cezasına mahkum etmiştir<sup>340</sup>. Hatta 17. yy'nin sonlarına doğru Osmanlıda da kısas suçları bakımından müteşebbihlerin de mübaşirler gibi cezalandırılmalarını öngören Maliki görüşünün tercih edilmeye başlandığına işaret edilmişse de<sup>341</sup> yukarıda yer verildiği üzere kanunlaşma hareketleriyle birlikte yardım edenlerin cezaları, faile göre daha az bir şekilde öngörülmüş, aralarında bariz bir farkın olmasına özen gösterilmiştir.

Bu çerçevede esas sorun, günümüz tabiriyle kimin fail kimin şerik olarak kabul edileceğidir. Zira bir kimsenin öldürülmesi konusunda birden fazla kişi karar almış olsa bile fiili birlikte icra etmedikleri, hatta her birinin icra ettiği fiil tek başına elverişli olmadığı sürece fail olamayacağı, olsa olsa yardım eden olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim mağdura aynı anda öldürücü darbeye vuran kişilerin her birine kısas cezası verilirken aralarından birisi öldürücü darbeyi indirdikten sonra herhangi birinin bir darbe daha vurması halinde ilk darbeyi vuran kişi hakkında kısas

<sup>338</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 184. “Demirhisar kazasında bulunan Sav(i)yak köyünden Kolon’un öldürülmesinden dolayı müttehem bulunan şahıslardan aynı köyden Halac Petre’nin 170’nci maddeye göre idamına, katile yardımcı olanlara ise üçer sene kürek cezası verilmiştir.”

<sup>339</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri Hüküm No: 1714 (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 184). Bu da göstermektedir ki İslam Hukukunda yardım edenle fail arasında kesin bir sınır bulunmakta ve hatta çoğu zaman farklı cezalar uygulanmaktadır (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 174).

<sup>340</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 184.

<sup>341</sup> Halil Cin/Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2011, I/209; Avcı, **a.g.e.**, s. 184.

cezasına, ikinci darbeyi vuran kimse için ise tazir cezasına hükmolunmuştur<sup>342</sup>. Daha da önemlisi bir kimsenin öldürmek istediği kişinin yerini kendisine bildiren kişinin gerçekleşen ölüm neticesinden ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği, esas itibariyle söz konusu ölüm neticesinin fail-i mübaşire, yani fiili icra eden kimseye izafe edileceği belirtilmiştir<sup>343</sup>. Aynı şekilde hırsızlık suçunda icra hareketleri gerçekleştirilmeksizin suçun işlenişine söz gelimi hırsızlığın konusu olan mal yahut da sahibi hakkında bilgi verme veya başka şekillerde kolaylaştırıcı katkılarda bulunulması halinde bu katkıyı sağlayan kişinin fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir<sup>344</sup>. Bu yöndeki fetva ve içtihatlar dikkate alındığında Osmanlı uygulamasında faillğe ilişkin olarak şekli-objektif teorinin esas alındığı sonucuna ulaşılabilir. Öyle ki o dönem için verilen fetvalar kısa da olsa her birinin içerisinde yer alan birkaç kısa ifadeden de fiili bizzat icra eden kişilerin fail olarak nitelendirildiği rahatlıkla tespit edilebilmektedir<sup>345</sup>.

<sup>342</sup> Mi'yar-ı Adalet md. 46 (Avcı, **a.g.e.**, s. 179); Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuka Aykırı Hükümler II", **AÜHF**, 1947, C. 4, S. 1-2, s. 371.

<sup>343</sup> Atıf Bey, s. 94 (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 188, dpn. 1024).

<sup>344</sup> Zöhrap, s. 237 (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 188).

<sup>345</sup> Nitekim "Eşkiyadan Zeyd, Amr ve Bekir'in amden alet-i ceriha ile Beşir'i darp ve cerh edip her birinin cerhi zuhuk-ı ruha salih, yani öldürmeye elverişli olup cerhten müteessiren Beşir fevt olsa mezburlar kısas olunurlar." (Avcı, **a.g.e.**, s. 180) ve keza "On sekiz nefer kimse, kat'ı tarik kastıyla çıkıp yolculardan Zeyd'in üzerine alet-i harb ile hücum edip içlerinden üçü tüfenk atıp Zeyd'i vurup cerh ve katlelerseler katiller katlonulur, muavenet ve muzaheret edenler tazir-i şedid ve salahları zahir olunca(ya kadar) hapsolunur." (Avcı, **a.g.e.**, s. 180) şeklindeki fetvalardan da fiilin icra edilmesinin faillik için mutlak surette gerekli görüldüğü, bu anlamda fiili birlikte işleme kararları olsa bile bir kısmının fiili icra etmesi, diğer bir kısmının ise fiilin işlendiği yerde bekleme, araç sağlama, gözcülük yapma ve hatta o kadar ki fiilin işlendiği esnada mağdurun elinin kolunun tutulması gibi katkılar sunması durumunda bu katkıları sağlayan kişilerin fiilin işlendiği esnada mağdurun elini kolunu tutmaları, ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli görülmeyle sadece failin fiili işlemlerini kolaylaştıran bir davranış olarak addedilmiş, bu kişiler de yardım eden olarak kabul edilmek suretiyle (Akgündüz, "İştirak", **DİA**, C. 23, s. 443) şekle sıkı şekilde bağlı kalınmıştır. Hatta bu şekle sıkı sıkıya bağlılık, bazı durumlarda o denli abartılmıştır ki iki kişinin birlikte gerçekleştirdikleri fiil neticesinde kişinin ölmesi ve fakat ölümün hangisinin fiilinden kaynaklandığının tespit edilememesi durumunda dahi şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her ikisinin de ilginç bir şekilde yardım eden olarak telakki edildiği görülmektedir. Nitekim "Beşiktaş Köyiçi'nde oturan İbrani Rıza ile Yanko ve Sotori arasında bir tartışma çıkmış ve bu esnada Rıza, bu iki kişi tarafından bıçaklanıp öldürülmüştür. Yapılan incelemede Rıza'nın ölümüne sebep olarak vücudunda bir tek yara tespit edilmiştir. Bu yaranın Yanko ve Sotori'den hangisi tarafından meydana getirildiği tespit edilemediğinden öldürme konusunda her birisi diğerine yardım eden sayılmış ve haklarında Ceza Kanunu md. 174 hükmüne göre teşhir ve yedişer yıl kürek cezası verilmiş, bu karar temyiz mahkemesi tarafından eksik araştırma sebebiyle bozulmuştur. (Aktaran Avcı, **a.g.e.**, s. 187, dpn. 1021)" şeklindeki karar da bunu doğrulamaktadır. Şekle sıkı sıkıya bağlılık, İslami kaynaklarda başta Hanefiler olmak üzere fikhçilerin önemli bir kısmı tarafından bilhassa hırsızlık suçu açısından kabul edilmektedir. Nitekim esas itibariyle Hanefiler olmak üzere fikhçilerin büyük bir kısmı, malın bulunduğu yere girme ve malın alınması şeklindeki hareketleri birbirinden

Bununla birlikte fiilin işlendiği esnada mağdurun kollarının tutulması ve faile karşı koymasının engellenmesi durumunun nasıl ve niçin yardım etme olarak kabul edildiği şeklindeki sorudan hareketle İslam kaynaklarında Maliki'lerin sebepler arasında uzak-yakın ayrımı yaptıkları, buna göre öldürüleni tutmayı yakın sebep olarak değerlendirip bu durumda tutan kişinin icra hareketlerini gerçekleştirmişçesine kısas cezasından sorumlu tuttıkları görülmektedir<sup>346</sup>. Bu anlamda İslam kaynaklarında Maliki'lerin günümüz modern ceza hukuku anlayışına daha yakın bir kabulden hareket ettikleri belirtilebilir. Hatta o kadar ki Malikiler, yukarıdaki şekle sıkı bağlı bir uygulamanın dışına çıkarak failler arasında iştirak iradesinin bulunması durumunda icra ettikleri fiilin suçun işlenmesindeki katkısız derecesine bakmamakta, bütün suç ortaklarını fail olarak telakki etmektedirler. Nitekim bir eşkıya grubundan sadece birinin bir kimseyi öldürmesi durumunda grupta bulunup da öldürme hareketini gerçekleştiren üyenin yanında hazırda bekleyen kişilerin de had cezası ile cezalandırılacakları kabul edilmiştir<sup>347</sup>. Ancak Osmanlı dönemi uygulamalarında eşkıyalık için Malikiler'in kabulü esas alınmamış, sadece icra hareketlerini gerçekleştiren kişilere ölüm cezası verilmiş, diğer kişiler ise hapis cezasına mahkum edilmiştir. Zaten bu durum, son dönem ceza kanunu düzenlemelerinde de açıkça görülmektedir. Nitekim 1840 Ceza Kanunu'nun ikinci faslının 2. maddesi ve 1851 Ceza Kanunu'nun birinci faslının 6. maddesi hükümlerine göre bağilere silah temin edene siyaseten katl cezası verileceği, ancak cezanın padişah tarafından müebbet küreğe çevrilebileceği belirtilmiştir. Yine 1858 Ceza Kanunu'nun 63. maddesi hükmü eşkıyalık suçunu işlemek üzere kuruluş olan bir örgüte bilerek ve isteyerek silah veya cephane tedarik eyleyen, yiyecek ve içecek

---

ayırması ve her iki harekete de katılmayı şart görmüşler, bunun yanında malın belli bir değer üzerinde olması gerektiğini kabul etmişlerdir (Avcı, **a.g.e.**, s. 181).

<sup>346</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 185. Uzak sebep örneği olarak da bir kimsenin öldürülmesi için kuyu kazılması gösterilmiştir. Zira tek başına kuyunun kazılması, ölüm neticesi bakımından yeterli görülmemiş, bu açıdan da uzak sebep olarak nitelendirilmiştir (Erturhan, **a.g.e.**, s. 104).

<sup>347</sup> Erturhan, **a.g.e.**, s. 163; Avcı, **a.g.e.**, s. 189. Bununla birlikte her ne kadar Hanbeliler de Malikiler gibi bir kabulden hareket etmişlerse de (Erturhan, **a.g.e.**, s. 164-164; Avcı, **a.g.e.**, s. 189) Şafilere farklı bir görüşü esas almışlar ve yol kesme suçunda sadece mübaşire, yani fiili irtikap eden, söz gelimi insan öldüren yahut da malı alanlara had cezası uygulanacağını, ancak fiili icra edenin yanında bulunan kişilere fiilin işlenişini kolaylaştırdıkları gerekçesiyle hapis, sürgün gibi tazir cezası verilmesini kabul etmişler (Ali, Bardakoğlu, "Eşkiya", **DİA**, C. 11, 1995, s. 464; Erturhan, **a.g.e.**, s. 161, 162; Avcı, **a.g.e.**, s. 189) böylelikle yine şekli-objektif öğretiyeye yatkın bir eğilim göstermişlerdir.

gönderen, haberleşmesini sağlayan, yatacak, gizlenecek ve toplanacak yer gösterenlere muvakkat kürek cezası verileceğini hüküm altına almıştır<sup>348</sup>.

Bu şekilde şekle sıkı bağlılığın günümüz anlamındaki dolaylı faillik kurumuna etkisi de irdelenmesi gereken hususlardan biridir. Gerek İslam kaynaklarında gerekse Osmanlı hukukunda “dolaylı faillik” şeklinde bir ifadeye rastlanmamaktaysa da “amir-i mücbir, mükrih” gibi kavramlarla arka plandaki kişinin sorumluluğuna önem verildiği, bu yönde bazı düzenlemelerin öngörülmüş olması dikkat çekmektedir<sup>349</sup>. Nitekim Mecelle’nin 89. maddesine göre *bir fiilin hükmü failine muzaaf kılınır ve mücbir olmadıkça amirine muzaaf kılınmaz*. Daha önemlisi 1858 Ceza Kanunu’nun 184. maddesine göre amir-i mücbir katil sayılır ve idam edilir. Amir-i gayri mücbir’in ise muvakkat kürek cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınarak dolaylı faillikle azmettirme müesseseleri birbirinden ayrılmıştır. Bu anlamda alt konumda bulunan ön plandaki kişinin zorlanması durumunda sorumluluğun arka plandaki kişiye atfedileceği ifade edilebilir. Esas itibariyle cebir, tehdit, amirin emri, küçüklerin suçun işlenmesinde kullanılması, hataya düşürme gibi durumlara ilişkin bazı fetva ve tespitler bulunsa da bunların her biri sadece uygulamaya dönük olup bunun ötesine geçmemiş, açıkça faillik konusunda bir belirleme yapılmamış, somut olarak genel kaide olacak şekilde belirli bir kriter ortaya konulmamıştır. Bu şekildeki bir sonuçta da meseleci yaklaşımın etkili olduğunun belirtilmesi yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte İslam kaynaklarında fıkıh alimlerinin kabulleriyle Osmanlı hukukunda bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Nitekim ön plandaki kişi üzerinde zorlama uygulayan kimsenin sorumluluğu konusunda Osmanlı hukukunda konu daha basite indirgenmiş, bu şekilde farklı görüşlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Nitekim Osmanlı döneminde fiili işlemediği takdirde kendisinin öldürüleceği yönünde tehdit edilen kimsenin fiili işlemesi durumunda arka plandaki tehdidi uygulayan kişinin işlenen fiilden sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir<sup>350</sup>. Her ne kadar

---

<sup>348</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 191.

<sup>349</sup> Özkan, **a.g.e.**, s. 41.

<sup>350</sup> 392 Numaralı Harput Şer’iyye Sicili’nde yer alan fetva tam olarak şu şekildedir: “Çermik Kazası sabık müdürü Mehmet Ejder nam şahıs kethüdası Mustafa ile Osman Şeydo ve Berber Halil ve Ömer nam şahısları cebir ve ikrah ile ... amden katlettirdiğini huzur-ı şer’de hin-i terafularında tav’an ikrar ve itiraf ve katilun-ı hazırın dahi merhum Ejderin emir ve icbarına mebni havflarından naşi maktulün-ı mezburunun tüfenk ve kılıç ile amden katl eylediklerini bi’t-tav’ takrir eylemiş olmalarıyla ... katletmedikleri takdirde kendileri katlonulacağı malum olup ...

bu kararda görüldüğü gibi Osmanlı uygulamasında ön plandaki tehdide maruz kalan ve fiili işleyen kişinin sorumlu tutulup tutulmayacağı hususunda bir boşluk bırakılmış olsa da İslami kaynaklarda cebir ve tehdide maruz kalınmış olsa bile öldürme ve yaralama gibi ağır niteliği haiz neticelere yol açabilecek fiillerin işlenmesine izin verilmemiş, bütün insanların yaşam ve beden dokunulmazlıkları birbirine eşit görülerek bir kimsenin hakkının bir başka kişinin hakkına tercih edilemeyeceği, kişinin kendi hakkına yönelik bir tehlike olsa bile bu tehlikeyi bir başka kişinin hakkına zarar vererek defetmesine hiçbir şekilde izin verilemeyeceği, bu nedenle de bu tür durumlarda tehdide maruz kalanın kendi hakkına yönelik tehlikeyi defetmek adına bir başka kişinin hakkına zarar vermesi halinde hem tehdit uygulayan kimseye hem de tehdide maruz kalan kişiye ceza verilmesi yoluna gidileceği, bu anlamda tehdide maruz kalan kişinin yaşamına yahut da vücut bütünlüğüne yönelik bir tehdit olsa bile bunun mazur görülmeyeceği, her iki tarafa da kısas cezasının uygulanacağı sonucuna ulaşılmıştır<sup>351</sup>.

Arka plandaki kişinin sorumluluğunu gerektiren hata, cebir ve tehdit, amirin emri gibi durumlar açısından önem arz eden husus, arka plandaki kişinin yukarıda bahsedildiği gibi bazı hallerde adeta fail gibi işlenen suçtan sorumlu tutulması, bazı hallerde ise yardım eden yahut da teşvik veya tahrik eden olarak sorumlu tutulmasıdır. Bu sınırın ortaya konması, esasında yine Osmanlı uygulamasında faillik-şeriklik ayrımında herhangi bir kriterin bulunup bulunmadığı, varsa ne olduğu konusunda genel bir fikir verecek, yol açacaktır. Buna göre bir kimseye içmesi için zehir verildiğinde zehri içen kişinin bilerek zehri içmesi durumunda ön plandaki kişinin iradi hareketi dikkate alınarak arka plandaki kişiye tazir cezası verilmekte, kısas veya diyet sorumluluğu öngörülmemekte, adeta arka plandaki kişinin şeriklik sorumluluğuna gidilmekte, yani yardım eden olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık ön plandaki kişinin verilen maddenin zehir olduğunu bilmeden içmesi durumunda arka plandaki kişinin kısas dolayısıyla sorumlu tutulması gerektiği, bu suretle fail olarak kabul edildiği belirtilmektedir<sup>352</sup>.

---

*verese-i maktuleyn Ejderi affetmeyip kısas ettirmeye talip olduklarından merkum Ejder hakkında emri kısasın icrasına hükm-i şer'i lahık olmuş... icra-yı kısas babında lazım gelen...*" (Avcı, **a.g.e.**, s. 182).

<sup>351</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 184; Akgündüz, **a.g.e.**, s. 442.

<sup>352</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 182.

## 2. Eski TCK Dönemi

Eski Türk Ceza Kanunu'nda iştirak kurumuna ilişkin düzenlemeler, 64 ve devamı hükümlerinde ihdas edilmiştir<sup>353</sup>. Tercüme niteliğindeki bu hükümler dikkate alındığında faillik-şeriklik ayrımının varlığı dikkat çekmekteyse de bu ayrımın hangi kritere ya da kriterlere göre yapılabileceği hususunun oldukça karmaşık olduğu belirtilebilir. Böylelikle Türk hukukunda failin tespitine ilişkin görüşlere değinilmek istendiğinde ETCK dönemi ile yeni TCK dönemi arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir.

ETCK'da iştirak türleri kapsamında asli iştirak-fer'i iştirak ayrımına yer verilmiştir. Asli iştirak faillğe karşılık gelmekte olup kapsamında asli maddi iştirak ve asli manevi iştirak bulunmaktadır. Asli maddi iştirak, eylemi irtikap etme ve/veya doğrudan doğruya beraber işlemeyken asli manevi iştirak, azmettirme olarak görülmüştür. Yani TCK'ya göre bir şeriklik türü olan azmettirme, azmettirenin fail gibi cezalandırılması dayanak gösterilerek bir asli iştirak türü olarak addedilmiştir<sup>354</sup>. O kadar ki bazı kaynaklarda azmettirmenin manevi fail olarak nitelendirildiğine dahi rastlanmaktadır<sup>355</sup>. Şerikliğin bir diğer türü olan yardım etme ise, fer'i iştirak hallerine karşılık gelecek şekilde fer'i maddi iştirak ve fer'i manevi iştirak olarak kabul edilmiş, bu hallerde cezanın indirilerek uygulanması öngörülmüştür<sup>356</sup>.

<sup>353</sup> Buna göre 64'üncü maddenin ilk paragrafında, “Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fülle mahsus ceza ile cezalandırılır.” ifadesine yer verilirken ikinci paragrafında “Başkalarını cürüm ve kabahat işlemeğe azmettirenlere dahi aynı ceza hükmolunur. Ancak fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezası, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis yerine yirmi sene ağır hapistir. Sair cezaların altıda biri indirilir.” cümlelerine yer verilmiştir. Nihayet 65'inci maddede, “I - Suç işlemeğe teşvik veya suçu irtikap kararını takviye ederek yahut fiil işlendikten sonra muzaheret ve muavenette bulunacağını vadeyerek, II - Suçun ne suretle işleneceğine mütaallik talimat vererek yahut fiilin işlenmesine yarıyacak iş veya vasıtaları tedarik ederek, III - Suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırarak suça iştirak eden şahıs, işlenmiş fülle mahsus olan ceza ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ise yirmi yıldan, müebbet ağır cezası ise onaltı yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cazası ile cezalandırılır. Sair hallerde kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilir. Bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzımam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifada edemez.” şeklindeki düzenleme ihdas edilmiştir.

<sup>354</sup> Önder, a.g.e., C.II, s. 463;İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Ünver/Mahmutoğlu, a.g.e., s. 401.

<sup>355</sup> Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953, Kn. 415.

<sup>356</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Ünver/Mahmutoğlu, a.g.e., s. 371.

ETCK döneminde Türk hukukundaki bütün yazarların kanuni düzenlemelerden kaynaklı olarak dar faillik anlayışından hareket ettiklerinde bir şüphe bulunmamaktadır<sup>357</sup>. Keza bu dönemde faillik-şeriklik ayrımı da kabul edilmiş, yani ikilik sistemi esas alınmış olmakla birlikte<sup>358</sup> bu ayrıma ilişkin olarak hangi öğretinin benimsendiği noktasında tam bir belirsizliğin hakim olduğu görülmektedir. Bu kapsamda bazı yazarların kullandıkları bir takım ifadeler, sübjektif öğretinin benimsendiği yönünde şüpheler uyandırır da<sup>359</sup>, bu şüpheleri kesinliğe dönüştüren başka herhangi bir başka belirtinin bulunmaması, diğer öğretilerin varlığına ilişkin emareler de dikkati nazara alındığında sübjektif öğretinin tamamen gözlerden uzak tutulması gerektiği sonucunu beraberinde getirmektedir. Buna göre Türk hukukunda iki farklı eğilim göze çarpmaktadır. İlk eğilim, suç ortaklarının işlediği fiiller arasında “asli fiil”, “fer’i fiil” ayrımının yapılması, suçun işlenmesi için esas katkıyı ortaya sağlayan kişinin fiilinin “asli fiil” olarak kabul edilmesi, esas katkı olmayıp sadece ikincil derecede katkılar sağlayan kişilerin gerçekleştirdikleri fiillerin ise “fer’i fiil” olarak kabul edilmesi ve bu kişilerin yardım eden şeklinde nitelendirilmesi yönünde maddi objektif öğretini olarak tezahür etmektedir<sup>360</sup>. Diğer eğilim ise, suç ortağının yaptığı katkının tipik olması, kanuni suç tipinde yer alan hareketin gerçekleştirilmesi yönünde olup şekli objektif öğretini olarak şekillenmiştir<sup>361</sup>.

Asli maddi iştirake tekabül eden 64’üncü madde hükmü göz önünde bulundurulduğunda ilk bakışta şekli-objektif teori ön plana çıkmaktadır. Zira söz konusu hükümde fiili irtikap etmekten bahsedilmiştir. Buna göre fail, suç teşkil eden hareketi yapan, kasten öldürme suçunda bıçağı mağdura saplayan, hırsızlıkta malı alan kişi olarak kabul edilmiştir<sup>362</sup>. *Önder* de kanunda yer alan düzenlemelerin şekli-

<sup>357</sup> *Önder*, **a.g.e.**, C.II, s. 460; *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*, **a.g.e.**, s. 370.

<sup>358</sup> *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, **a.g.e.**, s. 636; *Demirbaş*, **a.g.e.**, s. 488.

<sup>359</sup> *Erem*, asli iştirake suç ortaklarının iradelerinin birleşmesi ve bu iradelerin hükmü altında meydana gelmesinin söz konusu olduğunu, oysa ki fer’i ortakların fiilinde bu özelliğin bulunmadığını, hareketin gayesi üzerinde fer’iliğin esas olduğunu belirtmiştir (*Erem*, **a.g.e.**, C. I, s. ). Yine *Önder*’in azmettirmeye ilişkin olarak “*Kişi, fer’i manevi iştirak iradesi ile hareket etmiş ise azmettiren olamaz, hatta fer’i manevi failin suç işleme kararını takviye hareketi kişide azmettirilen etkisi yaparak suç işleme kararını aldırılmış olsa dahi durumda bir değişiklik olmaz.*” şeklindeki ifadelerinden de (*Önder*, **a.g.e.**, C.II, s. 463) bir an için sübjektif öğretini benimsediği sonucuna ulaşılabilir.

<sup>360</sup> *Erem*, **a.g.e.**, C. I, s. 391, 427; *Erem/Danışman/Artuk*, **a.g.e.**, s. 358.

<sup>361</sup> *Erem*, **a.g.e.**, C. I, s. 428.

<sup>362</sup> *Taner*, **a.g.e.**, Kn. 414; *Dönmezer/Erman*, **a.g.e.**, C.II, s. 399.



objektif öğretinin bir yansıması olduğunu belirtmiş, buna gerekçe olarak da kanunda icra hareketlerini gerçekleştiren kimselerin fail olarak nitelendirilmiş olmasını göstermişse de<sup>363</sup> literatürdeki yazarların büyük çoğunluğu irdelendiğinde şekli objektif öğretiden ziyade maddi objektif öğretinin temele alındığına dair daha fazla emareye rastlanmaktadır. Gerçekten de ETCK'nın 64. maddesinde düzenlenen asli fail kapsamında fiilin irtikap edilmesi veya doğrudan doğruya beraber işlenmesi açısından *Önder*'in bu tespiti yerinde gibi görünse de azmettirmenin de asli-manevi faillik adı altında bu kapsama dahil edilmesi ETCK sistematüğinde şekli-objektif öğretinin kabul edilmiş olduğu kabulünü şüpheli hale getirmektedir. Benzer şekilde 64. maddede fiilin irtikap edilmesi hüküm altına alınmış olsa da düzenlemenin hemen devamında yer verilen “*fiilin doğrudan doğruya beraber işlenmesi*” ifadesi göz önünde bulundurulduğunda da şekli-objektif öğretiden uzaklaşılabilir. Zira bu son ifadeye göre suçun kanuni tanımında yer alan hareketin mutlak surette yerine getirilmiş olması gerekli görülmemiştir. Buna göre faillik, tipiklik kapsamındaki hareket yerine getirilmeksizin de fiilin icrasına katkıda bulunan diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişine katılma suretiyle söz konusu olabilecektir ki bu müşterek failliğe işaret etmektedir<sup>364</sup>. Dolayısıyla hükmün devamında yer alan bu ifade, şekli-objektif öğretinin benimsenmiş olduğu noktadaki iddiaları bertaraf etmekte, başka öğretiler kapsamında bir arayışa neden olmaktadır.

Bir açıdan bakıldığında Alman hukukunda 19. yy'nin sonlarından itibaren kanuni tanımdaki fiilin müşterek olarak işlenmesinin düzenlenmiş olması ve bu anlamda faillik için kanunda yer alan hareketin bizzat icrasına gerek bulunmamasına rağmen Alman öğretisinde şekli-objektif öğretinin benimsendiğinin ileri sürülmüş olması karşısında ETCK'da sırf müşterek failliğe karşılık gelen fiilin doğrudan

<sup>363</sup> *Önder, a.g.e.*, C.II, s. 438.

<sup>364</sup> *Erem, a.g.e.*, C. I, s. 430. Bu durum yargı kararlarına da yansımıştır. Nitekim “*Her üç sanık apartman dairesine girip hırsızlık yapmayı kararlaştırdıkları, kapıyı açmak için zorladıkları, bunu başaramayınca iki sanık hava boşluğundan mağdurun katına indikleri ve banyo penceresini açıp içeriye girip çaldıkları eşyaları bir çantaya koydukları ve üçüncü sanık da bu hava boşluğuna sarkıtığı ipe yukarıya çektiği, bu şekliyle hırsızlık suçunu birlikte gerçekleştirdikleri anlaşılmıştır. Bu hırsızlık suçunda hava boşluğundan diğer iki sanığın bir çantaya koyduğu eşyaları yukarıya çeken üçüncü sanığın, suçun işlenmesindeki eylemi fer'i iştirak değil, asli iştiraktır.*” şeklindeki Ceza Genel Kurulu kararından da anlaşıldığı üzere fiilin bizzat icrası şart görülmemiş, suçun işlenmesine yönelik önemli bir katkının sunulması yeterli addedilmiştir (CGK 26.04.1982, 114/171 - YKD. 982/7, 998 - *Erem/Danışman/Artuk, a.g.e.*, s. 388).

doğruya beraber işlenmesine yer verilmiş olmasının Türk hukukunda da şekli-objektif teorinin benimsenmiş olduğu iddiasını çürütmeye yetecek bir argüman olmadığı belirtilebilecekse de Alman öğretisinde o dönemde dahi söz konusu düzenlemeye rağmen şekli-objektif öğretinin kabul edildiği argümanına yönelik en önemli eleştirilerden birinin de müşterek faillığe ilişkin hükmün ihdas edilmiş olmasının ileri sürüldüğü dikkate alındığında benzer durumun Türk hukukunda da göz önünde bulundurulabileceği ifade edilebilir. Bu açıdan da müşterek faillığe ilişkin bir hükmün varlığı karşısında “fiilin bizzat icrası”nı esas alan şekli-objektif öğretinin benimsendiği yönündeki görüş, çok da temellendirilmiş olmayacak, gerçekten de başka arayışlara sebebiyet verecektir.

Bu çerçevede şekli-objektif teorinin benimsenmediğine dair bir diğer dayanak noktası da azmettirmenin asli manevi iştirak kapsamında, hatta asli manevi faillik olarak telakki edilmesi<sup>365</sup>, suça yol açan fiilin ilk ve etkili sebebi olarak nitelendirilmesidir<sup>366</sup>. Zaten ETCK döneminde faillik-şeriklik ayrımındaki belirsizlik noktasında dikkat çeken hususlardan biri de azmettirenin fail olup olmadığıdır. Zira azmettirme de asli manevi faillik olarak addedilmiş, böylelikle suç ortağının sırf suç tipinde öngörülen tam cezaya layık görülmesi sebebiyle azmettirme faillikle birlikte asli iştirak türü olarak kabul edilmiştir<sup>367</sup>. Bu anlamda bir kimseyi suç işlemeye sevk etme hareketinin de azmettirme kapsamında asli manevi iştirak olarak kabul edilmesi ve bu suretle fiilin icra edilmesine gerek duyulmayarak asli iştirak kapsamında telakki edilmesi de şekli objektif teoriyi geri plana itmekte, maddi objektif teoriyi güçlendirmektedir<sup>368</sup>. Bu şekilde bir ayırım, Alman hukukunda 19. yy’da söz konusu olan ve dolaylı faillikle azmettirme durumlarını bünyesinde barındıran manevi failliği akla getirmekte, böylelikle de maddi-objektif öğretiye işaret etmektedir. Buna göre fiili icra etme yahut da doğrudan doğruya beraber işlemeyle birlikte suç işleme kararı verdirme “asıl neden” olarak telakki edilip suçun tam cezası verilirken bu

<sup>365</sup> Taner, **a.g.e.**, Kn. 415. *Erem* de azmettirmenin faillikten başka bir şey olmadığını belirtmiş, böylelikle de Alman hukukundaki manevi failliği anımsatan bir fikir ileri sürmüştür (Erem, **a.g.e.**, C. I, s. 443; Erem/Danışman/Artuk, s. 392). Bu bakımdan manevi iştirak, her durumda fer’i iştirak olarak nitelendirilmesi gereken bir iştirak şekli olarak görülmemiştir (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 392).

<sup>366</sup> Erem, **a.g.e.**, C. I, s. 431.

<sup>367</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 122.

<sup>368</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 392

katkıların dışında kalan teşvik, kuvvetlendirme, vaat, yönlendirme, araç sağlama gibi hareketler ise “yan neden” olarak nitelendirilip suçun tam cezasında belirli bir indirim öngörülmüştür.

Nitekim *Erem/Danışman/Artuk*, birden fazla kişinin iştirakinde fiilleri asli ve fer’i şeklinde bir ayrıma tabi tutmuş, suçun failini fiili işleyen kişiler olarak kabul etmiş, fiilin işlenişine katılan diğer kişileri ise fiilin bir nedeni olarak değerlendirmeyerek yan bir unsur olarak telakki etmiş, bu kişilerin katkılarının ancak asli failin katkısıyla birleştiğinde bir anlam ifade edeceğini belirtmiştir<sup>369</sup>. Bununla birlikte yazarların “...suç ortağının sorumluluğunu esası başkasının işlemiş olduğu fiil değil, kendisinin suç oluşturan bir fiile neden oluşundadır. Çünkü tek olan suçun birden çok nedenleri arasında ortağın da faaliyeti yer almaktadır.” şeklindeki ifadeleri de maddi-objektif öğretiyi işaret etmektedir<sup>370</sup>. Yine de yazarların devamında yer alan ifadeleri, hangi öğretiyi benimsedikleri noktasında büyük bir belirsizlik ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu muallak durumun sadece bu yazarlara has olmadığını da belirtmek gerekir. Zira yazarların hangi öğretiyi benimsediklerine ilişkin bu kapalılık, bizatihi kanuni düzenlemenin kendisinden kaynaklanmaktadır.

Nitekim maddi-objektif öğretiden yana olan *Önder*’in azmettirmeye ilişkin olarak “Kişi, fer’i manevi iştirak iradesi ile hareket etmiş ise azmettiren olamaz, hatta fer’i manevi failin suç işleme kararını takviye hareketi kişide azmettirilen etkisi yaparak suç işleme kararını aldırılmış olsa dahi durumda bir değişiklik olmaz.” şeklindeki ifadelerinden bir an için subjektif öğretiyi benimsediği sonucuna ulaşılabilir. Daha da ilginç yazarın “Azmettiren, icra hareketlerini yapan kişi olmadığı halde kanunumuz azmettirmeyi asli fail olarak kabul etmektedir.” yönündeki ifadesi de faillik için fiilin bizzat icra edilmesini gerekli gördüğü, böylece kanunda şekli-objektif öğretinin benimsendiğini düşündüğü izlenimi vermektedir. Yani görüldüğü üzere yazarlar, kendi açıklamalarından da anlaşıldığı üzere kanunda hangi öğretinin benimsendiği hususunda tam anlamıyla net bir fikre sahip değildir. Bu tür bir karmaşaya neden olan ise azmettirme için öngörülen faile denk ceza şeklindeki yaptırımın izah edilememesi, daha ziyade yaptırımdan hareketle faillik-şeriklik ayrımının yapılmaya çalışılmasıdır. Nitekim *Önder* de prensip itibarıyla fer’i

<sup>369</sup> Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s. 358.

<sup>370</sup> Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s. 371.

iştirak olduğunu belirttiği azmettirmenin suçun sebebinin oluşturması ve suçlunun ortaya çıkmasına neden olması dolayısıyla asli fail olarak nitelendirildiğine dikkat çekmiş<sup>371</sup> kanunun kabul ettiği ikilik sisteminin bir sonucu olarak yardım etmede cezada bir indirimle gidildiğini, bunun da fer'i iştirak olduğunu ifade etmiştir<sup>372</sup>.

ETCK döneminde faillik-şeriklik ayırımına ilişkin olarak hangi kriterin benimsendiği noktasındaki bu belirsizliği itiraf eden *Önder*, sorunun nedeni olarak ikilik sistemini göstermişse de<sup>373</sup> kanaatimizce gerçek böyle değildir. Tam bu noktada *yazarın* tek faillik sistemini öne çıkarıcı ifadeleri gözden kaçmamakta, ikilik sistemine yönelik eleştirileri dikkat çekmektedir. Oysa ki *yazarın* bu tavrı oldukça şaşırtıcı karşılanabilecek bir niteliği haizdir. Zira doktrinini daha çok İtalyan hukukuna dayalı olarak geliştiren ve açıklamalarında İtalyan Ceza Kanunu'nda ihdas edilen “...birden fazla kimse aynı suça iştirak ederse her biri bu suçun cezası ile cezalandırılır.” hükmünü dayanak gösteren *Erem/Danışman/Artuk*'un iştirak hallerinin kanunda sayılmamasının hukuk güvenliğini tehlikeye sokmayacağı, hakimin takdirine bırakılmasının daha doğru olacağını belirterek tek faillik sistemini savunması daha normal karşılanabilir. Bununla birlikte İtalyan Ceza Kanunu'nun söz konusu hükmü iştirak türlerini tamamen ortadan kaldırmış, yani iştirak türlerine ilişkin var olan bir ayırımı hakimin takdirine bırakmamış, tek faillik sistemini öngörmüş olmasından hareketle yazarların bunun bilincinde olarak söz konusu hükmü onaylıyor olması halinde “*İştirak kavramının kanunlardan terki ve bir suçta birden fazla fail varsa her birinin ayrı bir suçun faili gibi cezalandırılması da önerilmiştir. Bu öneri konuyu basitleştirir.*” ifadeleri de dikkate alındığında tek faillik sisteminin savunuru olduğu sonucuna ulaşılabilecekse de bunların devamında “*Faillik şerikleri ayırmak önemli bir husustur.*” gibi kullandığı ifadeler iştirak türleri arasındaki ayırımın ve bilhassa da bağıllık kuralının olmazsa olmaz olduğu

<sup>371</sup> *Önder, a.g.e., C.II, s. 463.*

<sup>372</sup> *Önder, a.g.e., C.II, s. 468.*

<sup>373</sup> *Önder, a.g.e., C.II, s. 439. Önder, bazı durumlarda faillik-şeriklik ayırımının yapılmadığını, nitekim kavgada bir kimsenin ölmesi ya da yaralanması durumunda neticeyi gerçekleştiren kimsenin tespitinin zor olduğunu, bu hallerde kavgaya katılan suç ortaklarının gerçekte hak ettikleri cezadan çok daha farklı bir cezaya maruz kalabildiklerini, gerçek failin daha az, yardım edenin ise daha fazla ceza alabildiğini ifade etmiş, muhtemel adaletsizliğe dikkat çekmiş (Önder, a.g.e., C.II, s. 439), böylelikle adeta tek faillik sisteminin savunuculuğunu yapmıştır.*

düşüncesinde olduğunu göstermektedir<sup>374</sup>. Nitekim bu yazarlar, kişilerin katkılarının her birinin münferit kabul edilmesi halinde söz gelimi gözcülükte olduğu gibi bazı hareketlerin cezalandırılmasının mümkün olmayacağına, bu minvalde bazı hareketlerin esas fiile bağlı olarak cezalandırılmasının söz konusu olduğuna dikkat çekmişlerdir<sup>375</sup>.

Nihayetinde ETCK'nın faillik-şeriklik ayrımı bakımından belirli bir ölçüt ortaya koymadığı, asli-fer'i iştirak ayrımından hareketle maddi objektif teorinin esas alınmış olduğu izlenimi edinilebilirse de bu hususta tam manasıyla bir belirliliğin olmadığı belirtilebilir. Şu halde hangi iştirak türlerinin asli, hangilerinin fer'i olduğu tamamen suç ortakları hakkında öngörülecek cezaya göre tayin edilmekte, özel suç tipinde öngörülen cezanın tamamına layık görülen suç ortağı asli fail, katkısının ağırlığı dolayısıyla indirilerek belirlenecek olan cezaya layık görülen suç ortağı ise fer'i fail olarak kabul edilmektedir. Bu minvalde iki iştirak türü arasındaki ayırım, suç ortağı hakkında öngörülecek olan cezaya göre takdir edilecektir<sup>376</sup>. Bu değerlendirme ise tamamen olayı inceleyen hakim tarafından yapılacaktır. İşte tam bu noktada hakimin bu değerlendirmeyi neye göre, hangi ölçüte göre yapacağı belirsiz kalmaktadır<sup>377</sup>.

Kanuni düzenlemelerdeki belirsizliğe rağmen faillik-şeriklik ayrımını bugünküne benzer şekilde yapan ve azmettirmeyi de açıkça şeriklik kapsamında telakki eden nadir bir görüşün varlığı dikkat çekmektedir<sup>378</sup>. ETCK'da yer alan düzenlemeler buna uygun olmasa da o dönem doktrinde günümüzde TCK tarafından da failliğe ilişkin olarak benimsenen fiil hakimiyeti teorisinin bu yazarlar tarafından daha o dönemde savunulduğu dikkat çekmektedir. Zaten TCK'da fiil hakimiyeti teorisinin benimsenmesinde de bu yazarlardan Özgenç ve Sözüer'in etkilerinin olduğu, bu anlamda benimsedikleri görüşün kanun çalışmaları esnasında TCK'ya da

<sup>374</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 386, 387.

<sup>375</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 387.

<sup>376</sup> Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 123.

<sup>377</sup> Özgenç, hakimin izleyeceği yolu, kanuni tanımda yer alan haksızlığı gerçekleştiren olayın objektif ve subjektif unsurlarının bir bütün olarak dikkate alınmasını gerekli gören bütüncül metot olarak nitelendirmiştir. Buna göre fiilin işlendiği yerde bulunma, katkının zorunluluğu, katkının ikame edilebilirliği, menfaat gibi objektif ve subjektif bazı kriterlerle suç ortaklarının katkıları üzerinde bir değerlendirme yapılacak ve bir sonuca ulaşılabilecektir (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 121).

<sup>378</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 370.

yansımasını sağladıkları vurgulanmalıdır. Fiil hakimiyeti teorisini kabul ettikleri, ortak yazar oldukları eserde yer alan “*Ortaklaşa faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra eylem üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsündedir.*”, “*Her ortaklaşa fail suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır.*”, “*Ortaklaşa faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra eylem üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için...*” gibi ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır<sup>379</sup>. Bu kapsamda esas önem arz eden ise ETCK döneminde tüm iştirak türlerinin tam manasıyla günümüze uygun şekilde tasnifi İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver tarafından yapılmış olmasıdır. Öyle ki kanunda fer’i fail olarak nitelendirilen bir kimsenin suç işlemeye sevk edilmesi dahi doğru olarak şeriklik kapsamında azmettirme şeklinde tanımlanmış<sup>380</sup>, böylelikle TCK’daki düzenlemelerin de bir anlamda ön adımları atılmıştır.

### III. YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINDA, BİZZAT İŞLENEBİLEN SUÇLARDA VE AMAÇ SUÇLARINDA FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMI

#### A. Genel Olarak

TCK’da ve TCK’daki düzenlemeler dolayısıyla Türk doktrininde daha önce de ifade edildiği üzere faillik-şeriklik ayrımına ilişkin olarak fiil hakimiyeti teorisi kabul edilmiştir. Buna göre fiil hakimiyeti kriteri gereğince fiilin işleniş sürecine hakim olan kişi fail olarak nitelendirilmektedir. Faillik, kural olarak bu kriter gereğince belirlenecektir. İşte bu ifade, fiil hakimiyeti kriterinin her türlü suç tipinde (bazı suçlar için tek başına) geçerli olabilecek evrensel bir kriter olmadığına işaret etmektedir. Buna göre, bazı suç tiplerinin yapısından kaynaklı olarak fiil hakimiyetinin ya yeterli olmadığına yahut da kapsamının daraltıldığına ya da hiçbir şekilde gerekli olmadığına kabul edilmesi ve istisnai durumların dikkate alınması gerekmektedir<sup>381</sup>.

Bu çerçevede faillik için fiil hakimiyeti prensibinin hiçbir şekilde dikkate alınmadığı en önemli suç grubu, taksirli suçlardır. Zira taksirli suç kapsamında yer alan neticenin gerçekleşmesine nedensel hareketi gerçekleştiren herkes, fail olarak telakki edilecek, fiil hakimiyeti koşulu aranmayacaktır. Bu anlamda kastta hareketin

<sup>379</sup> Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 371-372.

<sup>380</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 401.

<sup>381</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 267; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 58.

finalist yapısı görülürken<sup>382</sup> taksirde görülmemektedir ki, bu da kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında en baştan bir ayırım yapılmasını gerekli kılacaktır<sup>383</sup>.

Taksirli suçlar dışında faillik için fiil hakimiyeti kriterinin hiçbir şekilde ya da tek başına dikkate alınmadığı kasıtlı suçlar da bulunmaktadır. Yani kasıtlı olarak işlenmiş olsa dahi bir kısım suç tipinde kişinin merkezi konumda bulunması, fiilin işleniş sürecine hakim konumda bulunması ya yeterli görülmemekte ya buna bir sınırlandırma getirilmekte yahut da hiç gerekli görülmemektedir<sup>384</sup>.

Bu özel suç tiplerinin neler olduğu konusunda Alman doktrininde farklı görüşlerin varlığı dikkat çekmekteyken<sup>385</sup>; Türk hukukunda tam anlamıyla bu şekilde bir sınıflandırmanın olmadığı, sadece kanuni ifadesiyle özgü suçlar bakımından bir farklılaştırmanın olduğu görülmektedir<sup>386</sup>. Yani bu hususta Türk doktriniyle Alman doktrininin oldukça farklı şekilde geliştiği belirtilebilir. Bu noktada kanaatimiz, özel suç türlerinin bizzat işlenebilen suçlar, yükümlülük suçları (özgü suçlar) ve amaç

<sup>382</sup> Zaten bu yüzden fiili hakimiyet öğretisi, esas itibarıyla “finalist-fiili hakimiyet öğretisi” olarak nitelendirilmektedir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 93; Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 31).

<sup>383</sup> *Welzel*'e göre kasıtlı olarak işlenen suçlarda fail, azmettiren ve yardım eden aynı şekilde amaçsal hareket ederken ve bu nedenle de amaçsallık şeklindeki bu unsurun yardımıyla birbirinden ayıramazken bu kriterle sadece taksirli fiillerde fiili hakimiyetin bulunmayacağı ve böylelikle de taksirli suçlarda faillikle şeriklik arasında bir ayırımın mümkün olmadığı açıklığa kavuşturulabilir (Welzel, **ZStW 1939**, s. 543).

<sup>384</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 267; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 39; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 13; Stratenwerh/Kuhlen, **AT**, § 12 Kn. 18; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 158; Otto, **AT**, § 21 Kn. 37; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Kn. 82; Krey/Esser, **AT**, Kn. 866 vd.; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 15; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 519; Heinrich, **AT**, Kn. 1196.

<sup>385</sup> Bir defa Alman doktrininde “hakimiyet suçları” şeklindeki isimlendirmeyi kabul etmeyip bu suçları “genel suçlar” olarak nitelendiren bir görüşün varlığına işaret etmek gerekir (Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 36; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 25). İster genel suçlar olsun isterse hakimiyet suçları, nihayetinde bu suçlar haricinde kalan özel suç türlerinin varlığının bu görüşlerin herbiri tarafından kabul edildiği görülmektedir. Nitekim hakimiyet suçları isimlendirmesini benimseyen *Roxin* tarafından bu kapsamda bizzat işlenebilen suçlar ve yükümlülük suçlarının var olduğu ifade edilirken (Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 267) genel suçlar isimlendirmesini uygun gören *Schünemann*, bu suç tiplerine gerçek olmayan ihmalî suçları da dahil etmek isterken (Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 40; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 522a) *Heinrich*, *Schünemann*'ın aksine bu suç tiplerine kanuni tanımında kastın dışında ayrıca amaç, saik gibi belirli sübjektif unsurların da gerekli görüldüğü amaç suçlarını da dahil etmiştir (Heinrich, **AT**, Kn. 1196).

<sup>386</sup> Türk doktrininde hiçbir şekilde “hakimiyet suçları-özel suç türleri” şeklinde bir ayırım yapılmamış, sadece genel suçlar-özgü suçlar ayırımı yapılmış, faillik için özel niteliği gerekli gören suç tipleri haricindeki bizzat işlenebilen suçlarla amaç suçları da kapsamına alan bütün suç tipleri genel suçlar olarak nitelendirilmiştir. Bununla birlikte doktrinde *Erdem*'in özgü suçlar, yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar şeklinde özel suç türleri belirlemesi yaptığı görülmektedir (Mustafa Ruhan Erdem, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, S. 5, s. 206).

suçları olduğu yönündedir. Nitekim bu suç tipleri arasında yükümlülük suçlarının (özgü suçların) bulunduğu<sup>387</sup> hem Alman doktrininde hem de Türk doktrinindeki fikir birliğinden kaynaklı olarak açık ve kesin bir şekilde söylenebilir. Bunun yanında bizzat işlenebilen suçların da bu özel suç türleri kapsamında yer aldığı hususunda Alman doktrininde bir fikir birliğinin olduğu görülmektedir. O halde yükümlülük suçlarıyla bizzat işlenebilen suçlar kesin olarak özel suç türleri arasında bulunmaktadır. Keza gerçek olmayan ihmali suçların zaten bizatihi yükümlülük suçları olduğu<sup>388</sup>, nitekim diğer görüş sahiplerinin de bu kapsamda verdikleri misallerden bu durumun açıkça anlaşıldığı, bu nedenle de *Schünemann*'ın yaptığı gibi bu suçları yükümlülük suçlarından ayırmış gibi farklı bir grupta zikretmenin anlamsız olduğu hususuna dikkat çekmek gerekir<sup>389</sup>. Nihayet kanuni tanımında kastın dışında ayrıca amaç, saik gibi belirli subjektif unsurların da gerekli görüldüğü amaç suçları bakımından da failin belli bir niteliği haiz olmasını, yani suç tipinde yer alan unsuru da gerçekleştirmiş olması gerektiğini ifade etmek gerekir. Böylelikle

<sup>387</sup> Özgü suçlar, yükümlülük suçlarından başka bir şey değildir (Krey/Esser, **AT**, Kn. 869). Ancak bu görüşü doktrinde tam anlamıyla kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır. Nitekim *Wessels/Beulke/Satzger*, aynı zamanda gerçek özgü suçlarla yükümlülük suçlarını ayırmıştır (Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 520, 522).

<sup>388</sup> Krey/Esser, **AT**, Kn. 869. Her türlü ihmali harekette bulunan kişinin fail olmadığını, bilakis suç tipinde tanımlanan neticeyi önlemekle yükümlü kılınan kişinin fail olabilmesine imkan tanınan suç tiplerinin bulunduğunu hatırlatan *Roxin*, burada da yükümlülük suçlarının söz konusu olduğunun altını çizmiştir (Roxin, **TuT**, s. 459, 450). Hatta *Jakobs*, daha da ileri giderek kişilerin belirli değerlerin mevcudiyetinin sorumluluğunu üstlenmelerinin söz konusu olduğu yükümlülük suçlarında suça iştirak eden kişinin ihmali harekette bulunmasının söz konusu olduğunu, dolayısıyla da yükümlülük suçlarında suçun ihmali hareketle ya da icrai hareketle işlenmesi arasındaki farkın kaybolacağını ifade etmiştir (Jakobs, **AT**, 21/116).

<sup>389</sup> Bu noktada *Schünemann*'ın bu yöndeki talebinin tamamen ilgili konu üzerine özel bir çalışmasının bulunmasından ve bu nedenle konuyu ayrıca önemsemesinden kaynaklandığı düşüncesinde olduğumuzu da belirtmeden geçmemek gerekir (Bkz. Bernd Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte**, Schwartz, Göttingen 1971, s. 235 vd.). *Schünemann*, kişisel yönetim merkezi ile neticeye neden olan vücut hareketleri arasındaki ilişkinin isnadiyet temelini belirleyici bir temeli olduğunu belirtmiş, bu ilişkinin hareket suretiyle neden olunan neticenin faile isnadiyeti için gerçeğe uygun bir temel olduğunu, kişiyle vücut hareketleri arasındaki ilişkinin belirleyici yapısının bedeni üzerinden kişinin mutlak hakimiyetinden ibaret olduğunu, psikolojik anlamda sağlam olan bir kişinin kendi vücut hareketlerine başka her türlü etkiyi minimize edecek ve itaat ettirecek yapıda hakim olduğunu, ceza hukukuna ilişkin olan vücut hareketlerinin kişisel merkezi hakimiyette isnadiyet için etkili bir temele sahip olduğunu, nitekim epilestik bir sarsıntı veya mutlak kuvvet suretiyle zorlanan hareketlerin her ne kadar zarar verici neticeye neden olabilecek nitelikteki vücut hareketleri olsalar da kişiye isnat edilebilir olmadığını, zira vücut üzerindeki kişisel hakimiyetin ifadesi olmadığını ve böylelikle bizim netice temeli üzerinde hakimiyete sahip olan ilgili kişiye neticeyi isnat etmeyi genel prensiplerin özelleştirilmesi olarak ele alabileceğimizi ifade etmiştir (Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 39).



bizzat işlenebilen suçların, yükümlülük suçlarının ve amaç suçlarının bu kapsamda telakki edilebileceği hususunda karar kılınabilir<sup>390</sup>.

## **B. Yükümlülük Suçları**

### **1. Yükümlülük Suçlarının Esası**

Yükümlülük suçları, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte failliğin sınırlarının fiili hakimiyet prensibi ile belirlendiği genel suçlardan farklı olarak ceza tehdidinin kural olarak sadece belirli bir yükümlülüğün ihlalinin önlenmesine bağlı tutulduğu, bu bağlamda da yükümlülüğe sahip belirli bir süjenin gerekli olduğu suçlardır<sup>391</sup>. Bir suçun yükümlülük suçu olup olmadığı, yukarıda da işaret edildiği üzere suç tipi kapsamında fail üzerinde belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin öngörülmüş olup olmadığından anlaşılabilir. Dolayısıyla her daim ve sadece hukuki değerlerin korunmasının amaçlandığı suç tipleri kapsamında belli bir konuda özel olarak hukuki anlamda hareket etme yükümlülüğünün öngörüldüğü ve kural olarak bizatihi bu yükümlülüğün ihlalinin bir saldırı olarak yaptırım altına alındığı suç tipleri “yükümlülük suçları” olarak tanımlanabilir<sup>392</sup>.

Bu yükümlülük, suç tipi kapsamında açıkça zikredilebileceği gibi zimni olarak da öngörülmüş olabilir. Buna göre “Kasten öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi” suçu (TCK md. 83) kapsamında açıkça “yükümlülükten” söz edilmişken zimmet (TCK md. 247), irtikap (TCK md. 250), rüşvet (TCK md. 252) gibi memur suçlarında olduğu gibi bazı suç tiplerinde kişinin yükümlü kılındığı açıkça belirtilmemekle birlikte suçun kendi yapısından da çıkarılabilir.

Keza yükümlülük, kamu hukuku kaynaklı olabileceği gibi bazı hallerde özel hukuk kaynaklı da olabilir. Buna göre zimmet (TCK md. 247), rüşvet (TCK md. 247), görevi kötüye kullanma (TCK md. 257) gibi suç tiplerinde yükümlülük, kamu hukuku kaynaklıyken güveni kötüye kullanma suçu (TCK md. 155) özel hukuk kaynaklıdır<sup>393</sup>. Bununla birlikte TCK md. 83 kapsamındaki yükümlülük de özel hukuk ilişkisine dayalı bir sözleşmeden ve keza özel hukuk alanına dahil olan bir

<sup>390</sup> Kühl, **AT**, § 20 Kn. 15; Stratenwerh/Kuhlen, **AT**, § 12 Kn. 20.

<sup>391</sup> Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 352; Paul Piotet, “Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre”, **ZStW** 69 (1957), s. 34; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 523.

<sup>392</sup> Jakobs, **AT**, 21/116.

<sup>393</sup> Murmann, **GrundK Strafr**, § 27 Kn. 16.

kanundan kaynaklanabilir. Böylelikle aile hukukundan kaynaklı olarak boğulmak üzere olan çocuğunu ölüme terk eden annenin yahut da çocuğu aç bırakmamakla yükümlü çocuk bakıcısının yükümlülüklerinin özel hukuk kaynaklı olduğu belirtilebilir.

Bu durumu sadece TCK md. 83 düzenlemesiyle sınırlı tutmamak gerekir. Zira kasten öldürme suçunun nitelikli halini gündeme getiren öldürme suçunun “*alt soy, üst soy, eş ve kardeşe*” karşı işlenmesi de (TCK md. 82/1-d) bu kapsamda değerlendirilebilir. Öyle ki bir kimsenin bu kişilere karşı işlediği öldürme suçunun haksızlık oranının daha fazla olmasının altında yatan neden de bu kişilerle olan yakınlık derecesinden, yani aile hukuku ilişkisinden kaynaklı olabilir<sup>394</sup>. Nitekim her şeyden önce eşlerin birbirlerine karşı evlilik birliğinden kaynaklı yükümlülükleri dikkate alınmalıdır. Zaten Medeni Kanun’un 195’inci maddesinde yer verilen hakimin eşlerin birbirleriyle evlilik birliğine ilişkin aralarında çıkan uyuşmazlık konusunda karar verme ve eşlerin bir süreliğine ayrı yaşamalarına kadar varan bir hüküm tesis etme yetkisinin aile birliğinin korunmasına katkı sağladığı kadar eşlerin birbirlerine karşı korunmalarına da katkı sağladığı inkar edilemez bir gerçektir. Keza alt soya karşı da velayet hakkından kaynaklı bir yükümlülükten söz edilebilir. Öyle ki çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda kararlar alıp uygulamakla yükümlü kılınan ebeveynlerin çocuklarının hayatlarına kast etmeleri bu yükümlülüklerine bir aykırılık teşkil edecektir.

Özel faillikten kaynaklı olarak ortaya çıkan yükümlülük, zimmet, irtikap gibi görev suçları başta olmak üzere suçun temel şeklinde öngörülmüş olabileceği gibi kasten yaralamanın görev esnasında işlenmesi ya da kasten öldürme suçunun alt soy-üst soya karşı işlenmesinde olduğu gibi suçun nitelikli şeklinde de öngörülmüş olabilir. Bu iki tür yükümlülük suçları arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Zira birinci grup yükümlülük suçları, doğrudan suçun temel şeklinde düzenlenmiş olup

---

<sup>394</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 184. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nda aynı evde topluca yaşanan kişilerden olup düzenlemede yer verilen belirli özellikleri haiz kişilere karşı yapılan kötü muamelenin kasten yaralama suçunun temel şekli bakımından öngörülen cezaya göre daha ağır şekilde cezalandırılmasını öngören § 225 Alm. CK kapsamındaki “Himayesi Altında Bulunan Kişiye Kötü Muamele” başlıklı düzenlemenin de yükümlülük suçu olarak kabul edilmesi (Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 522) bu sonucun doğruluğunu güçlendirmektedir.

doğrudan yükümlülük odaklı suç tipleriyle ikinci grup yükümlülük suçları, temel şekilleri herkes tarafından işlenebilen suçların nitelikli halleri olarak ihdas edilmiştir.

*Sırf yükümlülük suçları*<sup>395</sup> olarak nitelendirilebilecek olan ve Türk doktrininde gerçek özgü suçlar olarak da ifade edilen<sup>396</sup> suç tiplerinde yükümlülüğü ortaya çıkaran özel faillik niteliği, suçu temellendiren, suçun işlenmesi için olmazsa olmaz niteliği haiz unsuru olup faillik için bu unsurların gerekli olduğu suçlarda bu unsuru bünyesinde bulandırmayan suç ortağının fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir<sup>397</sup>. Bu tür suçlarda Alman doktrininde *suçu temellendiren unsurdan* söz edilmekte, bu suçlarda suçun faili olarak cezalandırılabilmenin bu tür unsurlara bağlı tutulmasından bahsedilir<sup>398</sup>. Başka bir deyişle “tipiklik unsurları” olarak da ifade edilen<sup>399</sup> bu unsurlar olmaksızın suç tipinde yer alan diğer unsurlar, suç tipinin mevcudiyetine neden olan olayları yeterince tanımlayamaz<sup>400</sup>. Bu suç tiplerinin kendileri temel suç tipi olup başka bir temel suç tipi üzerine inşa edilmez. Diğer bir ifadeyle herhangi bir temel suç tipinin nitelikli hali değildir<sup>401</sup>. Askeri suçlarda askerlik özelliği ve görev suçlarında kamu görevliliği gibi durumlar da bu unsurlar kapsamında sayılmaktadır<sup>402</sup>.

Buna karşılık ilgili suçun yalnızca nitelikli hali bakımından özel niteliği haiz olan kişi üzerinde bir yükümlülük öngörüldüğü, dolayısıyla suçun temel şekli bakımından fail üzerinde herhangi bir yükümlülüğün öngörülmediği<sup>403</sup>, Türk doktrininde görünüşte özgü suçlar olarak ifade edilen yükümlülük suçlarına ise

<sup>395</sup> Bu ifade, *Özgenç*'e ait olup Türk doktrininde sırf yükümlülük suçları ve hakimiyet ve yükümlülük suçları ayırımına ilk defa yer veren *Özgenç*'tir. Bkz. *Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 523. Özgü suçlarla yükümlülük suçlarını bir kabul eden *Özgenç*'in bu kabulünden hareket edildiğinde TCK'nın madde gerekçesinde yer alan özgü suçlarda fiili hakimiyetin yanında özel faillik niteliğinin aranacağı yönündeki ifadelerle *Özgenç*'in gerçek özgü suçlara karşılık gelen sırf yükümlülük suçlarına dair yaptığı açıklamalar arasında bir soru işareti ortaya çıkacaktır.

<sup>396</sup> Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 184.

<sup>397</sup> Koca/Üzülmez, *a.g.e.*, s. 465.

<sup>398</sup> Baumann/Weber/Mitsch, *AT<sup>11</sup>*, § 32 Rn. 19.

<sup>399</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 84.

<sup>400</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 48; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 82.

<sup>401</sup> Kühl, *AT*, § 20 Rn. 161.

<sup>402</sup> Gropp, *AT*, § 10 Rn. 240.

<sup>403</sup> Roeder, *ZStW 1957*, s. 241.

*görünüşte yükümlülük suçları*<sup>404</sup> adı verilir. Buna göre cinsel istismar suçunun nitelikli halinde suçun üst soy tarafından işlenmesi, yani ensest daha ağır cezaya tabi tutulmuş (TCK md. 103/3), bu hükümlerle suçun herkes tarafından işlenebilen temel şekli karşısında görünüşte özgü bir suç ihdas edilmiştir. Aslında ensestin bağımsız bir suç olarak öngörüldüğü Alman hukukunda ensestin özgü suç karakteri üzerinde bir tartışma ortaya çıkmışsa da<sup>405</sup> kanaatimiz cinsel istismar suçunun üst soy tarafından işlenmesi şeklindeki nitelikli hali bakımından da fail üzerinde özel bir yükümlülüğün öngörülmüş olduğu yönündedir. Nitekim cinsel bir suç olan ve suçun temel şekli gibi mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlal edilmesinin cezalandırıldığı bu suçta fail üzerinde öngörülmüş olan özel yükümlülük, suç mağduruna bu derece yakın aile ilişkilerinin olduğu bir kimse bakımından cinsel sağlığa ilişkin yararların ihlal edilmemesi, bu anlamda sağlıklı bir toplumun teşekkül edilmesine yönelik bireysel yükümlülüğe aykırı davranmamasıdır<sup>406</sup>.

Görünüşte yükümlülük suçlarının temel özelliği, temel şekli herkes tarafından işlenebilen, failiğin tespitinde fiil hakimiyetini gerekli kılan suç tipleri üzerine inşa edilen suçun faili bakımından özel bir yükümlülüğün öngörülmesi suretiyle nitelikli

<sup>404</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 465; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 649; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 184. *Özgenç*, bu suçları *hakimiyet ve yükümlülük suçları* olarak ifade etmiştir (*Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 523).

<sup>405</sup> Buna göre *Nagler*, ensestin özgü suç karakterinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiş, buna gerekçe olarak da suçun işlenmesinin her ne kadar somut anlamda olmasa da soyut anlamda mümkün olmasını göstermiştir (Johannes Nagler, **Die Teilnahme am Sonderverbrechen**, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig 1903, s. 12). Ancak *Roeder*, *Nagler*'in bu argümanına şüpheyle yaklaşmıştır. *Roeder*'e göre *Nagler*'in bu argümanı yerinde olmuş olsaydı bu defa geriye hiçbir özgü suç kalmazdı. Nitekim özgü suçların birçoğunda herkes bakımından kapsam dışındaki kişiden kanunda gerekli görülen faillik niteliğinin elde edilmesi suretiyle kapsam dahilindeki bir kişiye dönüştürülebilmesi yönünde soyut anlamda bir mümkün olma durumu söz konusudur. Bu çerçevede ensest açısından da akraba olan kişiler üzerinde öngörülen tipiklik herkes tarafından gerçekleştirilebilir ve sadece ensest niteliğindeki cinsel ilişki teşkil eden icra hareketleri bakımından belirli özel kişiler üzerinde bir sınırlandırmaya yol açmıştır (Roeder, **ZStW 1957**, s. 248). Kanaatimizce *Nagler*'in ensestin özgü suç olmadığı yönündeki ısrarı, özgü suç olarak kabul edilmesi halinde akraba olmayan bir kimsenin de dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasına imkan tanınmasını sağlamaktır. Bunu yaparken *Nagler*, mağdurla akraba olmayan kimsenin toplum sağlığının korunması açısından dolaylı fail olabileceğine işaret etmiştir. Nitekim benzer bir sonuca *v. Liszt*'in de ulaştığı ifade edilmektedir. Buna göre *v. Liszt*, genelev giden bir denizcinin farkında olmaksızın kız kardeşi ile cinsel ilişkiye girmesini, bu iki kişinin kardeş olduğunu bilmesine rağmen buna göz yuman genelev patroniçesinin ensest dolayısıyla dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşmıştır (*v. Liszt-Schmidt, Strafrechtsfalle*, 14. Auflage, Fall 130, 2 – Aktaran Roeder, **ZStW 1957**, s. 249). Yine de bu görüş sahiplerinin suçun akraba olan bir kimse tarafından akraba olmayan bir kimse aracılığıyla işlenmesini mümkün görmedikleri dikkat çekmektedir (Roeder, **ZStW 1957**, s. 249).

<sup>406</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 249.

hal şeklinde öngörölmüş olmasıdır. Bu anlamda bu suçlar, doğrudan bir yükümlölüğün öngöröldüğü sırf (gerçek) yükümlölük suçları karşısında önemli bir farklılık göstermektedir. Nitekim resmi belgede sahtecilik suçunun temel şekli olan TCK md. 204/1 herkes tarafından işlenebilirken ve bu suç bakımından faillik için fiil hakimiyeti gerekli görölmüşken resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli hali olarak TCK md. 204/2 sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir olup bu özel faillige ilişkin gereklilik fiil hakimiyeti üzerine tesis edilmiştir<sup>407</sup>. Buna göre kamu görevlisi olmayan bir kimsenin resmi belge üzerinde yaptığı maddi sahtecilik TCK md. 204/2 hükmünde düzenlenen suçu oluşturmayacak, ancak herkes tarafından işlenebilen TCK md. 204/1 hükmündeki resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmasına yol açacaktır<sup>408</sup>. Dolayısıyla bir suçun nitelikli halinde öngörölen özel yükümlölük, aslında suçun temel şeklinde öngöröldüğü şeklindeki gibi gerçek anlamda bir yükümlölük olmayıp görünüşte bir nitelik taşımaktadır. Zaten bu durum, özellikle de failliğin tespitinde daha da belirgin bir şekilde kendini gösterecektir.

## 2. Yükümlölük Suçlarıyla Özgü Suçlar Arasındaki İlişki

TCK'da yükümlölük suçlarına ilişkin olarak genel bir düzenleme bulunmamakta, sadece özgü suçlara ilişkin bir düzenleme (md. 40/2) yer almaktadır. Ancak ilgili düzenlemede de özgü suçların ne olduğuna yer verilmemiş, sadece özgü suçlarda faillik-şeriklik ayırımına ilişkin önemli bir kural belirtilmiştir. Bununla birlikte madde gerekçesinde yer verilen “*Özel faillik niteliğinin arandığı suçlarda, ancak bu niteliğe sahip olan kişiler fail olabilir....*” şeklindeki ifadeden özgü suçların

<sup>407</sup> Koca/Üzölmez, **a.g.e.**, s. 465; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 649. Sırf yükümlölük suçlarına örnek vermeyen *Özgenç*, hakimiyet ve yükümlölük suçlarına esasında görünüşte özgü suç olarak nitelendirilen suçların nitelikli hallerinde düzenlenen özgü suçları örnek göstermiş, açıklamalarını TCK md. 204/2 hükmü üzerinden yapmıştır (*Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 523).

<sup>408</sup> Türk hukukunda resmi belgede sahtecilik suçu gerçek olmayan yükümlölük suçuyken Alman hukukunda gerçek yükümlölük suçu olarak düzenlenmiştir. Nitekim Alm. CK § 348 hükmü gereği görev başında sahte belge düzenleme suçundan dolayı bir kimsenin fail olarak cezalandırılabilmesi için kişinin mutlaka kamu görevlisi olması şarttır. Zira bu suç, hareket eden kişinin kişisel statüsüne bağlanmıştır. Yani bu suç bakımından görev başında kamu görevlisi olmayan bir kimsenin fail olarak cezalandırılması mümkün değildir (Heinrich, **AT**, Rn. 1355; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 32 Rn. 2; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 86; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 161). Bu bağlamda bu suça ilişkin olarak kamu görevliliği suçu temellendiren bir unsur olarak görünüm arz etmektedir. Bunun yanında § 339 Alm. CK düzenlemesinde yer alan hukuku yanlış yorumlama suçunun da işlenebilmesi için failin ya hakim olması veya tipiklik kapsamında belirtilen özellikleri haiz olması gerekmektedir (Kühl, **AT**, § 20 Rn. 161). Bu özellikleri haiz olmayan bir kimse bakımından bu suçun mevcudiyetinden bahsedilemez.

tanımı çıkartılabilir. Gerekçedeki bu açıklamalar ve madde metnindeki “özgü suç” ifadesi, Türk hukuk doktrinde bu konuya ilişkin farklı görüşlerin ortaya çıkmasına engel olmuş, “*Belirli nitelikleri taşıyan kimseler tarafından işlenebilecek suçlar*” şeklindeki tanım üzerinde ittifak edilmesine sebebiyet vermiştir<sup>409</sup>. Şu halde kanun koyucunun kendi yapmış olduğu tanımdan hareketle özgü suçlar, genel olarak suç tanımında öngörülen cezaya layık hareketi gerçekleştiren failin “*kişi, kimse..*” gibi herhangi bir vasfi taşımadığı genel/hakimiyet suçların/ın aksine failin “*kamu görevlisi*”, “*sağlık mesleği mensubu*”, “*eş*” gibi ifadelerle sınırlandırılarak belirli bir niteliği haiz olmasının öngörüldüğü suçlar şeklinde nitelendirilen<sup>410</sup> ve bilhassa yan ceza kanunlarında yer verilmiş olmakla birlikte<sup>411</sup> genel ceza hukuku öğretisinin de bir kavramı olan<sup>412</sup> suçlardır.

Alman literatüründe ise “özgü suç” ifadesi bakımından oldukça farklı tanımlar yapıldığı görülmektedir<sup>413</sup>. Gerek Türk hukukundaki gerekse Alman doktrindeki bu tanımlar göz önünde bulundurularak genel bir tanım yapıp özgü suçlarla yükümlülük suçları arasındaki ilişki net bir şekilde ortaya konulabilir. Böylelikle de özgü suçlara ilişkin kuralların yükümlülük suçları üzerinde ne ölçüde uygulanabilir olduğu izah edilebilir, suç tipleri bu tanım üzerinden değerlendirilebilir. Ancak bu tanım öyle bir tanım olmalı ki özgü suçların kapsamı,

<sup>409</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 183; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 700; Hakeri, **a.g.e.**, s. 567.

<sup>410</sup> Winrich Langer, **Die Sonderstrafat**, Duncker&Humblot, 2. Auflage, Berlin 2007, s. 210, 211; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 183; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 586; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 481. *Demirbaş*, özgü suçlarda failin taşıması gerektiği niteliği hukuki ve doğal nitelikler şeklinde tasnif etmiş, bunlara da örnekler vermiştir. Buna göre TCK md. 100 hükmünde düzenlenen çocuk düşürme suçunda failin gebe bir anne olarak gösterilmesinde olduğu gibi bu nitelikler doğal olabileceği gibi memurluk ve vatandaşlık gibi kamu hukukundan doğan sıfatlar da olabilir (*Demirbaş, a.g.e.*, s. 482).

<sup>411</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 247.

<sup>412</sup> Langer, **Die Sonderstrafat**, s. 213.

<sup>413</sup> Bu çerçevede doktrinde yapılan tanımlamalar dikkate alındığında *Roeder*'in suç tipinde yer alan ceza tehdidinin sadece suçu işleyebilmeye yetkili kılınan kişilik alanına karşı mümkün olacak şekilde sınırlandırıldığı hallerde özgü suçların söz konusu olduğu yönündeki tespiti (*Roeder, ZStW 69*, s. 239), yine *Bambach*'in işlenmelerinin kapsamalarında bulunan özel unsurların gerçekleştirilmesine bağlı tutulduğu suç tipleri olduğu yönündeki kanaati (*Georg Bambach, Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt*, Bensheim/Bergstraße, 1963, s. 1) ve nihayet bu tanımları irdeleyen *Langer*'in “*süje alanında yapılan sınırlandırma nedeniyle işlenmeleri herkes tarafından mümkün olmayan suç tipleri*” şeklinde ortaya koyduğu genel tanım ve *Langer*'in bu yapı içerisinde ceza kanununda süjenin sınırlandırılmasına ilişkin bütün durumların bu ön kavrama dahil edilebilir olduğu yönündeki ifadesi dikkat çekmektedir (*Langer, Die Sonderstrafat*, s. 210). *Langer*'in bu tanımlaması göz önünde bulundurulduğunda özgü suçlar, bir şekilde faillik alanının belirli kişilik alanıyla sınırlandırıldığı, bu suretle sadece belirli kişilerin fail olabileceği suçlardır (*Langer, Die Sonderstrafat*, s. 218).

neredeysse bütün suçları kapsamına alacak şekilde geniş olmasın ve belirlilik de sağlanmış olsun. Zira cezalandırılabilir hareketin süjesine yönelik açık veya zımnî olarak belli kişisel gereklilikler öngörülmüş olmasından hareket edilmesi durumunda birçok suç özgü suç olarak değerlendirilebilecektir. İşte kavramsal kapsam olarak bu tür sınırsız bir genişlemeden sakınmak adına kanaatimizce özgü suçlar, *faillik alanının kanun koyucu tarafından objektif koşullarla belirli bir kişilik alanı ile sınırlandırıldığı, tipiklik kapsamında korunan hukuki değer*in **fail konumunda** sadece bu sınırlandırılmış alanda yer alan kişi tarafından ihlal edilebildiği suçlar olarak ifade edilebilir.

Bu tanımdan hareketle iki sonuç çıkarılabilir. Birincisi kanun koyucunun doğrudan kendisinin tipiklik kapsamında yer alan süjeye bir yetki ihdas etmiş olması ve tipiklik kapsamındaki hareketin bu yetkiyi haiz olmasa bile herkes tarafından gerçekleştirilebilir olmasına rağmen tipiklik kapsamındaki hukuki değer sadece bu yetkili kişi tarafından doğrudan ihlal edilebilir olması, yetkili olmayan kişi tarafından ise ancak *dolaylı* ihlal edilebilir olmasıdır. Bu, bu tür suçlarda korunan hukuki değer ancak belirli bir faillik alanında yer alan kişi tarafından ihlal edilebileceğinden bu alanda yer almayan kişinin hukuki değeri ihlalinin faillik alanında bulunan bir başka kişinin hareketi üzerinden *dolaylı* olarak gündeme gelebileceği anlamına gelmektedir.

Tanımdan çıkarılabilecek ikinci sonuç ise faillik alanındaki sınırlandırmanın ancak somut suçun işlenmesinden bağımsız “*objektif kişisel unsurlar*” ile gerçekleştirilebilir olmasıdır<sup>414</sup>. Şu halde kamu görevlileri, asker kişiler, din görevlileri, sağlık mesleği mensupları ve yargı mensupları tarafından işlenebilen suçlarla kasten öldürmenin eş, alt soy-üst soy ilişkisini gerekli kılan nitelikli hali ve kapsamında malvarlığı değeri üzerindeki muhafaza yükümlülüğünü bulunduran güveni kötüye kullanma suçu özgü suçlar olarak nitelendirilecektir<sup>415</sup>. Buna karşılık kasten öldürmenin nitelikli hallerinden biri olan öldürmenin “*töre saikiyle*” işlenmesi durumunda bu saikle hareket eden failin özgü bir suç işlemiş olduğu belirtilemeyecektir. Buna göre amaç, saik, düşünce veya benzeri failin ruhsal durumuna ilişkin unsurlar her ne kadar faillik alanını fiili olarak sınırlandırsa da bu

<sup>414</sup> Langer, **Die Sonderstrafat**, s. 210, 211.

<sup>415</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 248.

sınırlandırma genel olarak genel suçlar ve özgü suçlar ayrımı için önemsiz görülecektir.

Tüm bu izahattan sonra yükümlülük suçlarıyla özgü suçlar arasındaki ilişkiye değinilecek olursa en baştan belirtilmesi gereken husus, özgü suçlarla yükümlülük suçlarının birbirinin aynısı olduğudur. Yani esasında özgü suçlar, yükümlülük suçları, yükümlülük suçları da özgü suçlar olup bu iki suç grubu birbirinden farklı değildir. Zira özgü suçlar kapsamında her durumda özel faillik niteliğinden kaynaklı olarak bir yükümlülük öngörülmektedir. Yani bu suçlarda özel yükümlülüğe neden olan bizatihi özel faillik niteliğinin kendisidir. Dolayısıyla da rahatlıkla özgü suçların birer yükümlülük suçları olduğu belirtilebilir.

Yükümlülük suçlarıyla özgü suçlar arasındaki ilişkiye dair Alman doktrininde oldukça farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. Buna göre hakim görüş, özgü suçlarla yükümlülük suçlarını birbirinin yerine kullanırken<sup>416</sup> bir diğer görüş, yükümlülük suçları ifadesini özgü suçların yerine kullanmayı kabul etmemekte, böylelikle bu iki suç grubunu birbirinden ayırmaktadır<sup>417</sup>. Yükümlülük suçları

<sup>416</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 158; Otto, **AT**, § 21 Kn. 37; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Kn. 73; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 48; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 43; Murmann, **GrundK StraFR**, § 27 Kn. 16; Kühl, **AT**, § 20 Kn. 14, dpn. 14a; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, § 13 Kn. 522; Heinrich, **AT**, Kn. 1196; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 229. *Krey/Esser*, yükümlülük suçlarına ilişkin olarak geliştirilen fikri benimsememiş olduğundan özgü suçlarla yükümlülük suçlarını ayrı başlıklar altında incelemiş olsa da (*Krey/Esser*, **AT**, Kn. 870) yükümlülük suçları adı altında ayrı bir suç tipi grubunu kabul edip etmediği de tam anlamıyla açık değildir. Buna rağmen *Krey/Esser*, yükümlülük suçlarının özgü suçlardan başka bir şey olmadığına da dikkat çekmiştir (*Krey/Esser*, **AT**, Kn. 869).

<sup>417</sup> Stratenwerh/Kuhlen, **AT**, § 12 Kn. 22; *Jakobs*, özel yükümlülük olmaksızın özgü suçlarla geniş anlamda özgü suçlar (yükümlülük suçları) şeklinde bir ayırım yapmıştır (*Jakobs*, **AT**, 23/24). Buna göre belirli bir kuruma bağlı olarak kişi üzerinde belli bir yükümlülüğün öngörüldüğü yükümlülük suçlarını “geniş anlamda özgü suçlar” olarak kabul eden *Jakobs*, bu şekilde kuruma dayalı bir yükümlülüğün öngörülmediği, sadece failliğin belli bir kişilik alanı veya durumla sınırlandırılması halinde “özel yükümlülük olmaksızın özgü suçlar”dan bahsetmiştir (*Jakobs*, **AT**, 23/25). Bununla birlikte yükümlülük suçlarının özgü suçlara göre daha geniş olduğunu, yükümlülük suçlarının failin kişiliği için hukuken bir yükümlülüğün şart koşulduğu tüm suçları kapsamında bulundurduğunu belirten *Arana*, yükümlülük suçlarının faillik alanının belirli mesleki gruplarla sınırlandırılmış olmayan suçlar da olabileceğini ifade etmiş, bununla birlikte bu görüşüne tüm özgü suçların yükümlülük suçları alanına ait olmadığı şerhini de düşmüştür. Nitekim *Arana*, tüm özgü suçların yükümlülük suçları alanına ait olmadığına dair tezi için Alman Ceza Kanunu’ndan ceza evindeki mahkumların ayaklanması şeklindeki Alm. CK § 121 hükmünü örnek göstermiş, bu suçta kişiler için herhangi bir yükümlülüğün yüklenmediğini, bilakis sadece tipiklik unsuru olarak yer verilen “mahkum”un sadece faillik alanına ilişkin bir belirleme yaptığını ifade etmiştir (Raul Pariona *Arana*, **Taterschaft und Pflichtverletzung**, Nomos, Baden 2010 s. 77, 78). Bu kapsamda *Arana*, Alman doktrininde *Roxin*’in “Özgü suçlar kategorisi de faillik için belirleyici unsur kapsamında bulundurmaz.” şeklindeki ifadesine (*Roxin*, **TuT**, 9. Auflage, s. 353) ve keza *Jakobs*’un yukarıda yer verilen görüşlerine dayanarak



ifadesini özgü suçların yerine kullanmayı tercih etmeyen, ısrarla özgü suçlardan bahseden, bu iki grubu birbirinden ayıran yazarların bir kısmının bu düşüncelerinin arka planında hakimiyet suçları-yükümlülük suçları şeklindeki ayrımı kabul etmemeleri yatmaktadır. Yani bu ikinci görüşteki yazarlar, fail açısından belli bir yükümlülüğün öngörüldüğü suçlarda fiil hakimiyetine gerek duyulmaksızın sadece yükümlülüğün ihlali ile failliğin belirlendiği görüşünü benimsemek istememişler, tıpkı “*Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir.*” şeklindeki TCK md. 40 gerekçesinde yer aldığı üzere yükümlülüğe neden olan özel faillik niteliğinin yanında fiil hakimiyetini de gerekli görmüşlerdir<sup>418</sup>. Türk doktrininde bu konuda yeterli izahatın olmaması varlığı dikkat çekmekteyse ve her ne kadar TCK md. 40 kapsamında özel

---

yükümlülük suçlarıyla özgü suçların kesişim noktaları olmakla birlikte birbirlerinden ayrı alanlarının da bulunduğunu iddia etmiş, yani özgü suç olmamasına rağmen yükümlülük suçu olan suçların bulunabileceğine, keza yükümlülük suçu olmamasına rağmen özgü suç olan suç türlerinin mevcut olabileceğine işaret etmiş, yükümlülük suçu olan her suçun özgü suç, her özgü suçun da mutlaka yükümlülük suçu olmayacağını altını çizmiştir. Bu kapsamda *Arana*’ya göre yükümlülük suçları, ister belirli bir meslek grubuna dahil olsun isterse olmasın, keza belirli bir durumda bulunsun veya bulunmasın herhangi bir yükümlülüğün öngörüldüğü kişi tarafından bu yükümlülüğün ihlal edilmesi suretiyle işlenebilecek olan suçlarken özgü suçlar, kendisi bakımından yükümlülük öngörülüp öngörülmediği önem arz etmeksizin failliğin belirli bir kişilik alanı yahut da durumla sınırlandırıldığı suç tipleridir. Bu tanıma göre yükümlülük suçları ile özgü suçlar, birbiriyle kesişen ve fakat her ikisinin de kendine has alanı olan iki daire şeklinde tasvir edilebilir. Bu görüşlere rağmen *Arana*’nın kendi görüşünü temellendirmek üzere atıfta bulunduğu *Roxin*’in de yukarıda yer verilen ifadesinin öncesi ve sonrasındaki açıklamalar dikkatli bir şekilde irdelendiğinde *Arana*’nın görüşü doğrulanmamakta, bilakis tam anlamıyla bizim de dahil olduğumuz görüş şekillenmektedir. Zira *Roxin*’in “*Özgü suçlar kategorisi de faillik için belirleyici unsur kapsamında bulundurmaz.*” ifadesi ile belirtmek istediği de tam olarak bundan başka bir şey değildir. Yani *Roxin*, bu ifadeyle özgü suçların yükümlülük suçları olmadığını, kendi temellendirdiği yükümlülük öğretisinin özgü suçlar için geçerli olmadığını ileri sürmemekte, bilakis failliğin özgü suçlardaki özel faillik niteliğinden değil, bu özel faillik niteliğinin beraberinde getirdiği özel yükümlülüğün ihlal edilmesine dayandığına işaret etmek istemiştir. Zaten ilgili ifadenin devamındaki cümlelerinde de bu açıklamalarının diğer görev suçları ve özgü suçlar açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir (*Roxin, TuT, 9. Auflage, s. 353*)

<sup>418</sup> Nitekim bu görüşteki yazarlardan biri olan *Stratenwerth/Kuhlen*’e göre bu suçlarda tipe uygun haksızlığı belirli bir hareketin icrası temellendirmemekte olup bilakis sadece “özel yükümlülüğe aykırı hareketin” fiil hakimiyetine uygun şekilde icrası temellendirir (*Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Kn. 22*). Böylece yükümlülük suçları öğretisini kabul etmeyen *Stratenwerth/Kuhlen*’in kendisi de bir şekilde özgü suçlardan bahsederken özel yükümlülüğe değinmek durumunda kalmıştır. Bu esasında önemli bir hususa işaret etmektedir. Şöyle ki özgü suçlar da yükümlülük suçundan başka bir şey değildir. Yani özgü suçlara “özgü” olma niteliği kazandıran husus, suç kapsamında yer alan kişiye belirli bir yükümlülüğün öngörülmesi, böylelikle kendisi açısından bu tür bir yükümlülüğün öngörülmesinden söz edilmeyen kişinin fail olmasından bahsedilemeyecek olmasıdır.

yükümlülüğün olduğu tüm suçlar özgü suç olarak kabul edilmiş olsa da<sup>419</sup> genel anlamda gerekçedeki bu ifadeden kaynaklı olarak bu ikinci görüşe yönelik bir eğilimin olduğu göze çarpmaktadır<sup>420</sup>.

Oysa ki yükümlülük suçlarıyla özgü suçlar arasındaki ilişki, sonuçtan bağımsız olarak ortaya konması gereken bir meseledir. Bu bakımdan tüm bu görüşler karşısında kanaatimiz, özgü suçların yükümlülük suçlarından başka bir şey olmadığı yönündedir. Nitekim özgü suçlara bakıldığında özel faillik niteliği öngörülen kişinin bu özel niteliğinden kaynaklı olarak kendisi açısından özel bir yükümlülüğün de öngörüldüğü tespit edilebilir<sup>421</sup>. Bu çerçevede kamu idaresinin güvenilirliğine karşı işlenen suç tipleri kapsamında failin muhakkak kamu görevlisi olması gerektiğinin belirtildiği, böylelikle de kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından işlenmesinin mümkün olmadığına vurgu yapılan<sup>422</sup> zimmet, irtikap, rüşvet, görevi kötüye kullanma gibi suçlar hem yükümlülük suçu hem de özgü suçtur. Zira kamusal görevin yerine getirildiği esnada görevle bağlantılı olarak yükümlülüğün ihlalini beraberinde getiren her türlü hareketin kişiye failliği getireceğinden söz edilebilir. Görev suçlarında kişinin fail olmasını sağlayan husus, esas itibariyle kamu görevlisi olan kişinin bu görevinden kaynaklı olan yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihlal etmesidir. Nitekim bu durum, diğer görev suçlarında ve özgü suçlarda da geçerli olup kamu görevi esnasında işlenen kasten yaralama suçunun özgü niteliği dikkate alındığında kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen her türlü yaralama bu

<sup>419</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 190.

<sup>420</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 700; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 493; Hakeri, **a.g.e.**, s. 567; Özkan, **a.g.e.**, s. 165. Nitekim Akbulut, özgü suçlarda özel bir yükümlülüğün bulunduğunu, bu anlamda özgü suçların yükümlülük suçu olduğunu belirtmiş (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 183), bununla birlikte failliğin tespiti açısından madde gerekçesinde yer alan özgü suçlardaki failliğin tespitine ilişkin ölçüte uygun bir kriter geliştirmeye çalışmıştır (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 185). Keza Erdem, özel suç türlerinden bahsederken özgü suçlardan ve yükümlülük suçlarından ayrı ayrı bahsetmiş, hatta yükümlülük suçlarına ilişkin olarak yaptığı izahatta TCK md. 40/2 hükmüne atıfta bulunmuş ve “Her ne kadar maddede yalnızca özgü suçlardan söz edilmekteyse de bizzat işlenebilen suçlarla yükümlülük suçlarında da durum aynıdır.” ifadesini kullanarak adeta yükümlülük suçlarını da özgü suçlara denk hale getirmiştir (Erdem, **HPD 2005**, s. 206).

<sup>421</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 183; Özkan, **a.g.e.**, s. 279. Yükümlülük suçlarını özgü suçlar kapsamında telakki eden Özgenç de yükümlülük suçlarıyla özgü suçların aynı olduğunu, ancak bütün suç tiplerinin esasında bir yükümlülüğün ihlali anlamına geldiğini, oysa ki yükümlülük suçlarının belirli niteliği haiz kişiler açısından özel olarak öngörülen yükümlülüğün söz konusu olduğu suçlar olduğunu, bu özel yükümlülükle bütün suçlardaki yükümlülüğün birbirine karıştırılmaması adına yükümlülük suçları yerine özgü suçlar ifadesini kullandığını ifade etmiştir (İzzet Özgenç, **Sözlü konuşma**, 29.11.2016, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi). Özgenç’in bu görüşü üzerine ilerleyen kısımlarda ayrıca bir değerlendirmeye yer verilecektir.

<sup>422</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 158.

kapsamda telakki edilemeyecek, bilakis fiilin görevin icra edilmesinin somut hareketle bağlantılı şekilde işlenmiş olması gerekli olacaktır. Buna göre kişinin salt özel faillik niteliğini haiz olması, o kişinin işlediği fiili özgü suç haline getirmez. Yükümlülüğün öngörülmesinin faillik alanının daha ilk baştan belirli meslek grupları veya durumlar üzerinde sınırlandırılmadığı hallerde de söz konusu olabileceğine işaret edilerek zımnen de olsa özgü suç olmamasına rağmen yükümlülük suçlarının olabileceğine değinilmiş olsa da<sup>423</sup> detaylı bir irdeleme yapıldığında kanunda kişi üzerinde bir yükümlülük öngörülmesine karşılık özgü suç olmayan bir suç tipinin bulunmadığı, zira kişi üzerinde bir yükümlülüğün öngörülmesi suretiyle zaten ilgili suçun failliği açısından müşahhas bir belirlemenin yapıldığı, yükümlü kılınan ve kılınmayan kişiler arasında bir farklılaştırmanın yapıldığı sonucuna rahatlıkla ulaşılabilecektir.

Tüm bu açıklamalardan sonra “özgü suç” ile “yükümlülük suçu” ifadelerinin birbirinin yerine kullanılmasında bir mahsur olmadığı görülür. Buna karşılık her ne kadar kanun koyucu tarafından TCK’da özgü suç ifadesi tercih edilmiş olsa da failliğin tespiti bakımından yükümlülüğün fiil hakimiyeti kriteri karşısında özel bir önemi haiz olması nedeniyle incelememizin bundan sonraki kısımlarında bu ifade tercih edilecektir.

### **3. Yükümlülük Suçlarında Faillik-Şeriklik Ayrımı**

#### **a. Genel Olarak**

Yükümlülük suçlarına ilişkin tüm bu bilgilerden sonra yükümlülük suçlarında failliğin nasıl tespit edileceği, bu tespitin şerikliğe ve keza bağlılık kuralına olan etkisinin ne olacağı ayrıca irdelenmesi gereken bir durumdur. Yükümlülük suçlarında failliğin nasıl tespit edileceği, özgü suçlara ilişkin TCK’daki düzenleme karşısında ayrıca önem arz etmektedir.

Bu kapsamda cevabı aranması gereken soru, *faillik kriteri olarak özel yükümlülüğün ihlalinin, fiil hakimiyetini ikame eden bir ölçüt mü olduğu, yoksa fiil hakimiyetinin yanında söz konusu olan kümülatif bir kıstas mı olduğudur*<sup>424</sup>. Yani *özgü suç kapsamındaki faillik niteliğini haiz olan ve böylece yükümlülüğü üstlenmiş*

<sup>423</sup> Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 353.

<sup>424</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 159.

olan kişinin fail olabilmesi için fiil hakimiyetine sahip olmaksızın herhangi bir şekilde fiilin işlenişine katkı sağlamış olmasının yeterli mi, yoksa ayrıca fiil hakimiyetine sahip olmasının şart mı olduğu yanıtlanmalıdır. Özetle yükümlülük suçlarında YÜKÜMLÜLÜK = FAİLLİK kuralı mı, yoksa FİİLİ HAKİMİYET + YÜKÜMLÜLÜK = FAİLLİK kuralı mı geçerli olacaktır.

### b. Farklı Görüşler

İşte bu soru kapsamında literatürde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. **İlk görüş** her ne kadar azınlıkta kalmış olsa da ilginç bir şekilde doğrudan faillik için olmasa bile dolaylı faillik açısından ön plandaki kişinin yükümlülük sahibi olmasını ve bu yükümlülüğünü ihlal etmesini arka plandaki suçun tipiklik kapsamı dışında kalan kişinin dolaylı fail olabilmesi için yeterli görmektedir<sup>425</sup>. Böylelikle sadece ön plandaki fiili gerçekte icra eden kişinin yükümlülüğe sahip olması, bu yükümlülüğü haiz olmayan arka plandaki kimsenin de işlenen suçtan fail olarak sorumlu

<sup>425</sup> Allfeld, **AT**, s. 215; v. Hippel, **Lb.**, s. 483; v. Liszt, **Lb.**, 22/23. Auflage, s. 209; Mezger, **Strafrecht**, s. 419; Eb. Schmidt, **FS-Frank II**, s. 130. Bir kısım görüş, maddi temellerden hareketle sadece belirli kişiler tarafından işlenebilir olan suçlarda dolaylı faillik imkanını kabul etmektedir (Bkz. Roeder, **ZStW 1957**, s. 244). Bu görüşün temsilcilerinden olup dolaylı failliği gerçek anlamda bir fail olarak görmeyen *Hergt*, dolaylı failliğin suç tipinin kişinin bizzat kendisinin doğrudan gerçekleştirmemesi suretiyle karakterize edildiğini, ancak dolaylı fail konumundaki kimsenin başkasının fiiline neden olduğu için cezalandırıldığını, bu bakımdan nitelikli kimseyi yükümlülük suçunu işlemeye sevk eden kapsam dışındaki kişinin yine de suça neden olma nedeniyle dolaylı fail olarak cezalandırılacağını ifade etmiştir (Raimund Hergt, **Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen**, Heidelberg 1909, s. 160, 161). Bu görüşün en önemli savunurlarından biri olan *Piotet*'e göre kapsam dışındaki kişinin görev suçunun objektif unsurunu kendisinin yerine getirmesi mümkün olmasa bile bu tipik hareketi gerçekleştirmesi yine de hukuka aykırılık teşkil eder. Bu imkansızlığı özel yükümlülüğü haiz kişiyi kendisi için kullandırmak suretiyle ortadan kaldırması halinde de hareketi kanuna karşı bir ihlal teşkil eder. Böylelikle de *Piotet*'e göre bu kişi dolaylı fail olarak cezalandırılmalıdır (*Piotet*, **ZStW 69 (1957)**, s. 35). *Piotet*, özel niteliği haiz kişiyi kullanan kapsam dışındaki kişinin şerik olarak cezalandırılacağını kabul eden hakim görüşün çözümünü bu şekilde fiile iştirak eden kişinin yardım eden veya azmettiren kılınarak haksız bir avantaj sağlanmasını bir sakınca olarak nitelendirmiştir (*Piotet*, **ZStW 69 (1957)**, s. 37). Öyle ki ön plandaki nitelikli faili hataya düşüren kişinin gerçekte bir fail olduğunu ifade eden *Piotet*, ön plandaki kişinin fiilin icra hareketleri aşamasına geçmediği durumlarda niceliksel bağlılık kuralı gereği arka plandaki niteliksiz kişinin yardım eden olarak cezalandırılacak olması karşısında dolaylı failliği kabul edilmiş olsaydı teşebbüsten cezalandırılacak olduğuna işaret etmiştir (*Piotet*, **ZStW 69 (1957)**, s. 37, 38). İşte *Piotet*, bu görüşü geleneksel bir çözüm yöntemi olarak görmüş ve kapsam dışındaki kişinin nitelikli bir kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanmasına rağmen dolaylı fail olarak değil de azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılmasının, kapsam dışındaki bu kişinin gerçek anlamda nitelikli kişinin işlediği özgü suça yardım etmesi veya azmettirme hareketini gerçekleştirmesi ile aynı durumda görülmesini hakkaniyete aykırı görmüş, kapsam dışındaki kişinin nitelikli bir kimseyi suçun işlenmesinde kullanması durumunda gayet de dolaylı fail olarak suça iştirak edebileceğini kabul etmiştir (*Piotet*, **ZStW 69 (1957)**, s. 38).

tutulmasına yol açacaktır. Ancak bu, yükümlülük sahibi olmayan bir kimsenin tek başına bir yükümlülük suçunun faili olabilmesi anlamına da gelmemektedir.

Bu görüş sahiplerine göre suçun doğrudan faili olamayacak olan kişinin dolaylı fail de olamayacağı yönündeki hakim görüş, natüralist fail anlayışından kaynaklanmakta olup yükümlülük suçlarında gerekli niteliği haiz olmayan kişi için suçun doğrudan faillik şeklinde işlenmesi mümkün olmasa da maddi eksikliği mevcut olmayan araç konumundaki bir kimsenin suçun işlenmesinde kullanıldığı hallerde suçu dolaylı olarak işleyebilmesi mümkün görülmüştür<sup>426</sup>.

ETCK döneminde bu görüşten yana olan bazı yazarlar dikkat çekmektedir. Muhtemeldir ki, kanunda bu konuda açık bir düzenlemenin bulunmamasının da etkisiyle doktrin kaynaklı olarak Yargıtay'ın da bu görüşten yana olduğu anlaşılmaktadır<sup>427</sup>. Ancak bu görüşün Türk hukukundaki etkisinin, TCK ile birlikte büyük ölçüde sona erdiği net bir şekilde ifade edilebilir. Zira halen doktrinde az da olsa bu görüşün yansımaları yer yer kendini göstermektedir<sup>428</sup>.

Bu konudaki **ikinci görüş**, bilhassa son dönemlerde ağırlık kazanmış olup daha evvel de değinildiği üzere *Roxin* tarafından temellendirilmiştir. Bu görüş

<sup>426</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 244. *Mezger* de özgü suçun kapsam dışındaki bir kimse tarafından dolaylı fail olarak işlenmesini mümkün addetmiştir (*Mezger, Strafrecht*, s. 231).

<sup>427</sup> Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 22.05.1986 tarihli kararında iştirak halinde işlenen depodaki tekel malları üzerindeki zimmet suçunda, mallar üzerinde denetim sorumluluğu bulunan Tekel idare memuru M'nin yanı sıra taşıyıcı işçi S'nin de ihtilas suçunun asli iştirakçisi, faili olabileceği sonucuna ulaşmıştır (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 524, dpn. 1000).

<sup>428</sup> *Toroslu*'ya göre yükümlülük suçlarında tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesi konusunda mantiki bir zorunluluk yoktur. *Toroslu*, gereken niteliklere sahip olan kimsenin, özgü suçun tipik davranışını şahsen gerçekleştirmesinin sadece kendi eliyle gerçekleştirilmesi gereken suçlar veya şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar denilen ve mahiyetleri itibariyle başkası aracılığıyla işlenemeyen suçlar yönünden zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Böylelikle *Toroslu*'ya göre de kamu görevlisi olmayan bir kimse, bir kamu görevlisini aldatarak pekala bu kamu görevlisinin işlediği zimmet suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulabilecektir (Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2014, s. 325). *Demirbaş* da özgü suçlara ait davranışın mutlaka özel faillik niteliğini taşıyan kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması zorunluluğunun bulunmadığını, bunun sadece bizzat işlenebilen suçlarda geçerli olduğunu, dolayısıyla özel faillik niteliğini haiz kişinin pekala suçu bir başkası aracılığıyla da işleyebileceğini, nitekim koruma yükümlülüğü altında olduğu malı bir hizmetliye devreden bir kamu görevlisinin hizmetliyi malı zimmetine geçirmeye sevk etmesi durumunda zimmet suçunun faili olmasına bir engel olmadığını, bu sınırlamanın yerinde olmadığını ifade etmiştir (Demirbaş, **a.g.e.**, s. 515, 516). Yine *Yaşar/Gökcan/Artuç* da bu görüşten yana olup *bu yazarlara* göre de kamu görevlisi olmayan bir kimsenin noteri yanıltarak sahte bir belge düzenletmesi halinde noter aldatıldığı için sahtecilikten cezalandırılmayacak, noteri aldatan kişi dolaylı fail olarak resmi belgede sahtecilik suçunun hem de nitelikli halinden sorumlu tutulacaktır (*Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e.*, C. I, s. 1174).

çerçevesinde yükümlülük suçlarında fiil hakimiyeti kriteri hiçbir şekilde önemsenmemekte, bu kriterin üzeri tamamen çizilmekte ve bunun yerine sadece “yükümlülüğe sahip olan kişinin yükümlülüğünü ihlal etmesi” şartı konulmaktadır. Yani bu görüşe göre olayların merkezinde bulunan kişi, olaya ilişkin tipiklik kapsamında yükümlülüğü ihlal eden ve neticeye icra yahut ihmal suretiyle katkıda bulunan kişidir<sup>429</sup> ki bu kabulden hareket edildiği takdirde neticeye yönelik dışsal katkıların boyutu yahut da fiil hakimiyetinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu görüş, ne Alman ne de Türk öğretisinde pek taraftar bulan bir görüş olarak nitelendirilemez. Benzer durum Yüksek Mahkeme kararları bakımından da geçerlidir<sup>430</sup>.

Hakimiyet suçları-yükümlülük suçları şeklinde bir ayırım yapılmasının altında yatan neden olarak tam anlamıyla görüş kapsamında benimsenen bu kabulün kendisi gösterilebilir. Yani fiil hakimiyetinin esas alındığı –ki kural olan budur- suçlar “hakimiyet suçları”, fiil hakimiyetinin esas alınmayıp tek başına yükümlülük ihlalinin esas alındığı suçlar da “yükümlülük suçları” olarak adlandırılmaktadır. Kanun koyucunun tek başına suç tipinde öngörülen yükümlülüğü harekete uygun olayların merkezi konumuna yerleştirdiği ve böylelikle bu yükümlülüğe sahip olup bunu ihlal edici davranışı gerçekleştiren kişinin fail olacağı kabul edilmiştir<sup>431</sup>. Bu tür yükümlülüklerin ihlal edilmesinin cezalandırıldığı suç tipleri “yükümlülük suçları” olarak, failliğin ve şerikliğin özel yükümlülük konumuna göre belirlenmediği suç tipleri ise “hakimiyet suçları” olarak kabul edilmiştir<sup>432</sup>. Böylelikle de yükümlülük ihlali, fiil hakimiyetinin tamamen yerine konmuştur ki bu nedenle bu tez doktrinde “yerine koyma tezi” olarak nitelendirilmektedir<sup>433</sup>. Bu

<sup>429</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 268.

<sup>430</sup> Yükümlülük suçlarının henüz mahkeme kararlarında benimsenmediği ifade edilmektedir. Ancak *Renzikowski*, mahkeme kararlarında somut olaylarda benzer bir sonuca ulaşıldığına dikkat çekmiştir. Nitekim sanık, çöp temizleme ihalesini Polonya’da hukuka aykırı bir şekilde çöp depolama işlemi yapan bir firmaya vermiştir. BGH, çöp sahibi olarak sanığı çöpün tam anlamıyla temizlenmesinden sorumlu tutmuş ve § 326 Alm. CK hükmünde düzenlenen “Atıklarla İlgili İzinsiz Davranışlar” başlıklı suçun işlendiği gerekçesiyle taksirli faillikten cezalandırılmasına karar vermiştir (BGHSt 40, 84 - Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 160). Ancak bu kararlar birlikte bilhassa yükümlülük suçu anlayışının tipik hareket tanımlamasını ihmal ettiği yönünde itirazlar ileri sürülmüştür.

<sup>431</sup> Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 354.

<sup>432</sup> Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 355.

<sup>433</sup> Bkz. Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 21.

şekilde suç tipi kapsamında kendisi bakımından yükümlülük öngörülen kişi, ne şekilde olursa olsun yükümlülüğünün ihlal edici herhangi bir davranışta bulunduğu anda, bu davranışın fiilin işlenişi üzerindeki katkı derecesine bakılmaksızın, fail olarak kabul edilmesi sonucuna ulaşılacaktır. Dolayısıyla da yükümlülüğünü ihlal edici bir harekette bulunan kişinin bu hareketiyle fiilin işlenişi üzerinde fiil hakimiyetine sahip olması gerekli görülmez. Bilakis fiil hakimiyetine sahip olsun veya olmasın, suç tipinde öngörülen yükümlülüğe sahip olup de bu yükümlülüğünü ihlal edecek şekilde bir başka kişinin işlediği fiile yönelik yardımcı katkıda bulunan veya bu fiile sevk etme hareketiyle neden olan kişinin de failliğinin kabul edileceği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>434</sup>.

Bu çerçevede klasik görüş olarak da nitelendirilebilecek olan, TCK'da da madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere benimsendiği görülen, bu nedenle de Türk doktrininde de hakim olan<sup>435</sup>, TCK ile birlikte mahkeme kararlarına da yansıyan<sup>436</sup> **üçüncü görüşe** göre yükümlülüğe sahip olan ve fakat fiilin işlenişine sağladığı katkı, fiil hakimiyetine sahip olması için yeterli olmayan kişinin bu katkısı kişinin fail

<sup>434</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 272; Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 355; Schünemann, **a.g.e.**, § 25 Kn. 43.

<sup>435</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 465; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 586; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 648. Esasında bazı yazarların bu görüşte olmaları, özgü suçlarla yükümlülük suçlarını ayırmış gibi kabul etmelerinden kaynaklanmaktadır. Bunun için bkz. Öztürk/Ertem, **a.g.e.**, Kn. 700; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 493; Hakeri, **a.g.e.**, s. 567. Yine bu görüş kapsamında yer alan *Akbulut*, özgü suçta suçu oluşturan fiil tarif edilmişse bu suç tipinin kanunda belirtilen fiilin özel faillik niteliği haiz kişi tarafından gerçekleştirilmesiyle işlenebileceğini, ancak fiilin suç tipinde tanımlanmamış olması durumunda sadece yükümlülük ihlalinin faillik için yeterli olacağını ifade ederek konuya farklı bir yaklaşım getirmiş, buna da görevi kötüye kullanma suçunu örnek göstermiştir (*Akbulut*, **GÜHFD 2010**, s. 185).

<sup>436</sup> “Kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçlardan zimmet suçuna iştirak edenlerin 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri cihetle...” Y. 5. CD., 08.02.2010, 2008/1972, 2010/650 – YKD., Mayıs 2010, s. 945. “Zimmet suçunun 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesinde belirtilen özgü suçlardan olduğu ve anılan maddedeki düzenlemeye göre “özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” hükmü nazara alınarak banka görevlisi olmayan sanıklar *Emine Mehtap Ceylan* ve *Şaban Ayhan Tatlıgil*'in çalıştıkları şirketteki konumları ve suçların işlenmesindeki etkinlikleri gözetilerek **banka görevlisi olan sanık Hüsnü Barbaros Olcay ile bu sanığı azmettirdiği kabul edilen sanıklar Yahya Murat Demirel ve Gökalp Baştürk'ün eylemlerine yardım eden olarak katıldıkları gözetilip hükümlenen cezalarından 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi gereğince yarı oranında indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde fazla ceza tayini...” Y. 11. CD., 09.10.2013, 2013/16144, 2013/14668 - Artuk/Gökçen/Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 1326. Yargıtay, 5237 sayılı TCK döneminde TCK md. 40/2 hükmüne uygun şekilde kararlar vermeye başlamış olmasından aynı durumun 765 sayılı TCK döneminde geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, bu görüşten yana değil, ilk görüşten yana ağırlığını koymuş görünmektedir.**

olmasına yeterli değildir<sup>437</sup>. Daha doğrusu fiil hakimiyetine sahip olacak şekilde iştirak etmesine rağmen bu özel niteliği haiz olmayan kişilerin sahip oldukları fiil hakimiyeti, bu kişilerin fail olmasına yeterli olmayacaktır. Bu görüş, yükümlülük suçları arasında gerçek-görünüşte ayrımı yapmamıştır. Bu anlamda bu görüşteki yazarlar, esas itibariyle fiil hakimiyeti kıstasından yükümlülük suçu da olsa hiçbir şekilde ödün vermemişler, fiil hakimiyetinin yanı sıra ayrıca yükümlülüğün de ihlalinin ek bir koşul olarak gerekli görmüşlerdir.

Bu kapsamda **son görüş**, *Roxin*'in bu “yerine koyma” tezinin her durumda geçerli olamayacağını, bunun sadece sırf yükümlülük suçları (gerçek özgü suçlar) açısından söz konusu olabileceğini, zira görünüşte yükümlülük suçlarında (gerçek olmayan özgü suçlarda) yine fiil hakimiyetinin gerekli olacağını ileri sürmüştür<sup>438</sup>. Yani bu görüşe göre suçun sırf yükümlülük suçu (gerçek bir özgü suç) olması durumunda fiil hakimiyetine gerek olmaksızın sadece yükümlü kılınan kişinin söz konusu yükümlülüğe aykırı herhangi bir hareketi faillik için yeterli addedilebilecek iken; görünüşte yükümlülük suçlarında (gerçek olmayan özgü suçlarda) hakimiyet suçlarında olduğu gibi mutlaka fiil hakimiyeti gerekli görülecek, dolayısıyla da faillik için “fiil hakimiyeti + yükümlülük sahibi kişinin yükümlülüğü ihlal etmesi” aranacaktır. Ancak gerçek yükümlülük suçlarında yükümlülüğün ihlal edilmesinin bizzat kendisi hukuki değerlerin ihlalinin hangi şekilde yerine getirildiğine bağlı olmaksızın doğrudan failliği temellendirmekte, failliğin temellendirildiği gerçek özgü suçlarda failliği temellendiren esas unsur olan yükümlülük sahibi olma, bu yükümlülüğe sahip olan kişinin fiilin işlenişine yönelik olarak yükümlülüğünü ihlal edecek tarzdaki her türlü davranışını tipik hale getirecektir<sup>439</sup>.

Bu görüşe Türk hukukunda son dönem içerisinde *Özgenç*'te rastlanmaktadır. Öyle ki *yazar*, daha evvel bu görüşte olmayıp yükümlülük suçları arasında bir ayrım yapmaksızın tamamında yükümlülük ihlalinin fiil hakimiyetinin üzerine gerekli bir

<sup>437</sup> Eb. Schmidt, **FS-Frank II**, s. 231; Roeder, **ZStW 1957**, s. 239; Langer, **Die Sonderstrafat**, s. 218; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 161; Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 22; Jescheck/Weigend, **AT**, s. 663; Stratenwerh/Kuhlen, **AT**, § 12 Kn. 23; Otto, **AT**, § 21 Kn. 27, 37.

<sup>438</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Kn. 83; Joecks, **a.g.e.**, § 25 Kn. 49.

<sup>439</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Kn. 82; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 169.



unsur olarak görmekteydi<sup>440</sup>. Hatta *yazarın* bu görüşü, kanuni düzenlemenin gerekçesine de yansımıştır. Ancak *yazarın* son görüşleri, bu konuda önemli bir fikir değişikliğine gittiğine dair belirgin izler taşımaktadır. Nitekim sırf yükümlülük suçlarında faillik için fiil hakimiyetine sahip olunmasına gerek olmayıp sadece ilgili özel yükümlülüğün ihlal edilmesini gören *yazar*, hakimiyet ve yükümlülük suçları şeklinde ifade ettiği görünüşte yükümlülük suçlarında faillik için hem fiil hakimiyetine hem de özel yükümlülüğe sahip olunması gerektiğini belirtmiştir<sup>441</sup>.

Klasik görüş sahipleri tarafından bu görüşe yönelik olarak bazı eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu kapsamdaki *ilk eleştiri, özgü suçların “yükümlülük suçları” olarak nitelendirilmesine karşıdır. Bu kapsamda kanundaki bütün suçların zaten birer yükümlülük suçu olduğuna vurgu yapılmıştır.*

Buna göre özel yükümlülüğün ihlali olarak faillik tanımlamasının bir tekrar içerdiği belirtilmektedir. Yani her haksızlık, zaten belli bir hareket yükümlülüğünün ihlal edilmesini şart koştuğundan ve suç tipleri bu hareket yükümlülüklerinin ihlal edilmesini tipikleştiren bir tanımlama yaptığından dolayı her failin yükümlülüğünü ihlal ettiği yönünde bir tespit yapılabileceği ileri sürülmektedir<sup>442</sup>.

Bu eleştiriye, bütün suç tipleri kapsamında belirli hukuki değerlerin ihlal edilmemesi yönünden genel bir yükümlülüğün yüklendiği, buna karşılık belli suç tiplerinde özel olarak müşahhas yükümlülüklerin öngörülmesi suretiyle suç tipinde ayrı bir unsur olarak telakki edilmesi söz konusu olmasıyla bu unsurun da direkt fail konumunda yer alacak süjeye hitap edeceği yönünde bir yanıt verilmeye çalışılmıştır<sup>443</sup>. Ancak yine de bu cevap, pek tatmin edici görülmemiştir. Zira klasik görüşteki yazarlara göre her ne kadar suç tanımlarında öngörülen özel yükümlülüklerin faillik alanını özelleştiren ayrı birer unsur olarak kabul edilmesi mümkün olsa da bu unsur, hiçbir şekilde kanuni ifadeyi devre dışı bırakacak şekilde tek başına genel bir faillik unsuru olarak devreye sokulamaz ve bu şekilde suç

<sup>440</sup> Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 171.

<sup>441</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 523.

<sup>442</sup> Wilfried Botke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1992, s. 114.

<sup>443</sup> LK-Roxin, § 25 Kn. 45.

tipinde yer alan müşahhas bir unsur üzerinden cezaya layık olma temellendirilemez<sup>444</sup>.

***İkinci eleştiri, sırf yükümlülük suçlarında yükümlülük ihlalinin doğrudan fiil hakimiyeti kriterinin yerine konulmasına yöneliktir. Yani “yerine koyma” tezi, kabul edilebilir görülmemektedir.***

Bu kapsamda irdeleme, Alm. CK’da yer alan “görev sırasında yaralama (§ 340)” ve “suçsuz olan kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma (§ 344)” suçları üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bu suç tiplerinde yer alan “...bir yaralama suçu işleyen veya yaralama suçunu bir başka kişiye işleten...” ve “cezai anlamda soruşturma veya kovuşturma yapar yahut da bunun yapılmasını sağlarsa” şeklindeki ifadelerle kanun koyucunun, kamu görevlisinin fiili bizzat işlemesi ile başkası aracılığıyla işlemesini birbirine eşitlemeye yönelik bir çaba içerisine girdiği ifade edilmiştir. “‘Yerine koyma tezinin’ uygun görülüş olması ihtimalinde yükümlülük suçları için kanunun açıkça fiil hakimiyetine sahip olarak suçun işlenmesinin fiil hakimiyeti olmaksızın suçun işlenmesine eşitlemesi gerçek manada gereksiz olmuş olurdu.” denilerek özel yükümlülük fiil hakimiyetinin yerine geçmiş olsaydı bu defa “...bir yaralama suçu işleyen” ve keza “cezai anlamda soruşturma veya kovuşturma yapar” ifadelerinin yeterli addedilebileceği belirtilmiştir. Yani bu çerçevede kanun koyucunun bu suç tiplerinde tercih etmiş olduğu ifadelerle fiil hakimiyetine sahip olan kişilerle sahip olmayan kişileri birbirine eşitlemiş olduğuna vurgu yapılmıştır. Böylece en azından eşitlemenin söz konusu olduğu bu suçlar bakımından fiil hakimiyetine gerek olmadığı yönündeki tezin kabul edilebilir olduğu<sup>445</sup>, ancak kanun koyucunun güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi bu tür bir eşitlemeyi tercih etmediği diğer yükümlülük suçlarında “yerine koyma” tezinin çok da ikna edici olmadığı, hiçbir yükümlülük suçunun belirli bir özel yükümlülüğün ihlal edilmesi ile

<sup>444</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 161.

<sup>445</sup> Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 21. Hoyer’in bu görüşü *Renzikowski* tarafından da desteklenmiştir. Nitekim *Renzikowski*, görev esnasında kasten yaralama suçunun düzenlendiği § 340 Alm. CK hükmünde yer alan “Görevini yerine getirirken veya görevi ile ilişkili olarak bir yaralama suçu işleyen veya yaralama suçunu bir başka kişiye işleten bir kamu görevlisi...” şeklindeki ifadedeki hareketle görev başında bulunan bir kolluk görevlisinin koruma yükümlülüğünün her türlü ihlalinin failliği temellendirebileceğini, buna göre görev başındaki kolluk görevlisinin sadece bir kimseyi yaralaması değil, aynı zamanda alelade bir kimseyi bu yaralamaya azmettirmesi halinde de işlenen suçtan dolayı failliğin söz konusu olabileceğini belirtmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 162).

yetinmesinin söz konusu olamayacağı, bilakis her durumda hukuki değer ihlal edilmesinin en azından soyut tehlike şeklinde eklenmesi gerektiği ifade edilmiş ve böylelikle klasik görüş kapsamında fiil hakimiyetinin mutlaka gerçekleşmesi aranmıştır<sup>446</sup>.

***Üçüncü eleştiri, sırf yükümlülük suçlarında sadece yükümlülük ihlalinin faillik için bir kriter olarak esas alınması durumunda bunun, özel yükümlülüğe sahip olan kişinin fiile yönelik en uzak katkısının dahi fail olarak sorumlu tutulmasını beraberinde getireceği, bunun da açıkça kanunsuz ceza olmaz ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönündedir.***

Bu çerçevede kamu görevlisi olmayan bir kimseyi resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesine sadece sevk eden kişinin asla bu suçun faili olarak sorumlu tutulamayacağı, zira kişinin belgeyi düzenlemiş kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>447</sup>. Diğer bir deyişle bu kapsamdaki bir diğer görüş de bu tarz bir kabulün hukuk devletinin bir gereği olan belirlilik ilkesi ile uyumlu olmayacağına, bu ilkeye açık bir aykırılığın gündeme geleceğine dikkat çekilmiştir.

***Dördüncü eleştiri, bütün suçlar bakımından fiil hakimiyetinin faillik için önemli bir kriter olduğu, ancak gerçek olmayan ihmali suçlarda suç tipi kapsamında fiil hakimiyetini temellendiren maddi ve manevi unsurların dışında ayrıca garantörlük unsurunun aranması gibi başka ek unsurların da aranması halinde mutlaka bu unsurların da bulunması gerektiği, bu anlamda bu özel unsurların failliği sınırlandırıcı bir işlev gördüğü şeklindedir<sup>448</sup>.***

Böylelikle özel yükümlülük ihlali, özel yükümlülük suçlarının sorumluluğu temellendiren tipiklik unsuru olup buna rağmen bu unsurlar, tek başına failliği beraberinde getirmeyecektir<sup>449</sup>. Yani özgü suçlarda fiil hakimiyeti mutlak şekilde gerekli olup bunun yanı sıra “kaçınılabılır yükümlülük ihlali” olarak suç tipinde

<sup>446</sup> Hoyer, a.g.e., § 25 Kn. 22.

<sup>447</sup> Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Kn. 40.

<sup>448</sup> Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Kn. 19; Otto, AT, § 21 Kn. 37. Nitekim faillik-şeriklik ayrımı bakımından istisnasız olarak tüm suç türleri için geçerli olabilecek evrensel bir prensibin bulunmadığı sonucunu beraberinde getirdiği şeklindeki görüşleri yerinde bulmayan Stratenwerth/Kuhlen, failliğin fiili hakimiyeti aşan suç tipinde yer alan belli koşullara bağlı tutulmuş olsa da bu koşulların sadece bir sınırlandırma getirdiği, ancak fiili hakimiyetin yerine geçmelerinin kesinlikle söz konusu olmadığına işaret etmiştir (Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Kn. 19).

<sup>449</sup> Otto, AT, § 21 Kn. 37.

gerekli görülen koşulun da mutlaka gerçekleşmesi şarttır ki<sup>450</sup> bu özel unsur, fiil hakimiyeti kriterini sınırlandırıcı bir işlev görmektedir.

Son görüşe yöneltilen bu eleştirilerin ardından öncelikle kanaatimizin hangi görüşten yana olduğunu belirtecek ve ardından bu görüşe yöneltilen eleştirilere cevap vermek suretiyle kanaatimizi gerekçelendirmeye çalışacağız.

### c. Değerlendirme ve Görüşümüz

Bütün bu görüşler kapsamında kanaatimiz, yükümlülük suçları açısından sırf yükümlülük suçları ve görünüşte yükümlülük suçları şeklinde bir ayırım yapılması ve failliğe ilişkin olarak bu çerçevede bir değerlendirmeye gidilmesi yönündedir.

Bir defa ilk görüşün gerek TCK'ya gerekse Alm. CK'ya açıkça aykırı olması nedeniyle kabulü mümkün görünmemektedir. Oldukça eski bir görüş olarak özel faillik niteliğini haiz olmayan bir kimsenin, bu niteliğe sahip bir başka kimseyle birlikte suç işlemesi nedeniyle yükümlülük suçundan sorumlu tutulması, kendisinin yükümlü olmadığı bir suçtan fail olması anlamına gelecektir ki bu hem yükümlülük suçlarının ihdas edilmesi amacına aykırı olacak hem de adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Alman hukukunda özel faillik niteliğini haiz olmayan bir kimsenin dolaylı fail olması imkanı, Alm. CK gereğince reddedilmiştir. Nitekim bu konuda “Resmi Belgeleri Dolaylı Olarak Gerçek Dışı Düzenleme” başlıklı § 271 hükmü dikkat çekmektedir. Bu düzenleme, özel faillik niteliğini haiz bir kimseyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kapsam dışındaki bir kimsenin fail olarak sorumlu tutulamayacağı görüşünün haklılığını ortaya koymaktadır. Zira özel faillik niteliğini haiz olmayan bir kimsenin dolaylı fail olabilme imkanı olsaydı bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmezdi<sup>451</sup>.

Benzer bir düzenlemeye TCK kapsamında “Çocuk Düşürme” başlıklı TCK md. 100 hükmü ile birlikte yer verilmiştir. Buna göre suç tipi kapsamında “düşürme” hareketinin sadece gebe bir kadın tarafından işlenebileceği belirtilmiş<sup>452</sup>, faillik açısından gebe bir kadın üzerinde bir sınırlandırma yoluna gidilmiş, bu hükümden bir

<sup>450</sup> Otto, AT, § 21 Kn. 27.

<sup>451</sup> Roeder, ZStW 1957, s. 240.

<sup>452</sup> Roeder, gebe bir kadın tarafından işlenebileceği belirtilen bu tür suçlarda özgü suç sınırının sadece maddi temellerden değil, aynı zamanda hukuki, sosyal temellerden de kaynaklandığını ifade etmiştir (Roeder, ZStW 1957, s. 243).

önceki düzenlemede ise kadının çocuğunun düşürtülmesinden bahsedilmiştir (TCK md. 99/2).

Böylelikle gerek Alman gerekse Türk kanun koyucuları, maddi temellerden hareketle yükümlülük suçlarında kapsam dışında olan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasının hiçbir şekilde söz konusu olamayacağını kabul etmiş<sup>453</sup>, kadının çocuğunu düşürmesine neden olan kişinin de cezalandırılmasına imkan tanımış, adeta özel faillik niteliğini haiz olmayan kişinin dolaylı fail olamamasının önüne geçmiştir.

Elbette bu şekilde bir düzenlemenin ihdas edilmesi, tamamen kanun koyucunun tercihinden ibarettir. Zira bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiş olmasaydı bile arka plandaki kişinin şerik olarak, yani azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkündür. Nitekim suç tipi kapsamında gerekli görülen özel faillik niteliğini haiz olmaksızın fiilin işlenişine şeriklik türü bir katkı sağlayan kişinin işlenen suç dolayısıyla şerik olarak sorumlu tutulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>454</sup>. Yani suç tipinde gerekli görülen özel nitelik, şeriklik için değil, sadece faillik için gerekli bir nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle bu suç tipleri kapsamında yer alan hukuki değerlerin azmettiren veya yardım eden konumundaki kişiler tarafından da ihlal edilmesinin mümkün olduğu rahatlıkla belirtilebilir. Nitekim bu belirli kişilik alanında yer almayan ve fakat normun ihlaline yönelik hareketi gerçekleştirmeye çalışan kişinin fail olarak değil de şerik olarak addedilmesi de bunu açıkça ortaya koymaktadır. Daha açık bir ifadeyle bu tür suçlarda korunan hukuki değer *doğrudan* ihlali, ancak belirli bir faillik alanında yer alan kişi tarafından söz konusu olabileceğinden bu belirli faillik alanında yer almayan ve fakat bu hukuki değeri ihlale yönelik hareketi gerçekleştiren kişinin ceza sorumluluğu, sadece faillik alanında bulunan ve bu hukuki değeri doğrudan ihlal edebilecek nitelikte bir başka kişinin hareketi üzerinden *dolaylı* olarak gündeme gelebilir. Bu bağlamda bu niteliği haiz olmayan ve fakat fiili hakimiyete sahip olarak hukuki değerlerin ihlaline yönelik bir hareket icra eden kişinin ancak şerik olarak sorumlu tutulabilmesinin temeli de esasında bu niteliği haiz olan bir kimsenin

<sup>453</sup> Roeder, **ZStW 1957**, s. 243.

<sup>454</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 661, 666.

ihlaline nedensel bir katkı sağlamak suretiyle kendisinin de *dolaylı* bir ihlal ortaya koymuş olmasıdır.

Bu çerçevede **sırf yükümlülük suçlarında** failliğin Alman literatüründe *Roxin* tarafından temellendirilmiş olan<sup>455</sup>, Alman hukukunda zamanla daha fazla yazar tarafından savunulmaya başlanan<sup>456</sup>, faillik için fiil hakimiyeti dikkate alınmaksızın yalnızca yükümlülüğün ihlal edilmesini esas alan yükümlülük öğretisi geçerli olacaktır. Bu öğreti, kanaatimizce *Roxin*'in yükümlülük suçları öğretisinin modernize edilmiş, geliştirilmiş, en önemlisi de Türk hukukuna uyumlu hale getirilmiş bir şekli olarak görülebilir.

Dolayısıyla Türk hukukunda gerçek özgü suçlar olarak bilinen sırf yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetine sahip olunsun veya olunmasın, söz konusu özel faillikten kaynaklı yükümlülüğün ihlali sonucunu ortaya çıkaran icrai ya da ihmali nitelikteki her türlü hareket failliği beraberinde getirecektir. Yani yükümlülükle bağlı olmayan ve failliğinden bahsedilemeyecek olan kişiye yükümlülüğü bulunan bir kimsenin fiilin işlenmesi için iştirak etmesi durumunda yükümlülük sahibi kişinin failliğinden söz edilebileceği ifade edilmektedir<sup>457</sup>.

Buna göre bir babanın anneyi çocuğunu emzirmemesi yönünde azmettirmesi ve ölümüne neden olması halinde babanın TCK md. 83 hükmünden fail olarak sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>458</sup>. Söz konusu özel faillik niteliğini haiz olmayan ve dolayısıyla da yükümlülüğe sahip olmayan ve fakat suç tipinde tanımlanan hareketi yahut da neticeyi meydana getirebilecek davranışı gerçekleştiren kişi ise fiil hakimiyetine sahip olsa bile birlikte suç işlediği kişinin yükümlülük sahibi olduğunu bilmesi kaydıyla<sup>459</sup> yükümlülük suçundan sadece şerik olarak sorumlu tutulabilir. Kişi, özel faillik niteliğinden kaynaklı yükümlülüğünü fiil hakimiyetine sahip olarak ihlal edilebileceği gibi çeşitli nedensel katkılarla da ihlal edilebilir.

Dolayısıyla faillik için kişinin yükümlülüğünü herhangi bir şekilde ihlalinin yeterli addedilmesi, fiil hakimiyetinin gereksizliğini beraberinde getirmekte, tek

<sup>455</sup> Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 352 vd.

<sup>456</sup> Öğretinin *Langer* ve *Jakobs* tarafından da savunulduğu görülmektedir. Bkz. *Langer*, **Sonderstrafat**, s. 390 vd; *Jakobs*, **AT**, 23/24 vd.

<sup>457</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 271; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 188.

<sup>458</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 661.

<sup>459</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 186; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 586.

başına yükümlülük ihlalinin failliği temellendirmesi gündeme gelmektedir. Bu durumda da faillik için tek başına “yükümlülük” kriterinin esas alınması gerekli hale gelmektedir<sup>460</sup>. Buna göre güveni kötüye kullanma suçu, başkasına ait olan bir malın zilyetliği kendisine muhafaza etmesi veya belirli bir şekilde kullanması için zilyetliği kendisine devredilmiş olan, böylelikle de belirli bir yükümlülük altına giren kişi tarafından her şekilde işlenebilir. Aynı durum “*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin vya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi...*” şeklindeki kanuni tanımı bulunan zimmet suçu (TCK md. 247) açısından da geçerlidir.

Keza benzer husus, Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu açısından da (5411 s. BK md. 160) ifade edilebilir<sup>461</sup>. Bu bağlamda ATM’lere banka şubesinden araçla para götüren bir banka görevlisinin bir arkadaşına aracın önünü silahlı şekilde keserek paraları alıp götürebileceği, böylelikle paraları paylaşabilecekleri yönünde fikir vermesi üzerine arkadaşının söylenenleri aynen gerçekleştirilmesi halinde fikir veren banka görevlisinin artık bankacılık zimmeti suçunun faili olarak sorumluluğundan bahsedilebilecek, sadece fiili işleyen ve hiçbir yükümlülüğe sahip olmayan kişinin işlediği hırsızlık suçuna azmettiren olarak sorumluluğu geri planda kalacaktır. Görüldüğü gibi sırf yükümlülük suçlarında yükümlü kılınan kişinin yükümlülüğünü herhangi bir şekilde ihlal etmesi yeterli olup bu ihlali gerçekleştirirken de ayrıca fiil hakimiyetine sahip olmasına gerek bulunmayacaktır.

Bununla birlikte yükümlülüğün, suçların nitelikli hallerinde öngörüldüğü **görünüşte yükümlülük suçlarında** suçun temel şekli bakımından faillik fiil hakimiyeti kriterine göre belirlendiğinden ve nitelikli hal kapsamında suçun temel şeklinden farklı olarak sadece failin belirli bir niteliği haiz olması gerekli görüldüğünden, suçun temel şeklinde yer alan hareket ve buna bağlı olarak faillik kriteri görmezden gelinemeyecek ve en nihayetinde yükümlülük ihlali, ancak fiil

<sup>460</sup> Roxin, **TuT**, 9. Auflage, s. 354, 355.

<sup>461</sup> “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları **kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları**, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.”

hakimiyetinin yanında bir ölçüt olarak dikkate alınabilecektir. Buna göre herkes tarafından işlenebilecek olan kasten öldürme suçunda silahla ateş edilerek mağdurun ölümüne sebebiyet vermek suretiyle fail olunabilir. Bu minvalde bu tür bir hareketi, fiil hakimiyetine sahip olacak şekilde gerçekleştiren kişi bu suçun fail olacaktır. Buna karşılık görünüşte yükümlülük suçu olarak kabul edilebilecek olan ve zaten Türk hukukunda gerçek olmayan özgü suç olarak telakki edilen kasten öldürme suçunun alt soy, üst soy, eş veya kardeşe karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli hal için fiil hakimiyeti tek başına yeterli görülmeyecek, aynı zamanda fiili gerçekleştiren kişinin suç tipinde belirtilen özel faillik niteliğini haiz olması da gerekli olacaktır. Bu nitelikli hal kapsamında aile hukukundan kaynaklı bir yükümlülük söz konusu olup bu, birinci derece aile efradına karşı işlenen öldürme suçunun ahlaki kınanabilirlik oranındaki artışa neden olacaktır.

Kanaatimizin yerindeliğini pekiştirmek adına bu görüşe yöneltilen eleştirilere de cevap aranmaya ve böylelikle daha net bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda ***bütün suçların zaten birer yükümlülük suçu olduğu yönündeki ilk eleştiriye karşılık kanaatimizin*** yükümlülük suçları olarak ifade ettiğimiz suçlardaki yükümlülüğün, bütün suçlarda var olan yükümlülüğün üzerine ek bir yükümlülük olduğu yönünde olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Burada herkes açısından mevzu bahis olan emredici ve yasaklayıcı normların ihlal edilmemesi şeklinde bir yükümlülükten bahsedilmemekte, bu tür bir yükümlülüğün haricinde, yani ceza hukuku dışındaki alanlarla ilgili olarak suç tipinde özel bir kişilik alanı nezdinde oluşturulan ayrı bir yükümlülük mevzu bahis edilmektedir<sup>462</sup>. Nitekim yükümlülük suçlarında önemli olan bir kimsenin söz konusu özel faillik niteliğini haiz olmasından ziyade söz konusu özel faillik niteliğinden kaynaklı özel yükümlülüğe sahip olup olmadığıdır. Bir kimsenin ilgili kamu dairesindeki paraları zilyetliğine alarak şahsi işlerinde kullanmasının zimmet suçu kapsamında telakki edilebilmesi için tek başına kişinin kamu görevlisi olması, dolayısıyla da suç tipi kapsamında

<sup>462</sup> “Özgü suçlarda özel yükümlülük söz konusudur. Bu yükümlülük, ceza hukuku dışında bir yükümlülüktür.” Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 183. Özgenç de yükümlülük suçlarını sırf yükümlülük suçları ve hakimiyet ve yükümlülük suçları şeklinde kategorize etmiş, fail olunabilmesi için ceza hukuku dışında bir başka hukuk dalından kaynaklı olarak özel yükümlülüğün gerekli olduğu suçları sırf yükümlülük suçları olarak nitelendirmiştir (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 523).



gerekli görülen özel faillik niteliğini haiz olması yeterli görülmemiş, *bunun yanında*<sup>463</sup> bu özel faillik niteliğini haiz olan ve suç tipindeki hareketi gerçekleştiren kişinin bu hareketi gerçekleştirilmemekle de özel olarak yükümlü kılınmış olması, yani kamu görevliliği sıfatının söz konusu görevle ilişkili olması gerekir. Nitekim tipikliğin gerçekleşme imkanının niçin bu suçlarda özel niteliği haiz kişiler üzerinde sınırlandırıldığı sorusunu yönelten *Roeder*, bu soruyu *Köstlin*'in görev suçlarının genel insani temellerden hareket etmeyen, sadece münhasıran kamu görevi alanına dahil olan ve bu suretle bu kişilik alanına dahil olmayan kişi tarafından ihlali tek başına bir anlam ifade etmeyen özel yükümlülüğü beraberinde getiren suç tipleri şeklindeki yorumuna atıf yapmıştır<sup>464</sup>.

Buradan hareketle her ne kadar yükümlülüğün ihlal edilmesi unsurunun tek başına yükümlülük suçlarının karakterize edilmesi için yeterli olmaması, bilakis bunun yanında her bir suç tipi kapsamındaki özel hukuki değerlerin de ihlal edilmesinin söz konusu olması halinde kamusal yükümlülüğün ihlalinin mantıksal olarak öncelikli olduğu, kamu görevlisi olmayan, devlete karşı özel bir yükümlülük ve güven ilişkisi içerisinde bulunmayan kişinin kamusal yükümlülüğü ihlal etmesinden söz edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>465</sup>. Dolayısıyla bu suçlarda belirleyici olan husus, failliği kanun tarafından ceza tehdidiyle korunan hukuki değere yönelik özel yükümlülük ilişkisinin temellendirmesidir<sup>466</sup>. Bütün yükümlülük suçlarında ceza tehdidi, açıkça veya zımnî olarak yükümlülüğün kendisinden kaynaklanmakta olup bu yükümlülük önceliklidir<sup>467</sup>.

***“Yerine koyma” tezinin her durumda yerinde olmadığı, nitekim güveni kötüye kullanma suçunda malvarlığı değerini muhafaza yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğünü ihlal edecek şekilde herhangi bir katkısının yeterli***

<sup>463</sup> Burada “bundan ziyade” ifadesinin kullanılması doğru olmayacaktır. Zira kişinin özel faillik niteliğine sahip olmasından ziyade özel yükümlülüğe sahip olmasının gerekli görülmesi gibi bir durumdan bahsedilmesi hiçbir şekilde mümkün görünmemektedir. Şu halde kişi, ya özel faillik niteliğinden kaynaklı olarak özel yükümlülüğe sahip olur yahut da özel faillik niteliğinin bizatihi kendisi de bu özel yükümlülüğün kendisi olur.

<sup>464</sup> *Roeder, ZStW 1957*, s. 253.

<sup>465</sup> *Roeder, ZStW 1957*, s. 253.

<sup>466</sup> *Roeder, ZStW 1957*, s. 253.

<sup>467</sup> *Roeder, ZStW 1957*, s. 254. Benzer şekilde *KN.* *Mayer* de hakimiyet suçlarıyla yükümlülük suçları arasındaki farkın sadece fiilin haksızlık kapsamının önemli ölçüde failin kendi üzerinde öngörülen yükümlülüğü ihlal etmesinden ibaret olan değer noktasında yer aldığını kabul etmektedir (*KN.* *Mayer, AT*, s. 69).

*olunmayacağı, yükümlülük ihlal edilmiş olsa bile hukuki değerlerin de en azından soyut tehlike şeklinde ihlal edilmesi gerektiği yönündeki ikinci eleştiriye karşılık kanaatimiz* Alman ceza hukukunda bu suç açısından suçun ihmali hareketle de işlenebilir olduğu, zira bu suçun üçüncü bir kişi suretiyle işlenmesine engel olmamasının da Alm.CK'da yer alan bu suç kapsamında telakki edildiği hususlarına dikkat edilmesi gerektiği yönündedir<sup>468</sup>. Elbette bu kanaatimiz, Alman hukuku bakımından geçerli olabilecek bir nitelik taşıyor olsa da Türk hukuku açısından oldukça tartışmalı görünmektedir. Zira Türk hukukunda özel hükümlerdeki suç tiplerinin ihmali hareketle de işlenebileceklerine dair, genel hükümlerde bir düzenlemenin bulunmaması, yükümlü olan kişinin söz konusu suç tipi kapsamında yükümlülüğünün bulunmasının tek başına üçüncü bir kimse tarafından yükümlülüğün konusu olan malvarlığına müdahalesine engel olma yükümlülüğünü vermeyebileceğinin altı özellikle çizilmelidir.

İşte tam da bu noktada temel sorun, fiil hakimiyetine sahip olmayan ve fakat özel faillik niteliğini haiz bir kimsenin söz konusu özel faillikten kaynaklı yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunu ortaya çıkaran en düşük dereceli katkının dahi kendisine faillik sıfatını kazandırması yönündeki kabul halinde görünecektir. Bu kapsamda bu kabule üstünlük tanınabilmesi için evvela eleştirinin ve yanıtın değerlendirilmesi bir gereklilik arz edecektir. Buradan belki de göz önünde bulundurulması gereken ilk husus, “yerine koyma” tezinin ancak kanun koyucu tarafından eşitlemenin yapıldığı durumlarda geçerli olabileceği görüşüdür. Zira TCK md. 161'de düzenlenen ve sadece iflasa tabi olan tacir tarafından işlenebilir olan hileli iflas suçunun tanımına göre hileli iflası oluşturan hallerden biri de *alacaklıların teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması*dır. Böylelikle bir tacirin bu suçu işlemiş olması için muhakkak söz konusu davranışları doğrudan kendisinin gerçekleştirmiş olması şart görülmemiş, bu davranışların gerçekleştirilmesine herhangi bir şekilde nedensel katkılar sağlaması da yeterli addedilmiştir. Her ne kadar bu durum, madde gerekçesinde belirtilmemiş ve bu husus üzerine bir vurgulama yapılmamış olsa da madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Bu çerçevede düşüncemiz, kanun

---

<sup>468</sup> Joecks, a.g.e., § 25 Kn. 49.

koyucunun bu şekilde “hileli iflas” suçunda eşitleme yapması ve fakat diğer yükümlülük suçu olarak nitelendirilebilecek suçlarda bu tarz bir eşitlemeye gitmemiş olması açısından bilinçli bir tercihte bulunmadığı, dolayısıyla da bu yöndeki eleştirinin çok da makul olmadığı, bu eşitlemenin en azından Türk hukuku açısından herhangi bir öneminin bulunmayacağı yönündedir. Yani kanuni tanımında yer alan “*alacaklıların teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması*” ifadesi, iflasa tabi olan tacir açısından “*alacaklıların teminatı mahiyetinde olan malları kaçırması, gizlemesi veya değerini azaltması*” şeklinde olsaydı da benzer bir sonuca yol açabilirdi. Zira borçlu konumda bulunan bir tacirin bu hareketleri, yükümlülük altında olmayan bir başka kimseye işletmesi, daha doğrusu bir başka kişi aracılığıyla işlemesi halinde de söz konusu suçu işlemiş olabilecektir.

Bununla birlikte her şeye rağmen kanun koyucunun söz konusu “kaçırma”, “gizleme” ve “değeri azaltma” gibi hareketlere neden olmayı da kapsama dahil etmesiyle birlikte bütün suçların ihmali hareketle de işlenebileceğine dair genel bir düzenlemenin bulunmadığı Türk ceza hukukunda bir nevi buna bir imkan verilmiş olduğu da kabul edilebilir. Öyle ki ceza kanununun genel hükümler kısmında suçların ihmali hareketle de işlenebileceğine dair genel bir düzenlemenin yer aldığı Alman ceza hukukunda dahi *Joecks*’in kanuni suç tiplerinde yer alan bu tür ifadelerle suçların ihmali olarak işlenmesine de olanak sağlandığı, bu bağlamda kişinin yükümlülüğünün, bir başka kişinin önlenmemesi suretiyle de ihlal edebileceği yönündeki görüşü karşısında Türk hukukunda bu tür bir düşünceye evleviyetle ulaşılabilecektir. Zira kanunun genel hükümler kısmında zaten suçların ihmali hareketle işlenebileceğine dair genel bir düzenlemenin yer aldığı Alman hukukunda bile bu tür bir belirtmenin yapıldığı bir durumda Türk hukukunda bu sonuç oldukça normal karşılanabilecektir. Bununla birlikte kanundaki birçok yükümlülük suçu kapsamında bu şekilde özel bir belirtmeye ihtiyaç olmadığı da rahatlıkla ifade edilebilir. Nitekim görevi kötüye kullanma suçu kapsamında bir kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirmemesi, yani görevini ihmal etmesi durumunda görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı açıktır. Aynı şekilde zimmet suçunun (TCK md. 247) da ihmali bir hareketle işlenebileceği, açıkça madde gerekçesinde belirtilmiştir. Böylelikle Alman ceza hukuku için kendisine katıldığımız bu tür

yükümlülük suçlarının ihmali hareketle de işlenebileceği, dolayısıyla da fiilin işlenişine doğrudan katkı ile üçüncü kişinin fiiline hiç müdahale etmeme arasındaki katkıların da bu kapsamda failliği beraberinde getirebileceği yönündeki görüşün, Türk hukukunda genel hükümler kısmında bütün suçlar açısından geçerli olabilecek şekilde suçların ihmali hareketle işlenebileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından dolayı yerinde görülemeyecek olması bir tarafa bırakılacak ve istisnai olarak kabul edilmesine imkan tanınmış olacaktır. Şu halde bu ifade de yükümlülük suçu olan özgü suçlarda özel faillik niteliğini sahip olduğu için yükümlülük sahibi olan kişilerin her türlü katkılarının kendilerine faillik sıfatını kazandıracığına bir işaret olarak kullanılabilir.

Şu halde en temel yükümlülük suçlarından biri olan zimmet suçu nedeniyle fail olunabilmesi için görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olunan malın, yükümlülüğü olmayan bir başka kişinin zilyetliğine geçirmesinin görmezden gelinmesi suretiyle bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi yeterli görülecektir<sup>469</sup>. Dolayısıyla da bir devlet dairesinde çalışmakta olan daire şefinin, devlet dairesi ile hiçbir ilgisi bulunmayan arkadaşına sorumlu olduğu dairedeki paraları kolaylıkla çalabileceğini söyleyip hırsızlık suçuna azmettirmesi ve paraları aralarında paylaşmaları durumunda kendisinin fiil hakimiyeti olmasa bile arkadaşının çaldığı paralar üzerinden zimmet suçundan dolayı **fail olarak** sorumlu tutulması sonucu ortaya çıkabilecektir. Yani dairede çalışan şefin fiil hakimiyetinin bulunup bulunmadığı tartışmasının yapılmasına gerek kalmayacak, sırf yükümlülüğünü ihlal ettiği için doğrudan fail olduğu şeklinde bir sonuca ulaşılabacaktır.

Oysa ki klasik görüş kabul edilmiş olsaydı salt görmezden gelme, yani ihmali harekette bulunma suretiyle yükümlülüğün ihlal edilmesi faillik için yeterli görülmeyecek, yükümlülüğün ihlalinden evvel yükümlü olmayan üçüncü kişinin söz konusu malı zilyetliğine geçirmesi konusunda yükümlü kılınan özel faillik niteliğini haiz kimsenin üçüncü kişinin zilyetliği elde etmesi esnasında fiil hakimiyetine sahip bulunması gerekecektir<sup>470</sup>. Buna göre yukarıdaki örnekte daire şefi, her ne kadar

<sup>469</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 272; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Kn. 82.

<sup>470</sup> Hoyer, **a.g.e.**, § 25 Kn. 22. *Stratenwerth/Kuhlen*, her ne kadar özgü suçlarda esas itibariyle tek başına yükümlülüğün ihlal edilmesini yeterli görmese ve muhakkak bu ihlalin fiili hakimiyetin

zimmet suçu bakımından yükümlülük sahibi olsa da fiil hakimiyetine sahip olmadığından yalnızca yükümlülük sahibi olmayan ve fakat paraları alan arkadaşının işlediği suça azmettiren olarak sorumlu tutulabilecek, fiil işleyen kişi ise zimmet suçu kapsamında bir yükümlülüğe sahip olmadığından zimmet suçunun faili olamayacak, olsa olsa hırsızlık suçunun faili olacak, böylelikle de daire şefi sadece hırsızlık suçuna azmettiren haline gelecektir<sup>471</sup>.

Elbette bu durumun bağlılık kuralı açısından da oldukça önemli sonuçları olacaktır. Zira klasik görüş sahiplerine göre arka planda bulunan ve söz konusu paraların muhafazası ile yükümlü olan daire şefi, ön plandaki kişiye bağlı olarak sadece hırsızlık suçundan şeriklik dolayısıyla sorumlu tutulabilecekken yükümlülük suçları tezinin kabul edilmesiyle birlikte bilakis ön plandaki kişiden bağımsız olarak fail kabul edilecek ve hatta TCK md. 40/2 hükmü gereğince şefin işlemiş olduğu bu zimmet suçuna fiili icra eden ve kendisi hırsızlık suçunun faili olan kişinin yardım eden olarak iştirakinden dahi bahsedilmesi mevzu bahis olabilecektir<sup>472</sup>. Bu durumda hırsızlık suçundan fail, zimmet suçundan yardım eden olarak sorumlu tutulacak olan ön plandaki kişi, failliğin şerikliğe asliliği prensibi gereğince sadece hırsızlık suçuna faillikten dolayı cezalandırılacak, diğer kişinin işlediği suça olan katkısı cezasının belirlenmesi esnasında dikkate alınacaktır<sup>473</sup>. Tam da bu noktada paraları alan kişinin herkes tarafından işlenen suçtan fail olarak sorumlu tutulmasındansa daire şefinin işlediği yükümlülük suçuna yaptığı yardımdan sorumlu tutulması ve suçun işlenmesinde sahip olduğu fiil hakimiyeti nedeniyle suçun işlenmesindeki etkinliği de göz önünde bulundurularak cezasının üst sınıra yakın belirlenmesi daha makul bir

---

yanında bulunması gerektiğini benimsemiş olsa da güveni kötüye kullanma suçu açısından arka plandaki malvarlığını muhafaza etmekle yükümlü olan kişinin yükümlü olduğu malvarlığına yönelik olarak salt yardım veya azmettirme hareketinin de sahip olduğu yükümlülüğe aykırı şekilde malvarlığının zarara uğramasına neden olacak bir davranış teşkil edeceğini ve bunun da arka plandaki kişiye doğrudan failliği de sağlayabilecek nitelikte olduğunu belirtmiş, bunu da kapsamında hiçbir şekilde belirli bir hareketin tanımlanmadığı, bilakis güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi özel yükümlülüğün her türlü ihlalinin ceza ile tehdit edildiği suçlarda fiilin işlenmesine yönelik her türlü önerinin kapsam dahilinde olan kişinin de açıkça suç tipini işlemiş olması sonucunu beraberinde getirecek olmasına bağlamıştır (Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Kn. 40). Bu açıdan *Stratenwerth/Kuhlen*, aynı sonucu belgede sahtecilik suçu açısından kabul etmemektedir (Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Kn. 40).

<sup>471</sup> Hoyer, a.g.e., § 25 Kn. 22.

<sup>472</sup> Roxin, AT II, § 25 Kn. 272.

<sup>473</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 186; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 465; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 649.

sonuç olarak görünmektedir. Bu çerçevede yükümlülük suçunun kapsamda bulunduğu bir değerlendirmede asli norm-tali norm kuralından ziyade öncelikli olarak özel norm-genel norm kurallarının işletilmesinin daha adil sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceği düşüncesinde olduğumuzu da vurgulamakta fayda bulunmaktadır.

Kaldı ki, arka plandaki kişinin belirli bir görevi yerine getiriyor olması ve ön plandaki kişinin tek başına işleyemeyeceği, bu açıdan arka plandaki kişinin yerine getirdiği görevi ihlal edeceği türde *herhangi bir katkının* ön plandaki kişinin fiili işlemesi bakımından elzem görüldüğü bir durumda bu katkı, artık arka plandaki kişiye kendiliğinden failliği getirecektir. Zira elzem nitelikteki her türlü katkı, zaten arka plandaki kişiye fiil hakimiyetini sağlayacak, bu da arka plandaki kişiyi azmettirme yahut da yardım etme konumundan faillığe ulaştıracaktır. Yani arka plandaki kişinin kendi göreviyle ilgili olarak gerçekleştirilebilecek fiil bakımından ön plandaki kişiye vermiş olduğu bilgi olmadığında bu fiilin gerçekleştirilmesinden söz edilemeyecek idiyse bu defa zaten fiili hakimiyet gündeme gelebilecek, kişinin söz konusu özgü suç nedeniyle failliği söz konusu olabilecektir. Ancak bu durumun genelde kamusal görevi ifa eden kişiler bakımından söz konusu olabileceği de belirtilmelidir.

***Bu görüşün faillik için sadece yükümlülük ihlalini yeterli addetmesi, fiil hakimiyeti kriterini görmezden gelmesinin kanunsuz suç olmaz ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönündeki eleştiriye karşılık kanaatimiz,*** bu eleştiriye ileri süren görüşün argümanını ileri sürerken resmi belgede sahtecilik suçunu örnek vermelerini dikkate alarak eleştirilerinin bu suç açısından yerinde olabileceği yönündedir. Yani bu eleştiri, resmi belgede sahtecilik suçu bakımından hiç şüphesiz ki kabul edilebilir niteliktedir. Zira *“Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan...”* şeklinde bir kanuni tanımdan bu belgeyi düzenlemeye yetkili bir kamu görevlisinin, yetkili olmayan alelade bir kimseyi bu belgeyi düzenlemeye sevk etmesi halinde bu suçun faili olarak sorumlu tutulmasından bahsedilemeyecektir. Ancak zaten resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli halini teşkil eden kamu görevlisi tarafından işlenmesi hali, daha evvel de belirtildiği üzere görünüşte yükümlülük suçu

olduğundan bu suç bakımından fiil hakimiyeti göz ardı edilemeyecektir. Bu nitelikli hal, suçun temel şekli üzerine kamu görevlisi tarafından işlenecek şekilde inşa edildiğinden suçun temel şekli için fiil hakimiyetinin aranması, buna karşılık nitelikli şekli için fiil hakimiyetinin saf dışı bırakılması ve yerine salt yükümlülük ihlalinin konulması doğru olmayacaktır. Bu bakımdan *Roxin*'in yükümlülük ihlalinin bütün yükümlülük suçları için geçerli gören görüşü gerçekten de kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu minvalde yükümlülük suçları arasında sırf yükümlülük suçları ve görünüşte yükümlülük suçları ayrımının yapılması ve faillik için salt yükümlülük ihlali kriterinin sadece sırf yükümlülük suçlarında kabul edilmesi daha doğru olacaktır.

Nihayet ***garantör suçlarında garantörlük sıfatının failliği sınırlandırıcı bir işlev gördüğü yönündeki dördüncü eleştiriye karşılık kanaatimiz***, yukarıda olduğu gibi bu eleştirinin de *Roxin*'in yükümlülük öğretisi için ileri sürülebilir bir argüman olduğu yönündedir. Zira görünüşte yükümlülük suçları, faillik için fiil hakimiyetinin gerekli olduğu suçun temel şekli üzerine sadece özel faillik niteliğinin ayrı bir ek unsur olarak gerekli kılınması suretiyle ihdas edilmektedir. Bu halde dahi temel suç tipindeki fiil hakimiyetinin göz ardı edilmesi ve nitelikli halde salt yükümlülük ihlalinin esas alınması, gerçekten de nitelikli haldeki özel faillik niteliğinin faillik konusundaki salt sınırlandırıcı işlevinin görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. İşte bu nedenle *Roxin*'in yükümlülük öğretisinden nitelikli hallerde düzenlenen görünüşte yükümlülük suçları noktasında ayrılmaktayız. Böylelikle suçun temel şeklinde düzenlenen sırf yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetine hiçbir şekilde bakılmayacak, sadece yükümlülük sahibi kişinin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi faillik için yeterli olacaktır. Buna karşılık suçların nitelikli halinde düzenlenen görünüşte yükümlülük suçlarında yalnızca yükümlülük sahibi kişinin yükümlülük ihlali, ancak suçun işlenmesi bakımından fiil hakimiyetine sahip olması durumunda failliği beraberinde getirecektir.

Nitekim söz gelimi A'nın annesini öldürtmek üzere kiralık katil tutması ve annesini öldürmesi durumunda hiçbir şekilde kasten öldürmenin alt soy, üst soy, eş veya kardeşe karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli hali bakımından fiil hakimiyetine sahip olmasından söz edilemeyecektir. İşte bu tür durumlarda *Roxin*'in *yükümlülük suçları tezine* göre A'nın yine de kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu

tutulması mümkün olabilecektir. Öyle ki bu tezle birlikte A'nın annesini kiralık katile öldürtmek suretiyle de annesine karşı aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğünü ihlal etmesinden bahsedilebilecek, bundan dolayı da kasten öldürmenin nitelikli halinden fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayabilecektir. Bu ise mevcut Türk hukukunda yaygın şekilde kabul edilen fiil hakimiyetine sahip olan ön plandaki kişinin özel niteliği haiz olmadığı durumlarda kendisinin suçun temel şeklienden fail olarak sorumlu tutulması, arka plandaki kişinin ise ancak ön plandaki kişinin sorumluluğu ölçüsünde mes'ul olması, yani arka plandaki kişinin ön plandaki kişiden bağımsız olarak suçun nitelikli halinden şerik olarak sorumlu tutulamaması, ancak failin sorumlu tutulduğu fiile şerik olarak sorumlu tutulması şeklindeki kanaatin ortaya çıkardığı sorunun da çözüme kavuşturulmasını gündeme getirebilir. Zira Türk hukukundaki bu kabulden hareket edildiğinde yukarıdaki olay göz önünde bulundurulduğunda A'nın annesini direkt kendisi öldürdüğünde kasten öldürmenin nitelikli halinden fail olarak yargılanması söz konusu olacakken bir başka kişiye öldürtmesi halinde sırf öldürme hareketini gerçekleştiren kişide bu nitelikli unsur bulunmadığı için öldürme suçunun temel şekline azmettiren olarak sorumluluğu mevzu bahis olacaktır ki bu da alt soy, üst soy, eş veya kardeşini öldürmeyi düşünen herhangi bir kimseyi fiili doğrudan kendisi öldürmek yerine bir başka kişiye işletme yoluna gitmeye sevk edecek, böylelikle de fiili bizzat kendisinin işlemesiyle bir başka kişiye işletmesi arasında izahı oldukça zor olan bir fark hasıl olacaktır.

*Roxin*'in tezi, bu tarz bir çözümü beraberinde getirmekteyse de kasten öldürme suçunun temel şeklinde aranan fiil hakimiyeti kriterinin suçun nitelikli hali bakımından aranmaması, kasten öldürme suçunun yapısına aykırı olacaktır. Öyle ki *yükümlülük suçları tezi* ile birlikte A'nın annesine karşı aile yükümlülüğüne aykırı davrandığından bahisle kasten öldürme suçunun nitelikli halinin faili olarak görülmesi, buna rağmen silahla A'nın annesine ateş eden kiralık katilin bu suça yardım eden olarak telakki edilmesi hiçbir şekilde izah edilebilir olmayacaktır. A, kiralık katili alelade bir kimseyi öldürmeye sevk etmiş olsaydı kasten öldürme suçunun temel şeklinin azmettireni olarak sorumlu tutulacakken kiralık katili sırf annesini öldürmeye sevk ettiği için suçun temel şeklinin azmettireni, ancak nitelikli halinin faili olması, sadece özel faillik niteliğini haiz olmasıyla açıklanamayacaktır. Bu şekilde bir nitelikli halin öngörülmesindeki esas sebep, faillik alanında bir



sınırlandırma yapılmasından ziyade aile yükümlülüğünün ihlal edilmesinin gerek haksızlık gerekse kusur babında ortaya çıkardığı artışın dikkate alınmasındaki gereklilikten başka bir şey değildir. Kaldı ki, A'nın sırf kiralık katili annesini öldürtmeye azmettirdiği için kasten öldürmenin nitelikli halinden fail olarak sorumlu tutulması halinde bu durumla A'nın kiralık katili sevk etmek yerine annesini bizzat kendisinin öldürerek kasten öldürmenin nitelikli halinden fail olarak sorumlu tutulmasının nasıl aynı kabul edileceği de ayrı bir sorun teşkil edecektir. Bu durum, alt soy, üst soy, eş veya kardeşin bizzat öldürülmesi ile bir başka kişi aracılığıyla öldürülmesi arasındaki haksızlık ve kusur farkının ortadan kalkması gibi bir tehlikeyi de beraberinde getirebilecektir. Bu bakımdan bütün yükümlülük suçlarında faillik için salt yükümlülük ihlalinin ölçüt alınması, en azından Türk hukuku bakımından uygun olmayacaktır. Dolayısıyla görünüşte yükümlülük suçlarında faillik için ölçüt, “fiili hakimiyet + yükümlülük ihlali” olacaktır. Nitekim bu örnekte A'nın annesine karşı aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğünü ihlal etmesinden bahsedilebilecektir.

**Tüm bu açıklamalar çerçevesinde Yargıtay'ın da yükümlülük suçlarına ilişkin kararları üzerine bir değerlendirme yapılmasında fayda bulunmaktadır.**

Esasında Yargıtay kararlarında görev suçları açısından fiil hakimiyeti kriterine çok da dikkat edilmediği, en azından fiil hakimiyetinin geniş yorumlandığı, bunun da yükümlülük sahibi olunmasına ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesine bakılması anlamı taşıdığı rahatlıkla görülebilir. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 19.01.2015 tarih ve E. 2014/10647, K. 2015/1096 sayılı kararı gereğince ... sözleşmeyle şirkete ödenecek 400.000 USD. hizmet bedelinin karşılanmasına yönelik olarak M. A.'un bilgisi dahilinde ... kalan 402.441,22 TL'nin idarenin hesaplarına intikali yerine anılan şirkete ödenmesi suretiyle bu şirkete yarar sağlamak şeklinde hileli davranışlarla gerçekleştirildiği anlaşılan eylemler ... karşısında kamu görevlisi M. A. yönünden zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden sadece basit zimmetten hüküm kurulması, kanuna aykırı bulunmuştur. Bu kararla birlikte Yargıtay, M'nin bilgisi dahilinde kasadaki paranın meşru olmaksızın bir şirkete aktarılmasını da M bakımından zimmet suçu olarak nitelendirmiş, M'nin herhangi bir şekilde yükümlülüğünün ihlal etmesini failliğin tespitinde merkeze yerleştirmiştir. Öyle ki TCK md. 251'de yer alan ve zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin işlenen suçun

müşterek faili olarak sorumlu tutulmasını öngören “Denetim Görevinin İhmali” suç karşısında Yargıtay’ın bu şekilde bir karar vermiş olması tezimizi daha da doğrulamaktadır. Aslında bu suç tipinin TCK’da düzenlenmiş olması, kanun koyucunun yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetini ve özel failliği gerekli gördüğünü daha da pekiştirmektedir. Ancak diğer taraftan kanun koyucunun bu düzenlemeye yer verme gereği duymuş olması, kamu görevlilerinin yükümlülüklerini ihlal etmelerinin kendilerine başlı başına failliği getirmesinin bir gereklilik olarak kabul edilmesi anlamını da taşımaktadır. Nitekim bu suçun faili, zimmetin veya irtikabın konusu olan malın doğrudan koruyucusu, yükümlüsü değildir<sup>474</sup>. İşte böyle bir suç ihdas edilip suçun konusu üzerinde zilyet olmayan kişilerin dahi sorumluluğu sağlanmaya çalışılırken suçun konusu üzerinde zilyet olan ve fakat fiilin işlenmesine bizzat katılmayan, sadece teşvik edici söz veya davranışlarda bulunan görevli kamu görevlisinin zimmet suçundan sorumlu tutulmaması, yalnızca ön plandaki özel faillik niteliğini haiz olmayan kişinin işlediği genel suça şeriklikten sorumlu tutulması hiçbir şekilde makul olmayacaktır. Bu çerçevede tezimizin kabul edilmesi halinde TCK md. 251 hükmüne gerek kalmayacağını da altını çizmek gerekir.

<sup>474</sup> “İddianamede yer alan, kooperatif tasfiye kurulu üyesi olan sanıkların yemek ve akaryakıt giderleriyle apartmandaki bir kısım dairelerde yapılan tadilat ve tamiratlara dair olan ve soruşturma aşamasında hazırlanan bilirkişi raporlarında şahsi ve kabul edilemeyecek gider olarak değerlendirilen 9.444,70-TL harcamada buldukları isnadının sübutu halinde T.C.K.nun 247. maddesinde tanımlanan zimmet suçunu, bununla bağlantılı olarak kooperatif denetleme kurulu üyesi olan sanıklar S. KN.. ve Z. K.’ya isnat eylemlerin ise 5237 Sayılı T.C.K.nun 251/2. maddesinde düzenlenen denetim görevinin ihmali suretiyle zimmete sebebiyet verme suçunu oluşturabileceği anlaşılmalı 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 12. maddesi uyarınca bu davaya dair delilleri takdir ve tartışmanın üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması kanuna aykırı...” KN.. 5. CD., 18.03.2015, E. 2013/7493, K. 2015/8470 - <http://Kn.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2013-7493.htm>. “THK. Tarsus Şubesinin, kurum müfettişliğince denetlenmesi sırasında, Şube Saymanı olan sanık Ali Cirit’in sorumluluğunda bulunan yardım pulu hesabında 18.302.550.027 lira açık olduğunun tespiti üzerine, sanık Ali bu açığın satışı yapılan pul bedellerinden olduğunu, hazırlık anlatımlarına göre de bu parayı uhdesinde tutarak kullandığını ifade etmesi ve müfettişin tespiti üzerine temin ederek kurum hesabına ödemesi şeklinde oluşan eylemde, kurum saymanı olmakla sorumluluğundaki kasadan para mal edinme fiilinin zimmet suçunu oluşturduğu, yine şube başkanı olan sanık Ahmet Turan Koçak’ın kurumun işlemleri üzerinde gerekli denetimi yapmayarak, görevini ihmalle, zimmetin oluşumuna neden olduğu sabit olduğu ve 5237 Sayılı TCK.nun 247-248 ve 251 maddeleri de gözetilerek cezalandırılmaları gerektiği halde yazılı şekilde beraetlerine karar verilmesi kanuna aykırı...” KN.. 5. CD., 10.11.2005, E. 2004/2607, K. 2005/21975. <http://Kn.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2004-2607.htm>.

Bununla birlikte Yargıtay'ın bu kararında aslında M'nin bilgisi dahilinde fiilin işlenmesinin kendisine fiil hakimiyetini kazandıracığı tespitinden hareket edildiği, dolayısıyla bizim bu kararda Yargıtay'ın fiil hakimiyeti kriteri yerine yükümlülüğün ihlali kriterini esas aldığı yönündeki fikrimizin yerinde olmadığı eleştirisi ileri sürülebilir. Ancak bu eleştiriye karşı fiil hakimiyetinin tam olarak ne olduğu sorusuyla karşılık verilebilir. Bilhassa da zimmet gibi görev suçlarında malvarlığı üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin, söz konusu malvarlığı üzerinde bir eksilme olması ve bunun da kendi bilgisi dahilinde gerçekleşmesi halinde ne ölçüde fiil hakimiyetine sahip olduğunun kabul edileceği özellikle üzerinde durulması gereken bir mevzudur. Yargıtay'ın bu konuda farklı ölçütler geliştirmeye çalıştığı da dikkat çekmektedir. Öyle ki Yargıtay'ın bazı kararlarda fiil hakimiyeti noktasında yükümlü kişinin iştirak için salt menfaatin bulunup bulunmadığını esas aldığı görülmekte<sup>475</sup>, esas itibarıyla ETCK dönemindeki uygulamaları sürdürdüğü dikkat çekmektedir. Bu da örneğin yükümlü kişinin kasada paranın olduğunu söylemesi, söz konusu parayı bölüşmesi halinde zimmet suçunun faili, ancak parayı bölüşmemesi halinde hırsızlık suçunun yardım edeni ya da

<sup>475</sup> “Mahkemenin sanığın zimmet suçuna yardım olarak değerlendirilen, “diğer sanığın yanında 6 yıl gibi uzun bir süre başkatip olarak çalışıyor olması, yazışmalardan ve ödenmesi gereken KDV, harç, damga vergisi, değerli kağıt bedelleri gibi vergilerin ödenmediğini bilebilecek durumda olması” şeklindeki gerekçesinin, sanığın sıfatı gereği denetim görevinin olmaması nedeniyle iştirak olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, “daksillenmek suretiyle oluşturulan boş makbuzlara, ödenmesi gereken miktarı ve tarihini yazarak noterin düzenlediği gerçeğe aykırı makbuzları üst yazıya bağlayıp incelemek suretiyle Noterler Birliğine göndermek” fiilinin ise diğer sanığın, sanığın savunmalarını doğrulaması karşısında zarfların içeriğini incelediğine ilişkin kabulün dosya içeriği ile uyumlu olmadığı ve bu eylemin tamamlanmış suça iştirakin mümkün olmaması nedeniyle de zimmete yardım olarak kabul edilmesinin olanaklı bulunmadığı, “suç tarihlerini kapsayan dönemde beyannamelerin ihtiva ettiği paraların yatırıldığını gösteren makbuzlarda ve vergi dairesine gönderilen yazılarda imzasının bulunması,” şeklindeki kabulünde beyannamelerin gerçeğe aykırı olduğu yönünde bir iddia ve kabul olmaması nedeniyle dosya kapsamı ile bozma sonrasında getirilen belgeler de bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanığın atılı suça iştirak ettiği hususunun şüpheli kaldığı, ceza yargılaması sonucunda mahkumiyet kararının verilebilmesi için suç oluşturan fiilin sanık tarafından işlendiğinin hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak, herkesi inandıracak biçimde kanıtlanması ve şüphenin masumiyet karinesinin gereği olarak sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği (Anayasa m. 38/4, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6/2, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 11, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.14/2), diğer sanığın ifadeleri de dikkate alındığında, noter başkatibi sıfatıyla aldığı maaşının dışında ödenmeyip noterin uhdesinde kalan zimmete konu paralar ile ilgili ayrıca maddi bir menfaatinin olmadığı kabul edilen sanığın atılı suça iştirak ettiğine dair kesin, inandırıcı ve yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırı...” KN.. 5. CD., 26.3.2015, E. 2014/8320, K. 2015/8802. <http://Kn.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2014-8320.htm>.

azmettiren olarak sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirecektir ki gerçekte fiil hakimiyeti de zaten bu değildir. Şu halde Yargıtay'ın yükümlülük suçlarında fiil hakimiyeti kriterini uygulasa bile bunu da tam manasıyla uygulayamadığı ifade edilebilir. Dolayısıyla yine sırf yükümlülük suçlarında suçların kendi yapısı gereğince fiil hakimiyetini değil, yükümlülük ihlalinin bir ölçüt olarak alınması daha yerinde olacaktır.

Yargıtay'ın yukarıdaki M hakkında verdiği kararla birlikte yerel mahkemelerin ve de Yargıtay'ın yükümlülük sahibi olmayan ve fakat fiilin işlenmesinde fiil hakimiyeti sahibi olanların sorumluluklarının ne olacağı noktasındaki bakışları da tespit edilebilir. Buna göre Yargıtay, özel faillik niteliğini haiz olmasa bile fiil hakimiyeti bulunan kişilerin korunan hukuki değer üzerinde dolaylı da olsa ihlal gerçekleştirdikleri ve bu nedenle şerik olarak da olsa cezaya layık olduklarından hareket etmektedir. Buna rağmen bu karar irdelendiğinde de anlaşılacağı üzere yerel mahkemeler, bu konuda yaygın şekilde hatalı kararlar vermekte, özel faillik niteliğini haiz olmayan kimseleri hiçbir şekilde sorumlu tutmama sonucuna ulaşmaktadır<sup>476</sup>.

### C. Bizzat İşlenebilen Suçlar

Suç tanımında yer alan hareketin sadece doğrudan faillik şeklinde, bizzat icra edilmesi suretiyle işlenebileceği, dolaylı yahut da müşterek faillik şeklinde işlenmesi mümkün olmayan suç tipleri “bizzat işlenebilen suçlar” olarak isimlendirilir<sup>477</sup>.

<sup>476</sup> “...Türk Ceza Kanununun 40.maddesinin 2.fıkrasına göre “özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” hükmü gözetilerek, kredibilitesi olmayan şirketlere ödeme gücünün üstünde, teminat alınmaksızın veya yeterli teminat alınmaması suretiyle dönüşü olmayacak şekilde kredi verilmesine sebebiyet veren, kredinin verilmesinden sonra hileli ve aldatıcı yöntemler kullanılarak banka parasının KN..M.D.'ye aktarılmasına iştirak ettikleri dosya kapsamına göre sabit olan sanıkların 5237 sayılı TCK.nun 37/1 ve 39 maddeleri gereğince hukuki durumları değerlendirilmek suretiyle mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...” hukuka aykırı görülmüştür (KN.. 7. CD., 16.05.2012, 2011/10566, 2012/13284 - <http://Kn.kazanci.com/kho2/ibb/files/7cd-2011-10566.htm>); “5237 sayılı TCK'nun 40/2. maddesine göre özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişilerin fail olabileceği, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağı gözetilmeden sanık Behçet Sönmez'in sahte belgeleri kullandığı gerekçesiyle 5237 sayılı TCK'nun 204/1. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır.” KN.. 11. CD., 18.02.2013, 2011/522, 2013/2564 – Yaşar/Gökcan/Artaç, a.g.e., C. I, s. 1175.

<sup>477</sup> Roxin, AT II, § 25 Kn. 288; Murmann, GrundK StrafR, § 27 Kn. 15; Hoyer, a.g.e., § 25 Kn. 14.

Dolayısıyla bu suçlara yönelik dolaylı faillik ya da müşterek faillik şeklinde iştirak mümkün değildir<sup>478</sup>.

TCK'da yer alan yalan tanıklık (md. 272), yalan yere yemin (md. 275) gibi ifade suçları bu kapsamda sayılmakta, söz gelimi yalan tanıklık suçunun sadece kişinin kendi hareketiyle bizzat işleyebileceği ifade edilmektedir. O halde tanık konumundaki kişiyi, mahkemeyi aldatacak şekilde belirli bir yönde ifade vermeye zorlayan kişi, olay üzerinde hakimiyete sahip olmasına rağmen yalan tanıklık suçundan dolaylı fail olarak cezalandırılmaz<sup>479</sup>. Keza trafik güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde aracı kontrol eden kişinin yanında oturup da bu kişiyi aracı bu şekilde kullanmasına sevk eden kişinin hiçbir şekilde müşterek fail ya da dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasından söz edilemez<sup>480</sup>.

Bizzat işlenebilen suçlarda fail, ancak fiili bizzat icra eden kişi olabilir. Bu tür suçlarda hareketi bizzat icra etmeyen kişinin fiilin işleniş süreci üzerinde fiil hakimiyeti bulunmuş olsa bile müşterek fail olarak sorumlu tutulmasından söz edilemez. Keza fiili bizzat icra eden kişiyi hataya sürükleyerek yahut da bu kişi üzerinde cebir veya tehdit uygulayarak bu tür bir suçu işlemesine neden olursa yine arka plandaki kişi, ön plandaki kişinin iradesine hakim olsa ve bu suretle fiil hakimiyetini elinde bulundursa bile dolaylı failliğinden bahsedilemez. Arka plandaki kişi olsa olsa azmettiren yahut da yardım eden olarak sorumlu tutulabilir<sup>481</sup>.

Buna göre söz gelimi A'nın B'yi zorunluluk halinin şartları altında yalan yere yemin etmeye zorlaması halinde her ne kadar A'nın fiil hakimiyetinden söz edilebilecek olsa da kendisinin yemin etme yükümlülüğü altında bulunmaması nedeniyle söz konusu suç tipine göre dolaylı fail olarak cezalandırılmayacak, sadece azmettiren olarak cezalandırılmasından söz edilebilecektir. İşte bağıllık kuralının bu noktada bir önemi daha ortaya çıkmaktadır. Zira ön plandaki kişinin kusurlu olmasının bir şart olmaması nedeniyle arka plandaki rahatlıkla azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir. Aldatarak bir kimsenin yalan beyanda bulunmasına yol açan kişi ise aynı şekilde yemin etme yükümlülüğü bulunmadığından taksirli olarak

<sup>478</sup> Heinrich, AT, Kn. 1197; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 441; Akbulut, GÜHFD 2010, s. 188; Demirbaş, a.g.e., s. 493.

<sup>479</sup> Murmann, Grundkurs StrafR, § 27 Kn. 15.

<sup>480</sup> Heinrich, AT, Kn. 1197.

<sup>481</sup> Akbulut, GÜHFD 2010, s. 188, 189; Öztürk/Erdem, a.g.e., Kn. 701; Demirbaş, a.g.e., s. 493.

yalan beyanda bulunmuş olacaktır. Bu defa arka plandaki kişinin hem dolaylı failliği söz konusu olmayacak hem de ön plandaki kişinin fiili taksirli olduğundan azmettiren olmasından da bahsedilemeyecektir. Bu çerçevede Alm.CK'dan taksirli olarak yalanda bulunmanın yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte bu tür karışıklık ortadan kaldırılmıştır. Kaldı ki yürürlükten kalkmış olmasaydı bile Alm.CK'da var olan gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme suçunun (§ 160) özel hüküm olarak ön plana çıkacağı ve arka plandaki kişinin bu suçtan dolayı sorumlu tutulması yoluna gidileceği belirtilmektedir<sup>482</sup>.

Bu kapsamda yükümlülük suçlarıyla bizzat işlenebilen suçlar arasındaki ilişki de ortaya konulmalıdır. Sadece fiili bizatihi icra eden kişinin fail olarak nitelendirilebileceği suç tiplerinin de yükümlülük suçu olarak nitelendirilmesi bazı hallerde mümkün olmakla birlikte bu her durumda geçerli değildir. Nitekim bizzat işlenebilen suçlardan olan icbar suretiyle irtikap suçunda suçun faili olabilecek kişi sadece kamu görevlisi olarak gösterilmiş, böylelikle faillik alanında bir sınırlandırma yoluna gidilmiş, suça özgü bir nitelik kazandırılmıştır. Bununla birlikte bir diğer bizzat işlenebilen suçlardan olan trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunun yükümlülük suçu olduğundan söz edilemeyecektir. Zira bu suç, şoför koltuğunda oturan herkes tarafından işlenebilecek nitelikte olup suç tipi kapsamındaki yükümlülük ceza normlarında söz konusu olan genel bir yükümlülüktür ki bu da bu suçu yükümlülük suçu haline getirmez. Yani bir kimsenin sırf aracın sürücüsü olması, şoförlük görevini ifa etmesi, bu suçun yükümlülük suçu olarak addedilmesini gerektirmeyecektir. Aynı şekilde bizzat işlenebilen suçların en önemli örneklerinden biri olan yalan tanıklık suçunun da yükümlülük suçu olmadığına altı özellikle çizilmelidir. Zira doktrinde bu konuda hata yapmaya müsait bir durumun olduğu ifade edilebilir. Suç tanımında mahkeme önünde gerçeğe aykırı şekilde tanıklık eden kişiden bahsedilmiştir. Bu tanımla birlikte görüş sahipleri tanıklığı ancak yargılama konusu olaya tanıklık eden kişinin işleyebileceğinden hareketle yalan tanıklık suçunun özgü bir suç olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu görüş sahiplerinin hareket noktalarına esas teşkil eden fail konumundaki kişinin ancak yargılama konusu olaya tanıklık eden kişinin olabilmesi hususu, yükümlülük suçuna temel

---

<sup>482</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 303; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Kn. 15, dpn. 18.

teşkil etmez, sadece suçun bizzat işlenebilen bir suç olmasını sağlar. Daha evvel de altı çizildiği üzere bir suçun yükümlülük suçu olabilmesi için ceza hukuku alanı dışında özel bir yükümlülüğün öngörülmüş olması gerekir. Oysa ki bu suç tipinde herhangi bir olaya herkes tanıklık edebilecek durumdadır. Buna karşılık aynı suç grubunda bulunan gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçu (TCK md. 276) yükümlülük suçu olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla bir suç, bizzat işlenebilen bir suç olsa dahi yükümlülük suçu olmayabilir. Bu bakımdan Türk doktrininde bizzat işlenebilen suçların da yükümlülük suçu olduğu yönündeki görüş<sup>483</sup> yerinde değildir. Bununla birlikte her iki suç grubunda da sonuç itibarıyla kısmi bir benzerlik söz konusudur. Zira yükümlülük suçlarında özel faillik niteliğini haiz olmayan, dolayısıyla da yükümlülük sahibi olmayan kişi fiil hakimiyetine sahip olsa bile fail olamayacak ve yalnızca şerik olarak sorumlu tutulacakken bizzat işlenebilen suçlarda da fiili bizzat icra etmeyen ve fakat fiil hakimiyeti bulunan kişi fail olarak değil, sadece şerik olarak sorumlu tutulabilecektir.

#### **D. Amaç Suçları**

Özel suç türlerinden bir diğer grup da amaç suçları olarak ifade edilen ve kişinin fail olabilmesi için suç tipinde belirtilen özel amaç, saik veya niyet gibi kast dışında öngörülen sübjektif unsurlara da sahip olmasının gerekli görüldüğü suçlar da özgü suçlara benzer bir nitelik taşımaktadır. Yani bu suç tiplerinde kasıtlı olarak hareket etmek yeterli olmayıp aynı zamanda bu özel sübjektif unsura da sahip olunması gerekmektedir.

Bu suç türlerine en fazla verilen örneklerden biri hırsızlık suçudur. Çünkü hırsızlık suçunun kanuni tanımında başkasına ait bir taşınır malın zilyedin rızası olmaksızın kişinin kendisine veya bir başkasına “yarar sağlamak maksadıyla” bulunduğu yerden alması öngörülmüştür. Dolayısıyla bu suç tipi kapsamında bir başka kişiye ait olan bir taşınır malın o kişinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınmasının hırsızlık suçunu oluşturabilmesi için mutlaka alan kişide bu maksadın, yani kendisine veya en azından bir başkasına yarar sağlama şeklindeki amacın bulunması gerekmektedir. Yani hükümde başkasına yarar sağlama amacı da dahil edilmiştir ki bunun ayrıca bir önemi bulunmaktadır. Şu halde sırf mal sahibinin

<sup>483</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 188; Toroslu, **a.g.e.**, s. 301.

zarara uğratılması düşüncesiyle malın alınması halinde amaç unsurunun bulunmaması nedeniyle hırsızlık suçunun manevi unsuru oluşmayacak, bilakis bu durumda mala zarar verilmesi durumu söz konusu olduğundan mala zarar verme suçu oluşacaktır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından da fiilin icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi ve bu suretle fiili hakimiyete sahip olunması tek başına yeterli değildir. Fiili hakimiyete sahip olan bu kişinin aynı zamanda suç tipinde öngörülen amaç, saik gibi özel sübjektif unsurlara da sahip olması faillik için zorunludur<sup>484</sup>.

Bu kural, bütün faillik türleri için geçerlidir. Yani sadece doğrudan faillik için geçerli olmayıp aynı zamanda dolaylı faillik ve müşterek faillik açısından da geçerli bir kuraldır. O halde bir suç ortağıyla birlikte bir evdeki değerli sandığı gece vakti eve girerek alan bir kimsenin, suç ortağı bu sandığı satmayı düşünüp yarar sağlama amacını taşıırken, kendisinin köprüden aşağı atmayı düşünmesi ve dolayısıyla ne kendisinin ne de bir başka kişinin yarar sağlaması yönünde bir amaca sahip olmaması, bu şekilde hareket etmesi durumunda suç ortağı olan arkadaşıyla birlikte hırsızlık suçunun müşterek faili olarak sorumlu tutulacakları yönünde bir sonuca ulaşamayacak, bilakis amaca sahip olan suç ortağı hırsızlık suçu dolayısıyla doğrudan fail olarak sorumlu tutulacakken bu amaca sahip olmayan suç ortağı ise söz konusu mala zarar verilmiş olması kaydıyla sadece mala zarar verme suçu nedeniyle doğrudan fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Aksi takdirde diğer suç ortağının malı alıp götürmesi durumunda fiili işlediği esnada bu amaca sahip olmadığı için ancak diğer suç ortağının işlediği suça şerik olarak iştirak etmiş olur ve yardım eden olarak sorumlu tutulabilir<sup>485</sup>. Dolayısıyla buradan ulaşılacak bir diğer sonuç da failin yanı sıra şerikin de sırf şerik olabilmek için bu amaç veya saikle hareket etmiş olmasının şart olarak görülmemesidir. Böylece başkasına ait bir taşınır malı bulunduğu yerden alma hareketini gerçekleştiren bir kimsenin kendine veya üçüncü bir kimseye “yarar sağlamak amacıyla hareket ettiğini bilerek” yardım niteliğinde katkıda bulunan kişi, bu amaca sahip olmasa bile hırsızlık suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır<sup>486</sup>.

<sup>484</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 27; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Kn. 35.

<sup>485</sup> Heinrich, **AT**, Kn. 1196.

<sup>486</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Kn. 27.



Nihayet hırsızlık suçu kapsamındaki “başkasına yarar sağlama amacı”nın da dahil edilmesi, yani sadece kişinin kendisine yarar sağlama amacıyla yetinilmemesinin ne tür bir işlevi olduğuna da değinmekte yarar bulunmaktadır. Bunun için Alm.CK’da 6. Ceza Reformu ile yapılan değişiklik öncesi duruma gidilmesi ve ne tür sonuçların ortaya çıktığının incelenmesi tek başına yeterli olacaktır. Zira bu dönemdeki suç tipleri kapsamında sadece kişinin kendisine yarar sağlaması şartının yer almış olması karşısında bağıllık kuralını da ilgilendirecek nitelikte ilginç sonuçlarla karşılaşıldığı görülmektedir. Zira suç tiplerinin bu şekilde formüle edilmesi nedeniyle arka plandaki kişi olan A’nın ön plandaki kişi olan B’yi kendisi için (yani A için) taşınır malı çalması yönünde sevk etmesi ve ön plandaki kişinin, yani B’nin, sadece A’nın yararı için hareket etmesi ihtimalinde gerek literatürde hakim görüş tarafından gerekse mahkeme kararlarında B’nin fail olmadığı, amaca haiz olmayan ve fakat kasıtlı hareket eden araç konumunda bulunan bir kimse olduğu, arka plandaki A’nın ise dolaylı fail olduğu sonucuna ulaşıldığına dikkat çekilmektedir. Oysa ki bu tür bir kabul, hem fiil hakimiyeti teorisine ters hem de amaç suçlarının yapısına aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına neden olacak nitelikte bir sonuçtur. Zira olayda icra hareketleri üzerindeki hakimiyet tek başına B’ye ait olup A’nın katkısı ise tipiklik kapsamındaki hareketlerin gerçekleştirilmesine yönelik sevk etmeden ibarettir<sup>487</sup>. Oysa ki bu şekilde B’nin işlediği fiile hakim konumda olmadığı, sadece bir araç konumunda bulunduğu şeklindeki bu sonuç, A’nın azmettiren olarak sorumlu tutulamaması ve azmettiren konumundan dolaylı fail konumuna yükselmesi, bir nevi ön plandaki kişiye bağılyken müstakil bir konuma erişmesi şeklindeki bağıllık kuralının gereklerine uygun olmayan neticeleri beraberinde getirecektir. Dolayısıyla da kanuni tanımda “kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla” ifadesinin eklenmesinin, bu tür ihtimallerden sakınmak adına büyük bir önem taşıdığı özellikle vurgulanmalıdır. Nitekim bu sorunun çözülmesi amacıyla 6. Ceza Hukuku Reformu ile birlikte amaç suçları kapsamında kişinin kendisine yarar sağlaması unsurunun yer almasıyla

---

<sup>487</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 153.

yetinilmemiş, bu unsurun yanı sıra üçüncü bir kişi yararına hareket etme amacı da muhtemel bir durum olarak dahil edilmiştir<sup>488</sup>.

Buna rağmen sorunun tam anlamıyla ortadan kalktığı da ifade edilemez. Nitekim fiili icra eden kişinin ne kendi yararına ne de üçüncü bir kişi yararına hareket ettiği, yani amaçsız ve fakat kasıtlı olarak hareket eden ön plandaki bir kişinin varlığı durumunda fiili icra eden kişide “amaç” unsuru mevcut olmadığından fail olarak sorumluluğundan bahsedilemeyeceği bir halde arka plandaki kişinin ne tür bir sorumluluğunun olacağı sorun teşkil edecektir. Öyle ki ön plandaki kişinin fail olmaması nedeniyle failsiz şeriklik olamayacağından dolayı arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde arka plandaki kişinin sadece bu amaca sahip olması yeterli olmadığından, bilakis bu amaç ancak fiil hakimiyetinin yanında bir anlam ifade edecektir. Dolayısıyla da arka plandaki kişinin sorumsuz kalması tehlikesi ortaya çıkmaktadır<sup>489</sup>. İşte tam da bu noktada Türk ceza hukukunda akim kalmış azmettirmeye ilişkin bir düzenleme olmuş olsaydı en azından arka plandaki kişinin hırsızlık suçuna yönelik olarak akim kalmış azmettirmeden dolayı sorumluluğuna gidilerek bu tehlike bertaraf edilebilirdi. Ancak halen cezalandırılabilirlik açısından söz konusu olan bu boşluk varlığını devam ettirmektedir.

Bu kapsamda bir diğer ihtimal olarak ön plandaki kişinin aldatılması suretiyle araç konumuna indirgenmesi nedeniyle bu amaca sahip olmadığı durumdan söz edilebilir. Nitekim A'nın B'yi başkasına ait bir malı kendisine aitmiş gibi alıp kendisine getirmesini söyler ve aldatırsa bu durumda da fiili icra eden B'de kendisine ya da başka bir kimseye yarar sağlama amacının varlığından söz edilemez. Bu durumda da hırsızlık suçunu işlediğinden söz edilemeyecek olan B'nin aldatılarak araç konumuna indirgenmediği ve A tarafından kullanıldığı açıktır. Fiili icra eden kişinin hukuka aykırı bir şekilde yarar sağlama amacı üzerine yönelmiş bir kastının bulunmaması halinde de aynı durum geçerlidir. A'nın B'yi kendisinin eşya üzerinde müccel ve itiraza tabi olmayan bir hakkının bulunduğu söyleyerek malı kendisi için alıp getirmesini söylemek suretiyle aldatması halinde de benzer bir durumdan söz

<sup>488</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 155.

<sup>489</sup> Öyle ki *Heinrich* de fiil hakimiyeti teorisinin bu konuda eleştirilebilir olduğuna işaret etmiştir (Heinrich, **AT**, Kn. 1206).

edilecektir. Bu durumun esasında yarar sağlamanın hukuka aykırılığı söz konusu olmayacağından B, A'ya hukuka aykırı yarar sağlama amacı olmaksızın ve amaçsız bir şekilde hareket etse de kasıtlı olmayan bir araç konumuna indirgenir ki bu durumda da ön plandaki kişiyi hataya sürükleyip iradi hakimiyeti ele geçirmiş olduğundan ve aynı zamanda yarar sağlama amacı da bulunduğundan dolayı faillik şeklindeki sorumluluğundan bahsedilir<sup>490</sup>. Bu kapsamda ayrıca ön plandaki kişinin bu amaca sahip olması gerekli görülmecektir.

---

<sup>490</sup> Roxin, **AT II**, § 25 Kn. 157.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ŞERİKLİK VE BAĞLILIK KURALI

#### I. ŞERİKLİĞİN HUKUKİ TEMELİ

Faillik-şeriklik ayrımı kabul edilip bunun da *kural olarak* fiil hakimiyeti kriterine göre gerçekleştirileceği, bunun yanında şeriklik türlerinin cezalandırılabilirliği genişleten düzenlemeler olarak görüldüğü birinci bölüm kapsamında belirtilmişti. Yani faili suça sevk etme niteliğindeki azmettirme ve failin fiili işlemlerini kolaylaştırıcı ve faile destek olucu nitelikteki yardım etme,<sup>1</sup> kanunda düzenlenmiş olmasaydı bu kapsamındaki hareketler cezasız kalabilirdi. Zira ceza kanununun özel hükümler kısmında öngörülen suç tipleri faile göre, fail esas alınarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan failin işlediği fiile herhangi bir şekilde katkı sağlayan “şerik” konumundaki kişilerin<sup>2</sup> davranışları tipik olmayacaktır<sup>3</sup>. O halde birinci bölümde de detaylı bir şekilde görüldüğü üzere suçun işlenişine katılan ve fakat fiilin işlenişinde fiil hakimiyeti kuramayan ya da suç kapsamında faillik için gerekli görülen özel niteliği haiz olmayan kimselere şerik denilir<sup>4</sup>. İşte şeriklerin bu tür katkı sağlayıcı davranışlarının cezalandırılabilmesi için

<sup>1</sup> Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen, München 2012, § 20 Rn. 130, 131; Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, KN..2010, s. 175.

<sup>2</sup> Bununla birlikte Türk doktrininde şeriklik ifadesinin suç ortaklığı yerine kullanıldığı görülmektedir (Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 7. Bası, Ankara 2016, s. 565; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 486 vd.). *Öztürk/Erdem* de şeriklik ifadesi için başkasının fiiline katılma anlamında suç ortaklığı ifadesini kullanmayı tercih etmiştir (Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin, 16. Bası, Ankara 2016, Kn. 746). Kanaatimizce bu ifade yerinde değildir. Zira müşterek faillik ve dolaylı faillik de suç ortaklığı olarak pekala nitelendirilebilir.

<sup>3</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 130; Halid Özkan, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara 2014, s. 10. Elbette bu durum, dar faillik anlayışının kabul edilmesi halinde geçerli olabilecektir. Zira geniş faillik anlayışının kabul edilmesi halinde şeriklik konumunda bulunabilecek kişilerin hareketleri de ceza kanununun özel hükümleri kapsamında yer alan suç tipleri bakımından tipik olabilecek ve bu durumun bir sonucu olarak bu kişiler de fail olarak sorumlu tutulabilecektir (Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.KN.. Beck, München 2015, § 27 Rn. 71).

<sup>4</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 9. Bası, Ankara 2016, s. 455; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 10 Bası, Ankara 2016, s. 636; Öztürk/Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Kn. 753; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014, s. 1137; Meral

gerek Alman gerekse Türk kanun koyucusu, ceza kanunlarının genel hükümlerinde şerikliğe ilişkin olarak *azmettirme ve yardım etme*<sup>5</sup> başlıkları altında düzenlemeler ihdas etmişlerdir<sup>6</sup>.

Cezalandırılmaları için kanun koyucular tarafından özel olarak düzenlemeler ihdas edilen bu katkıların esas itibarıyla niçin cezaya layık görüldüklerinin ortaya konulması, hem şerikliğin temelinin hem de incelemenin esas konusu olan bağlılığın daha iyi bir şekilde anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu kapsamda şeriklerin niçin cezalandırılması gerektiğine yönelik olarak bilhassa Alman doktrininde oldukça eski dönemlerden itibaren farklı görüşler ileri sürülmüş, bu minvalde şeriklik öğretileri ve en önemlisi de bağlılık kuralı hususunda önemli gelişmeler ortaya çıkmıştır.

Zaten şeriklerin cezalandırılma nedeni, bağlılık kuralıyla o denli iç içedir ki bu çerçevede ileri sürülen özellikle son dönem görüşlerin neredeyse tamamı bağlılıktan hareket etmekte, şeriklerin sorumluluğunun temelini failin işlediği tipik fiile dayandırmaktadır. Bununla birlikte ilerleyen kısımlarda da görüleceği üzere faillik-şeriklik ayırımına dair teorik görüşlerin de geliştirilmesiyle ilişkili olarak şeriklerin faile bağlı olmakla birlikte bu bağlılık kapsamında sorumluluklarının esas olarak ne olacağı hususunda da doktrinde de bir takım gelişmeler yaşanmıştır. Bu çerçevede şeriklik dendiğinde her halükarda akla faillik geldiği ve failin tipik fiili ile şeriklik arasında bir irtibat kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Ortaçağ dönemi hukuk uygulamalarının da etkisiyle bir kısım görüş, şerikin failin kusuruna iştirak ettiğini ve bu nedenle cezalandırılması gerektiğini ileri sürerken 20. yy'da suç teorisi bakımından ortaya çıkan gelişmelerin de etkisiyle şeriklerin failin haksızlığına iştirak ettikleri tezi savunulmaya başlanmıştır. Bu görüşlerin oldukça eski olduğunu ileri süren yeni dönem müellifleri, şeriklerin failin fiili ile oluşan neticeye nedensel katkıları dolayısıyla sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş

---

Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 646.

<sup>5</sup> Doktrinde bazen azmettirimin manevi şerik olarak nitelendirildiği görülmektedir ki (Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, s. 1137) bu tür bir ayırımın yerinde olmadığı, zira yardım etmenin de bazı hallerinin manevi şeriklik olarak nitelendirilebileceği, bu defa da azmettirmeyle yardım etme şeklindeki ayırmadan ziyade maddi ve manevi şeriklik gibi bir ayırımın ön plana çıkmaya başlayacağı ve bunun da başka zorlukları beraberinde getirebileceği ifade edilmelidir.

<sup>6</sup> Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 26'ncı paragrafında azmettirme, 27'nci paragrafında ise yardım etme düzenlenmişken Türk Ceza Kanunu'nun 38'inci maddesinde azmettirme, 39'uncu maddesinde ise yardım etme hüküm altına alınmıştır.

kapsamında da tarihsel süreç içerisinde çeşitli gelişmeler söz konusu olmuş, saf neden olma ve bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorileri, sonrasında da nihayet bizim de katıldığımız hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisi geliştirilmiştir. Yani bu teoriler, eş zamanlı olarak ileri sürülmemiş, zaman içerisinde kendilerinden önceki öğretilerin geliştirilmesi suretiyle şekillenmiştir<sup>7</sup>.

İşte bu bölüm kapsamında söz konusu teorik görüşler üzerine detaylı bir irdeleme yapılacak ve nihayet şeriklerin cezalandırma temeli bakımından görüşümüzün neden hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisi olduğu üzerinde durulacaktır.

## **A. Kusura ve Haksızlığa İştirak Teorileri**

### **1. Kusura İştirak Teorisi**

#### **a. Teorinin Esası**

Temelleri genel hukuk öğretisine ve kilise hukukuna dayanan azmettirmenin haksızlığının failin fiiline neden olma dışında başkasını günaha, yani kusura ve cezaya bulaştırmaktan kaynaklandığı düşüncesini benimseyen kusura iştirak teorisine göre azmettirenin cezalandırılmasının esas temelini insanların bir kötülüğe teşvik edilmeleri, adeta baştan çıkarılmaları oluşturmaktadır. Bu anlamda kronolojik olarak ileri sürülen ilk teorinin kusura iştirak teorisi olduğu ifade edilebilir. Teorinin en saf haliyle esas düşüncesi ise şerikin failin kişiliği üzerinden suç işlediği, dolayısıyla da faili kusura ve cezaya yöneltmiş olması nedeniyle cezaya layık görüldüğü fikrine dayanmaktadır<sup>8</sup>. Nitekim teorinin temellerinin her ne kadar Batı kaynaklarında Kilise hukukuna dayandığı belirtilmekteyse de kanaatimize göre herhangi bir din ayrımı gözetilmeksizin ilahi kaynaklara dayandığının ifade edilmesi daha doğru olacaktır<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Bu açıdan *Taşkın Kapusuzoğlu*'nun eserinde bu teorileri inceleme yöntemi, kronolojik silsileye uygun görünmemektedir. Zira *Taşkın Kapusuzoğlu*, öncelikle bağlı hukuki değere saldırı olarak şeriklik öğretisini irdelemiş, daha sonra bu öğretiye karşı yöneltilmişlercesine diğer öğretileri ele almıştır (Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 66 vd.).

<sup>8</sup> Günter Less, "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", **ZStW 69 (1957)**, s. 45.

<sup>9</sup> Batı kaynaklarında Kilise hukukunda "ahlaki çöküntü" olarak yer bulan başka insanların yoldan çıkarılması suretiyle günah işlemelerine neden olunması dolayısıyla söz konusu olan içsel anlamdaki bozulmanın kaynağı olarak kişiyi bu fiile sürükleyen kimsenin azmettiren olarak cezalandırılmasına dayandığı ifade edilmektedir (Bilgi için Jürgen Baumann, "Täterschaft und Teilnahme", **JuS 1963**, s. 128; Markus Welz, **Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe**, Peter Lang, Berlin 2009, s. 23; Marios Nikolidakis, **Grundfragen der Anstiftung**, Duncker&Humblot, Berlin 2004, s. 19; Klaus Geppert, "Die Anstiftung", **Jura 1997**, s. 299).

Batı kaynaklarında bu şekilde bir kabulden hareket edilmesinde ise bu öğreti kapsamındaki fikirleri ilk defa ileri süren 19. yy. Alman yazarları<sup>10</sup> tarafından yapılan incelenmelerin tamamen Kilise hukukundan İtalyan bilim adamları tarafından aktarılan bilgilere dayanması<sup>11</sup> etkilidir.

Nihayet teorinin günümüzde bilinen hali, *H. Mayer* tarafından esas alınmış ve geliştirilmiştir<sup>12</sup>. Teoriye göre şerikliğin cezalandırma temeli çifte bir yapıya haiz olup bu çifte yapı da hem azmettiren hem de yardım eden bakımından farklılık arz etmektedir. Buna göre, her iki şeriklik türünde de cezalandırmanın ilk aşamasında failin fiiline sebebiyet verme yer almaktadır. Ancak cezalandırmanın ikinci aşamasında azmettiren için failin iradesine neden olma<sup>13</sup>, bu anlamda hukuk düzeninden saptırma bulunurken yardım eden için şerikin iradesinin failin iradesi ile tek taraflı veya karşılıklı uyuşması bulunmaktadır<sup>14</sup>. Yani azmettirenin faili kusura ve cezaya bulaştırarak kusurlu hale geldiği, fiili olmasa da her durumda failin

---

Halbuki öğretinin Kilise Hukukuna dayanmaktan ziyade temellerini İlahi kaynaklardan aldığı belirtilmesi daha doğru olacaktır. Bu konuda Kuran-ı Kerim'in Taha Suresi'nin 120 ve 121'inci ayetlerine bakılabilir.

<sup>10</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 45. Nitekim *Halschner*, azmettirenin suç niteliğini haiz amacın ve fikrinsel anlamda meydana getireni olduğunu belirtmiş, azmettirenin adeta ateşleyen kişi olarak nitelendirirken faili ateşlenen olarak ifade etmiştir (*Halschner*, System I - Aktaran Nikolidakis, **Grundfragen der Anstiftung**, s. 20, dpn. 12). Keza *Schütze*'ye göre herhangi bir sebepten dolayı failin cezasız kaldığı durumlarda bu durumun şeriklere olumlu bir etkisi olmayacak, yani herhangi bir kişisel özelliğin failde mevcut olması durumunda cezalandırılması söz konusu olmayacak, bunun yanında bu cezasızlığın azmettirenine veya yardım edene bir etkisi olmayacaktır (*Schütze*, *Notwendige Teilnahme - Aktaran Gustav Schlutter*, **Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme**, Breslau-Neukirch, Göttingen 1941, s. 72); Daha sonraki savunuru için Ernst Beling, "Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1891 bis zum 31. März 1894", **ZStW 18 (1898)**, s. 272; Ancak *Beling*, daha sonraki bir eserinde şeriklik hareketinin hukuka aykırılığının, bir başka kişinin hukuka aykırı fiiline katkıda bulunmaktan ibaret olduğunu belirtmiş, yani bir anlamda kusura iştirak teorisine ilişkin bu görüşünden vazgeçmiştir (Ernst Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, Scientia Verlag Aalen, Tübingen 1906, s. 426).

<sup>11</sup> Daha evvel ilk bölüm kapsamında tarihi gelişim sürecinde de irdelendiği üzere *Bloy*, *mandatum* 'un failliğe eşitlenmiş mi olduğu yoksa arka plandaki kişinin faile ek olarak faili sevk etmek suretiyle suç alanına bulaştırmış olması nedeniyle failden daha ağır bir şekilde mi cezalandırılacağı tartışmalı olduğunu, buradan da daha sonraki dönemlerde ileri sürülecek olan kusura iştirak teorisinin temellerine erişilebileceğine dikkat çekmiştir (Rene Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, Dunckner&Humboldt, Berlin 1985, s. 55).

<sup>12</sup> Helmuth Mayer, "Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft", **Festschrift-Theodor Rittler**, Verlag Scientia, Aalen 1957, s. 254 vd. Esasında *Kohlrausch* da bir taraftan bir başkasının kusuruna şerikliğin zorunluluğuna değinmiş, diğer taraftan bir başka kişinin suç işleme iradesinin oluşturulmasını kusura bağlı olmaksızın gerekli kılmış, bu anlamda açıktan olmasa bile bu görüşe eğilim göstermiştir (Eduard Kohlrausch, "Taterschuld und Teilnehmerschuld", **Festschrift-Erwin Bumke**, De Gruyter, Berlin 1939, s. 39, 48).

<sup>13</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 255.

<sup>14</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 258.

kendisini ortaya koymuş olduğu belirtilmiştir ki bu, kusura iştirak teorisinin hareket ettiği temel ölçütü oluşturmaktadır. Buna karşılık bunun yardım etmede zorunlu olmadığı ifade edilmiştir<sup>15</sup>. Bu nedenle de teorisinin esasında yardım etmenin cezalandırma temelini izah etmekte zorlandığı, yardım edenin faili nasıl hukuk düzeninden saptırabileceği hususuna bir açıklama getiremediği görülmektedir.

Bu teorisinin içerik itibarıyla her ne kadar şeriklerin failden bağımsız olarak ayrı bir haksızlığı olduğu görüşünü benimsemesi bakımından ilerleyen kısımlarda da incelenen olan “saf neden olma” öğretisiyle benzerlikleri olduğu dikkat çekmekteyse de teori kapsamında “salt nedensel” bakışa getirilen sert eleştiriler karşısında teorisinin saf neden olma teorisinin tam anlamıyla karşısında yer aldığı ifade edilebilir<sup>16</sup>. Nitekim özellikle de manevi nedensellik hususunda saf neden olma teorisinin şüphelere neden olduğuna yer verilerek maddi gerçeklerden uzak bir nedensellik ilişkisinin yeterli olamayacağı, hem maddi hem de manevi anlamda uyumluluğu sağlayan bir öğretinin ortaya konması gerektiği, nedenselliği esas alan şeriklik öğretisinin içsel bilinçle bedensel süreç arasındaki nedensel ilişkiyi reddettiği belirtilmiştir<sup>17</sup>. Buradan hareketle kapıyı açması için faile anahtar temin eden kişinin, failin bu anahtarı kullanmadan pencereden eve girmeye karar vermesi durumunda bile sırf faille karşılıklı veya tek taraflı iradi uyuşması nedeniyle yine de yardım eden olarak kalmaya devam edeceği ileri sürülmüştür. Böylelikle de kişinin anahtarı temin etme hareketi ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunmadığı, anahtarı temin eden kişinin yardım eden olamayacağı iddiasında bulunan nedensellik temelli görüşler reddedilmiştir<sup>18</sup>. Öyle ki nedensellik temelinden hareket eden ve fiilin işleme türünde salt değişikliğe neden olan hareketlerin cezalandırma için yeterli olduğu görüşüne karşılık bu teoride, yardımda bulunan kişinin bu yardımının failin fiilinin işlenmesi bakımından herhangi bir faydasının, yani etkisinin olmaması durumunda dahi sırf bu iki suç ortağı arasında bir sırdaşlık ilişkisi mevcut

<sup>15</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 255.

<sup>16</sup> Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C. H. Beck, München 2003, § 26 Rn. 16. Öğreti kapsamında şerikliğin cezalandırma temeli, hiçbir şekilde bir başka kişinin suçu işlemesine neden olma değildir. Bilhassa azmettirme açısından arka plandaki kişinin cezaya layık olmasına yol açan husus, azmettirenin suçu ortaya çıkarması değil, suçluyu ortaya çıkarmasıdır (Baumann, **JuS 1963**, s. 128).

<sup>17</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 256.

<sup>18</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 258.



olduğundan fiilin işlenme türünde mutlaka bir değişikliğe neden olmuş olacağına işaret edilmiş, aslında bir anlamda yardım etmeye ilişkin cezalandırma alanı genişletilmiştir<sup>19</sup>.

### **b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler**

*Teoriye yöneltilen eleştirilerden ilki, teorinin kanuni düzenlemelerde bağlılığa dair kabul edilen düzenlemelerle uyumlu olmadığına ilişkindir.* Bu anlamda teorinin azmettirenin cezalandırma temelinin azmettirenin faili kusuruna bulaştırmasından ibaret görülmesi tenkit edilmektedir<sup>20</sup>. Zira şerikin faili kusuruna bulaştırdığından hareket eden bu teorinin katı bağlılık kuralının kabul edildiği 1943 yılı öncesi Alman ceza hukuku döneminde kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir olsa da, günümüzdeki gerek Alman gerekse Türk hukukundaki mevcut kanuni düzenlemelerle garanti altına alınmış olan sınırlı bağlılık kuralı gereğince kabulü mümkün görünmemektedir<sup>21</sup>. Nitekim sınırlı bağlılık kuralının kabul ettiği ilkelere göre şeriklik sadece failin kasıtlı ve hukuka aykırı fiilini şart koştuğundan, yani failin kusurlu olmasını bir koşul olarak telakki etmiş olmadığından şeriklik için şerikin faili kendi kusuruna bulaştırması da bir gereklilik olmaktan açıkça vareste tutulmuştur<sup>22</sup>.

*Tam bu eleştiriyle bağlantılı olarak ortaya konulabilecek ikinci eleştiri, teorinin şerikin faile değil de failin şerike bağlı olması gibi garip bir sonucun*

<sup>19</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 259.

<sup>20</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 128; Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 21; Geppert, **Jura 1997**, s. 299; Özkan, **a.g.e.**, s. 49.

<sup>21</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 456; Özkan, **a.g.e.**, s. 49; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 644, 645.

<sup>22</sup> Richard Lange, **Die notwendige Teilnahme**, Walter de Gruyter, Berlin 1940, s. 52; Baumann, **JuS 1963**, s. 128; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 16; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014, § 50 Rn. 12; Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015, Rn. 1272; Martina Baunack, **Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen**, Duncker&Humboldt, Berlin 1999, s. 29; Harro Otto, "Straflose Teilnahme", **Festschrift-Richard Lange**, De Gruyter, Berlin 1976, s. 203; Michael Redmann, **Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen m StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte**, Duncker&Humblot, Berlin 2014, s. 25; Oliver Schoepke, **Die Geringfügigkeit des Gehilfenbeitrags**, Peter Lang, Berlin 2012, s. 10; Günther Heine/Bettina Weißer, "Täterschaft und Teilnahme", **Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2014, §§ 25 ff. Rn. 18; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin 1991, 22/2; Andreas Hoyer, "Täterschaft und Teilnahme", **Systematischer Kommentar**, Band 1, 7. Auflage, 2001, vor § 26 Rn. 7; Klaus Geppert, "Die Anstiftung", **Jura 1997**, s. 299; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 179. *Nikolidakis*, yöneltilen bu eleştirileri haklı bulsa da bu eleştiriler karşısında önemli bir hususa dikkat çekmiş, bu teorinin *de lege lata* bakımından çözümden uzak olduğunu, ancak *de lege ferenda* bakımından tam olarak sorunlu olduğunun doğrudan ifade edilemeyeceğini belirtmiştir (Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 21).

*ortaya çıkmasına neden olabileceği yönündedir.* Zira bu öğretiden hareket edildiğinde ön plandaki kişiyi kusura bulaştıran arka plandaki kişinin asli konumda olması ve kendisi cezalandırıldığı için ön plandaki kişinin cezalandırılmasının kabul edilmesi görüşü oldukça olağan karşılanabilecek hale gelmektedir. Bu da bağlılık kuralı nedeniyle cezası faile göre belirlenen azmettirenin failin cezasına göre değil de failin azmettirenin cezasına göre cezalandırılması gerektiği gibi bir düşüncenin oluşması sonucunu ortaya çıkarabilecektir.

*Teoriye yöneltilen üçüncü eleştiri, azmettirmenin bir saptırma suçu olarak görülmesi halinde azmettirmenin failin fiili olmaksızın tek başına da tamamlanmış gibi anlam ifade edeceği, bunun da bağlılığı gereksiz hale getireceği şeklindedir.*

Zira bu teoriyle birlikte azmettirmenin failin kusura bulaştırılması olarak kabul edilmesi, azmettirme için bizatihi failin sevk edilmesinin yeterli olması anlamına gelecektir. Yani failin fiili bulunmadığı durumlarda da gerçekleştirilen azmettirme hareketi, akim kalmış azmettirmeyi değil tamamlanmış azmettirmeyi gündeme getirebilecek, bu da azmettirenin failin fiiline olan bağlı yapısını kuşku hale getirecektir<sup>23</sup>. Böylelikle akim kalmış azmettirme de herhangi bir özel düzenlemeye gerek olmaksızın cezalandırılabilir hale gelecektir. İşte bu sonuç, TCK md. 40/3 hükmüyle de güvence altına alınan şeriklerin işlenen fiilden sorumlu tutulabilmeleri için failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerektiğine dair niceliksel bağlılık kuralıyla uyumlu olmayacaktır<sup>24</sup>.

Bununla birlikte hukuki değerlerin ihlal edilmesini esas alan mevcut hukuki anlayışla akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin izah edilemeyeceği, bu hususa ilişkin izahatın ancak azmettirenin faili ikna ettiği anda faili kusuruna bulaştırdığı yönündeki anlayışla anlaşılabilir hale geleceği iddia edilmiş<sup>25</sup>, kusura iştirak teorisine yöneltilen eleştirilere yanıt verilmeye çalışılmıştır. Yani akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin kusura iştirak teorisine daha iyi bir şekilde

<sup>23</sup> Lange, **Die notwendige Teilnahme**, s. 41.

<sup>24</sup> Benzer uyumsuzluk, akim kalmış azmettirmenin cezalandırıldığı Alman hukukunda da söz konusu olacaktır. Zira Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda akim kalmış azmettirme kapsamında ceza yaptırımına altına alınan sadece cürme yönelik azmettirmedir. Yani Alman hukukunda cünhalara yönelik akim kalmış azmettirme cezalandırılabilirlik kapsamı dışında bırakılmıştır (Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 22). Bu anlamda kusura iştirak öğretisinin Alman Ceza Kanunu ile dahi uyumlu olmadığı ifade edilebilir (Ekici Şahin, **AÜHFĐ 64 (3) 2015**, s. 642).

<sup>25</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 47.

izah edilebileceği ileri sürülmüştür. Ancak hukuki değerlerin ihlal edilmesi kriteri eleştirilmek suretiyle kusura iştirak teorisinin savunulmasına yönelik bu argüman iki sebepten dolayı yerinde değildir. Birincisi hukuki değerlerin ihlal edilmesi kriterinden hareket edildiğinde akim kalmış azmettirmenin haksızlık boyutunun sadece belirli bir dereceye ulaşmış durumlarının cezalandırılması mümkün olacakken bu teoriyle birlikte akim kalmış şerikliğin bütün hallerinin cezalandırılması gerekecektir. İkincisi ise ajan provokatörün cezalandırılmasına ilişkindir. Buna göre hukuki değerlerin ihlal edilmesinden hareket edildiğinde bu değerleri ihlal etme düşüncesi olmadığından dolayı cezasız bırakılan ajan provokatör, kusura iştirak teorisinin kabullerinden hareket edildiğinde cezalandırılabilir hale gelecektir<sup>26</sup>.

*Teoriye yöneltilen dördüncü eleştiri, bu teorinin Alman kanun koyucunun “özgü suçlarda özel faillik niteliğini haiz olmayan şerikin cezasında indirime gidilmesini öngörmesi yönündeki” iradesiyle uyuşmamasına ilişkindir<sup>27</sup>.* Zira bu öğretinin esas alınması ve azmettirenin faili kusuruna bulaştırdığının kabul edilmesi halinde faili özgü bir suça azmettiren kişinin özel faillik niteliğine sahip olup olmadığının bir önemi kalmayacak, her şekilde faili azmettiren kişinin özgü bir suça yönelik olarak faili kusura bulaştırdığı savından hareket edilecektir. Böylelikle de özel faillik niteliğini haiz bir failin fiiline şerik olarak iştirak eden ve fakat bu özel niteliği haiz olmayan kişinin cezasında belli bir oranda indirim yapılmasına imkan veren Alm.CK'daki düzenleme (§ 28/1) izah edilemez hale gelecektir<sup>28</sup>. Şu halde bu eleştiri, özgü suçlarda özel failik niteliğini haiz olmayan şerikin cezasında indirim yapılmasına imkan vermeyen Türk hukuku bakımından pek ileri sürülebilir görünmemektedir<sup>29</sup>.

Bu eleştiriye özgü suç kapsamındaki özel niteliği haiz olmayan şerikin cezasında indirime gidilmesini sağlayan Alman düzenlemesinin kusura iştirak teorisi ile daha iyi bir şekilde izah edilebileceği yanıtı verilmiştir. Nitekim kamu görevinin

<sup>26</sup> Lange, **Die notwendige Teilnahme**, s. 48; Welz, **a.g.e.**, s. 24.

<sup>27</sup> Lange, **Die notwendige Teilnahme**, s. 52.

<sup>28</sup> Wolfgang Joecks, “Täterschaft und Teilnahme”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C. H. Beck, München 2003, vor §§ 26, 27, Rn. 5.

<sup>29</sup> Buna karşılık ilerleyen kısımlarda da inceleyeceğimiz üzere kanaatimizce hangi öğretiyi esas alınmış olursa olsun Türk hukukunda da özel faillik niteliğini haiz olmayan ve özgü bir suça iştirak eden şerikin cezasında mutlaka indirime gidilmesini öngören bir hükme yer verilmelidir.

ihlal edilmesi tehlikesi, kamu görevlisi olmayan kişi için hiçbir şekilde söz konusu olmayacak, bu nedenle de şerikin faili daha ağır bir kusura bulaştırmış olduğundan bahsedilemeyecektir<sup>30</sup>. Ancak kanaatimize göre bu argüman, teorinin içeriği dikkate alındığında oldukça anlamsız kalmaktadır. Zira teorinin kabul ettiği gibi şerikin faili kusuruna bulaştırdığından, yoldan saptırdığından hareket edildiğinde failin kamu görevini ihlal etmesi yönünde sevk edici hareketlerde bulunan şerikin cezasında indirime gidilmesine neden olan hususun ne olduğu belirli olmayacaktır. Nitekim görev yaptığı bir yerin kasasından sorumlu olarak yönetici konumunda dürüst bir şekilde çalışan eşini, şirket bünyesinde kazanılan paralardan zimmetine geçirmesi için adeta ayartan eş örneğinde, bu eşin de parayı zimmetine geçiren eş kadar failliğin değersizliğine denk bir değersizliği haiz olduğunda, azmettiren bakımından daha dar kapsamdaki ceza yaptırımının ise kabul edilebilir olmayan hakkaniyet boşluğuna yol açacağında şüphe bulunmayacaktır<sup>31</sup>.

Kaldı ki bu teoriye karşı bu savdan hareketle yardım edenin de azmettiren gibi faille aynı cezaya tabi olması gerekli hale geleceği, bu çerçevede de gerek Alman gerekse Türk hukukundaki kanuni düzenlemelerde yer alan yardım edenin cezasında indirim yapılması imkanının izah edilmesine imkan kalmayacağı ileri sürülebilir<sup>32</sup>. Nitekim teori kapsamında hem azmettirenin hem de yardım edenin çoğu durumda failin fiili işlemlerini önleyemeyecek şekilde failden uzaklaşması nedeniyle azmettiren karşısında yardım edene daha az ceza öngörülmesinin izahının zor olduğu, bu bakımdan faille azmettirenin eş değer şekilde cezalandırılmasına rağmen yardım edenin daha az cezalandırılmasının her şekilde izah edilebilir olmadığı vurgulanmıştır<sup>33</sup>.

Buna rağmen bu eleştiriye kusura iştirak öğretisi ile azmettirenin yardım edenden daha ağır ceza ile cezalandırılması hususuna tatmin edici bir cevap verilebileceği, zira azmettirenin faili fiili işlemeye sevk ettiği için işlenen fiilden tıpkı fail gibi tam anlamıyla sorumlu tutulabilecek derecede kusurlu olacağı ve bu kusurun da yardım edenin kusurundan daha fazla bir ağırlığa sahip olacağı yönünde cevap

<sup>30</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 260.

<sup>31</sup> Günter Spindel, “Zum Begriff der Taterschaft”, **Festschrift-Klaus Lüderssen**, Nomos Verlag, Baden-Baden 2002, s. 605-611.

<sup>32</sup> Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27, Rn. 5.

<sup>33</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 261.

verilmeye çalışılmıştır. Hatta o kadar ki teori kapsamında, azmettirmenin ceza temeli bakımından ilerleyen kısımlarda irdelenecek olan hukuki değerlerin ihlal edilmesinden hareket eden diğer teorilerin bu bakış açılarının hatalı olduğuna işaret edilmiş, esas sorunun diğer öğretilerde ortaya çıktığına vurgu yapılmıştır. Buna göre şeriklerin cezalandırma temeli açısından hukuki değerlerin ihlal edilmesi kriteri esas alındığında olayı inceleyen hakimin azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağına dair kanundaki (TCK md. 38/1) açık ifadeye rağmen azmettirenin cezasını failin cezasına göre daha az olacak şekilde takdir etmek durumunda kalacağı ileri sürülmüştür<sup>34</sup>. Yani esasında hukuki değerlerin ihlal edilmesi kriterinin esas alınmasının azmettirenin faille aynı ceza kapsamında ele alınması için yeterli olmayacağı iddia edilmiş, böylelikle azmettirenle failin aynı ceza ile cezalandırılmaları için azmettirenin faili saptırmasından hareket edilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir. Ancak bu husustaki eleştiri, şerikliğin cezalandırma temeli açısından sadece hukuki değerlerin ihlal edilmesi kriterinden hareket edilmesi halinde yerinde olsa da yine ilerleyen kısımlarda değinilecek olduğu üzere şerikliğin çift boyutlu haksızlığa sahip olduğu kabul edildiğinde bir anlam ifade etmeyecektir.

***Teoriye yöneltilen beşinci eleştiri, failin saptırılması, yoldan çıkarılması argümanından hareket eden teorinin yardım etmede zaten yoldan çıkmış bir faille yardım hareketinde bulunulduğundan yardım etmenin cezalandırma temelini izah etmekte zorlandığı yönündedir.*** Teorinin bu kabulüne karşı yardım eden bakımından zaten hukuk düzeninden sapmış olan bir kimsenin yeniden nasıl saptırılabilceği sorusu sorulmuştur. Bu eleştiriye karşılık “*Daha fazla kötü olamayacak kadar kötü durumda olan bir insan yoktur.*” şeklinde somut hukuka aykırı fiile yönelik olarak iradenin her türlü kuvvetlendirilmesinin kendisinde karakterin bozulmasına dair bir tehlike taşıdığı cevabı verilmeye çalışılmıştır<sup>35</sup>. Buna rağmen bu yanıt, teorinin kendi savunucu olan *H. Mayer*’in bizzat kendisi tarafından da yeterli görülmemiş olsa gerek ki yazarın kendisi azmettirmeyle yardım etmenin cezalandırma temeli bakımından bir ayırım yapmış, yardım etmenin cezalandırma temeli açısından faille karşılıklı yahut tek taraflı iradi uyuşması şeklinde yeni bir gerekçe ortaya koymaya

<sup>34</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 262.

<sup>35</sup> H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 256.

çalışmış, açık bir ifadeyle failin saptırılması ve faile eş değer ceza ile cezalandırılması hususunu yardım eden için cevapsız bırakmıştır.

***Bu bakımdan teori kapsamında yardım etmenin cezalandırma temeli olarak gösterilen faille karşılıklı yahut da tek taraflı olarak iradenin uyuşması argümanı da eleştirilmiştir.*** Zira yardım etme için failin yardım hareketlerinden haberdar olmasına gerek olmadığı şeklindeki kabul karşısında yardım edenin failden habersiz şekilde destekleme hareketlerinde bulunması suretiyle nasıl faille iradi bir uyuşma içerisinde olabileceğine dikkat çekilmiştir<sup>36</sup>.

Kaldı ki bu argümanla birlikte faillik-şeriklik ayrımının da zorlaşacağı, özellikle de müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda bu ayrımın bir hayli karışacağı ifade edilmiştir. Nitekim iradi uyuşmanın sadece şerikliğin bir karakteri olarak kabul edilmediği, müşterek failer arasında da bu tür bir iradi uyuşmanın arandığı bilinen bir gerçektir<sup>37</sup>. Hatta bu görüşün oldukça eskide kalan ve şerikin, iradesini failin kendisine tabi kılan kişi olduğunu kabul eden sübjektif şeriklik öğretisine yakınlık gösterdiği ifade edilmiştir<sup>38</sup>.

***Teoriye yöneltilen bir diğer eleştiri ise, faili saptırmalarından ve bu sayede hukuk düzeninin ihlaline yol açtıklarından bahisle cezalandırma temelleri failden bağımsız addedilen şeriklerin, kanun koyucu tarafından failin cezasına tabi kılınmış olmasına yöneliktir***<sup>39</sup>. Zira normal şartlarda faili yoldan çıkararak azmettirense bu defa yoldan çıkararak azmettirenin failin cezasına yönlendirilmesinden değil, tam tersi yoldan çıkarılmış olan failin azmettirenin cezasına yönlendirilmesi söz konusu olmalıdır.

***Nihayet teorisinin eleştirildiği son husus, kişinin kendisine karşı işlediğinde cezalandırılmayacağı bir davranışı bir başka kişinin kendisine karşı işlemesini istediğinde ve fakat işlenen fiil teşebbüs aşamasında kaldığında kendisine karşı gerçekleştirilen bir hareket olsa dahi kendisi de bu fiilden dolayı sırf faili bu davranışa sevk ettiği, yani failin hukuk düzeninden sapmasına yol açtığı için bu teoriye göre sorumlu tutulacak olmasıdır. Yani kısaca azmettirenin, faili kendisine***

<sup>36</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 26.

<sup>37</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 26.

<sup>38</sup> Stefan Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Verlag Stämpfli&Cie, Bern 1967, s. 21.

<sup>39</sup> Lange, *Die notwendige Teilnahme*, s. 41.

**karşı bir fiil işlemesi için azmettirmesi halinde teori, sorunlara neden olmaktadır.** Buna göre bu teori nazariyatından olaylara yaklaşıldığında uzun yıllar sabrettiği ağır hastalığının ilerleyen zamanlarda beraberinde getirdiği acılara artık dayanamaz hale gelen A'nın, eşi B'den kendisini öldürmesini istemesi üzerine B'nin, eşinin arzusuna uygun şekilde A'nın yemeğine zehir kattığı ve fakat A'nın zehirli yemekten yemesine rağmen ölmediği olayda ilginç sonuçlara ulaşılabilecektir. Zira ölmek isteyen ve eşinden kendisini öldürmesini isteyen A, eşinden kendisini öldürmesini istediği için kasten öldürme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>40</sup>. Yani mağdurun failden kendisini öldürmesini istemesinde olduğu gibi fail tarafından saldırıya maruz bırakılan hukuki değer azmettirenin kendisine karşı korunmadığı durumlarda da azmettirenin cezalandırılması sonucu ortaya çıkacaktır<sup>41</sup>. Çünkü yemeğe zehir katan faili saptıran, kusura bulaştıran azmettiren konumundaki kişi, bizatihi mağdurun kendisidir. Dolayısıyla bu teoriye göre kişinin kendisine karşı işlediğinde cezalandırılmayacağı bir davranışı bir başka kişinin kendisine karşı işlemesini istediğinde ve fakat işlenen fiil teşebbüs aşamasında kaldığında kendisine karşı gerçekleştirilen bir hareket olsa dahi kendisi de bu fiilden dolayı sırf faili bu davranışa sevk ettiği, yani failin hukuk düzeninden sapmasına yol açtığı için sorumlu tutulacaktır.

## **2. Haksızlığa İştirak Teorisi**

### **a. Teorinin Esası**

Haksızlığa iştirak teorisi, kusura iştirak teorisine yönelik olarak bütün suç ortaklarının kusurlarının birbirinden bağımsız olması gerektiğine dair sert eleştiriler yöneltilmesi üzerine kusura iştirak teorisinin geliştirilmesi suretiyle ortaya konulmuştur. Bu anlamda bu teorinin temellerinin kusura iştirak teorisine dayandığı ifade edilebilir.

Bu çerçevede kusura iştirak teorisine benzer şekilde bu teoride de azmettirenin faili sosyal düzenden saptırdığı ve bu suretle kendisindeki kötülüğü faile bulaştırdığı kabul edilir<sup>42</sup>. Ancak teorinin kusur ilkesiyle uyumlu hale getirilmesi adına şerikin

<sup>40</sup> Heinrich, AT, Rn. 1272.

<sup>41</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 24.

<sup>42</sup> Nitekim haksızlığa iştirak teorisinin savunucularından Less'in, KN.. Mayer'e ait azmettirenin, ölüm gerçekleşme bile her şekilde faili ortaya çıkarabileceği ve keza Wegner'e ait azmettirenin iki neticeye yol açtığı, bunlardan birinin suça neden olması, diğerinin ise başka insanları suç

failin işlediği fiilden sorumlu tutulması için ilerleyen kısımlarda detaylı olarak irdeleneceği gibi failin tipik ve hukuka aykırı fiilinin yanı sıra kusurunu da gerekli gören katı bağlılık kuralından vazgeçilip sadece tipik, hukuka aykırı fiilin gerekli görüldüğü sınırlı bağlılık kuralı esas alınmıştır. Bu sayede sınırlı bağlılık kuralı nedeniyle azmettirmenin ceza temelinde bir başka kişiyi kusura ve cezaya bulaştırmış olduğu kabul edilmemiş<sup>43</sup>, yalnızca haksızlığa bulaştırma argümanından hareket edilmiştir<sup>44</sup>. Böylece tıpkı kusura iştirak teorisinde olduğu gibi bu teoriye göre de şerik, özel hükümlerde yer alan suç tiplerinde bulunan yasakları ihlal etmiş olduğu için cezalandırılmaz. Şerikin haksızlığı, yalnızca azmettirme ya da yardım etme hareketinin hukuk barışını ihlal etmesiyle failin sosyal anlamda uyumsuzluğunun desteklenmesinden müteşekkildir<sup>45</sup>.

Bununla birlikte her iki teorinin benimsediği görüşler arasında bazı farklılıkların olması da muhakkaktır. Buna göre kusura iştirak teorisi, azmettirmenin haksızlığını tek başına failin manevi dünyasına, yani iç dünyasına yöneltilen saldırıda görürken haksızlığa iştirak teorisi, iç dünyaya yöneltilen bu saldırıyı failin sosyal olarak saygınlığının azaltılmasıyla kombine ederek failin dış dünyasına yöneltilen saldırının gerçekleştirilmesinde görmüştür<sup>46</sup>. Böylelikle de haksızlığa iştirak teorisiyle çifte bir değerlendirmeye ulaşılmış ve kusurun bulaştırılması

---

işleyen kişiler haline getirmesi olduğu yönündeki düşüncelere atıf yapmış olmasından (Less, **ZStW 1957**, s. 47) kusura iştirak öğretisinin savunurlarına dayandığı açıkça görülmektedir. Böylelikle Less, hem kendi tezini güçlendirmeye çalışmış hem de azmettirmenin faili saptırmış olduğu şeklindeki fikirden vazgeçmediğini, sadece azmettirmenin faili kusuruna değil de haksızlığına bulaştırdığı şeklinde bir anlayışla kusura iştirak öğretisini modernize ederek adeta bu öğretiyi şerikliğe ilişkin kanuni düzenlemelere ve bu düzenlemeden hareket eden mahkemelerin görüşlerine uygun hale getirmeye çalıştığını göstermiştir.

<sup>43</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 44.

<sup>44</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 44-55; Trechsel, **a.g.e.**, 9, 54, 55, 107. Genel olarak haksızlığa iştirak teorisi olarak isimlendirilen bu teoriye ilişkin olarak farklı isimlendirmelerin tercih edildiği görülmektedir. Nitekim doktrinde bir görüş, modifiye edilmiş kusura iştirak teorisi isimlendirmesini tercih ederken (Rainer Keller, **Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten**, Duncker&Humblot, Berlin 1989, s. 163; Welz, **a.g.e.**, s. 24, 25; Redmann, **a.g.e.**, s. 26; Schoepke, **a.g.e.**, s. 11) *Jakobs*, kötülüğe sürüklenme teorisi şeklindeki isimlendirmeyi tercih etmiştir (Jakobs, **AT**, 22/2). Ayrıca doktrinde “uyumsuzluk teorisi” şeklinde isimlendirmeler verildiği de görülmektedir (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 17; Welz, **a.g.e.**, s. 24). *Heine/Weißer*, haksızlığa iştirak ya da saf neden olma teorilerini ayrı ayrı irdelememiş, “bağımsız suç olarak şeriklik” kapsamında ele almıştır (Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 ff. Rn. 19).

<sup>45</sup> Trechsel, **a.g.e.**, s. 54.

<sup>46</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 27; Redmann, **a.g.e.**, s. 26; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 171.



düşüncesinden vazgeçilerek kusur ilkesi ve bu çerçevede teşekkül eden ceza hukuku kuralları dikkate alınmaya başlanmıştır<sup>47</sup>.

Azmettirmeyi bir başka kişinin kötü bir şekilde etki altına alınması, teşvik edilmesi, baştan çıkarılması olarak tanımlayan *Less*, azmettirme ile faillik arasında bir derecelendirme yapılmasına kesinlikle karşıdır. Kanunun bu iki iştirak türünü eşit değerlendirdiğini belirten *Less*, faillik ve şerikliğin aynı temelde suça yönelik farklı iştirak şekilleri olmaları hasebiyle tek fiilde veya çok fiilde kolaylıkla bir arada bulunmasının mümkün olduğunu kabul etmiş, azmettirilenin haksızlık kapsamının fail olarak cezalandırmada tüketilmemesi nedeniyle tüketen norm ilişkisinin azmettirme ve faillik ilişkisinde söz konusu olmadığını ileri sürmüştür<sup>48</sup>.

Teorinin bir diğer savunucusu olan *Trechsel* de saptırma unsurunun içeriğinin yeniden tanımlanmasının kusura iştirak öğretisi ile sınırlı bağlılığın uyumlu birlikteliğini kolaylaştıracağını ifade etmiş, bu kabulden hareketle de azmettirenin azmettirileni kusuruna bulaştırmış olmadığını altını çizmiş, “sosyal uyumsuzluk” kavramını vurgulayarak azmettiren tarafından failin sosyal anlamda uyumluluğuna bir saldırı gerçekleştirdiğine işaret etmiş, bu saldırının kusuru olmayan faile karşı da mümkün olduğuna dikkat çekmiştir. Böylece azmettirenin cezalandırma temelini sadece azmettirenin kişiliğinde aranabileceğini ifade eden *yazar*, bu çözüm yolunun kusur ilkesi ile de uyumlu olduğunu belirtmiştir<sup>49</sup>.

### **b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler**

Her ne kadar kusursuz bir fail de sosyal uyumsuzluğa maruz kalacağından bu öğretinin günümüzde benimsenen sınırlı bağlılık kuralı bakımından sorunsuz

<sup>47</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 26. Bu anlamda öğretisi, doğal olarak sınırlı bağlılık kuralıyla uyumludur (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 456). Zaten teorinin savunucusu *Less*, Teori kapsamında *Less*, BGH'nin “Yeni kanuni düzenlemeyle birlikte failin fiili ile azmettiren arasındaki ilişki bilinçli olarak çözülmüş ve azmettirenin cezalandırılması için artık failin failinin kusurlu olması şartının aranmadığı hususu açıklığa kavuşturulmuştur.” şeklindeki kararına atıf yaparak (*Less*, **ZStW 1957**, s. 45) BGH'nin da kusura iştirak teorisinin savunulmasını yasaklamış olduğuna işaret etmiş, azmettirilenin cezalandırma temelinde sadece suça neden olma değil, aynı zamanda suç ortağına “**haksızlığın bulaştırılmasının**” da yer aldığını vurgulayarak bir anlamda kusura iştirak teorisini modernize etmiştir (*Less*, **ZStW 1957**, s. 47).

<sup>48</sup> *Less*, **ZStW 1957**, s. 55.

<sup>49</sup> *Trechsel*, **a.g.e.**, s. 54, 55.

olabileceği genel itibariyle kabul edilebilirse de<sup>50</sup> bu öğretiyeye yönelik birçok farklı eleştiri yöneltilebilir. Bu çerçevede kuşkusuz ki öğretinin kusura iştirak teorisi ile olan benzerlikleri nedeniyle kusura iştirak teorisine karşı ileri sürülen eleştirilerin bir kısmı bu teoriye yönelik olarak da ileri sürülebilir. Bu nedenle her iki teorinin de ilişkili olduğu konular kapsamında kusura iştirak teorisinde yer verilen eleştiriler dikkate alınabilir.

*Teoriye yöneltilen ilk eleştiri, teorinin yükümlülük suçlarında şerikin sorumluluğunu izah etmekte zorlandığı yönündedir.* Nitekim yükümlülük suçları nezdinde fail bakımından öngörülen yükümlülüğün azmettiren tarafından failin haksızlığa bulaştırılması suretiyle ihlal edilemeyeceği vurgulanmış, bu tür suçlarda fiili gerçekleştirerek yükümlülüğünü ihlal eden failin azmettiren karşısında daha ağır şekilde suçlanacağına hiçbir şüphe olmadığı ifade edilmiştir<sup>51</sup>.

Bu eleştiriye, azmettirenin kendi hareketiyle hem kendisine hem de bilhassa başkasının kişiliğine riayet etme yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu kapsamda azmettirenin aslında anayasa ile güvence altına alınan başkasının kişilik hakkına ve özgür şekilde gelişim göstermesine saygı duyulması şeklindeki bağımsız ve özel bir hukuki değeri ihlal etmiş olacağı şeklinde ayrı bir argüman geliştirilerek cevap vermeye çalışılmıştır. Bu kapsamda azmettiren bir başka kişiyi haksız bir fiili işlemeye sevk ederek bu kişinin iradi motivasyonunu yasak bir alana sürüklemiş ve bu suretle anayasa ile güvence altına alınan bir hukuki değeri ihlal etmiştir<sup>52</sup>.

Bu argüman, eleştiriye bertaraf ediyormuş gibi görünse de argümanla birlikte yükümlülük suçunu işlemeye azmettirilen kimsenin sosyal anlamda uyumsuzluğunun kapsamının artırılmış olduğuna dikkat çekilerek bu durumun Alman kanuni düzenlemesinde yer alan ve özel faillik niteliğini haiz olmayan azmettirenin cezasında indirim yapılmasına yol açan hükmün (Alm. CK § 28/1) izah edilmesinde bir zorluğun ortaya çıkmasına neden olacağına altı çizilmiştir. Zira öğretiyeye göre sosyal uyumsuzluğunun niteliği artırılan failin işlediği fiilin haksızlığına bağlı olarak şerikin de cezasında bir artışın olması gerekecektir. Bu anlamda Alman

<sup>50</sup> Ulrich Stein, **Die Strafrechtliche Beteiligungformenlehre**, Duncker&Humblot, Berlin 1988, s. 103; Ralph Ingelfinger, **Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit**, Duncker&Humblot, Berlin 1992, s. 114.

<sup>51</sup> Lange, **Die notwendige Teilnahme**, s. 55.

<sup>52</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 52.

düzenlemesindeki cezada indirim yapılmasına neden olan hükmün bir anlamı kalmayacaktır<sup>53</sup>.

Tüm bunlara rağmen bu eleştiri, yükümlülük suçlarına ilişkin olan ve özel faillik niteliğini haiz olmayan azmettirenin cezasında indirim yapılmasına imkan vermeyen TCK md. 40/2 hükmü dikkate alındığında Türk hukuku bakımından pek de ileri sürülebilir görünmemektedir. Dolayısıyla haksızlığa iştirak öğretisinin Türk hukukunda geçerli olamayacağı iddiasının temellendirilmesi, daha çok diğer eleştiriler dikkate alınarak gerçekleştirilebilir.

*Bu minvalde teoriye yöneltilen ikinci ve belki de en önemli eleştiri, kendisi zaten daha önceden suçu işlemeye karar vermiş olan fail konumundaki kişiye yönelik yardım hareketiyle failin sosyal anlamda uyumsuz olmasına neden olunmasından bahsedilemeyeceği<sup>54</sup>, dolayısıyla da öğretinin yardım etmenin cezalandırma temelini izah etmekte zorlandığı yönündedir<sup>55</sup>.* Bu eleştiri o denli haklı görünmektedir ki, teorinin savunucusu olan Trechsel dahi azmettirme ve yardım etmenin cezalandırma temelini birbirinden ayırmak durumunda kalmış, yardım edenin bu çerçevede sadece failin fiilinin işlenmesine yönelik olarak sunduğu nedensel katkı dolayısıyla cezalandırıldığını ifade etmiştir. Hatta o kadar ki *yazar*, kusura iştirak teorisinin sadece azmettirmeye göre geliştirildiğini, ahlak bilimi üzerinden ortaya konulan “*kişinin baştan çıkartılması*” şeklindeki ifade tarzının her durumda yardım etmenin yapısına uygun olmadığını vurgulamış, suç işlemeye yönelik kararın kuvvetlendirilmesi, araç sağlanması gibi hareketlerin faili sosyal anlamda uyumsuz hale getirmeye elverişli olmadığına altını çizmiştir<sup>56</sup>.

Bununla birlikte teori kapsamında suç işlemek, fail bakımından bir meslek olarak nitelendirilmiş ve yardım edenin failin bu mesleğine bütüncül anlamda bir destekte bulunarak failin suç niteliğini haiz kariyerine katkıda bulunduğu belirtilmiş, yardım etmenin cezalandırılabilirliği daha uygun bir şekilde izah edilmeye çalışılmıştır<sup>57</sup>. Ancak bu argümana yönelik olarak da failin gerçekten suç işlemeyi meslek edinme sürecinin bu yardım etme hareketiyle birlikte kuvvetlenip

<sup>53</sup> Ingelfinger, *a.g.e.*, s. 114; Nikolidakis, *a.g.e.*, s. 27.

<sup>54</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 18.

<sup>55</sup> Nikolidakis, *a.g.e.*, s. 29, 30; Redmann, *a.g.e.*, s. 26.

<sup>56</sup> Trechsel, *a.g.e.*, s. 107, 108.

<sup>57</sup> Keller, *a.g.e.*, s. 163, 164.

kuvvetlenmediğinin tespitinin oldukça zor olduğu eleştirisi ileri sürülmüştür<sup>58</sup>. Hatta yardım etme hareketinin failin suç kariyerini desteklemek bir tarafa sonlandırılmasını dahi mümkün kılabileceği, zira failin yardım edene ve her bir sırdaşına karşı utanabileceği ve bu sayede gelecekte muhtemel suç işleme olanaklarını değerlendirmekten imtina edebileceği ifade edilmiş, böylelikle de yardım etme suretiyle failin sosyal anlamda uyumluluk şeklindeki hukuki değer ihlal edilmesi argümanının ve haksızlığa iştirak teorisinin oldukça şüpheli sonuçlara neden olacağı belirtilmiştir<sup>59</sup>.

*Teoriye yöneltile üçüncü eleştiri, azmettirmenin cezalandırma temeline ilişkindir. Buna göre failin sosyal anlamda uyumsuzluğuna neden olan kişinin azmettirenin ziyade failin bizzat kendisinin olduğu, nitekim işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmasını sağlayacak adımları failin bizzat kendisinin attığı ve bu sayede sosyal düzenin bozulmasına yönelik tehlikenin ortaya çıkmasına adeta onay verdiği ve rıza gösterdiği hususlarına işaret edilmiş<sup>60</sup>, böylelikle de teorinin azmettirmenin cezalandırma temelini de izah etme noktasında sıkıntılara neden olduğu ileri sürülmüştür.*

Ancak azmettirilenin uygun bir atmosfer yakaladığında suçu doğrudan kendisinin de işleyebilecek konumda bulunduğu, zaten toplumla sosyal uyumsuzluk içerisinde bulunan kişinin bu yolu küçük de olsa kendi seçimiyle mi tercih ettiği yoksa suç niteliğini haiz hareketlerin toplumsal otoritenin desteği ile mi ortaya çıktığı yönündeki ayrımın mutlaka ortaya konulması gerektiği, bunun tespitinin de zor olduğu yönünde argümanlarla bu eleştiriye karşı konulmaya çalışılmıştır<sup>61</sup>. Yani azmettirilenin cezalandırılabilir hareketiyle arkadaş çevresinde dikkat çekmek istemiş olmasının ve hatta bunu başarmasının azmettiren için herhangi bir hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkarmayacağı ifade edilmiş, bu tür durumlarda dahi suçun işlenmesinin, failin toplum karşısında zarar görmesi sonucunu beraberinde getireceği

<sup>58</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 18; Schoepke, **a.g.e.**, s. 12

<sup>59</sup> Schoepke, **a.g.e.**, s. 12.

<sup>60</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 114; Klaus Letzgas, **Vorstufen der Beteiligung**, Duncker&Humblot, Berlin 1972, s. 217; Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 28; Schoepke, **a.g.e.**, s. 12; Baunack, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>61</sup> Trechsel, **a.g.e.**, s. 12.

belirtilmiş ve bu duruma katkıda bulunduğu için azmettirenin de faille birlikte sorumlu tutulacağı ileri sürülmüştür<sup>62</sup>.

Ayrıca azmettirilen konumundaki failin kendi sosyal uyumluluğundan vazgeçişinin sadece ahlaka aykırı bir ihlal teşkil edeceği, bunun azmettirenin cezalandırma temelini ne derece şekillendireceği eleştirisi ileri sürülmüştür. Buna karşılık hiçbir şekilde salt ahlaka aykırılıkların yasaklanması ve cezalandırılmasının söz konusu olamayacağı yönünde bir yanıt verilmiştir<sup>63</sup>.

Bununla birlikte failin sosyal anlamda uyumsuz hale gelmesine esas neden olanın kendisi olduğu argümanının kusura iştirak teorisinde her daim kusurlu bir fail şart koşulduğundan dolayı her ne kadar kusura iştirak teorisi için ileri sürülebilecek olsa da haksızlığa iştirak teorisi için geçerli olamayacağı belirtilmiştir. Zira kusuru bulunmayan bir failin kendi dokunulmazlığının ihlal edilmesine rıza gösterip gösteremeyeceği şüpheli olacaktır. Nitekim azmettirilen, yaş küçüklüğü, uyuşturucu madde etkisi veya akıl hastalığı gibi nedenlerle sosyal uyumluluğunun tehlikeye düşürülmesini tam olarak anlayamayacak, dolayısıyla da bu tür durumlarda hiçbir şekilde failin kendi hareketiyle sosyal anlamda uyumluluğuna ve kişiliğine riayet etmediği için tam anlamıyla sorumluluk üstlenmesinden bahsedilemeyecektir<sup>64</sup>.

***Azmettirenin cezasının faile göre belirlenmesi karşısında azmettirilenin cezalandırma temelinde failin sosyal uyumluluğunun azmettiren tarafından bozulmasının görülmesinin tutarsız olarak görünmesi de<sup>65</sup> teoriye yöneltilebilecek dördüncü eleştiridir.*** Nitekim bir an için bu öğretilen hareket edildiğinde, sosyal anlamda uyumluluğu bir başka kimsenin hareketi ile bozulan bir kişinin suçun işlendiği ana kadar adeta “günahsız” olduğu, belki de saf haldeki kimseyi adeta yoldan çıkararak arka plandaki kişinin daha yüksek bir haksızlık oranına sahip olduğu, dolayısıyla da arka planda yer alan kişi yüzünden sosyal anlamda uyumsuzluk gösteren suç faillerinin daha az ceza ile cezalandırılacakları ileri sürülebilir<sup>66</sup>. İşte bu iddia, aynı zamanda şerikin failin fiiline olan bağlılığının da ortadan kaldırılması

<sup>62</sup> Trechsel, **a.g.e.**, s. 13.

<sup>63</sup> Stein, **a.g.e.**, s. 105.

<sup>64</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 28; Stein, **a.g.e.**, s. 106.

<sup>65</sup> Stephan A.Osnabrügge, **Die Beihilfe und ihr Erfolg**, Ducker&Humblot, Berlin 2002, s. 36; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 19; Schoepke, **a.g.e.**, s. 12.

<sup>66</sup> Albin Esser, “Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, **GA 1958**, s. 322; Jakobs, **AT**, 22/2; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 19.

anlamına gelecektir. Bu anlamda bu iddiayla birlikte öğretinin bağıllık kuralının bir gereği olan şerikin haksızlığının büyük oranda failin fiilinden kaynaklandığı yönündeki anlayışa da aykırılık teşkil ettiği, dolayısıyla da bağıllık kuralıyla uyumsuzluk içerisinde olduğu belirtilebilir.

Bu çerçevede azmettirmenin ceza belirlemesinin en azından kısmen failin fiiline dayanmış olması gerektiğine vurgu yapılmış, azmettirenin hareketinden kaynaklı haksızlıkla bu hareketin bağlı addedildiği failin hareketinin haksızlığı arasında bir denge kurulması gerektiğinin altı çizilmiştir. Aksi durumda, diğer bir deyişle azmettirenin cezası belirlenirken failin fiiline yalnızca kısmi şekilde dayanılması halinde azmettirenin cezasının belirlenmesinde keyfiliğe gidileceği ve bu suretle de orantılılık ilkesinin ortadan kalkacağı ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Şu halde azmettirmenin ceza kapsamının anayasal kurallara uygun bir şekilde belirlenebilmesi için azmettirmenin kendi temel konseptinin dikkate alınması, “sosyal uyumsuzluk” kriterinden mutlak bir şekilde uzaklaşılması ve failin fiilinin ağırlığının esas alınması gerekmektedir<sup>68</sup>.

Buna rağmen teori kapsamında “sosyal uyumsuzluk” kriteri üzerinde ısrar edilmiş, daha farklı argümanlarla yerindeliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede cezanın sadece vatandaşın suç üzerine somut bir reaksiyon olarak görülemeyeceği, failin cezalandırılması suretiyle vatandaşların düzene olan inaçlarının sağlanmasına göre soyut olarak genel anlamda kabul edilen bir ihtiyaç olarak da görülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre failin başkalarının sosyal anlamda uyumluluğunu garanti etmesi gerektiği hallerde azmettirenin de failin sosyal anlamda uyumsuz hale gelmesinden dolayı sorumlu tutulması gayet olağan görülebilecektir. Böylelikle failin toplum kurallarına uymadığına ve uyumsuz durumu kendisinin oluşturduğuna işaret edilmişse de failin bu yola itilmesinde etki eden arka plandaki kişinin de bu neticeden sorumlu olduğuna vurgu yapılmıştır<sup>69</sup>.

Ancak bu argümana azmettirenin faili uyumsuz hale getiren hareketinin her bir olayda farklı olabileceği ve azmettirenin bu yoldan çıkartıcı hareketinin ağırlığının failin bugüne kadar ki uyumsuzluk göstermeye eğilimli hale gelmesine yol açan

---

<sup>67</sup> Stein, **a.g.e.**, s. 107.

<sup>68</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>69</sup> Keller, **a.g.e.**, s. 163.

hareketlerin ağırlığından çok daha fazla olabileceği, nitekim failin kusurunun bulunmadığı durumların da görmezden gelindiği hususlarıyla karşı çıkmıştır<sup>70</sup>.

***Teoriye yöneltilen beşinci eleştiri, işlendiği tespit edilemeyen suçlarda, yani hazırlık aşamasında kalan ve dolayısıyla da azmettirmenin akim kaldığı durumlarda, muhtemel fail konumundaki kişinin sosyal anlamda uyumsuz hale getirildiğine dair tespit belirlenmesinin zorluğudur***<sup>71</sup>.

Bu eleştiriye karşı fiilin tespit edilmediği durumlarda fiile yönelik şeriklik türlerinin araştırılması ve değerlendirilmesi ihtimalinin ve temelinin bulunmadığı, bu bağlamda bu eleştirinin de uygulamada bir öneminin olmadığı belirtilebilir. Öyle ki failin fiilinin tespit edildiği durumlarda failin fiiline yönelik şeriklik üzerinde rahatlıkla bir değerlendirme yapılabilecektir. Şu halde üzerinde durulan esas husus, akim kalmış azmettirmedir. Yani azmettirenin uyumsuz hale getirmeye çalıştığı ve bu anlamda ikna ettiği failin fiili işlemediği, dolayısıyla da uyumsuzluğundan bahsedilemeyecek hallerde bu öğreti kapsamında hiçbir şekilde cezalandırılabilir olarak addedilemeyecek, bu tür bir netice de her ne kadar mevcut TCK düzenlemeleri karşısında bir sorun arz etmeyecek olsa da akim kalmış azmettirmenin cezalandırıldığı Alm.CK düzenlemeleri karşısında uygun görünmeyecektir. Bununla birlikte fail tarafından işlenmiş bir fiilin varlığı tespit edilmesine rağmen failin kim olduğunun belirlenemediği durumlarda failin sosyal uyumsuzluğunun anlaşılması da oldukça zor olacaktır<sup>72</sup>.

***Teoriye yöneltilebilecek altıncı eleştiri, teorinin iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemeleriyle de uyumlu olmadığı yönündedir.*** Bu uyumsuzluk, en çok da azmettirenin bizihi kendisinin gönüllü olarak vazgeçtiği durumlarda göze çarpar. Bir defa azmettirenin fiilin işlenmesinden gönüllü olarak vazgeçmesi iki şekilde söz konusu olabilir. Birincisi azmettirenin, muhtemel faili fiili işlemeyi bırakması yönünde ikna etmesi ve hem failin hem de azmettirenin fiilin işlenmesi düşüncesinden sıyrılmalarıdır ki bu ihtimalde her ikisi de cezasız kalacaktır. Dolayısıyla bu durumda herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak

<sup>70</sup> Roxin, AT II, § 26 Rn. 19.

<sup>71</sup> Claus Roxin, "Täterschaft und Teilnahme", **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 10. Auflage, De Gruyter, Berlin, New York 1978, vor § 26 Rn. 11.

<sup>72</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 29.

azmettirenin faili kuvvet kullanmak suretiyle zorla fiilin işlenmesinden uzaklaştırması ihtimalinde azmettirenin hem gönüllü olduğu hem de fiilin işlenmesini önlemeye yönelik bir çaba sarf ettiği için gönüllü vazgeçme hükmünden faydalanması söz konusu olacakken failin fiili işlemekten vazgeçişini gönüllü olmadığından -fiilin isteği dışında tamamlanmamış olması nedeniyle- suça teşebbüs dolayısıyla sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla fiili işlemeyen failin, gönüllü olarak vazgeçmediğinden suça teşebbüsten sorumlu tutulması, faili vazgeçirmek için çaba sarf eden azmettirenin ise hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması gibi ilginç bir sonuç ortaya çıkacaktır. İşte bu ihtimalde sosyal anlamda uyumsuz hale gelen fail cezalandırılmasına rağmen failin uyumsuz hale gelmesinde ilk neden olan kişi konumundaki azmettirenin failin sosyal uyumsuzluğunu gidermeye yönelik çabalar sarf etse de bunda başarılı olamadığı bir durumda tam anlamıyla cezasız kalmasının da haksızlığa iştirak öğretisine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülebilir<sup>73</sup>.

*Teoriye karşı ileri sürülebilecek yedinci eleştiri, teori kapsamında azmettiriminin cezalandırma temelinde azmettirenin suç teşkil eden bir fiile katıldığı ve faili de yoldan çıkarmak suretiyle fiile yönelik bir saldırıda bulunduğu kabulüyle<sup>74</sup> birlikte esasında bağlılığın dışına çıkıldığı, şerikliğin bağımsız hale getirildiği, böylelikle öğretinin bağlılık kuralıyla uyumlu olduğu yönündeki iddianın da tamamen yersiz kaldığı yönündedir.* Nitekim teoriyle birlikte azmettiriminin sadece başkasının suçuna şeriklik olarak değil, bilakis suç teşkil eden özel niteliği haiz bir hareket olacağı, kendisinin de hukuki değerleri ihlal etmesi veya tehlikeye düşürmesi hasebiyle bağımsız bir suç teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu açık ifadeler karşısında öğretiye yöneltilen eleştirinin haklılığına rağmen öğreti kapsamında bu eleştiriler reddedilmiş ve karışım niteliğini haiz bu tür iştirak türlerinin mevcut olabileceği iddia edilerek bunlara TCK md. 215'te düzenlenen "Suçu ve Suçluyu Övme" ile yine TCK md. 160'ta düzenlenen "Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf" gibi suç tipleri örnek gösterilmiştir. Keza akim kalmış azmettirme de benzer bir yapıda görülmüş,

<sup>73</sup> Schoepke, a.g.e., s. 11, 12.

<sup>74</sup> Less, ZStW 1957, s. 47.



bağımsız bir yapıyı haiz olmasına rağmen başka suçlarla da bağlantı içerisinde özel bir tip olarak haksızlık içerdiği telakki edilmiştir<sup>75</sup>.

Bu savunma argümanlarına rağmen gerçekten de teori kapsamında azmettirenin failin kişiliğine riayetsizlik, sosyal anlamda uyumsuz hale getirme gibi hukuki değerleri ihlal ettiği için cezalandırıldığı iddiasının esas itibariyle azmettirenin de failden bağımsız bir suç işlediği görüşünün ortaya çıkmasına yol açtığı ifade edilebilir. Bu çerçevede öğreti, şeriklerin cezalandırılmasının açıkça kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi şartına tabi tutulmasını gerekli kılan bağıllık kuralına ilişkin düzenlemelerle de uyumlu olmayacaktır<sup>76</sup>. Bununla birlikte daha da önemlisi şerikliğin de ayrı bir suç olarak kabul edilmesi, müşterek faillerin çoğu durumda bir fiille aynı suçu iki defa işlemeleri sonucunu ortaya çıkaracak olmasıdır. Zira her müşterek fail, fiile iştirak ederek aynı zamanda başka bir kimsenin haksızlığına da temel oluşturmuş kabul edilecek ve bu suretle failliğin yanında her durumda şeriklik de söz konusu olacak, böylece bir kişinin işlediği suç tek fiille çifte bir yapıyı haiz olabilecektir<sup>77</sup>. Gerçekten de bu eleştiri, öğreti kapsamında azmettirme ile faillik arasında bir derecelendirme yapılmasına kesinlikle karşı olunması, faillik ve şerikliğin aynı temelde suça yönelik farklı iştirak şekilleri olmaları hasebiyle tek fiilde veya çok fiilde kolaylıkla bir arada bulunmasının mümkün görülmesi, azmettirmenin haksızlık kapsamının fail olarak cezalandırmada tüketilmemesi nedeniyle tüketen norm ilişkisinin azmettirme ve faillik ilişkisinde söz konusu olmaması şeklindeki kabuller<sup>78</sup> karşısında oldukça yerinde görülebilir.

***Sekizinci eleştiri olarak failin sosyal uyumluluğu veya başkasının kişiliğine riayet etmenin, bu teori savunurlarının ileri sürdüğü gibi hukuk düzenine göre ihlal edildikleri takdirde cezalandırılabilirliği beraberinde getirecek derece gerçek anlamda bir hukuki değer olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu sorulabilir.***

Bu çerçevede sosyal ve ahlaki bir bakış açısından hareketle kişiliğe riayet, sosyal anlamda uyumluluğu bozmama gibi *değerlerin* ihlal edilmesinin kınanabilir olarak görülebileceği, ancak böyle olsa bile bunun söz konusu hareketlerin hukuken

<sup>75</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 55.

<sup>76</sup> Baunack, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>77</sup> Jakobs, **AT**, 22/3.

<sup>78</sup> Less, **ZStW 1957**, s. 55.

de bir önem ifade etmesi gerektiği anlamına gelmeyeceği, bu tür hareketlerin hukuken kınanabilir addedilmemesi halinde toplumsal adalet duygusunun görmezden gelinmiş olmayacağı üzerinde durulmuştur<sup>79</sup>. Gerçekten de hiç şüphesiz ki bu tarz yükümlülük ihlali olarak telakki edilebilecek davranışların ceza hukuku bakımından sadece kanun koyucunun cezaya layık görüp tipiklik kapsamında bir suç normuna yerleştirmesi ve ceza yaptırımını altına alması halinde önem arz edeceği, aksi takdirde bu değerlerin bu şekilde kanunen belirlenmiş bir norm bulunmaksızın hukuki değer olarak telakki edilmesinin hukuk devleti ilkesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilebilir. Nitekim “*Şeriklik paragrafları gerçek anlamda bağımsız suç tipleri olsaydı kendilerine ait hukuki değerleri de kapsamlarında barındırmış olurdu.*” ifadesi kullanılarak bu ve benzeri öğretilere karşı çıkmıştır<sup>80</sup>.

Nihayetinde buradan hareketle “sosyal uyumluluk”, “başkasının kişiliğine riayet etme” ve “sosyal barış” gibi kavramların her ne kadar yüksek değerlere sahip kavramlar oldukları kabul edilebilirse de bir hukuki değer olmadıkları<sup>81</sup>, bu nedenle de hukuki değerleri koruma görevi bulunan ceza hukukunun failin kişiliğinin haksızlığa bulaştırılmasının koruma altına alınmasını da üstlenmesinin kendi görevi ve fonksiyonuyla uyumlu olmayacağı vurgulanmaktadır<sup>82</sup>. Hele hele reşit olan bir vatandaşın sosyal uyumluluğunun ceza hukukunun koruma kapsamında görülemeyeceği rahatlıkla belirtilebilir<sup>83</sup>.

***En nihayetinde teorinin eleştirildiği son husus, ajan provokatörün cezalandırılabilirliği ve azmettirenin kendisinin yaralanmasına yönelik olarak suç niteliğini haiz motive edici hareketinin cezalandırılabilirliği konuları başta olmak üzere uygulamada tuhaf sonuçlara neden olunmasıdır***<sup>84</sup>. Zira her iki durumda da azmettirilen, şüpheye yer bırakmayacak ölçüde ceza hukuku anlamında kusura

<sup>79</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 29.

<sup>80</sup> Baunack, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>81</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 209. Nitekim Ingelfinger, sosyal uyumluluk olarak bir hukuki değer kabul edilmesinin bu ifadenin şekilsizliği nedeniyle oldukça zor anlaşılabilmesine dikkat çekmiştir (Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 114).

<sup>82</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 29.

<sup>83</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 27, 28. Ancak bu bakış açısına karşı çıkan Otto bu öğretiye en yakın müellif olarak kabul edilmektedir (Harro Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, **ZStW** 1975, s. 560, 575).

<sup>84</sup> Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 6.

bulaştırılmış olacak, bu anlamda haksızlığa iştirak teorisi ile birlikte arka plandaki kişinin mutlaka cezalandırılması gerekecektir<sup>85</sup>. Oysa ki her iki durumda da arka plandaki kişinin cezalandırılması sorun teşkil edecektir. Bu nedenle diğer teoriler incelenirken de görüleceği gibi bu hususlarda makul bir çözüm oluşturulmaya çalışılmıştır.

### 3. Haksızlığa Yönelik Dayanışma Teorisi

#### a. Teorinin Esası

Kusura ve haksızlığa iştirak teorisinin temel düşüncelerine bağlı kalan ve bu teorilerde karşılaşılan sorunlardan kaçınmaya çalışan *Schumann* da aynı şekilde şerikliğin haksızlığının bağımsızlığından hareket etmiştir. Bu nedenle bu teori de haksızlığı temele alarak bir çıkış sergilediğinden “haksızlığa iştirak” teorisi altında incelenmeye çalışılmıştır. Nitekim *Schumann*, “*Şahsi sorumluluk prensibinden hareketle sadece kusura ve haksızlığa iştirak teorilerinin eksiklikleri giderilmiş olmayacak, aynı zamanda şerikliğin cezalandırma temelini ne olduğu hususuna da bir açıklık getirilmiş olacaktır.*” ifadesini kullanarak adeta kusura ve haksızlığa iştirak teorilerini tamamlamaya yönelik bir tez geliştirdiğini vurgulamıştır<sup>86</sup>.

Şahsi sorumluluk prensibinden hareketle ceza hukuku sorumluluğunun sınırlandırılması sorunuyla etraflıca uğraşan *yazar*, sorumluluk prensibinin sonucu olarak her bir kimsenin sorumluluk alanının sınırlandırılmış olduğunu, bu sınırlandırmanın ise kişinin hareketinin ancak kendisine karşı korunan hukuki değerleri ihlal etmemesi üzerine dayalı bir cezalandırma sistemiyle sağlandığını ifade etmiştir. Böylece ceza hukuku anlamında yasak normun konusunun kural olarak sadece hukuki değerleri tehlikeye düşüren hareketin doğrudan kendisi olduğu belirtilmiş, yalnızca başkasının hareketine neden olmayı yeterli görmeyerek bu tür bir hareketin hukuka aykırı olmayacağına işaret edilmiştir<sup>87</sup>.

Şerik haksızlığının özel olarak temellendirilmesi yönünde bir ihtiyacın olduğuna dikkat çekilmiş, azmettiren ve yardım edenin başkasının hareketi ve

<sup>85</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 21.

<sup>86</sup> Heribert Schumann, **Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986, s. 50. *Schumann*’ın öğretisi, Türk doktrininde *Özkan* tarafından “birliktelik teorisi” olarak nitelendirilmiştir (*Özkan*, **a.g.e.**, s. 52).

<sup>87</sup> Schumann, **a.g.e.**, s. 42.

neticesi dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı, aksi takdirde şahsi sorumluluk kuralından bir ayrılmanın söz konusu olacağı belirtilmiştir<sup>88</sup>. Böylelikle şerikin kural olarak failin fiili ile birlikte neden olunan hukuki değerlerin ihlal edilmesi sebebiyle sorumlu tutulmadığı, zira neticenin failin sorumluluk alanında yer aldığı, nihayet şerikin cezalandırma temelini bilakis **faille dayanışma gösteren kendi hareketi** olduğu vurgulanmıştır. Nitekim şerikin hareketinin değersizliğinin altının çizildiği “*Şerikin kendi kasıtlı hareketiyle ortaya koyduğu katkı, başkasının kasıtlı haksızlığı ile bir dayanışma gösterir ve bu şekilde şerik, başkasının fiili üzerinde ortak bir anlaşmaya varır*”<sup>89</sup> şeklindeki ifade de bu anlayışı açıkça ortaya koymaktadır.

Bu görüşe göre salt başkasının hareketine neden olma, geniş faillik anlayışının bir yansıması olup günümüz teorik anlayışına çok fazla uygun değildir. Zira bu görüş kapsamında günümüzdeki suç teorisi anlayışı gereğince hareketin haksızlığının esas alındığına dikkat çekilmiş, ilerleyen kısımlarda görülecek olan neden olma teorisinin ise tek taraflı olarak neticenin haksızlığına vurgu yaptığı belirtilmiş, buradan hareketle neden olma teorisi taksirli suçlarda olduğu gibi sadece tamamlama ihtiyacına hizmet edecek bir görüş olarak görülmüştür<sup>90</sup>.

Failin fiili ile meydana gelen neticenin tamamen failin sorumluluk alanı dahilinde olduğu kabul edilmiş, şerikin sorumlu tutulabilmesi için şeriklik hareketinin hukuk toplumu bakımından katlanılmaz bir örnek olarak görünüm arz edip özel bir değersizlik içerdiği ifade edilmiştir. “Fiil veya hareketin değersizliği” kavramına açıklık getirilmiş, hareketin sosyal anlamda zararlılık şeklindeki değersizliğine atıf yapılmıştır. Bu kapsamda sosyal anlamda zararlı olan hareketin değerlendirilebilmesi için hukuki değerlerin konusunun soyut veya somut olarak tehlikeye düşürülmesi yahut da zarara uğratılması ne tek ne de zorunlu bir kriterdir. Nitekim bunların yanında hukukun yürürlükteki kuralları bakımından sosyal-psikolojik olarak tehlike şeklinde görünüm arz eden ve güvence altına alınmış hukuk barışı da toplum bakımından katlanılmaz bir örnek teşkil eden şeriklik hareketiyle ihlal edilmiş olacaktır<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Schumann, a.g.e., s. 42, 43.

<sup>89</sup> Schumann, a.g.e., s. 51.

<sup>90</sup> Schumann, a.g.e., s. 49.

<sup>91</sup> Schumann, a.g.e., s. 49, 50.

Hareketin değersizliğine ilişkin olarak yapılan bu tanımın *Welzel*'in kişiyi fiili işlemeye sevk etmenin yahut da fiili işleyen kişinin desteklenmesinin sosyal anlamda katlanılmaz bir fiil olduğu yönündeki tanımına uygun olduğu belirtilmiş, öğretinin haklılığı ortaya konmaya çalışılmıştır. Böylelikle hukuk toplumu bakımından katlanılmaz bir örnek olarak görülen şeriklik, failin harekete geçirilmesi suretiyle faille iradi bir uyuşma gösterilmesi dikkate alınarak **başkasının haksızlığı ile dayanışma içerisinde olunması** şeklinde ortaya konmuştur. Daha doğrusu şerikliğin sosyal anlamda katlanılmaz nitelikteki hareketinin değersizliği, şerikin kendi kasıtlı katkısı üzerinden başkasının kasıtlı haksızlığı ile bir dayanışma içerisinde olması, başkasının fiili ile ortaklık gösterecek şekilde hareket etmiş olması gibi hususlar kapsamında görülebilir<sup>92</sup>.

#### **b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler**

Bu teoriye yönelik olarak en azından yükümlülük suçları açısından bir eleştiri ileri sürülmüş değildir. Bu noktada öğretinin yükümlülük suçlarında şeriklerin cezalandırma temelini sorun teşkil etmeyecek şekilde izah ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim teorinin şerikliğin cezalandırma temeli için esas aldığı “faille dayanışma” kriterine göre özel faillik niteliğini haiz olmayan kişinin özel niteliği haiz kişiyle dayanışma içerisinde olarak kendi hareketinin haksızlığının da nitelikli hale gelebileceği, bu suretle de yükümlülük suçlarının zahmetsiz bir şekilde halledildiği ifade edilmektedir<sup>93</sup>. Buna rağmen teoriye karşı birçok konuda eleştiri ileri sürüldüğü görülmektedir.

***Bu çerçevede ileri sürülebilecek ilk eleştiri, öğretinin hareketin haksızlığını gerekçelendirmek için etki teorisine yaklaşması nedeniyle elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılabilir görülmesinin Türk hukukuna açık bir şekilde aykırılık teşkil edecek olmasıdır.***

Nitekim öğretisi nezdinde davranışın değersizliğini hukuk toplumunu ilgilendiren hareketin haksızlığı aşamasına yükselten esas hareketin sahip olduğu değersizlik, etki teorisine göre (elverişsiz) teşebbüsün cezalandırılabilir (hareket) haksızlığını temellendiren öğretisi ile eş değer görülmüştür. Dolayısıyla da (elverişsiz) teşebbüs bakımından hareketin haksızlığını gerekçelendirmek için etki teorisine

<sup>92</sup> Schumann, **a.g.e.**, s. 50, 51.

<sup>93</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 23; Redmann, **a.g.e.**, s. 29.

yaklaşmış, böylelikle de teori en azından Alman hukuku açısından tamamen yeni olmayan bir yapı üzerinden inşa edilmeye çalışılmıştır<sup>94</sup>. Bu bakımdan daha en baştan bu öğretinin temel yapısının elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının mümkün olmadığı Türk hukuku açısından kabul görmesinin pek mümkün olmadığı ifade edilebilir.

***Teoriye yöneltilebilecek ikinci eleştiri, teorinin esas aldığı bazı kriterlerin şeriklerin bağlılığı kuralına aykırılık teşkil ettiği yönünde olabileceğine ilişkindir.***

Bu çerçevede her ne kadar şerikin başkasının kasıtlı haksızlığı ile dayanışma içerisinde olması gerektiği vurgulanmış ve şerik haksızlığının türü ve oranının dayanışmanın ilgili konusuna yönelmesi dolayısıyla bağlılık kuralı açısından bir uyum sağlanmış<sup>95</sup> gibi görünmekteyse de bu uyum, bu eleştiri nezdinde oldukça tartışılır bir nitelik arz edecektir. Zira “*dayanışma niteliğindeki davranışın değersizliği kriteri*” başta olmak üzere “*elverişsiz teşebbüsün cezalandırma temeli olan etki teorisinin dikkate alınması*”, “*şeriklerin dayanışma gösterdikleri belirtilerek failden tamamen ayrı bir yere konulması*” gibi hususlar, teorinin bağlılık kuralının gereklerine dair tatmin edici bir açıklama getiremediği yönünde bazı eleştirilerin ileri sürülmesine yol açacaktır<sup>96</sup>. Buradan görüldüğü üzere şeriklik hareketinin değersizliği ve hukuk barışının ihlali gibi kriterlerin esas alınması nedeniyle teori, haksızlığa iştirak teorisine benzer görülmekte, bu da bağlılık kuralına ilişkin olarak haksızlığa iştirak öğretine yöneltilen eleştirilerin bu teori için de ileri sürülmesine sebebiyet vermektedir<sup>97</sup>.

***Teoriye yöneltilen üçüncü ve belki de en önemli eleştiri, kanunun salt bir kimseyle dayanışmayı cezalandırmamış olmasına rağmen teori kapsamında salt başkasıyla dayanışmanın cezalandırma temeli olarak telakki edildiği, oysa ki dayanışmanın olsa olsa neticeye etki etmesi nedeniyle manevi yardım etme olarak görülebileceği, bu bakımdan öğretinin kanunla uyumlu olmadığı şeklindedir***<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Schumann, a.g.e., s. 50.

<sup>95</sup> Schumann, a.g.e., s. 51.

<sup>96</sup> Redmann, a.g.e., s. 30.

<sup>97</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 34.

<sup>98</sup> Claus Roxin, “Zum Strafgrund der Teilnahme”, *Festschrift-Walter Stree/Johannes Wessels, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993*, s. 68; Welz, a.g.e., s. 22.

***Bunun yanında azmettirenin her durumda faille dayanışma içerisinde olduğundan da söz edilemeyeceği, hatta çoğu durumda azmettirenin, faili kendi menfaati doğrultusunda fiili işlemeye sevk etmiş olacağı şeklinde dördüncü bir eleştiri de ileri sürülebilir.*** Nitekim her ne kadar belli bir ödeme karşılığında faile yardımda bulunan kişi için kısmen de olsa bir dayanışmadan söz edilecekse de<sup>99</sup> aynı durumdan para karşılığında kiralık katil tutan arka plandaki kişi için bahsedilemeyecektir. Zaten ETCK döneminde mevcut olan fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğunun sabit olması halinde azmettiren şahsın cezasının indirileceğine dair hüküm de bunu açıkça göstermektedir. Bu çerçevede yardım etmede dayanışmadan söz edilebilecekken çoğu durumda nedensel zincirin ilk defa harekete geçirilmesinin mevzu bahis olduğu azmettirmede bir dayanışmanın gündeme gelip gelmeyeceği noktasında önemli soru işaretleri belirecektir<sup>100</sup>.

***Beşinci eleştiri ise, çoğu durumda faille bir dayanışmanın olduğundan bahsedilebilecek yardım etmede dahi dayanışmanın bulunup bulunmadığının bazı hallerde tespitinin oldukça zor olduğuna yöneliktir.*** Nitekim suçun işlendiği esnada sadece para yardımında bulunan bir kimsenin bu yardımı, fiilin işlenmesini tasvip etmemesine ve hatta bu durumdan hiç hoşlanmamasına, belki de kendi fiili sebebiyle utanmasına rağmen yapması durumunda da bu fiilin yardım olarak nitelendirilecek olmasına rağmen bu öğretinin çerçevesinde nasıl bir karara varılacağı muallak olacaktır. Kaldı ki bu öğretinin ceza kanununda suçluyu kayırma suçu kapsamında bazı hallerde faille yönelik dayanışma teşkil eden desteğin, yani dayanışmanın cezasız kalmasına imkan veren durumlara yer verilmesini izah edemeyeceği açıkça belirtilebilir<sup>101</sup>. Öyle ki TCK md. 283 hükmünde düzenlenen suçluyu kayırma suçunun üçüncü fıkrasında bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmayacağı ifade edilmiş, arka plandaki kişinin dayanışma teşkil eden hareketi adeta ceza alanından çıkartılmıştır<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Bu dayanışmanın kısmiliğinden söz edilebilir. Zira yardım eden konumundaki kişinin bu tür bir destekte bulunması, mutlaka faille yüz yüze gelmesini gerekli kılmayacaktır (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 24). Bunun da ne derece dayanışma olarak nitelendirileceği oldukça belirsizdir.

<sup>100</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 22, 23.

<sup>101</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 23.

<sup>102</sup> Benzer bir düzenlemeye Alman Ceza Kanunu'nda da yer verildiği görülmektedir. Bkz. § 258 Abs. 6.

*Altuncu eleştiri olarak haksızlığa iştirak teorisinde “sosyal uyumluluk” kavramına açıklık getirme noktasında yaşanan zorlukta olduğu gibi bu teoride de benzer bir sorunun ortaya çıktığı, buna göre “dayanışma” kavramının belirsiz olduğu yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür.* Bu çerçevede şerikin hareketinin ne zaman dayanışma hareketi olarak tezahür edeceğinin belirlenebilir olmadığına<sup>103</sup>, özellikle de yardım etmede günlük alış-veriş tarzı mesleki, doğal hareketlerle ayırımın oldukça zor olduğuna dikkat çekilmiştir. Buna göre söz gelimi bir kimseye levye, tornavida gibi araçların teslimi, suçun işlenmesinin desteklenmesi amacıyla verilmiş olsalar bile bu tür araçların kullanılması her şekilde izin verilen hareketler olduğundan<sup>104</sup> çoğunlukla günlük, doğal hareket olarak görülebilecektir. Ancak bu öğretiyeye göre bu tür hareketlerin yardım etme olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu açık değildir. Benzer durum, müşterisini suçu işleyeceği yere götüreren bir taksi şoförü örneği için de geçerlidir<sup>105</sup>.

*Teoriye yöneltilen yedinci eleştiri de yine “dayanışma kriteri”ne ilişkindir. Bu kapsamda fail işlediği fiilin kapsamında yer aldığı suç tipi nezdindeki hukuki değeri ihlal ettiği için cezalandırılırken bu hareketi sergileyen faile herhangi bir şekilde katkı sağlayan şerikin cezalandırılma temelini yalnızca bu katkısından hareketle faile bir dayanışma sergilediğinden yola çıkılması bir sorun olarak göze çarpmaktadır.* Nitekim teori nezdinde esas alınan kriter dikkate alındığında ikili bir durum ortaya çıkmaktadır. Buna göre fail, suç tipindeki hukuki değerin ihlali dolayısıyla sorumlu tutulurken şerik, bu hukuki değeri ihlal edici bir davranış sergileyen faile katkıda bulunmasına rağmen söz konusu hukuki değerin en azından dolaylı ihlalden değil de sadece faile dayanışma teşkil eden bir hareket gerçekleştirdiğinden sorumlu tutulmaktadır.

Bu sorun, özellikle de failin işlediği fiilin hazırlık hareketi olduğu ve bu nedenle cezasız bırakıldığı hallerde daha da görünür hale gelmektedir. Buna göre kanun koyucu tarafından cezasız bırakılmış olsa bile yine de birçok hazırlık

<sup>103</sup> Schoepke, a.g.e., s. 13; Joachim Renzikowski, **Restriktiver Taterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1997, s. 47; Hans Theile, **Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz**, Peter Lang, Frankfurt 1999, s. 39; Redmann, a.g.e., s. 29; Michael Heghmanns, “Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung”, **GA 2000**, s. 473, 375; Özkan, a.g.e., s. 53.

<sup>104</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 119.

<sup>105</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 35.



hareketiyle hukuk barışı ihlal edilmiş olabileceğinden failin bu cezasızlığı karşısında azmettirenin durumunun ne olacağı üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda fail tarafından ortaya konulan hazırlık hareketleri cezasız bırakılırken bu tür hareketlere dayanışma niteliğinde tezahür eden azmettirme niteliğindeki hareketlerin evleviyetle cezasız bırakılması gerektiğine vurgu yapılmış, haksız bir davranışa yönelik dayanışma niteliğini haiz bir desteğin dışsal olarak ortaya konulan kötü bir düşünceden başka bir şey olmadığının altı çizilmiştir<sup>106</sup>.

Bu eleştiriler üzerine teorinin savunucusu olan *Schumann*, teşebbüsün cezalandırma temeli için geliştirilen etki teorisine dayanmış, böylece dayanışmanın objektif olarak fark edilebilir olmasını gerekli görmüş ve hukuk barışının katlanılmaz yapıda ihlal edilmesine elverişli bir hareketin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için de şerikin faille olan dayanışmasını fark edilebilir kılacak şekilde açık ve somut bir açıklamada bulunmasını bir zorunluluk olarak addetmiştir<sup>107</sup>. Bu bakımdan öğretinin şerikliğin cezalandırılabilirliğini bu şekilde dışsal anlamda değerlendirilebilir faktörlere bağlı tutması, iki açıdan önemli faydaları beraberinde getirmektedir. Birincisi bu sayede öğreti, düşünce ceza hukuku anlayışına yakınlaşma tehlikesinden uzaklaşmakta, ikincisi ise bilinçli bir dayanışma içerisinde sunulmayan alelade günlük hareketlerin cezalandırılabilir hareket alanında yer alabilme ihtimaline binaen bu şekilde dışsal bir dayanışma gerekli görülerek şerikliğin cezalandırılabilirlik alanının sınırlandırılması sağlanmaktadır.

Elbette doktrindeki bir görüş tarafından teorinin dayandığı temelin beraberinde getirdiği bu olumlu yönler tasvip edilse de<sup>108</sup> şerikin faili destekleyeceğini açıkça belirtmesi nedeniyle faille şerik arasında bir anlaşmanın olduğunun bilinmesi halinde objektif gözlemcinin şerikin bu hareketinin bir dayanışma hareketi olduğu sonucuna ulaşacağı, buna karşılık bu durumların gözlemci tarafından bilinmemesi halinde muhtemelen bu neticeye erişilemeyeceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla da bu tür bir kriterin ne derece yerinde olduğu sorusunu yöneltmiştir ki buradan hareketle *Schumann*'ın eleştirilere cevap vermek adına geliştirdiği “dayanışmanın fark

<sup>106</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 11.

<sup>107</sup> Schumann, **a.g.e.**, s. 50, 51.

<sup>108</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 29. Nitekim *Roxin* de azmettirme için mutlaka bir “istemde bulunmanın” gerekli görülmesini, sırf faili fiile yönelik teşvik edici durumların oluşturulmasının yeterli addedilmemesini yerinde görmüştür (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 23).

edilebilirliği” şeklindeki koşulla objektifliğin sağlanacağı yönündeki düşünce başarısız görünmekte olup bu, birçok durumda ya sübjektif kıstaslarla belirlenmeye terk edilmiş yahut da tesadüflere bırakılmıştır<sup>109</sup>.

***Teoriye yöneltilen sekizinci eleştiri, esasında yukarıda değinilen tüm eleştirilerin de temel çıkış noktası olup her iki şeriklik türünün cezalandırma temeli bakımından da aynı ölçütlerin geçerli olmasına ilişkindir. Zira bu hususa dair azmettirme ile yardım etme arasında bir farklılaştırma yapılmaması nedeniyle ceza kapsamlarının birbirinden farklı uygulanmasının da izah edilebilir olmasının zorlaştığı ifade edilmektedir.***

Öğreti kapsamında hem yardım eden hem de azmettirenin cezalandırma temeli başkasının haksızlığı ile dayanışma içerisinde bulunma olarak görülmektedir. Dolayısıyla kanunda yardım eden bakımından niçin ceza indirimine yer verildiğinin ve bu suretle azmettirenin göre daha az ceza ile cezalandırılmasına olanak tanındığının yanıtlanması noktasında bir zorluk ortaya çıkacağı açıktır<sup>110</sup>. Bu eleştiriye karşılık yardım edenin cezasının kural olarak failin cezasına bağlı tutulduğuna ve yardım etmeye ilişkin düzenlemede yer alan zorunlu ceza indiriminin mümkün mertebe farklı bir iştirak şekline veya farklı bir dayanışma yoğunluğuna sahip olduğuna işaret edilmiştir<sup>111</sup>. Buna rağmen dayanışmanın bu farklı yoğunluk derecelerinin nasıl ve kim tarafından tespit edileceği, bunun hangi ölçütlere göre yapılacağı hususları açık bırakılmış, böylelikle teoriye yöneltilen bu eleştiri tam anlamıyla yanıtlanamamıştır.

***Nihayet son olarak Schumann’ın etki teorisine dayanarak şeriklerin faile yönelik katkılarını hukukun yürürlük gücü karşısında sosyal-psikolojik anlamda bir tehlike olarak görüp şerikliğin cezalandırılmasını gerekçelendirmek istemesine yönelik olarak da çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür.*** Nitekim teşebbüs aşamasında olan bir failin cezalandırma temeli ile şerikliğin cezalandırma temelinin eş görülemeyeceğine dikkat çekilmiş, eğer böyle olursa bu defa şerikliğin de tıpkı suçta teşebbüs gibi barışı bozan bağımsız bir suç olarak anlaşılması sonucunun ortaya

<sup>109</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 35.

<sup>110</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 119; Schoepke, a.g.e., s. 14.

<sup>111</sup> Theile, a.g.e., s. 39.

çıkacağı ifade edilmiştir<sup>112</sup>. Kaldı ki şeriklik hareketinin cezaya layık olmasının bu şekilde soyut tehlikeliliğe dayandırılması, kişilerin hareket özgürlüğünü katlanılmaz şekilde sınırlandıracaktır. Zira henüz bu aşamada kişinin amacının belirsiz olacağı da açıktır<sup>113</sup>.

Nitekim böyle bir kabulden hareket edilmesi halinde cezalandırılabilirliğin her daim evvela şerikin hareketinin neticeye etki etmesi halinde söz konusu olacağı yönündeki gerçek görmezden gelinmiş olacaktır. Öyle ki azmettirmede bir kimseyi öldürmeye azmettiren kişiye mağdurun ölümünün değil de bilakis sadece faille olan dayanışmasının, dayanışma teşkil eden hareketinin yüklenmesinin hayatın olağan akışına uygun bir sonuç olmayacağına da vurgu yapılmıştır<sup>114</sup>.

Şu halde bu teori, akim kalmış yardım etmenin de cezalandırılabilmesi sonucunu beraberinde getirecektir. Bu tür bir sonuç ise, akim kalmış azmettirmenin dahi cezalandırılmadığı TCK'ya açık bir aykırılık teşkil edecekken yalnızca akim kalmış azmettirmenin cezalandırıldığı, buna karşılık akim kalmış yardım etmenin cezalandırılmadığı Alm. CK'ya da aykırı olacaktır. Bu bakımdan failin fiili icra hareketleri aşamasına geçmiş olmasa bile failin fiiliyle dayanışma teşkil ettiğinden yardım edenin değersiz konumdaki hareketinin cezaya layık görülmesini gerekli kılacak olan<sup>115</sup> bu öğretinin, Türk hukuku açısından da gerek *de lege ferenda* gerekse *de lege lata* bakımından uygun olmadığı açıkça ifade edilebilir.

## **B. Neden Olma Teorileri**

Bu teorilere göre şeriklerin cezalandırılmasının altındaki en önemli sebep, şeriklerin fail üzerinden hukuki değerlerin ihlaline neden olmasıdır. Dolayısıyla da bu kapsamdaki öğretiler, şeriklerin faili iğfal ettikleri, faile zarar verdikleri için değil; bilakis fail üzerinden yahut da bağımsız şekilde korunan hukuki değerleri ihlal edici hareketlerinden dolayı cezalandırılır. Neden olma teorileri, farklı versiyonları bulunsa da temelde üç farklı teoriden oluşmaktadır. Bunlar; *i.* Bağımsız suç olarak şeriklik teorisi, yani saf neden olma teorisi ile soyut tehlike haksızlığı olarak şeriklik

<sup>112</sup> Redmann, *a.g.e.*, s. 30.

<sup>113</sup> Stein, *a.g.e.*, s. 112.

<sup>114</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 24.

<sup>115</sup> Theile, *a.g.e.*, s. 39.

öğretisi, *ii*. Bağlılığa yönlendirilmiş destekleme ve neden olma teorisi, *iii*. Hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisidir.

## 1. Bağımsız Suç Olarak Şeriklik Teorisi (Şerik Suçları)

### a. Saf Neden Olma Teorisi

#### i. Teorinin Esası

*Lüderssen* ve *Schmidhäuser* tarafından geliştirilen ve günümüzde *Dencker* tarafından savunulan bu teoriye göre şerikliğin tek başına bir haksızlık teşkil ettiği kabul edilmektedir (şerik haksızlığı)<sup>116</sup>. Bu görüşün çıkış noktası, şerikin haksızlığının failin fiilinden kaynaklanmadığı, bilakis tam anlamıyla failin fiilinden bağımsız olduğu, bu çerçevede de şerikin haksızlığının, failin haksızlığı karşısında neden olunan bağımsız bir haksızlık üzerinden mevcudiyeti tezine dayanmaktadır<sup>117</sup>. Bu öğretiye göre şeriklik, tıpkı faillik gibi özel hükümlerde tanımlanan suç tipleri kapsamında korunan hukuki değerlerin ihlal edilmesine neden olabilen iştirak şekilleridir. Öğretiyi savunan yazarların esas itibariyle savundukları bu görüş,

<sup>116</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 179. Aslında daha evvel de ifade edildiği üzere kusura iştirak ve haksızlığa iştirak teorileri de şeriklerin haksızlığının bağımsızlığından hareket etmektedir (Less, **ZStW 1957**, s. 54, 55; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 16; Welz, **a.g.e.**, s. 23). Dolayısıyla kusura ve haksızlığa iştirak teorileri ile neden olma teorileri şeklindeki bir ayırım yerine bağımsız şerik haksızlığı, haksızlığa iştirak ve bağlı şeriklik teorileri şeklinde basit bir ayırım da yapılabilir ve kusur iştirak teorisi, saf neden olma teorisi ve soyut tehlike haksızlığı, bağımsız şerik haksızlığı kapsamında incelenebilir, yani farklı bir sistematik de takip edilebilirdi. Ancak gerek kusura iştirak teorisinin içerik itibariyle saf neden olma teorisinin tamamen karşısında yer alması ve birçok eleştiriye tabi tutulması (H. Mayer, **FS-Rittler**, s. 256) gerekse bu defa “neden olma”dan (neden olma teorileri) hareket eden teorilerle failin hukuk düzeninden sapıtılmasından ve şerikin kusurunu (kusura iştirak teorisi) veya haksızlığını (haksızlığa iştirak teorisi) faile bulaştırmasından yola çıkan teorilerin birbirine karışması ve sistematik bir incelemenin gerçekleşmeme ihtimalinin söz konusu olması dolayısıyla bu tür bir inceleme yolu tercih edilmemiş, Alman hukuk literatüründe genel olarak takip edilen irdeleme yöntem izlenmiştir.

<sup>117</sup> Klaus Lüderssen, **Strafgrund der Teilnahme**, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1967, s. 119, 189; Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, 2.Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen 1975, 14/55, 99; Friedrich Dencker, “Beteiligung ohne Täter”, **Festschrift-Klaus Lüderssen**, Baden-Baden 2002, s. 525, 534; Schumann, **Das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr Tübingen, 1986, S. 44; Welz, **a.g.e.**, s. 25; Baunack, **a.g.e.**, s. 26; Geppert, **Jura 1997**, s. 299; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 540, dpn. 1046. Esasında bazı eserler de şeriklik düzenlemelerini özel hükümlerde yer alan bağımsız suç tipleri olarak kabul etmesi nedeniyle *Herzberg*’in de bu görüş içerisinde sayıldığı görülmekteyse de (Bkz. Baunack, **a.g.e.**, s. 28, 29; Redmann, **a.g.e.**, s. 31) kanaatimizce *Herzberg*, *Lüderssen*’in aksine şerikliğe ilişkin düzenlemelerin, özel hükümlerde yer alan düzenlemeler yoluyla *tamamlanan gerçek anlamda suç tipleri* olarak telakki etmiş (*Herzberg*, **GA 1971**, s. 2, 12) olduğundan her ne kadar neden olma teorileri altında irdelenecek olsa da ayrı bir başlık altında incelenmesi daha uygun olacaktır. *Herzberg*’in görüşlerinin irdelenmesine ilişkin bölüm için bkz. “Soyut Tehlike Haksızlığı Olarak Şeriklik”.

birbiriyle uyuşmakta ise de detaylar bakımından aralarında bazı farklılıkların olduğu görülmektedir<sup>118</sup>.

Bu çerçevede “bağımsız şerik suçu” öğretisini<sup>119</sup> önemli derecede geliştirdiği söylenebilecek olan *Lüderssen*, ceza hukuku anlamında bir haksızlığın mevcut olup olmadığının sadece özel hükümlerdeki suç tiplerinden anlaşılabilceğini belirttiikten sonra ceza kanununun özel hükümleri bağlamında yer alan suç tipleri kapsamında yalnızca faillğin değil, aynı zamanda şerikliğin de, en azından şerikliğin yapısının da tanımlandığını ifade etmiştir<sup>120</sup>.

Bu noktada sorulacak soru, özel suç tipleri bağlamında açıkça tanımlanan, sadece fail tarafından gerçekleştirilebilecek tipik bir hareket bulunmasına ve bu hareketin şerik tarafından gerçekleştirilmesi imkanı olmamasına rağmen –ki zaten tipik hareketi gerçekleştirmiş olsa bu defa şerik değil fail olarak nitelendirilir- bu suç tiplerinin şerikler tarafından da nasıl ihlal edilebilir olduğudur. Bu soru, özel hükümlerdeki suç tanımlamalarının tamamen faile göre biçimlendirilmiş olması nedeniyle burada şerikliğe ait haksızlığın yorum yoluyla ortaya konması gerektiği şeklinde yanıtlanmıştır<sup>121</sup>. Bu çerçevede de bir suç tipi bağlamında haksızlığın gerçekleştirilmesi için failin tipe uygun şekilde hareket etmiş olmasının yeterli olmadığı, esas belirleyici olan hususun suç tipi kapsamında korunan hukuki değerlerin ihlal edilmesi olduğu, nitekim bu hukuki değerlerin şerikler tarafından da ihlal edilebileceği ve bu suretle şerikin kendisinin de tipe uygun olarak hareket edebileceği belirtilmiştir.

Bu kapsamda failin tipe uygun bir şekilde hareket etmiş olması yeterli olmayıp esas belirleyici olan hukuki değerlerin ihlal edilmesi ve bunun şeriklerin şahsında da tipik bir şekilde gerçekleşmesidir ki, bu bir “gereklik olarak” görülmüştür.

<sup>118</sup> Belki de teori, *Schmidhäuser*'den çok *Lüderssen*'e özgülenebilir. Öyle ki *Bloy*, incelemesinde doğrudan “Saf Neden Olma Teorisi Temelinde *Lüderssen*'in Anlayışı” şeklinde bir başlığa yer vermek suretiyle saf neden olma teorisi kapsamında sadece *Lüderssen*'in görüşlerini irdelemiştir (*Bloy, Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 176-179). Elbette *Bloy*'un bu şekilde bir inceleme yapmasında *Lüderssen*'in saf neden olmaya verdiği önem ve şeriklerin failin fiiline olan bağlılıklarını tam anlamıyla ortadan kaldırması etkili olsa da aynı zamanda *Schmidhäuser*'in bağlılığı tam anlamıyla ortadan kaldırmamış olması ve hatta bağlılığın cezalandırılabilirliği sınırlandırıcı bir fonksiyonunun bulunduğuna yer vermiş olması da etkili olmuştur (*Schmidhäuser, AT*, 14/77).

<sup>119</sup> *Koca/Üzülmez* de öğretisi için bu isimlendirmeyi tercih etmiştir (*Koca/Üzülmez, a.g.e.*, s. 456).

<sup>120</sup> *Lüderssen, a.g.e.*, s. 29.

<sup>121</sup> *Lüderssen, a.g.e.*, s. 97.

Böylelikle şeriklerin cezalandırılabilirliği fail tarafından gerçekleştirilmiş fiilin mevcudiyetine bağlı görülmemiş<sup>122</sup>, bu suretle şerikliğin tam anlamıyla bağımsız bir haksızlık içeriğine sahip olduğuna işaret edilerek bu durum bir örnekle de pekiştirilmiştir. Nitekim A'nın kendisine ait olan bir taşınır malı, B'ye zorlayarak bulunduğu yerden almasına ve götürmesine neden olması halinde sadece fail suç tipini yerine getirmiş olacağından haksızlığın gerçekleşmediği kabul edilir. Zira bu durumda şerikin kendisi bakımından bir haksızlık gerçekleşmiş olmayacaktır<sup>123</sup>. Böylece suç tipleri kapsamında korunan hukuki değerlerin faile karşı korunduğu gibi şerike karşı da korunduğu ileri sürülerek adeta faille şerik birbirinden ayrı tutulmuştur. O halde bu öğretiyeye göre söz gelimi kasten öldürme, cinsel saldırı, hakaret gibi suç tipleri kapsamındaki hukuki değerler, failden bağımsız olarak şerike karşı da korunmakta, şerik tarafından da ihlal edilebilir bir nitelik arz etmektedir<sup>124</sup>.

Temelde bu teoriye bağlı kalmakla birlikte detaylarda bazı farklılıklara işaret eden *Schmidhäuser* ise faillikle şeriklik arasındaki farkın sadece kanuni tanımlamada yer aldığını belirtmiştir. Buna göre hukuki değerlerin ihlal edilmesi hususunda, yani içerdikleri değersizlik açısından aralarına herhangi bir fark koymamaktadır<sup>125</sup>. Buna göre şeriklik suçunun, fail suçu gibi kendi haksızlık ve kusurunun değersizliği çerçevesinde bir suç teşkil ettiği, bunun hukuki değerleri ihlal eden, isteyerek yapılan fikinsel bir hareket olduğu, bu kapsamda ilk noktada özel hükümlerdeki düzenlemelerin ve genel hükümlerdeki kendine ait düzenlemelerin kombinasyonundan kendi tipikliği içinde, ikinci noktada ise failin tipik ve hukuka aykırı fiiliyle ilişki içerisinde mevcut olduğu belirtilmiştir. Şerik suçlarının cezalandırma temelini, fail suçlarından farklı olmadığına vurgu yapılmış, fail gibi şerikin de suçu kendisi için işlediği, nitekim Alm. CK'nın akim kalmış azmettirmeyi de cezaya layık gören bir düzenlemeyi (§ 30/1) ihtiva ederek şerikin faile olan

<sup>122</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 28, 119.

<sup>123</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>124</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 194. Ancak elbette *Lüderssen*, bazı durumlarda hukuki değerlerin faile karşı şerike karşı korunduğundan daha sert bir şekilde korunduğunu ifade etmiş, diğer durumlarda ise hukuki değerlerin sadece şeriklere karşı korunacak şekilde dizayn edilmiş olduğunu belirtmiş, buna da Alman ceza hukukunda § 180 Alm. CK kapsamında ihdas edilen "Küçükleri Cinsel Davranışlara Teşvik Etme" suçunu örnek göstermiştir (Lüderssen, **a.g.e.**, s. 195).

<sup>125</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/6. *Schmidhäuser*, burada sadece fenomenolojik olarak tanımlanan deneysel kavramların söz konusu olduğunu, bu çerçevede gerçek bir tanımlama yoluyla belirmenin olmadığına dikkat çekmek istemiştir (Schmidhäuser, **AT**, 14/7).

bağlılığı prensibinin de ihlal edilmiş olduğu, bunun da şerikin failden bağımsızlaştırıldığını gösterdiği ifade edilmiştir<sup>126</sup>.

“Şerik, başkasının izin verilmeyen fiiline katılmamış, bilakis başkasının fiiline izin verilmeyecek şekilde katılmıştır.” ifadesine yer verilmiş, bunun ne anlama geldiğine değinilmiştir. Buna göre bu ifade, failin yanında şerikin kendisinin de, isteyerek belli bir amaca yönelik olarak veya başkasında fiilin işlenmesi kararının oluşmasına neden olarak yahut da başkasının hareketine destek olarak bu kişinin haksız hareketini geride bırakacak şekilde bir tehlike oluşturmak suretiyle hukuki değerleri ihlal etme yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir.

Bu şerikin de diğer bir kimsenin fiili işleme kararını vermesine “neden olarak veya hareketlerini destekleyerek” hukuki değerleri ihlal ettiği görüşünden hareketle bazı tespitler yapılmıştır. Buna göre evvela şeriklerin haksızlık temeli de failin haksızlık temeli gibi neticenin haksızlığına değil, hareketin haksızlığına dayanır. Bu açıdan şerik haksızlığı yalnızca kısmi olarak failin hukuka aykırı fiilinin gerçekleştirilmesine dayanabilir. Bunun yanında şerikliğin kendi değersizliğinden, şerik suçunun tipik haksızlığının bağımsızlığından yola çıkılarak şerikin kendi fiilinin, failin fiilinin hukuki değerleri ihlal eden yönüne sahip olan haksızlık anlamında yeterli olduğuna da işaret edilmiştir<sup>127</sup>.

Bu teori kapsamında yer alan bir diğer yazar da görüşleri daha çok Schmidhäuser'e yakın olan M.-K. Meyer'dir. Nitekim yazar, şerik haksızlığının bağımsızlığı meselesinin suç kavramından bağımsız değerlendirilemeyeceğini, suç ifadesinin kendisi hakkında ceza yaptırımını uygulanan bir fiil olduğunu, bütün suçlar bakımından ortak olarak ceza için belirli kınanabilir insan hareketlerinin temel alındığını belirtmiştir. Bu kapsamda suçun, ceza için bir hukuki sonuç olarak şart koşulan kınanmaya layık fiili olayların içinde yer aldığı ve “cezaya layık hareket”, “cezalandırılabilir fiil”, “ceza hukuku anlamında kınanabilir davranış” gibi yerine kullanılacak birçok başka alternatifin bulunduğu bir kavram olduğu ifade edilmiş, bu kavramların kanunen şeriklik olarak tanımlanan hareketler üzerinde de uygulanması halinde şerik fiilinden veya şerik suçlarından söz edilmesinde herhangi

<sup>126</sup> Schmidhäuser, AT, 14/56, 57.

<sup>127</sup> Schmidhäuser, AT, 14/57.

bir tereddütün ortaya çıkmayacağına vurgu yapılmıştır<sup>128</sup>. Bunun yanı sıra suç tanımı dışında bizatihi hareketin kendi yapısından da olaya yaklaşılmış, hareketin yapısının belirli bir tarafa yöneltilmiş irade ve iradenin kullanılması olarak tanımlanması halinde, bunun şeriklikte bulunmadığının söylenemeyeceği belirtilmiş, failin ve şerikin iradesinin içeriğine göre sorgulama yapılacak olursa ilgili kişinin hareketinin hukuki değerleri ihlal edici karaktere şeriklerin de sahip olabileceğinin altı çizilmiştir<sup>129</sup>.

Kanun tekniği gereği suç tiplerinin tanımlanma şeklinden hareket edilerek suç tipleri kapsamında tanımlanan belirli hareketlerin sadece kanuni olarak tipeleştirilen hareket şeklinde anlaşılması durumunda kasten öldürme suçu bakımından azmettirme ve yardımda bulunma hareketlerinin bu tür kanuni olarak tipeleştirilen hareketleri teşkil edeceği hususunda tereddütsüz bir cevap verilemeyeceği, buna karşılık şerikin özel hükümlerde tanımlanan tipe uygun hareketi icra etmemiş olduğuna da bir sebep gösterilemeyeceğine dikkat çekilmiştir. Zira şerikin, fiili sadece fail olarak işleyemeyeceği, bu anlamda suç tiplerinin şerikler tarafından da faillik şeklinde olmasa bile şerik olarak işlenebilir olduğu belirtilmiş, bu suretle de şeriklik hareketlerinin suç tiplerine adeta bir ataçla bağlanmış olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayrıca şeriklik hareketinin değersizliğinin kaynağı üzerinden bir irdeleme yapılarak şerikin hareketinin kanun tekniği açısından yalnızca failin işlediği fiil sonucunda gerçekleşen neticeye hizmet ettiği yönünde bir sonuca ulaşamayacağı, kanunun anlayışı dikkate alındığında her durumda neticenin değersizliğinin hareketin değersizliğini kapsam dışında bırakmaksızın bünyesinde fazlaca hissettirdiği hususlarına dikkat çekilmiştir<sup>130</sup>.

## ii. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

***Teori kapsamında ilk olarak bağlılık kuralının tamamen gözardı edilmiş olması eleştirilebilir. Nitekim bağlılığın bu şekilde bütünüyle görmezden gelinmesi, kanuni düzenlemelere de açık bir aykırılık teşkil edecektir.***

Nitekim teori kapsamında suç tipi kapsamında korunan hukuki değerlerin şeriklere karşı da korunduğu kabulünden hareketle fail tarafından işlenmiş fiil

<sup>128</sup> Maria-Katharina Meyer, “Tatbegriff und Teilnehmersdelikt”, GA 1979, s. 253, 254.

<sup>129</sup> M.-K. Meyer, GA 1979, s. 256.

<sup>130</sup> M.-K. Meyer, GA 1979, s. 257.



mevcut olmasa dahi şeriklerin cezalandırılabilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede şeriklerin sadece kendi haksızlıklarından dolayı sorumlu olabilecekleri düşüncesinden hareket edilerek şeriklerin bağıllığının tamamen reddedilmesi sonucunu ortaya çıkaracak şekilde iki önemli fikir ileri sürülmüş, böylelikle tipik haksızlığın sadece özel hükümlerde tanımlanan suçlar kapsamında tipik olarak görüneceği göz önünde bulundurulduğundan her bir suç tipinin şeriklerin de cezalandırılabilirliklerini temellendirmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>131</sup>.

Bu fikirlerden ilki, kişinin kendisine ait bir değeri ihlal etmesine ilişkindir. Nitekim intihar durumunda da şerikliğin cezalandırılması gerektiği, zira bu durumda da intihar eden kişi haricindeki diğer kişilere karşı korunan hukuki değer yaşam olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre yaşam şeklindeki hukuki değer şeriklere karşı da korunduğu, bu nedenle bir kimsenin kendi yaşamına son vermek istemesi suretiyle yaşam hakkını ortadan kaldırmak istemesine rağmen bu hak hala kendisine karşı korunmakta olan bir diğer kişinin bu hakkın ihlal edilmesine katkıda bulunmak suretiyle azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği iddia edilmiştir<sup>132</sup>.

Bu argümanlara karşı doktrinde farklı eleştiriler ileri sürülmüştür. Bunlardan en önemlisi, şerikliğin bağı olmayan yapısının kanuni düzenlemede dikkate alınmamış olmasıdır<sup>133</sup>. Nitekim gerek Alm.CK'da gerekse TCK'da yer alan şerikliğe ilişkin düzenlemeler farklı bir çıkış noktasından hareket etmişlerdir. Bu çerçevede her iki kanun kapsamındaki şerikliğe ilişkin düzenlemelerin temelinde de sınırlı bağıllık kuralından yola çıkılarak fail tarafından kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması şart koşulmuştur. Öyle ki TCK'da yer alan düzenlemede sınırlı bağıllık kuralının kabul edildiği daha evvel de değinildiği üzere 40'ıncı maddenini birinci fıkrasında açıkça ifade edilirken Alm.CK'da azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerden hareketle anlaşılmaktadır<sup>134</sup>. Bu düzenlemeler dikkate

<sup>131</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 25, 28.

<sup>132</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 168.

<sup>133</sup> Schünemann, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 11; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 I 3; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 13; Herzberg, **GA 1971**, s. 3; Sax, **ZStW 90 (1978)**, s. 928; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 177; Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>134</sup> Nitekim *Nikolidakis, Ingelfinger* tarafından azmettirmeye ilişkin düzenlemeden (Alm. CK § 26) hareketle formüle edilen fail tarafından işlenen fiilin neticelerinin sadece *contra legem (hukuka aykırı)* olduğu durumlarda azmettirenin de cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu (Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 11) tespitine atıfta bulunarak *Lüderssen*'in görüşünün Alman hukuku bakımından bir

alındığında şeriklik, açık bir şekilde failin belirli nitelikleri haiz fiiline bağlı tutulmuş, cezalandırılmasına yol açan haksızlık kapsamının büyük ölçüde failin bu tür bir fiilinden kaynaklandığı kabul edilmiş, böylelikle de şerikliğin faillik karşısında bağımsız olduğunu, faillikten münferit bir haksızlığa sahip olduğunu ifade eden bu görüş saf dışı bırakılmıştır<sup>135</sup>. Bu anlamda intihara hukuka aykırı bir fiil olmadığı, bu bakımdan herhangi bir kimseyi intihara teşvik eden bir kimsenin azmettiren olarak cezalandırılmayacağı yönünde ciddi itirazlar ileri sürülmüştür. Öyle ki sırf bu nedenle başkasını intihara azmettirenin cezalandırılmasına imkan tanınması için TCK md. 84 kapsamında “*İntihara Yönlendirme*” suçunun ihdas edilmesi gerekli görülmüştür.

Tüm bunların yanında teori kapsamında intihara şerikliğe ilişkin fikrin ayakta tutulabilmesi için dolaylı failliğin yapısının yeniden ele alınmasının imkan dahilinde olduğuna, bu sayede artık sorunun şerikliğin cezalandırma temeline ilişkin olmaktan çıkmış olacağına işaret edilmiştir<sup>136</sup>. Ancak *Lüderssen*, kendisi tarafından sunulan bu şeriklik öğretisi fikrinin yürürlükteki düzenlemelerin bir yorumu olarak anlaşılamayacağı, bu düşüncelerinin ceza hukuku dogmatikinde ayrı bir yerinin bulunduğu ve bu kabulden hareket edilmesi gerektiği cevabını vermiştir<sup>137</sup>. Bu açıdan kanuni düzenlemelerde açıkça bağlılıktan hareket edildiği şeklindeki söz konusu eleştiriler karşısında *yazarın* bu yanıtı dikkate alınarak ileri sürdüğü görüşün bir anlamda yerinde görülebileceğinin de altı çizilmiştir<sup>138</sup>.

Teori kapsamında ileri sürülen iki önemli fikirden ikincisi ise kaza anında güvenliğinin sağlanması için yalvaran bir kimseye yardım etmemesini söyleyerek kişinin kazaya müdahale etmesini engellemesi nedeniyle kazazedenin ölmesi halinde yardımda bulunmayan kimsenin sadece “Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünü Yerine

---

anlam içermediğine vurgu yapmıştır (Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 39). Aynı durumun TCK md. 40/1 hükmü dikkate alındığında Türk hukuku açısından da geçerli olduğu kesin olarak ifade edilebilir.

<sup>135</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>136</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 26.

<sup>137</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 29. Keza *Lüderssen*’e yakın bir şekilde bu teori kapsamında yer alan *M.-K. Meyer* de şeriklerin haksızlık ve kusur kapsamının cezalandırılabilirliğinde bu tür fail tarafından işlenmiş olan esas hareketten vazgeçilmesi imkanının kanunen tespit edilebilir olduğunu, kanuni tanımlamaların maddi anlamda olaylara uygulandıkları düşünüldüğünde şerik haksızlığının iddia edildiği gibi failin fiiline bağlılığının ispatlanabilir olmadığını belirtmiş, *Lüderssen*’e yakın bir görüş ileri sürmüştür (M.-K. Meyer, **GA 1979**, s. 256).

<sup>138</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 177.

Getirmeme” suçu dolayısıyla cezalandırılacağı, bu müdahaleye sözleriyle engel olan kimsenin ise her ne kadar öldürme suçu açısından fail tarafından işlenmiş tipik bir fiil bulunmasa bile kendisine karşı korunan yaşam hakkını bir kimseye söz söylemek suretiyle icrai harekette bulunarak ihlal ettiğiinden kasten öldürme suçuna şeriklik nedeniyle sorumlu tutulacağı yönündedir<sup>139</sup>.

Gerek ilk fikir gerekse ikinci fikre yönelik olarak cezalandırılabilirliğin katlanılmaz derecede genişlemesine neden olduğu, zira failin fiili bulunmamasına rağmen şeriklerin cezalandırılmasına imkan tanıdığı eleştirisi ileri sürülebilir<sup>140</sup>. Gerçekten de cezalandırılabilirlik sınırının genişlemesi bir tarafa bu görüşlerle birlikte tıpkı yukarıdaki kazaya müdahale edilmemesi olayında olduğu gibi azmettirenin failden daha ağır bir suçtan sorumlu tutulması şeklinde iştirak türlerinin içeriksel anlamda kapsamlarının birbirine karışması, bunun da şeriklikle faillik arasındaki ayrımın ortadan kalkması ve tek faillik sistemine doğru gidilmesi şeklindeki sonuçları ortaya çıkarabileceği özellikle ifade edilebilir.

***Bağlılığın göz ardı edildiği yönündeki bu eleştiri, Schmidhäuser’in şeriklik alanında bağluluk düşüncesine karşı kanunun bağluluktan kastının sadece ceza değerlendirmesi anlamında faille şerikin ilişkilendirilmesi olduğu yönündeki ifadeleriyle bağluluğa yalnızca bir tür cezalandırma koşulu olarak değer biçmiş olmasına yönelik olarak evleviyetle yapılabilir.*** Her ne kadar Schmidhäuser, Lüderssen’in aksine kanunda yer alan bağluluk kuralını içeren düzenlemeleri tamamen görmezden gelmeyecek bir sonuca ulaşmaya çalışmış, kanuni düzenlemelerde yer alan şeriklerin faile olan bağluluğuna farklı bir nitelik atfetme yönünde bir çaba içerisine girmiş olsa da *yazar*, bağluluğa adeta cezalandırılabilirliğin sınırlandırılması bağlamında bir rol yüklemiş, yani failin fiiliyle birlikte gerçekleşen neticeyi, şeriklik suçunun varlığı için bir koşul olarak değil, sadece şeriklik suçunun cezalandırılması için, diğer bir ifadeyle cezaya layık hale gelmesi için bir şart olarak telakki etmiştir<sup>141</sup>.

Bunun yanı sıra *yazar*, şeriklik suçlarının tipik haksızlığı kapsamında netice suçlarında olduğu gibi hareketin değersizliği ile neticenin değersizliğini birbirinden

<sup>139</sup> Lüderssen, **a.g.e.**, s. 192.

<sup>140</sup> Renzikowski, **a.g.e.**, s. 46.

<sup>141</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/57.

ayırması, esas dikkate alınması gerekenin hareketin değersizliği olduğunu ifade etmiştir. Buna göre azmettirme ve yardım etmenin kendi hareketlerinin neticesinin yanında failin icra hareketlerine başlaması suretiyle failden kaynaklı bir neticeden oluştuğu belirtilebilir. Alm.CK'da akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasına imkan veren § 30/1 düzenlemesinden de hareket eden *yazar*, bu düzenlemenin sadece cürümler bakımından azmettirmeyi kapsadığını ve cezalandırdığını, dolayısıyla da failin fiilinin neticesinin şeriklik suçu açısından bir cezalandırma koşulu anlamına geldiğini, şeriklik suçunun tipik haksızlığı içerisinde neticenin değersizliğinin belirli bir kısımdan başka bir şey olmadığını vurgulamıştır<sup>142</sup>.

Ancak bu görüşe karşılık neticenin kendisinin haksızlığın ayrılmaz bir parçası olduğu ve hiçbir şekilde salt cezaya layık olma koşulu olmadığı hususlarının önemle altı çizilmiş, suçun oluşumuna neden olanın sadece hareket olduğu, neticenin ise salt cezalandırmayı sağladığı gibi bir tezin faillik-şeriklik ayrımı ve keza fiil hakimiyeti teorisiyle uyumlu olmadığı ifade edilmiştir<sup>143</sup>.

***Bu anlamda üçüncü olarak bu tezinin ikilik sistemiyle de uyumlu olmadığı, en nihayetinde teori kapsamında her ne kadar “şeriklik” kavramına ifade olarak yer verilse de tezinin tek faillik sisteminden başka bir şey olmadığı eleştirisi ileri sürülebilir.*** Bu eleştiri, özellikle de *Schmidhäuser*'in bağlılık kuralının bir gereği olarak ileri sürülen failinin fiilinin kasıtlı olarak işlenmesi koşulunun da gereksiz bir şekilde cezalandırılabilirliği sınırlandırdığı, taksirli fiile yönelik azmettirme ve yardım etmenin de cezaya layık olacak şekilde mümkün olduğu, dolaylı failliğin bu anlamda her durumda bir güvence sağlamadığı, cezalandırılabilirliğin bu şekilde sınırlandırılması ile birlikte esas yapının isabetsiz bir hale geldiği ifadeleri<sup>144</sup> karşısında daha da görünür olacaktır.

Gerçekten de bu kabulden hareket edildiğinde bir tarafta failin taksirli olarak işlediği suçtan, diğer tarafta ise failin taksirli olarak hareket ettiğinden de haberdar olan, bu anlamda ön plandaki kişiye göre sürece hakim konumda bulunan bir kimsenin kasıtlı olarak işlenen suçtan azmettiren yahut da yardım eden olarak sorumlu tutulması mevzu bahis olacaktır. Azmettiren açısından cezasının failin

<sup>142</sup> Schmidhäuser, AT, 14/62.

<sup>143</sup> Roxin, AT II, § 26 Rn. 14.

<sup>144</sup> Schmidhäuser, AT, 14/94.

cezası ile aynı olması hasebiyle sorun o denli görünür olmasa da yardım eden bakımından oldukça dikkat çekici bir hal alacaktır. Zira kalabalık bir kamp sırasında çalılıkların arkasındaki hışırtının bir ceylandan kaynaklandığını düşünerek gerçekte bir insanın bulunduğu çalılıklara doğru ateş eden kişinin taksirle öldürme suçundan sorumlu olması karşısında çalılıkların arkasında insan olduğu bilgisine sahip olarak ateş eden kimseye ateş etmesi için silah teslim eden kişinin kasten öldürme suçundan dolayı fail olarak değil de yardım eden olarak sorumlu tutulması ve cezasında da belli bir oranda indirime gidilmesi abesle iştil bir sonuç olacaktır. Bu garip netice, *yazarın* şeriklerin kendi hareketlerinin taksirli olması halinde taksirli şeriklikten dolayı bir ceza yaptırımını öngörülmemesi, bu durumda tek failliğin esas alınması yönündeki düşüncesine rağmen ortadan kalkmamakta, nihayetinde failin taksirli, şerikin kasıtlı hareket ettiği durumlarda da adeta tek faillik sisteminin kabul edildiği izlenimini ortaya çıkarmaktadır<sup>145</sup>. Daha doğru bir ifadeyle şerikliğin bağıllığı kuralının beraberinde getirdiği çifte fonksiyon sayesinde şeriklerin cezalandırılabilirlikleri sınırlandırıldığından dolayı bu öğretinin kabullerinden hareketle bu bağıllığın ortadan kaldırılması halinde cezalandırılabilirliğin izin verilenin dışında bir şekilde genişleyebileceği belirtilebilir<sup>146</sup>. Gerçekten de bu öğretille birlikte fail tarafından işlenen bir fiilin mevcut olmadığı durumlarda da şeriklik mümkün görülecek, bu da fail tarafından işlenmesi muhtemel tipe uygun hareketin belirlenmesine gerek dahi olmaksızın gerçekleşen netice bakımından nedensel hareketi olan herkesin şerik olarak sorumlu tutulabilmesini mümkün hale getirecektir. Böylelikle de adeta geniş faillik anlayışı kabul edilmiş olacaktır<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/118, 126. Nitekim öğretinin kendi savunularından *M.-K. Meyer*'in şerikin de şeriklik hareketi yoluyla fail gibi aynı hukuki değerleri ihlal edebilme yetkisine olumlu yanıt verilmesi halinde bu defa azmettirme ve yardım etmeden tıpkı faillik gibi suçun farklı görünüm şekilleri olarak bahsedilmesinin uygun görüleceği (M.-K.Meyer, **GA 1979**, s. 258), bunun kabul edilmesi halinde ise tek faillik sistemi ile belli yakınlıklarının olacağı (M.-K. Meyer, **GA 1979**, s. 258) ifadeleri de bunu açıkça ortaya koymaktadır.

<sup>146</sup> Schünemann, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 12; Renzikowski, **a.g.e.**, s. 46.

<sup>147</sup> Jakobs, **AT**, 22/5; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Rn. 72. *Jakobs*, her ne kadar hukuki değerlerin ihlali ve faillikle şerikliğin tek bir kefeye konulmasının geniş faillik anlayışını ortaya koysa da özel yükümlülüklerle ilişkin suçlarda bu genişliğin tam aksine sınırlandırıldığını da ayrıca ifade etmiştir (Jakobs, **AT**, 22/5). Benzer şekilde *Perten* de her bir suç ortağının otonom ve bireysel olarak sorumlu tutulmasının kabul edildiği bu görüşü daha çok *Kienapfel* tarafından savunulan ve temellendirilen tek faillik sistemine benzer unsurlar kullandığına dikkat çekmiştir (Paul Perten, **Die Beihilfe zum Verbrechen**, Breslau 1918, s. 158). *Renzikowski* de şerikle failin aynı şekilde hukuki değeri ihlal edebilir olmalarının kabulünün şüpheli bir şekilde bu anlayışı tek faillik sistemine yakınlaştırdığına işaret etmiştir (Renzikowski, **a.g.e.**, s. 45).

*Şu halde bu üçüncü eleştiriyile de ilişkili olarak bu teorinin belirlilik ilkesine aykırı olacağı, dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine uygun olmayacağı yönünde dördüncü bir eleştiri daha ileri sürülmüştür.* Bu eleştiri, özellikle de kanuni düzenlemelerde yer alan şeriklerin cezaları bakımından fail için öngörülen cezalara bir yönlendirmenin şerikin failin fiiline bağlı olduğunu göstermeye yeteri kadar elverişli olmadığını gösterdiği, bu şekilde bir yönlendirmenin suç tipleri kapsamındaki hukuki değerlerin fail gibi şerikler tarafından da ihlal edilebileceği anlamına geldiği, bu açıdan da şerikin bağlılığının hukuki değil, fiili (de facto) olduğu yönündeki ifadeler<sup>148</sup> karşısında daha da belirgin olacaktır. Zira azmettirmenin failin fiiline sadece fiili bir bağlılık içerisinde bağımsız bir niteliği haiz kabul edilmesi halinde ceza kapsamı açıkça belirlenebilir olmayacak, yani azmettirenin cezasının neye göre belirleneceği muallak kalacak, bu da hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan kanunilik ilkesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırı olacaktır<sup>149</sup>. Dolayısıyla da azmettiren failin fiiline bağlı tutularak cezasının neye göre belirleneceğinin açık hale getirildiği cevabı verilmiştir<sup>150</sup>.

*Beşinci olarak teori kapsamında yükümlülük suçları bakımından farklı yazarlar tarafından ileri sürülen görüşler de çeşitli eleştirilere tabi tutulabilir.* Bu çerçevede Lüderssen'in suç tipi kapsamındaki hukuki değer kişinin kendisine karşı da korunuyor olması halinde kişinin şerik olarak da bu hukuki değeri ihlal edebileceği görüşünden hareket etmesine rağmen şeriklerin, yükümlülük suçlarında yükümlülüğe sahip olmasalar dahi fail üzerinden cezalandırılmalarını kabul etmesi<sup>151</sup> bir tutarsızlık olarak görülmüştür. Öyle ki şerikliğin failin mevcut olan fiilinden tam anlamıyla bağımsız olduğunu kabul eden ve şerikliğin bağlılığına itiraz eden yazarın aynı zamanda bu görüşleriyle çelişkiye düşecek şekilde yükümlülük suçlarında iştirakin söz konusu olaylarda özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin cezalandırılabilmelerini mümkün gördüğü göze çarpmaktadır<sup>152</sup>. Burada her ne kadar yazar, failin fiiline yönelik bu bağlamayı saf fiili bir yapı olarak nitelendirmiş olsa da yazarın bu açıklaması ikna edici bulunmamış, kamu görevinden kaynaklı haksızlığın

<sup>148</sup> M.-K. Meyer, GA 1979, s. 255.

<sup>149</sup> Jakobs, AT, 22/5.

<sup>150</sup> Redmann, a.g.e., s. 32.

<sup>151</sup> Lüderssen, a.g.e., s. 137.

<sup>152</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 38.

her iki suç ortağının da cezalandırılabilirliğinin merkezinde yer alan normatif bir koşul olduğunun altını çizilmiş, bu açıdan da saf neden olma teorisinin ileri sürülen zorlama argümanlar dolayısıyla yürürlükteki hukuki düzenlemeleri açıklamak bakımından yeterli olmadığı ifade edilmiştir<sup>153</sup>.

Bununla birlikte teori kapsamında *Schmidhäuser, Lüderssen*'den farklı olarak şerikliğin de failikten bağımsız olarak kendi değersizliğini haiz olmasını kabulden hareketle gerçek özgü suçlar kapsamında yer alan hukuki değerlerin herkes tarafından ihlal edilemeyeceğini kabul etmiştir. *Yazara* göre şeriklik suçlarının hareketinin haksızlığı da failin fiilinin hareketinin haksızlığı ile eş değer kabul edilmiş olduğundan belli bir yükümlülüğün öngörüldüğü suçlarda failin kendi hareketinin temeli bu yükümlülüğe aykırı davranılması olduğundan bu yükümlülüğe sahip olmayan ve tipiklik kapsamı dışında yer alan failin hareketi nasıl ki suç tipi kapsamında bir haksızlık teşkil etmeyecekse hareketinin haksızlığı failinki ile eşitlenen şerikin de hareketi aynı şekilde haksızlık teşkil etmeyecektir.

Nitekim yazar, “*Özel yükümlülüğün ihlalinin tipik haksızlık bakımından önem arz etmesi halinde bu yükümlülüğü haiz olmayan ilgili kişinin özel olarak yükümlü kılınan kişinin haksız fiiline şerik olarak da cezalandırılabilir olmaz, zira bu kişi şerik olarak sadece kanunun cezasız bıraktığı genel yapıdaki hukuki değeri ihlal etmiş olur.*” ifadelerini kullanmış, bu bağlamda özel faillik niteliğini haiz olmayan şeriklerin bu suçlara iştirak etmiş olmaları halinde failden bağımsız olarak cezasız kalacaklarını belirtmiştir. Daha açık bir ifadeyle suçun temel bir unsuru olarak görünmeyip sadece cezasında artırımı ya da azalmaya yol açan özel kişisel unsurlar bakımından her bir suç ortağının bir diğerinden bağımsız olarak değerlendirilmesini gerekli kılan kuralın suçun temel bir unsurunu oluşturan özel kişisel unsurlar bakımından da geçerli olması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>154</sup>. Bu açıdan da bu unsur kendisinde bulunmasa da suça iştirak etmiş olması halinde şerikin de faile bağlılığı nedeniyle cezalandırılmasına imkan veren görüşleri ve düzenlemeleri gerçeğe aykırı bulmuştur<sup>155</sup>. Şu halde bu öğretiyeye göre kasten öldürmenin ihmali davranışla

<sup>153</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 15.

<sup>154</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/98.

<sup>155</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/85, dpn. 25; Benzer bir eleştiri *Langer* tarafından da yapılmıştır. Bkz. Winrich Langer, **Die Sonderstrafat**, Duncker&Humblot, 2. Auflage, Berlin 2007, s. 484.

işlenmesi suçu bakımından garantör yükümlülüğünün ihlal edilmesine yönelik olarak ön plandaki kişiyi azmettiren ve yükümlülüğü haiz olmayan kişinin cezasız kalması sonucu ortaya çıkacaktır.

*Yazarın* bu görüşü, gerek Alman gerekse Türk kanun düzenlemeleri karşısında uygun değildir. Nitekim her iki kanun kapsamında da (Alm. CK § 28/1, TCK md. 40/2) özel faillik niteliğini haiz olmasa bile kişilerin şerik olarak yükümlülük suçuna iştirak etmeleri mümkün görülmüştür<sup>156</sup>. Kaldı ki bu görüş, sadece özel faillik niteliğini haiz olmayarak işlenen suça şeriklik katkısı sağlayan kişinin cezasız bırakılmasına yol açmakla kalmıyor, aynı zamanda bu niteliği haiz olmaksızın işlenen suça faillik türü bir katkı sağlamasına rağmen söz konusu niteliğe sahip olmadığından mevcut düzenlemeler gereğince yalnızca şerik olarak sorumlu tutulması gerekirken bu sorumluluğu da tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu durum da kanun koyucunun suç tipi kapsamı dışında bulunan kişinin de cezalandırılması gerektiği şeklindeki açık iradesine aykırı olacaktır<sup>157</sup>.

***Buraya kadarki eleştiriler dışında teoriye sadece Türk hukuku açısından ileri sürülebilecek bir eleştirinin de yöneltildiği belirtilebilir. Buna göre teori kapsamında M.-K. Meyer'in şeriklerin failin fiiline bağlı olmadıkları argümanını, Alm.CK'da akim kalmış azmettirmeye ilişkin düzenlemeye binaen inşa etmeye çalışmış olması dikkat çekmektedir.*** Nitekim akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasını sağlayan bu düzenleme ile birlikte şerikliğin hukuki değerleri ihlal eden yapısı, failin fiilinin meydana gelmesinden bağımsız olacaktır<sup>158</sup>. Bununla

<sup>156</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 14; Schünemann, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 12; Joecks, vor §§ 26, 27 Rn. 9; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 vd. Rn. 20; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 I 3; Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>157</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 15. *Schmidhäuser*'in bu görüşünün mevcut kanuni düzenleme ile uyumlu olmadığını belirten diğer bir görüş için bkz. Geppert, **Jura 1997**, s. 300. Zaten *Schmidhäuser* de başlangıçta bunu bir görüş olarak ileri sürmekle birlikte geçerli bir kural olarak da savunurken daha sonradan bu düşüncesini değiştirmiş ve kapsam dışında bulunan kişinin cezalandırılabilirliğini kabul etmek durumunda kalmıştır. Bu bakımdan *Schmidhäuser*'in bu görüşü sadece bir temenniden ibaret kalmıştır (Schmidhäuser, **AT**, 14/85, dpn. 25).

<sup>158</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/57; M.-K. Meyer, **GA 1979**, s. 255. *M.-K. Meyer*, bu argümanını Alman Ceza Kanunu'ndaki akim kalmış azmettirmeye ilişkin düzenlemede sadece cürümlerin cezalandırılması kapsamında işlenen fiilin kimin şahsında cürüm olması gerektiği sorusuna bir görüşün muhtemel failin kişiliğine bağlı olduğunu ifade etmişken (Aktaran Dallinger Dreher, "StGB §§ 49a I, 50 II", **MDR 1955**, s. 119) hakim olan diğer görüşün amaçlanan azmettirmenin cürüm olup olmadığına bağlı olduğunu ileri sürmüş olması (Schmidhäuser, **AT**, 15/108) ile daha da pekiştirmeye çalışmış, bunun azmettirmenin suç niteliğinin açıkça failin fiilinden bağımsız



birlikte *yazar*, şerikin faile bağlı tutularak fail tarafından işlenen suçun cezası ile cezalandırılmasının, failin fiilinin meşru olması durumunda önemli ölçüde sınırlandırılması anlamına geldiği, keza bu durumun şerikin beklentisine aykırı olarak failin fiilinin sadece teşebbüs aşamasına ilerlemiş olması karşısında da bir anlamda geçerli olduğu hususlarına dikkat çekmiştir<sup>159</sup>.

Dolayısıyla *yazar*ın tüm bu iddiaları, azmettirme düzenlemesinde azmettirenin fail gibi cezalandırılacağına belirtildiği Alman hukuku açısından tartışılabilir olsa da azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağına ifade edildiği Türk hukuku bakımından tam anlamıyla geçerli olmayabilir. Nitekim Türk hukukunda “...işlenen suçun cezası” ifadesinden hareket edilecek olursa ortadan fail tarafından işlenmiş bir suçun varlığı gerekli olacaktır. Buna karşılık Alman hukukundaki ön plandaki kimseyi suça sevk eden arka plandaki kişinin fail gibi cezalandırılacağı yönündeki ifade, bu öğreti kapsamındaki görüşlerin ileri sürülmesini adeta haklı hale getirmektedir. Zira azmettirenin fail gibi cezalandırılması, azmettirenin fail konumuna yükseltilmesi, fail olarak kabul edilmesi, bu bakımdan da en azından azmettirmeyle faillik arasındaki sınırın ortadan kalkması anlamına gelebilecek niteliktedir. Şu halde TCK’daki azmettirme düzenlemesindeki ifadenin çok daha makul olduğu, bu öğretilerdeki görüşlerin ileri sürülebilirlik derecesini azalttığı belirtilebilir.

## **b. Soyut Tehlike Haksızlığı Olarak Şeriklik**

### **i. Teorinin Esası**

*Herzberg* tarafından şekillendirilen bu teoriye göre azmettirme ve yardım etme, özel hükümlerde yer alan suç tipleri gibi gerçek suç tipleri olarak aynı dogmatik meşruluğa sahip olup faillik kavramı, şeriklik bakımından da uygulanabilir<sup>160</sup>. Yani bu teori kapsamında da tıpkı saf neden olma teorisinde olduğu gibi şeriklik faillik karşısında bağımsızlaştırılmış, her iki iştirak türü de ayrı suç tipleri olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan teorinin çıkış noktası, saf neden olma teorisi kapsamında *Lüderssen*’in görüşleriyle benzerlik göstermekteyse de *Lüderssen*’in bu şerik suç

---

olması anlamına geldiğinin vurgulanması anlamına geldiğini belirtmiştir (M.-K. Meyer, **GA 1979**, s. 255).

<sup>159</sup> Schmidhäuser, **AT**, 14/57.

<sup>160</sup> Rolf Dietrich Herzberg, “Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände”, **GA 1971**, s. 1.

tiplerini genel hükümlerde düzenlenen şeriklik düzenlemeleri üzerinden değil de bilakis özel hükümlerde düzenlenen suç tipleri üzerinden uygulamaya çalışması nedeniyle iki görüş arasında bir farklılık ortaya çıkmıştır<sup>161</sup>. Diğer bir ifadeyle bu teori kapsamında da “bağımsız şerik suçları” görüşü ileri sürülmüş olsa da bunun özel hükümlerde yer alan suç tipleri üzerinden değil, bizatihi genel hükümlerde yer alan şeriklik düzenlemeleri üzerinden olduğu kabul edilmiştir.

Ayrıca bu teoriyle birlikte saf neden olma teorisi kapsamında *Lüderssen* tarafından ileri sürülen ve daha evvel değinmiş olduğumuz intihara şeriklik ve yardımda bulunmama suçlarına ilişkin örneklere eleştiriler yöneltmiş ve şeriklik şeklindeki suç tiplerinin yazılı olmayan suç tipleri olarak anayasal bir sorunu beraberinde getirdiğinin altı çizilmiştir. Bu çerçevede saf neden olma teorisinden hareket edildiğinde zaten her suç tipi şeriklik türlerini de kapsamında bulundurduğundan genel hükümlerde yer alan şeriklik düzenlemelerine gerek kalmayacağı, bu öğretilde ekseriyetle suç politikası amaçları ve hakkaniyet düşüncelerinden bağımsız hukuk oluşturma etkisinin bulunduğu, bağlılık düşüncesinin de mevcut hukuki düzenlemelerle uyumlu olmadığı hususları özellikle vurgulanmıştır<sup>162</sup>. Böylelikle de klasik saf neden olma teorisinden ayrılma noktaları ortaya konarak teori, saf neden olma teorisinin eksiklikleri üzerinden temellendirilmeye çalışılmıştır. En önemlisi de teori nezdinde bağlılık kuralı hukuki olarak da kabul edilerek saf neden olma teorisine yöneltilen itirazlar dikkate alınmak istenmiştir<sup>163</sup>.

Teori kapsamında kanunda yer alan fail tanımlamasının salt yorum yardımıyla ortaya konulabilir olduğu belirtilmiş, hırsızlık suçu üzerinden bir açıklama getirilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede failin suç tipini işleyen kişi olduğundan hareketle suçun işlenmesinin sadece kişinin kendisi tarafından işlenmesi veya bir başka kişi aracılığıyla işlenmesi yahut da başkalarıyla ortak şekilde işlenmesinden bahsedilmiş, bu suretle faillğe ilişkin açıklama getiren hükmün yalnızca açıklayıcı bir niteliği haiz olduğu, ancak bir suç tipi fonksiyonu bulunmadığı ifade edilmiştir.

<sup>161</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 3.

<sup>162</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 3.

<sup>163</sup> Bu bağlamda *Herzberg*'in öğretisini saf neden olma teorisinden ayrı olarak münferit bir başlık altında irdelemek daha yerinde olacaktır.

Bu faillik hükmünün sadece özel hükümlerdeki suç tiplerinden genelleştirilen bir fail kavramı sunduğu, diğerlerinin ise şeriklik hükümleri olduğu belirtilmiştir<sup>164</sup>. Şeriklik şeklindeki bu suç tanımlarının cezayı temellendiren etkilerinden söz edilmiş, hırsızlık suçunun kanuni tanımında yer alan “*yarar sağlamak amacıyla taşınır malı bulunduğu yerden alan*” ifadesinden hareketle bir kimsenin bir başka kişiyi yarar sağlama amacı olmaksızın taşınır malı bulunduğu yerden almaya sevk etmesi veya bu fiile yönelik olarak yardım etmesi halinde suç tipi kapsamında şart koşulan amaca sahip olmadığından dolayı hırsızlık suçu nedeniyle cezalandırılmayacağı hususlarına yer verilmiştir. Zaten bu durumda taşınır malın bulunduğu yerden alınmasının da gerçekleşmiş olmayacağı, taşınır malın bulunduğu yerden alınmasına yönelik sevk veya yardımın, malın bulunduğu yerden alınmasından farklı olduğu, genel hükümlerdeki tanımların bu hareketleri kapsamaması halinde bu fiile yönelik yardımda bulunan veya azmettirenin, faile karşılık cezasız kalması gerekeceği vurgulanmıştır<sup>165</sup>. Esasında bu açıklamalardan sonra genel düzenlemeler olarak telakki edilen failliğe ilişkin düzenlemeler gibi şeriklik düzenlemelerinin de genel düzenlemeler olarak anlaşılması gerekirken tuhaf bir şekilde şeriklik paragrafları sırf bu tür yardım veya sevk etme niteliğindeki hareketleri de cezalandırılabilir kılmak için gerçek suç tipleri olarak kabul edilmiş, aksi takdirde bu tür hareketlerin cezasız kalacağı belirtilerek de adeta bir argüman üretilmeye çalışılmıştır.

Buna rağmen bu teoriyle azmettirme ve yardım etmenin fail tarafından işlenmiş olan tipik ve hukuka aykırı bir fiili şart koşan bağıllık kuralı reddedilmemiş, ancak bir suç tipinin bir başka suçun işlenmesini şart koşuyor olmasının onun bağımsızlığına da bir engel teşkil etmediği ifade edilmiş, bu konuda da suçluyu kayırma suçu bir dayanak olarak gösterilmiştir. *Herzberg*, bağımsız bir suç tipi olan *Suçluyu Kayırma Suçunun*<sup>166</sup> başka bir suçun işlenmiş olmasını şart koşmasının kendi suç niteliğine bir engel teşkil etmediğine vurgu yapmış, suçluyu kayırma suçunun da kendine ait ve daimi, değişmez bir konusunun bulunduğunu ve en azından tespit edilebilir bir ceza kapsamına sahip olduğunu ifade etmiştir. Ancak *yazar*, suçluyu kayırma suçu ile şeriklik düzenlemeleri arasındaki benzeşmenin

<sup>164</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 2.

<sup>165</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 2.

<sup>166</sup> TCK bakımından bkz. md. 283.

yalnızca şeriklik düzenlemelerinin kendisinin de “değişken de olsa hukuki değerleri koruması” ve bu suretle cezanın üst sınırı bakımından failin fiiline uygun olmasının gerekli olduğu noktasında görüldüğünü belirtmiş, bir suç tipi olarak şerik suçlarının kendilerine ait değişken konumda bir hukuki değeri koruduğunu kabul etmiştir<sup>167</sup>.

## ii. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Teoriye birçok konuda eleştiri yöneltildiği görülmektedir. *Bu çerçevede belki de ilk olarak Herzberg’in yukarıdaki görüşünden başlanabilir. Zira yazarın suçluyu kayırma suçunda tipik hareketlerin gerçekte failin fiiline yönelik bir şeriklik olmadığı hususunu yanlış değerlendirmiş olduğu göze çarpmaktadır.*

Şeriklik düzenlemeleri ve bağlılığa ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında azmettirme ve yardım etme hareketinin ya suçun işlenmesinden evvel yahut da en geç suçun işlenmesi esnasında, yani suç tamamlanmadan evvel gerçekleştirilmesi gerekirken suçluyu kayırma suçunda failin işlemiş ve tamamlamış olduğu suça yönelik yardım hareketlerinde bulunmuş olması gerekir. Gerçekten de yardım etmenin düzenlendiği TCK md. 38 hükmündeki yardım hareketlerinden söz edilirken suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağı vaadi dahi esas itibariyle suçun işlenmesinden evvel gerçekleştirilmesi gereken bir davranıştır. Bunun yanında suçluyu kayırma suçu, her ne kadar bir şekilde bir fail tarafından işlenmiş olan bir fiili şart koşarak failin fiili ile birleşse de bu, failin fiiline ve bunun hukuki değerinin ihlal edilmesine yönelik bir iştirak olmayacaktır. Bilakis bu suç kapsamında failin fiilinden bağımsız ve daima sabit bir hukuki değer, yani kamusal hukuki yükümlülüğün ihlal edilmesinden söz edilebilecektir. Bu çerçevede bu suç, gerçekte bağımsız bir suç tipi olup başka suçlarla olan bağlantısı esasen zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla suç tipi nezdindeki haksızlık kapsamının suçla ilişkili olarak gerekli görülen bir başka suçun haksızlık kapsamından tamamen bağımsız olduğunu belirtilmiş, *Herzberg’in kendisinin de suçluyu kayırma suçunun kendisinin de koruduğu bir konunun ve bir ceza kapsamının bulunduğunu kabul ettiğine vurgu yapılmıştır*<sup>168</sup>.

Böylelikle suçun işlenmesinden önce faile, fiilin işlenmesinden sonra gözaltına alınmasını engellemek amacıyla kendisini saklayacağı vaadinde bulunan kişi, suçun

<sup>167</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 2.

<sup>168</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 42.

işlenmesinin hemen ardından bu vaadini yerine getirirse hem failin işlediği suça yardım eden olarak, hem de failden bağımsız olarak suçluyu kayırma suçunun faili olarak sorumlu tutulacaktır. Bu davranışların biri suçun işlenmesinden evvel, diğeri suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirildiğinden, yani farklı zamanlarda işlendiğinden ve de muhtemelen aynı suç olmayacağından gerçek içtimanın istisnası olan zincirleme suç ve fikri içtima kurallarının uygulanması söz konusu olmayacak ve kişinin her iki yöndeki sorumluluğu da devam edecektir.

*Teori kapsamında ileri sürülen ikinci eleştiri, şerikliğe ilişkin düzenlemeler nezdinde hukuki değerlerin korunduğu, bu düzenlemelerin de şerik bakımından öngörülecek olan cezanın üst seviyesinin failin fiiline uygun olmasını sağlayacağı yönündeki görüşe karşı ileri sürülmüştür<sup>169</sup>.* Bu çerçevede failin işlediği suçun her bir olayda farklılık arz edeceğinden şerikliğe ilişkin bu normların da her durumda değişebilir, sabit olmayan hukuki değerleri koruduklarından hareket edilmesi sebebiyle “kanunsuz ceza olmaz” ilkesine aykırılık teşkil edeceğine dikkat çekilmiştir<sup>170</sup>. Yine fail için gösterilen suç tipleri nezdinde gösterilen ceza tehdidine işaret eden şeriklik düzenlemelerinin yaptırım bakımından bir alternatif sunmadığı, bu bakımdan bu normların ayrı suç tipleri olarak görülemeyecekleri ifade edilmiştir<sup>171</sup>.

*Teorideki temel sorunlardan biri de zincirleme şeriklik noktasında ortaya çıkmaktadır ki bu, teoriye yöneltülen üçüncü eleştiridir.* Zira zincirin tüm üyelerinin failin fiiline şerik olarak kabul edilmesi, yardım etmeye azmettirmenin failin fiiline yardım etme olarak nitelendirilmesi gerekirken şeriklik paragraflarının tam anlamıyla bağımsız suç tipleri olarak addedilmesi halinde bu zincirin halkalarının tamamının bağımsız suç tipi olarak telakki edilmesi gibi bir sonucun ortaya çıkması gerekecek, yani failin fiiline yardım etmeye veya azmettirmeye sadece yardımda bulunan veya sevk eden kişi suç tipini fiil hakimiyetine sahip bir şekilde fail olarak gerçekleştiren kişi gibi görülecektir<sup>172</sup>. Ancak teori kapsamındaki bu görüşe karşı çıkılmış, söz gelimi yardım etme için özel hükümlerdeki suç tiplerinin ceza kapsamının yardım

<sup>169</sup> Herzberg, GA 1971, s. 2.

<sup>170</sup> Nikolidakis, a.g.e., s. 42.

<sup>171</sup> Bloy, Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht, s. 188.

<sup>172</sup> Herzberg, GA 1971, s. 1.

etmeye ilişkin cezada indirim yapılmasını gerekli kılan düzenlemenin mutlaka dikkate alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir<sup>173</sup>.

*Teori kapsamında en fazla eleştiriye maruz kalan tez, yardım etmeye ilişkin olanıdır. Nitekim teori kapsamında “yardımda bulunma” bir netice olarak telakki edilmiş, yardım etmenin soyut bir tehlike suçu olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede yardımsal hareket, kural olarak zarara maruz kalan hukuki değere yönelik tehlikeyi yükseltmesi nedeniyle yasak olarak kabul edilmiştir.* Buradan hareketle teori kapsamında bir kimsenin faile basit bir yardımda bulunması dahi yardım etme olarak görülmüştür. Yardım etmeyi açık bir şekilde tanımlamayan *Herzberg*, konuya sadece örnek üzerinden bir yaklaşım sergilemiş, çelik kasayı eritmek için kaynak yapan faile soğuk bir kola uzatan kişinin yardım eden olduğuna dikkat çekmiş, her ne kadar kolayı içen failin bu esnada vakit kaybettiğinden dolayı fiilin işlenmesi geciktirilmiş olsa da bunun önemsizliğine, burada önemli olan tek hususun failin işlediği fiile yönelik olumlu anlamda bir yardımın elde edilmesi olduğuna işaret etmiştir<sup>174</sup>.

*Yazarın bu görüşüne yöneltilebilecek ilk eleştiri, yardım etmenin kendisinin bir netice olmadığı, bilakis bir hareket olduğu, keza failin fiilinin de yardım etmenin bir neticesi olmadığı yönünde olabilir*<sup>175</sup>. Bu noktada üzerinde durulması gereken en önemli husus, yazarın yardım etmenin bir netice olarak kabul edilmesi yönündeki görüşünden hareket edilmesi ihtimalinde bu defa failin icra hareketlerine başlamasına gerek olmaksızın faile yapılan yardımın tamamlanmış yardım etme olarak anlaşılacağı, yani akim kalmış yardım etmeden söz edilemeyeceği, bunun da şeriklik için failin fiilinin en azından icra hareketlerine başlaması şeklindeki

<sup>173</sup> Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 188.

<sup>174</sup> Herzberg, *GA 1971*, s. 5, 7.

<sup>175</sup> Nitekim *Nikolidakis*, netice suçlarının hareketten belirlenebilir bir şekilde ayrılabilen bir neticenin meydana gelmesini şart koştuğunu, yardım etmenin netice suçu olarak nitelendirmesi için yardım etmenin neticesinin “yardımda bulunmak” olarak ileri sürülmesi halinde şerik suçlarının bağımsızlığının kabulünün savunulamayacağını, zira yardımda bulunmanın fiile ilişkin bir hareket olduğunu ve burada bu fiilden ayrılabilir bir neticenin bulunmadığına dikkat çekmiştir (*Nikolidakis*, a.g.e., s. 43). Benzer şekilde *Bloy* da *Herzberg*’in bu tezine karşılık failin fiilinin yardım etmenin bir neticesi olmadığını özellikle vurgulamış, zaten bu argümanın aslında failin neticesinin değersizliği için geçerli olduğunu, bunun da kabul edilemeyeceğini belirtmiştir (*Bloy*, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 190).

niceliksel bağıllık kuralına aykırılık teşkil edeceğidir<sup>176</sup>. Zira bu durum, bu teoriye karşı tamamlanmış ve akim kalmış yardım etme arasındaki farkın da tamamen ortadan kalkmasına neden olduğu eleştirisini beraberinde getirmektedir<sup>177</sup>.

Gerçek şu ki failin fiiline yönelik olarak gerçekleştirilen yardım, ancak failin fiilinde nedensel anlamda bir etki gösterirse cezaya layık hale gelecek şekilde yardım etme olarak görülecektir. Zira herhangi bir suç kapsamındaki hareketi gerçekleştirmeyi düşünen bir faile yönelik ortaya konulan yardım hareketi, muhtemel failin gerçekleştirmeyi düşündüğü ve fakat yalnızca yardım edene açıkladığı, bunun ötesinde eyleme dönüşmemiş bir hazırlık hareketi niteliğindeki davranışından daha değersiz konumdadır. Yardım edenin yardımsal hareketi, failin icra hareketleri aşamasına kadar ilerlemiş fiili ile bir şekilde ilişkili olduğu oranda bir anlam ifade edecektir. Zira herhangi bir şerik, yalnızca başkası tarafından işlenmiş olan bir suçla, bu suçu işleyen kişiyle belirli bir ilişki içerisinde bulunarak sorumlu tutulabilecek, bu ilişkinin bulunmaması halinde ise akim kalmış şeriklikte olduğu gibi her şekilde şeriklik dışında konumlanan bir iştirak derecesinin mevcudiyetinden bahsedilecektir<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 190. Bu görüşün çözüm getirmekten uzak olduğunu ifade eden Bloy, esasında başarılı bir şekilde yardımda bulunma kriterinin sadece nedensellik sorununun başka bir şekilde ifade edilmesinden başka bir şey olmadığını, yardım etmenin suç niteliğini haiz olduğuna dair çabalar bağlamında Herzberg'in kanuni hareket tanımlaması içinde "neticeye" odaklanması gerektiğini gerekli gördüğünü belirtmiştir (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 190).

<sup>177</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 40; Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 43. Kendisi de tehlikenin yükseltilmesi bağlamında yardım etmenin cezalandırılabilirliğinin savunurlarından biri olan Otto bile yardım etmenin soyut tehlikeye düşürme olarak yorumlanması halinde yardım etme hareketi suretiyle tehlikenin gerçek anlamda yükseltilmesine dair emarelerin aranmasından vazgeçilmesi anlamına geleceği ve bunun da zorunlu olarak yardım etme teşebbüsü ile tamamlanmış yardım etmeyi eşitleyeceğine vurgu yapmış, Herzberg'in bu görüşünü eleştirmiştir (Harro Otto, "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe", **Festschrift-Theodor Lenckner**, C. H. Beck, München 1998s. 197). Vogler, yardım etmenin neden olma üzerine indirgenmesi söz konusu olduğundan gerçek anlamda yardımın bulunup bulunmadığı hususunda tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmış yardım için bir kriter olarak nedenselliğe dayanılarak karar verilebileceğine dikkat çekmiştir (Theo Vogler, "Zur Frage der Ursachlichkeit der Beihilfe für die Haupttat", **Festschrift-Ernst Heinitz**, De Gruyter, Berlin 1972, s. 301). Öyle ki bir an için bu görüşün kabul edilmesi halinde akim kalmış yardım etmeyi cezasız bırakan kanun koyucunun bu kararı, akim kalmış yardım etme de –hem de hiçbir kanuni düzenlemeye gerek olmaksızın- mevcut kanuni düzenlemede yer alan "yardım eden" ifadesinin yorumlanması suretiyle cezalandırılabilir kılınarak bir anlamda feshedilecektir (Geppert, **Jura 1999**, s. 268).

<sup>178</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 191. Bloy, yardımda bulunmanın destek niteliğindeki etkisinin öncelikle failin hareketine dayandığını, bu hareketin tipik neticeye neden olması halinde yardım edenin destekleyici hareketinin de fail üzerinden bu

**Yazarın yardım etmeye dair görüşlerine yöneltilecek ikinci eleştiri ise yardım etmenin failin fiili üzerindeki nedensel etkisinden vazgeçilerek soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi olabilir.** Bilhassa yazar tarafından cezalandırılabilir bir yardım etmenin bulunduğu durumlara failin kasayı eritirken kola içmesi örneğinin verilmesi, yardım etmede failin fiilinin desteklenmesinin görmezden gelindiği, bağlılığın failin desteklenen fiilinden kaynaklı olarak cezalandırılabilirliği sınırlandıran fonksiyonunun kaybolduğu, tipikliğin cezalandırılabilirliği üzerinde söz konusu olan bu genişlemenin açıkça hukuk güvenliği ve belirlilik ilkesine aykırı olduğu hususlarına dikkat çekilebilir<sup>179</sup>. Böylelikle de esasen yardımda bulunmanın da tam olarak ne anlam ifade ettiği de belirsiz hale gelmektedir<sup>180</sup>.

En nihayetinde *Lüderssen* tarafından yapılan bağlılığa ilişkin açıklamaları da eleştiren ve somut durumda birlikte gerçekleştirilen davranışların herhangi bir zararlı etkisi olmaksızın öylece kaldığı durumlarda yardım etmeden yola çıkmış olan<sup>181</sup> *Herzberg*'in temelde bağlılığı reddetmemesine rağmen şeriklerin bağlılığını yanlış

---

netice ile bağlanacağını, ancak bunun sadece failin hareketi ile netice arasında mevcut olan nedenselliğin zorunlu bir sonucu olduğunu, bunun yardım neticesinin aynı şekilde fail konumundaki bir başka kişi tarafından fiilin hareketin değersizliğinin gerçekleştirilmesinden ibaret olduğu düşüncesine yakın olduğunu, bu bakış açısının da failin fiilinin de şerikler için bir bütün olarak netice unsurunun fonksiyonuna sahip olmadığı, bilakis bu fiilin hareketin değersizliğine ilişkin olması nedeniyle isabetsiz olduğunu vurgulamıştır (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 190). Benzer ifadelerle *Vogler* de yardım etmenin bağımsız bir suç tipi olmadığını, bilakis salt ilişkili bir kavram olduğunu, şeriklik hükümlerinin her ne kadar cezayı temellendiren bir etkiye sahip olsalar da bu etkinin sadece belirli suç tipleri ile bağlantılı olarak bu düzenlemeleri kapsamında bulundurduğunu, şeriklik düzenlemelerinin bağımsız suç tipleri olmaksızın bağımsız suç tiplerine asıldığını belirtmiştir (Vogler, **FS-Heinitz**, s. 299).

<sup>179</sup> Schoepke, **a.g.e.**, s. 76.

<sup>180</sup> Claus Roxin, "Täterschaft und Teilnahme", **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 10. Auflage, De Gruyter, Berlin, New York 1978, § 27 Rn. 28; Vogler, **FS-Heinitz**, s. 298; Stein, **a.g.e.**, s. 147-151. Nitekim *Herzberg*'in yardım eden tarafından failine fiiline uygun tipik destekleme hareketinden vazgeçilmesi, şerikliğin cezalandırılabilirliğini tahammül edilemez derecede genişletebilecektir. Zira bu görüşün kabulü halinde sunulan yardımın somut şartlarda hukuki değer bakımından zarar verici olup olmadığı ve failin fiilinin gerçek anlamda desteklenip desteklenmediği bir önem arz etmeyeceğinden yardım etme düzenlemesi kapsamında yer alan "yardım etme" ifadesi de failin desteklenmesine yönelik her türlü hareketi kapsayabilir nitelikte anlaşılacaktır. *Herzberg*'in bu düşüncelerinin uygulamaya yansıtılmasının neredeyse imkansız olduğunu belirten *Schoepke*, bu kabulden hareketle yardımın kendisinin tamamen karanlıkta kalan bir kavram haline geleceğini ve bununla da hukuk güvenliğinin hiçbir şekilde garanti altına alınamayacağını ifade etmiştir (Schoepke, **a.g.e.**, s. 77). Yine bu çerçevede özel hükümlerde tehlike suçlarının zaten düzenlendiğine, yardım etmenin objektif tipikliğinin ise genel nitelik arz edecek şekilde formüle edildiğine dikkat çekilmiştir (Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 43).

<sup>181</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 7.



anlamış olduğu belirtilebilir<sup>182</sup>. Zira bu öğretiyeye göre failin fiilinin yardımcısal katkılar suretiyle desteklenmesi dikkate alınmaksızın sadece yapılan yardımların gerçekleşmiş olması halinde yardım etmenin tamamlanmış olarak addedilmesi halinde bu defa bu konsept içerisinde şeriklerin failin fiiline olan bağlılığının hukuki anlamda bir öneminin kalmayacağı ifade edilebilecektir<sup>183</sup>.

***Tüm bu eleştirilere rağmen teorinin yükümlülük suçlarıyla ilgili olarak kanun koyucunun iradesiyle uyumlu bir tez geliştirdiği görülmektedir.*** Buna göre bir temizlikçinin, bir hemşirenin sağlık mesleğinden kaynaklanan sırları ifşa etmesine neden olması halinde temizlikçinin bu suç tipini işlemiş olmayacağını kabul etmiş olsa da yükümlülük kendisi için öngörülmediğinden dolayı korunan hukuki değeri şerik olarak kanun tarafından cezasız bırakılan bir yapıda ihlal ettiği şeklindeki iddianın ispatlanmaya muhtaç olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle teori kapsamında şeriklik suçları olarak görülen azmettirme ve yardım etme şeklindeki şeriklik düzenlemelerinin kesin bir şekilde ceza ile tehdit edilen sevk etme ve yardım etme hareketlerini yasakladığı, sırf yükümlülük suçlarının da ceza tehdidinin söz konusu olduğu bu hareketlerin kapsamında yer aldığı, nitekim kanuni düzenlemelere göre özel faillik niteliğini haiz olmayan kişilerin yine de şerik olarak cezalandırıldıkları belirtilmiş, bu çerçevede kanunla da uyumlu bir sonuca ulaşılmıştır<sup>184</sup>. Bu görüşle birlikte saf neden olma teorisi kapsamında yer alan *Schmidhauser*'in görüşünde var olan ikilem aşılmış ve kanun koyucu tarafından bu konuya ilişkin olarak ortaya konulan düzenleme ile uyumlu bir çözüm ileri sürülmüştür<sup>185</sup>. Buna rağmen yukarıda ileri sürülen eleştiriler karşısında teorinin bu çözüm getiren yanı sıra geri planda kalmış, teori kendisine pek taraftar bulamamıştır.

<sup>182</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>183</sup> Nitekim *Welz de Herzberg*'in metodik bir hata yaptığını, zira şeriklik suç tiplerinin soyut tehlike suçları olarak tutarlı bir yapıda bağımsız olmaları gerektiğinden yola çıkan bir kimsenin şeriklik tiplerinin bağlılığına da açık bir ihlal gerçekleştirdiğini ifade etmiştir (*Welz, a.g.e.*, s. 40).

<sup>184</sup> Herzberg, **GA 1971**, s. 4.

<sup>185</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 189. Buna rağmen *Herzberg*'in özel faillik niteliğini haiz olmayan şerikin niçin cezalandırılması gerektiğine dair yeterli bir gerekçelendirme sunmadığı yönünde eleştirdiği *Roxin*'e karşılık daha detaylı bir argüman ileri sürdüğü kabul edilebilirse de Alman Ceza Kanunu'nda niçin yükümlü olmayan kişinin yükümlü kılınan kişiye göre daha az ceza ile cezalandırıldığına, daha doğrusu özel faillik niteliğini haiz olmayan şerikin cezasında indirim yapılmasına imkan veren düzenlemeye yer verilmiş olmasına ilişkin bir izahta bulunmamış ve kendisinin de esasında bazı hususları açık bırakmış olmasına eleştiriler ileri sürülebilir.

## 2. Bağlılığa Yönlendirilmiş Neden Olma Teorisi

### i. Teorinin Esası

Şerikliği ve şerikliğin cezalandırma temelini, arka plandaki kişinin faille birlikte hukuki değerlerin tipe uygun bir şekilde ihlal edilmesine neden olmasında gören “bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi”ne göre şerik, fiilin işlenmesine yönelik kastı harekete geçirmek suretiyle yahut da fiiliyle veya sözleriyle bu tür bir hareketi destekleyerek failin tipik ve hukuka aykırı olan hareketine sebebiyet vermesi bağlamında cezaya layık addedilir<sup>186</sup>.

“Bağlılığa yönlendirilmiş destekleme ve neden olma teorisi” şeklinde de isimlendirilen<sup>187</sup> öğreti, esasında ismini de kabul ettiği anlayıştan almaktadır. Nitekim “*Azmettiren, faili fiilin işlenmesine yönlendirerek birlikte neden olmak suretiyle failin fiiline bağlanır. Yardım eden ise failin fiili işlenmesini katkı sağlayıcı nitelikteki destekleme hareketleri ile birlikte neden olmak suretiyle failin fiiline bağlanır.*” şeklindeki açıklamalardan bir anlamda öğretiye niçin “destekleme ve neden olma” gibi bir isim verildiği de açıkça anlaşılmaktadır<sup>188</sup>. Yani esasında “bağlılığa yönlendirilmiş olması” göz ardı edildiğinde şerikin tipiklik kapsamındaki hukuki değerlerin ihlaline neden olduğu, yani başka bir haksızlığa sebebiyet verdiği için cezalandırılabilir olduğu kabul edilmektedir. Buradan hareketle de “sebebiyet verme” üzerine kurulu bu öğreti<sup>189</sup>, *neden olma teorisine* yakın görülmekte ve bu bağlamda da bir takım eleştirilere maruz kalmaktadır<sup>190</sup>.

Teori kapsamında azmettirenin failde suç işleme kararını oluşturmak, yardım edenin ise fiilin işlenmesine yönelik bir takım kolaylaştırıcı katkılarda bulunmak

<sup>186</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 I 2.

<sup>187</sup> *Gropp* tarafından “başka bir haksızlığa bağlı olarak yönlendirilen neden olma” şeklinde isimlendirilmiştir (Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015, § 10 Rn. 229). Bunun dışında öğretiye ilişkin olarak “geliştirilmiş haksızlığa iştirak teorisi” (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50, Rn. 57) “neden olma ve haksızlığa iştirak teorisi” (Harro Otto, “Anstiftung und Beihilfe”, **JuS 1982**, s. 558), “bağlılık kuralına dayalı sebebiyet ve nedensellik teorisi” (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 178) gibi isimlendirmeler de verildiği görülmektedir. *Ekici Şahin* ise bağlılık kuralına dayanan nedensellik şekline ifade ederken (Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 643) *Özkan*, “bağlılık kuralı merkezli nedensellik teorisi” tabirini tercih etmiştir (Özkan, **a.g.e.**, s. 55). *Öztürk/Erdem*, bu öğretiyi nedensellik olarak ifade etmiştir (Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 747). Oysa ki bu öğreti için sadece nedensellik öğretisi ifadesinin kullanılması, öğretinin saf neden olma öğretisiyle karışmasına ve daha da önemlisi bağlılıkla ilişkisinin görmezden gelinmesine yol açacaktır.

<sup>188</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 132; Murmann, **GrundK Strafr** § 27 Rb. 71.

<sup>189</sup> Gropp, **AT**, § 10 Rn. 229; Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>190</sup> Stein, **a.g.e.**, s. 100.

suretiyle fail üzerinden hukuki değerlere yönelik olarak (dolaylı da olsa) nedensel bir saldırı gerçekleştirdikleri kabul edilmiştir<sup>191</sup>. Teorinin neden olmaya dayalı olduğu anlaşılan bu konseptinin “bağlılığa yönlendirilmiş” olarak görülmesinin sebebi ise öğretinin saf neden olma teorisinin çıkmazlarından sakınmaya çalışarak şerik tarafından hukuki değerlerin ihlal edilmesine neden olunmasına ek olarak failin fiiline bir bağlılık kurulmak suretiyle özel bir şeriklik yapısını haiz olmasıdır<sup>192</sup>. Bu özel yapıya göre şeriklerin haksızlığı bağımsız addedilmemiş, şerikin failin fiilinin ihlal ettiği suç tipini doğrudan kendisinin ihlal edemeyeceği, bu ihlali fail üzerinden ancak dolaylı bir şekilde gerçekleştirebileceği kabul edilmiş, böylece şerikin haksızlığı, failin norm ihlaline iştirak etmekten ibaret görülüp haksızlığı da failin fiiline bağlı tutularak<sup>193</sup> şerikin haksızlığının failin haksızlığından kaynaklandığı görüşü benimsenmiştir<sup>194</sup>. Nihayetinde öğretinin bütüncül ismine uygun bir şekilde hukuki değerlere yönelik olarak fail tarafından gerçekleştirilen saldırı, faile bağlı bir kişi olarak birlikte neden olan kişi konumundaki şerike yüklenmelidir.

Şeriklik düzenlemelerinin cezalandırılabilirliği genişletici etkisi, karşılığını tam anlamıyla bu öğretilerde bulur. Zira dar faillik anlayışından hareket eden bu öğretilere göre özel hükümlerde ihdas edilen suç tiplerinin faile göre biçimlendirilmiş olması nedeniyle tipe uygun haksızlığı sadece suç tipinde tanımlanan fail konumundaki kişi gerçekleştirebilir ki şerikler tarafından gerçekleştirilen hareket, suç tipleri kapsamında yer almadığından dolayı bu suç tipleri nezdinde yer alan hukuki değerler şeriklerin bizzat kendileri tarafından ihlal edilebilir nitelikte değildir. Ancak özel hükümlerde bu suç tipleri kapsamındaki hukuki değerleri doğrudan ihlal edecek nitelikteki davranışı gerçekleştiren failin fiiline etki edecek, bu anlamda failin neticesi bakımından nedensel niteliği haiz olacak olan katkıyı sağlayan fail dışındaki kişiler de bu katkıları suretiyle fail üzerinden dolaylı da olsa korunan hukuki değerler

<sup>191</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 17; Esser, **GA 1958**, s. 333; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Geppert, **Jura 1999**, s. 266; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 643.

<sup>192</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 16; Theile, **a.g.e.**, s. 43; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 10.

<sup>193</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 17; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 15; Redmann, **a.g.e.**, s. 33; Welz, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>194</sup> Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.F. Müller, 44. Auflage, Heidelberg 2014, Rn. 551; LK-Roxin, vor § 26 Rn. 4; Jescheck/Wegend, **AT**, s. 685; Murmann, **GrundK StrafR**, § 27 Rb. 74; Volker Krey/Robert Esser, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012, Rn. 985; Gropp, **AT**, § 10 Rn. 231; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 132; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Geppert, **Jura 1999**, s. 266.

üzerinde ihlal gerçekleştirmiş olacaktırlar. İşte şeriklerin bu dolaylı ihlallerinin cezasız kalmaması için şeriklik düzenlemeleri ihdas edilmiş, böylece şerikin haksızlığı da failin fiiline bağlı tutulmuştur<sup>195</sup>. Dolayısıyla şerikin cezalandırılabilirliğinin, şerik konumundaki kişilerin suç tiplerinde yer alan normlar kapsamında korunan hukuki değerleri fail üzerinden dolaylı olarak ihlal etmeleri sebebiyle bu suç tiplerinin doğrudan kendisinden değil, hareketlerinin ihlal olarak değerlendirilmesini sağlayan şeriklik düzenlemelerindeki tanımlamalardan kaynaklandığı ifade edilmekte, böylece söz konusu şeriklik düzenlemeleri cezalandırılabilirliği genişleten bir yapıyı haiz görülmektedir<sup>196</sup>.

Alman literatüründe oldukça uzun zamandan bu yana hakim konumda olan bu öğreti, Alman mahkeme kararlarında da oldukça etkili olmuş, mahkeme kararlarında doğrudan yer bulmuştur<sup>197</sup>. Nitekim Krallık Yüksek Mahkemesi dönemindeki bir kararda azmettirenin failin kasıtlı bir şekilde sevk edilmesi suretiyle fail tarafından işlenmiş olan cezalandırılabilir hareketin bir nedenini oluşturduğu, öyle ki azmettirenin cezalandırılabilirliğinin zorunlu bir koşulu olarak azmettirilen tarafından failin en azından teşebbüs aşamasına ulaşacak şekilde işlenmiş olmasının gerekli görüldüğü ifade edilmiş<sup>198</sup>, hukuki değerlerin esas itibarıyla fail tarafından

<sup>195</sup> Theile, **a.g.e.**, s. 43; Welz, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>196</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 7, 15; Gropp, **AT**, § 10 Rn. 230. Nitekim *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*'e göre bağlılık, faillik için gerekli olan unsurların yerine geçmekte ve şeriklerin yasal tanımdan sorumlu tutulmalarını sağlamaktadır (Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S.Mahmutoğlu/Yener Ünver, **Suç Teorisi**, Beta, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 370). Buna göre bir kimse faillik için gerekli olan kritere sahip sahne olmasa bile, örneğin fiili hakimiyeti bulunmasa dahi, bağlılık kuralı sayesinde en azından şerik olarak bir başka faillik kriterine sahip kişinin fiiline bağlı olarak sorumlu tutulabilir.

<sup>197</sup> RGSt 5, 282; BGHSt 4, 358 (Welz, **a.g.e.**, s. 28; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 10; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 15; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 26); BGHSt 37, 217 (Heinrich, **AT**, Rn. 1274); BGH NSTZ 1999, s. 513 (Kühl, **AT**, § 20 Rn. 132); Bilgi için bkz. Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Geppert, **Jura 1999**, s. 266. *Gallas* da şerikliğin cezalandırma temelinde hiçbir şekilde şerikliğin kendisini görmemiş, bilakis sadece failin fiilinin sahip olduğu haksızlığı görmüştür. Öyle ki şerikliğin bizzat kendisinin hukuka aykırı olamayacağına dikkat çekmiştir. Nitekim *Gallas*, failin fiili bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde şerikin cezasız kalmasının nedenini de buna dayandırmıştır. Buna karşılık şerikliğin cezalandırılabilirliğinin failin fiilinin hukuka aykırılığını aşan koşullara bağlanıp bağlanamayacağı, söz gelimi failin kusurlu olmasının gerekli görülüp görülmeyeceği hususlarına şüpheyle yaklaşan *Gallas*, bu konuda failin kusurunun başkasının kusuru olarak şerike yüklenmesinde tereddüt etmiş, bunun bireysel inanabilirlik olarak kusurun yapısına aykırı olduğunu ifade etmiş, bilakis bunun sadece saptırma unsurunun, yani şerikin failin kusurlu olmasına katkısının cezayı temellendirici bir öneme sahip olup olmadığı sorusu ile ilgili olacağına yer vermiştir (Wilhelm Gallas, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Walter de Gruyter, Berlin 1968, s. 118).

<sup>198</sup> RGSt 5, 228 (Welz, **a.g.e.**, s. 28).

ihlal edildiğine, şeriklerin de fail üzerinden bu ihlale neden olduğu vurgulanmıştır. Gerçekte bu ifade, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararında “*Azmettiren korunan hukuki değerleri fail üzerinde gösterdiği etkiyle birlikte dolaylı olarak ihlal eder.*” şeklindeki ifadelerle daha açık ve net bir şekilde ortaya konmuştur<sup>199</sup>.

Bu teoriyle birlikte daha evvelki görüşlerde tam anlamıyla tatmin edici yanıtların verilemediği bazı hususlarda daha uygun açıklamalar getirildiği dikkat çekmektedir. Her şeyden evvel öğretinin, gerek Türk gerekse Alman kanun koyucuları tarafından benimsenen bağlılık kuralına uygun bir formülasyon geliştirdiğine ve bir çözüm ortaya koymaya çalıştığına vurgu yapılmalıdır<sup>200</sup>. Öyle ki bunun ilk yansıması gerçek özgü suçlara şerikliğin cezalandırılabilirliği konusunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre özgü niteliği haiz fail tarafından işlenen gerçek özgü suça iştirak eden özgü niteliğe sahip olmayan kişinin niçin cezalandırıldığı, buna karşılık özgü niteliği haiz olmayan kişinin işlediği gerçek özgü suça iştirak eden özgü niteliğe sahip kişinin niçin cezalandırılmayacağı iyi bir şekilde temellendirilmiştir<sup>201</sup>. Zira failin hareket ve neticenin haksızlığından kaynaklı olarak söz konusu olan haksızlığının tamamının şerikin cezalandırılmasına da esas teşkil ettiği kabul edilebilir. Yani şerikin haksızlığı, başka bir norm ihlaline iştirakte yer almakta<sup>202</sup> ve failin fiilinin haksızlığına, hareketin ve neticenin haksızlığına bağlı kabul edilmesi, bu sorunlara da açıklayıcı bir şekilde cevap verilebilmesini sağlamıştır. Nitekim benzer durumun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için de belirtilmesi mümkündür.

Benzer şekilde teorinin ajan provokatör durumlarında da teorinin yeterli bir çözüm sunduğu iddia edilmiştir. Nitekim bu teoriye göre faillik temelinde

<sup>199</sup> BGHSt 37, 217 (Welz, **a.g.e.**, s. 28).

<sup>200</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300. Öğretinin Alman hukuku bakımından dikkat çeken ilk olumlu tarafının her şekilde şerikin kendisi tarafından fark edilen failin elverişsiz teşebbüsüne iştirak etmesi durumunun niçin cezasız bırakıldığına açıklama getirebilmesinin olduğuna vurgu yapılmıştır. Buna göre elverişsiz teşebbüse iştirak durumunda, şerikin bu elverişsizliği bilmesi şartıyla failin cezalandırılmasına karşılık şerikin kendisinin cezasız kalacağı görüşü benimsenmiştir. Zira bu durumda teşebbüsün cezalandırılabilirliğini temellendiren hareketin haksızlığının eksikliğinden söz edilmektedir (Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 10; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 15).

<sup>201</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 15; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 10; Redmann, **a.g.e.**, s. 33; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 15.

<sup>202</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözuer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 371; Joecks, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 10; Eleştiri için Volker Haas, **Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen**, Duncker&Humblot, Berlin 2008, s. 134.

hareketinin sahip olduğu bir haksızlık olsa da neticenin gerçekleşmesini istemeyen, böylelikle de neticenin haksızlığı noktasında bir irade taşımayan kimsenin şerik olarak cezalandırılabilir olamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Daha açık bir ifadeyle ajan provokatör, failin fiilinin neticesinin gerçekleşmesini istemediğinden, en fazla failin fiilinin icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini göze aldığından, böylelikle de şeriklik hareketinin bu durumun bilincinde olarak korunan hukuki değerlerin ihlaline, yani neticenin değerersizliğine yol amaması nedeniyle<sup>203</sup> failin sadece hareketinde mevcut olan haksızlığın şerike yüklenemeyeceği görüşünden hareketle ajan provokatör bakımından bir cezasızlık durumu ileri sürülmüştür<sup>204</sup>.

Teorinin savunucusu olan yazarlar tarafından sadece bu teorinin kanunla uyumlu olduğu, zira şerikin kendisinin suç tipi kapsamında yer alan normu ihlal etmediği, bilakis haksızlığının failin norm ihlaline iştirak etmesinden ibaret olduğu şeklinde şerikliğin cezalandırma temelini açıklığa kavuşturulduğu, şeriklik hareketinin haksızlığının failin fiilinin haksızlık oranına ve temeline bağlı olduğu ifade edilmiştir<sup>205</sup>. Buna karşılık teoriyi savunan bazı görüş sahipleri, bu denli iddialı olmayıp yürürlükteki şeriklik düzenlemeleri dikkate alınarak şerikliğin cezalandırma temelini tam anlamıyla açıklanamayacağını, konunun ancak bu teoriyle birlikte en iyi şekilde izah edilebileceğini belirtmişler, nihayetinde daha ihtiyatlı davranmışlardır. Zira şerik haksızlığının failin hukuka aykırı olan fiiline neden olmaya bağlı olarak görüldüğünü belirterek<sup>206</sup> teorinin bazı eksiklikleri olabileceğini dikkate almış, her ihtimale karşılık bir açık kapı bırakmışlardır. Bunda ne derece haklı oldukları günümüzde teoriye karşı ileri sürülen eleştirilerden ve bunun da ötesinde uzun zaman süresince teoriyi benimseyen bazı müelliflerin söz konusu tenkitleri dikkate alarak teoride bir takım geliştirici görüşler ileri sürmeye

<sup>203</sup> Heine/Weişer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 15.

<sup>204</sup> Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 11; Heine/Weişer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 15.

<sup>205</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 I 2.

<sup>206</sup> Khl, **AT**, § 20 Rn. 132; Wilfried Kper, "Besondere persönliche Merkmale" und "spezielle Schuldmerkmale", **ZStW** 1992, s. 577; Theile, **Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz**, s. 42; Gerhard Seher, "Grundfalle zur Beihilfe", **JuS** 2009, s. 793. Eleştiriler için Joachim Renzowski, **Restriktiver Taterbegriff und fahrlssige Beteiligung**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1997, s. 41; Urs Kindhuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Nomos, 2015, 38/13; **SK-Hoyer**, vor § 26 Rn. 16.

çalışmalarından da<sup>207</sup> anlaşılmaktadır. Bu kapsamda geliştirilen teoriye değinmeden evvel bu gelişmeye yol açan bağılığa yönlendirilmiş destekleme ve neden olma teorisinin eleştirilen yönlerine, yani eksik taraflarına değinmekte yarar bulunmaktadır.

## ii. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

*Bu çerçevede ilk eleştiri failin, azmettirenin kendisine karşı suç işlemeye azmettirildiği ve fakat teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda azmettirenin sorumluluğuna yönelik olarak ortaya çıkmaktadır.* Zira kendisini öldürmesi için kiralık katil tutan, daha doğrusu kendisini öldürmeye azmettiren bir kimsenin, azmettirilen tarafından silahla vurulmasına rağmen ölmemesi, hayatta kalması durumunda öğretide şerikin haksızlığı failin haksızlığından kaynaklı görüldüğünden kendisine yönelik kasten öldürmeye teşebbüs eden kişinin işlediği bu suç nedeniyle faili parayla tutan kişinin de azmettiren olarak sorumlu tutulması sonucunun ortaya çıkabileceğine dikkat çekmek gerekir<sup>208</sup>. Benzer bir sorun, bir kimsenin başkasına ait olduğu düşüncesiyle, yanlışlıkla kendi malına zarar vermesi halinde cezasız kalırken aynı şekilde kendi malı olduğunu bilmeksizin, yani yine başkasının malı zannederek bu defa kendisi doğrudan değil de bir başka kişi aracılığıyla, bir başka kişiyi azmettirmek suretiyle malının zarar görmesine yol açması halinde de ortaya çıkacaktır. Nitekim bu tür bir durumda da şerikliğin hukuka aykırılığının *sadece* failin fiilinin hukuka aykırılığına göre belirlenmesi nedeniyle şerikin, failin fiilinin haksızlığından etkilenmesi ve kendisinin de cezalandırılması gerektiği gibi ilginç bir netice hasıl olacaktır<sup>209</sup>.

Ancak bu teorinin savunucuları, bu ilginç sonucu ortadan kaldırmak adına son dönem incelemelerinde teoriyi saf neden olma teorisi ile tamamlama ve sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. Bu sınırlandırma ile birlikte söz konusu müellifler, suç tipi kapsamındaki hukuki değerın şerike karşı da korunup korunmadığı kriterini

<sup>207</sup> Nitekim *Schumann*, *Roxin* ve *Jakobs* da temelde bu teori kapsamında zikredilmiş olsalar da kendi geliştirdikleri teorinin farklı yönleri belirtilmekte, buna rağmen bu teori ile olan benzer taraflarının da önem arz ettiğine vurgu yapılmaktadır. Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Kühl, **AT**, § 20 Rn. 132; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 I 2, dpn. 5. *Schumann* tarafından geliştirilen cezalandırma temeline ilişkin teori için bkz. sayfa. *Roxin* tarafından geliştirilen cezalandırma temeline ilişkin teori için bkz. sayfa.

<sup>208</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 15; **LK-Roxin**, vor § 26 Rn. 2; Heinrich, **AT**, Rn. 1274.

<sup>209</sup> Renzikowski, **a.g.e.**, s. 42; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50 Rn. 13.

getirmişler, şerikin hukuki değerler üzerinde dolaylı bir ihlalinden söz edilebilmesi için ilgili hukuki değerın şerikin kendisine karşı da korunuyor olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu sayede yazarlar, kişinin kendi yaşamının kendisine karşı korunan bir hukuki değer olmaması nedeniyle kendi yaşamına yönelik olarak suç işleyen kimsenin fiiline şeriklikten dolayı da cezalandırmanın söz konusu olamayacağı yönünde bir yanıt vermişler<sup>210</sup>, yukarıdaki sorunu çözüme kavuşturmaya çalışmışlardır. Bu çözüm önerisine rağmen fail tarafından ihlal edilen hukuki değerın şerike karşı da korunması gerektiği şeklindeki koşulun yeterince açık olmadığı yönünde bir itiraz yöneltilmiş<sup>211</sup>, bu savunma yeterli görülmemiştir. Gerçekten de bir hukuki değerın kişinin kendisine karşı korunup korunmadığı sorunu üzerinde durulduğunda bu ölçütün yeterli olup olmayacağı oldukça tartışmalı görünmektedir. Nitekim fail konumundaki kimsenin kendisine karşı korunmadığı kabul edilen bir hukuki değerın aynı kişiye şerik konumundayken de korunmadığı gibi bir sonuca ulaşılmasının yerinde olduğu sorusu ortaya atılabilecektir. Kaldı ki bu soruya olumlu cevap verilse ve ilgili hukuki değerın şerik konumundaki kişiye de korunmadığı sonucuna varılsa bile kişinin şerik olarak bir başka kişiye işlettiği fiilin en azından hareketinin haksızlığından dolayı bir sorumluluğunun olması gerekip gerekmediği muallak kalacaktır. Öyle ki bu tür durumlarda dahi arka plandaki kişi açısından akim kalmış azmettirme gündeme gelebilecektir.

***Teoriye yöneltilen ikinci eleştiri de şeriklerin failin tipik ve hukuka aykırı fiiline faille birlikte neden olmalarından hareketle hukuki değerleri “dolaylı bir şekilde ihlal ettikleri”nin kabul edilmesi suretiyle şerikliğin failin fiilinden bağımsız haksızlığının görmezden gelinmesine karşıdır.*** Zira bu teori kapsamında şeriklik yalnızca failin fiilinden kaynaklı bir haksızlık olarak görünüm arz

---

<sup>210</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 16; Schumann, **a.g.e.**, s. 45; Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 45. Her ne kadar *Gropp*, bu şekilde hukuki değerlerin şerikler tarafından dolaylı olarak ihlal edilebilmesi için kendisine karşı da korunuyor olmaları gerektiğine açık bir şekilde değinmemişse de şerik tarafından meydana getirilen faildeki haksızlığın şerikin de haksızlığını temellendirdiğini belirterek bu tür bir haksızlığın failin de haksızlığına uygun olması gerektiğini, şerikliğin cezalandırma temelini şerikin failin fiilinin haksızlığına uygun olan kendi haksızlığını gerçekleştirilmesinde görüldüğünü, bu temelden hareketle de kendisinin öldürülmesini isteyen bir kimsenin cezalandırılabilir olmadığını ifade ederek esasında yine benzer bir düşüncüyü farklı şekilde ortaya koymaya çalışmıştır (*Gropp*, **AT**, § 10 Rn. 231).

<sup>211</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 45; Renzikowski, **a.g.e.**, s. 42.



etmektedir<sup>212</sup>. Buna göre esasında hukuki değerler üzerinde kendine has bağımsız bir saldırı olarak da görünebilecek olan şerikin bu haksızlığının yok sayıldığı ve şerikle failliğin sadece failin hareketi ile meydana gelen neticenin değersizliği üzerinden dikkate alındığı, böylelikle de şerikin kendi bağımsız hareketinin sahip olduğu değersizliğin görmezden gelindiği ifade edilmiştir<sup>213</sup>. Daha açık bir ifadeyle öğretinin tek taraflı olarak failin fiilinin netice haksızlığını esas aldığı, buna karşılık şerikin hareketinin haksızlığını gözardı ettiği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte suç tiplerinin salt kendini amaç edinecek şekilde tesis edilmeyip belirli hukuki değerleri korumak üzere ihdas edildikleri belirtilmiştir. Nitekim bu hukuki değerlerin şerikin saldırısına karşı korunma ihtiyacının bulunmadığının kabul edilmesi halinde fail tarafından norm ihlaline yönelik olarak şeriklik şeklinde gerçekleştirilen bu iştirakin de cezalandırılabilir olmayacağı sonucuna ulaşılması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu anlamda öğretinin hukuki değerlerin ihlaline ilişkin bu çıkış noktasına sert bir eleştiri yönelmiştir<sup>214</sup>.

Tüm bunlar göstermektedir ki öğreti kapsamında sadece kanuni düzenlemelerle uyumlu olma ve bu suretle detaylı bir gerekçelendirme sunulmayarak bağıllık fikrine tam manasıyla sadık kalma düşünceleriyle hareket edilmiş olduğundan norm ihlaline yönelik olarak iştirak merkezi noktaya alınmış, dolayısıyla da şerikler nezdinde münferit anlamda korunan hukuki değer üzerindeki ihlal tam anlamıyla gözden uzak tutulmuştur<sup>215</sup>. En önemlisi de daha çok failin hareketinin haksızlığına da önem

<sup>212</sup> Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 369; Stein, **a.g.e.**, s. 17; Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C. H. Beck, 2015, 25/28. Nitekim öğretinin savunurlarından biri olan *Heine/Weißer*, şerikliğin cezalandırma temelinde şerikin faili fiilin işlenmesine sevk etmek veya faili maddi ya da manevi olarak desteklemek suretiyle failin fiilinin gerçekleşmesi için nedensel bir katkıda bulunmayı gördüğünü belirtmiştir (**S/S-Heine/Weißer**, vor §§ 25 Rn. 15).

<sup>213</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 27; Schumann, s. 47; Renzikowski, **a.g.e.**, s. 42.

<sup>214</sup> **LK-Schünemann**, vor § 26 Rn. 15; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 30; Geppert, **Jura 1997**, s. 299, 300; Geppert, **Jura 2008**, s. 34, 35; Redmann, **a.g.e.**, s. 34. *Renzikowski*'ye göre şeriklerin hukuki değerlerin ihlal edilmesi bakımından sadece dolaylı bir etkide bulduklarının kabul edilmesi suretiyle şeriklik haksızlığının failin fiilinden kaynaklandığı, dolayısıyla da bağlı olduğu görüşü sorgulanmaya muhtaç olup bağıllığın bu şekilde üzerinde vurgulu bir şekilde durulması, hukuka aykırılığın ilk defa şerik hareketlerinin sona ermesinden sonra meydana gelen durumlara bağlı tutularak şerik için hareket normunun belirleyicilik fonksiyonunun ihmal edilmesi sonucuna neden olacak nitelikte olup hareketin *ex post* bir şekilde değerlendirilmesi anlamlı değildir (*Renzikowski*, **a.g.e.**, s. 42; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50 Rn. 13).

<sup>215</sup> Schünemann, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 15; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 30; Renzikowski, **a.g.e.**, s. 42. Nitekim *Nikolidakis*, şerikliğin cezalandırma temeli üzerinde söz konusu olan tüm tartışma ve ileri sürülen argümanlardan sonra hakim olan bu öğretinin bağıllık düşüncesini esas alarak

atfedilen günümüz ceza hukuku anlayışında bu şekilde şerikin hareketinin sahip olduğu haksızlığın görmezden gelinmesinin ve sadece failin işlediği fiilin ve neticesinin haksızlığına önem atfedilmesinin tutarsız olacağına vurgu yapılmıştır<sup>216</sup>.

***Bu eleştiriyle bağlantılı olarak teorinin en nihayetinde geniş faillik anlayışının kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkardığı yönündeki üçüncü bir eleştiri de ileri sürülebilir.*** Buna göre faillikle şeriklikte aynı neticenin değersizliğinin gerçekleştiği kabulüyle hareket edildiği, bu nedenle de bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin henüz gerçek anlamda geniş faillik anlayışından ayrılmış olmadığına vurgu yapılmıştır<sup>217</sup>. Zira yukarıda yapılan açıklamalarla da ilişkili olarak bağlılık kuralına dair detaylı bir gerekçelendirme yapılmaması nedeniyle öğretinin “neden olma”ya dayalı yönü ön plana çıkmış ve bu nedenle de öğretinin geniş faillik anlayışına dönüşmesi yönündeki tehlike artmıştır<sup>218</sup>.

***Teoriye yöneltilen dördüncü eleştiri, “Suçluyu Kayırma Suçu”nu kendi lehine işlemesi için talepte bulunan kişinin cezasızlığı hususuna dairdir.*** Bu eleştirinin anlaşılabilmesi için evvela “Suçluyu Kayırma Suçu” kapsamında nasıl bir cezalandırma yoluna gidildiği üzerinde durulmalıdır.

Buna göre Alm.CK’da doğrudan isteyerek veya bilerek, diğer bir kişinin, işlediği bir hukuka aykırı fiil nedeniyle ceza kanunu uyarınca cezalandırılmasını veya bir güvenlik tedbirine tabi tutulmasını, tamamen veya kısmen engelleyen kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir (§ 258/1). Bununla birlikte hükmün devamında işlediği fiille kendisinin tamamen veya kısmen cezalandırılmasını veya hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanmasını yahut da kendisi hakkında hükmedilmiş olan bir ceza veya güvenlik tedbirinin infaz edilmesinin engellenmesini isteyen kişinin suçluyu

---

tanımladığı şerikliğin cezalandırma temelini bu hususta hiçbir detaylı gerekçelendirme ihtiyacı duymaksızın ortaya koymakla yetinmesini bir hayli ilginç karşılamıştır (Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 44).

<sup>216</sup> Schumann, **a.g.e.**, s. 48; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Geppert, **Jura 1999**, s. 266.

<sup>217</sup> Renzikowski, **a.g.e.**, s. 42; Schumann, **a.g.e.**, s. 47; Baumann, **JuS 1963**, s. 128; Otto, **FS-Lange**, s. 203; Klaus Lüderssen, “Der Typus des Teilnehmertatbestandes”, **Festschrift Koichi Miyazawa**, Nomos, Baden-Baden 1995, s. 450.

<sup>218</sup> Bu durum, öğretiyi savunan yazarlardan *Baumann*’ın “*Failin ve suça faille birlikte neden olması dolayısıyla şerikin de cezaya layık olması halinde bu iki iştirak türü arasında keskin bir ayırım doğru olarak anlaşılmayacaktır.*” şeklindeki bağlılık koşulunun gerekçelendirmesinden vazgeçilmesi halinde bu yapının geniş faillik anlayışına dönüşeceğinin vurgulandığı ifadesinden de (Baumann, **JuS 1963**, s. 128) açıkça anlaşılmaktadır (Schumann, **a.g.e.**, s. 46).

kayıрма suçundan dolayı cezalandırılmayacağı belirtilmiş (§ 258/5), böylelikle bir suç failinin, cezadan kurtulmak için saklanması hususunda bir başka kişiden yardım alması, bu hususta kişiyi azmettirmesi halinde ayrıca bu suçtan dolayı cezalandırılmasının önüne geçilmiştir. Şu halde Alman hukukuna göre kendisinin kolluk görevlileri tarafından yakalanmasını engellemek amacıyla bir başka kimseden kendisini saklamasını isteyen, yani bir başka kimseyi bu suçu işlemeye azmettiren kişi, bu hüküm nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Buna rağmen bu kişiyi saklayan kişi, bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Dolayısıyla bu durumda suçu işleyen fail sorumlu tutulup cezalandırılırken faili bu suçu işlemeye azmettiren kişi, özel düzenleme nedeniyle sorumlu tutulmamakta, cezalandırılmamaktadır. Ancak failin suçluyu kayırma suçunu işlemiş olduğu ve bu suçtan dolayı cezalandırıldığı bir durumda şerikin haksızlığının failin fiilinin haksızlığından kaynaklandığını kabul eden bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisine göre şerikin de cezalandırılması gerekirken kanunen ihdas edilen bu düzenlemenin öğretinin kabulüne uygun olmadığına dikkat çekilmiş, bu açıdan da öğretinin temellendirmesinin kanun koyucunun bu konudaki iradesi ile uyumlu olmadığı ifade edilmiştir<sup>219</sup>.

***Teoriye yöneltilen beşinci eleştiri, öğretiye göre failin haksızlığı ajan provokatör konumundaki şerike yüklenemeyeceğinden şerikin cezasızlığının kabul edilmiş olması<sup>220</sup> karşısında teorinin bu cezasızlığı tam anlamıyla gerekçelendiremediği yönündedir<sup>221</sup>.*** Zira şerikliğin hukuki değerlerin dolaylı anlamda ihlal edilmesinden hareket eden öğretinin arka plandaki kişinin hareketinin nedenselliğine dayalı olan tahrik edici ortamın oluşturulması durumunda dahi azmettirmenin kabul edilmesini gerekli görmesinin şart olacağına atıf yapılmıştır<sup>222</sup>. Daha açık bir ifadeyle failin teşebbüsünün de hukuki anlamda bir netice olduğu belirtilmiş<sup>223</sup>, ajan provokatörün failin teşebbüs aşamasında olması nedeniyle teşebbüse yönelik tamamlanmış bir şeriklik olduğunun görmezden gelindiğine dikkat

<sup>219</sup> Schoepke, **a.g.e.**, s. 21.

<sup>220</sup> Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 11; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 44; Heine/Weiber, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 17; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 201; Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>221</sup> Schumann, **a.g.e.**, s. 49.

<sup>222</sup> Schumann, **a.g.e.**, s. 49.

<sup>223</sup> **LK-Roxin**, vor § 26 Rn. 18.

çekilmiştir<sup>224</sup>. Nitekim bu öğretilen hareket edildiğinde tutarlı olmak adına ajan provokatörün de cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>225</sup>.

***Teoriye yöneltilen altıncı eleştiri, çok failli suçlar kapsamında taraflardan birinin cezalandırılmadığı suçlar açısından ileri sürülmektedir.*** Çok failli suçlarda tipiklik kapsamında korunan hukuki değerin sadece suç tipinde belirtilen hareketi gerçekleştiren kişilere karşı korunduğu, bunun dışında suça zorunlu olarak iştirak etmesi gerekenler dışında yardım eden veya azmettiren olarak iştirak edenlerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı bir sorun teşkil etmekte ve bu da farklı görüşlere neden olmaktadır. Buna göre hakim görüş tarafından bu tür durumlarda şerikin kendisine karşı korunan hukuki değere yönelik bir saldırı gerçekleştirmediği<sup>226</sup>, kendi hareketinin ceza hukuku anlamında önem taşıyan bir yapıda saldırı teşkil etmediği, bu nedenle de cezasız kalması gerektiği belirtilmektedir<sup>227</sup>. Buna göre tefecilik yapan bir kimseden ödünç para alan ve faiziyle birlikte para ödeme vaadinde bulunan kişi, aslında tefecilik suçunu işleyen kişinin bu suçu işlemesine katkıda bulunmakta, buna yol açmaktaysa da cezalandırılmaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>228</sup>. Bu sonucun her ne kadar bu teori ile uyumsuz olsa da yerinde olduğu, faile karşı borçlanmak zorunda kalan bir kişinin ceza hukuku sorumluluğuna gidilmesinin kabul edilemez sonuçlara yol açacağı belirtilmiştir<sup>229</sup>. İşte teorinin kendi savunurlarının da çok failli suçlara bu tür bir şerikliğin cezasız kalması gerektiği yönündeki görüşlerinin teorinin kendi yapısı karşısında tutarsız olacağı ileri sürülmüştür.

***Nihayet yedinci olarak teori kapsamında kabul edilen hukuki değerlerin fail tarafından doğrudan ihlal edildiği, azmettiren konumundaki şerik tarafından ise dolaylı olarak ihlal edilebildiği, bu anlamda azmettirenle failin hukuki değerlere yönelik ihlallerinin derecesinin farklı olduğu yönündeki kabul karşısında azmettirenle failin niçin aynı oranda cezalandırıldıkları sorusuna tatmin edici bir yanıtın verilemediği eleştirisi yöneltilmiştir.*** Aynı şekilde her ikisi de şeriklik olan

<sup>224</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 34; Schoepke, **a.g.e.**, s. 20.

<sup>225</sup> Welz, **a.g.e.**, s. 29.

<sup>226</sup> Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 33.

<sup>227</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 133a; Jakobs, **AT**, 24/8.

<sup>228</sup> Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 33; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 32 Rn. 72.

<sup>229</sup> Schoepke, **a.g.e.**, s. 23.

ve öğreti gereğince hukuki değerleri fail üzerinden dolaylı olarak ihlal eden azmettirenle yardım eden arasındaki ceza kapsamı bakımından ortaya çıkan farkın da nereden kaynaklandığı sorusu gündeme gelmektedir. Öğreti nezdinde azmettirme ve yardım etme arasındaki esas ayırım, haksızlık kapsamına ilişkin olup her iki şeriklik türünün de fiile yönelik sundukları katkı nitelik itibariyle birbirinden farklı görülmektedir<sup>230</sup>. Buna göre yardım etme, azmettirmeye karşılık daha düşük dereceli bir şeriklik türü olarak nitelendirilmektedir<sup>231</sup>. Nitekim azmettiren için “neden olma”dan, yardım eden için ise “destekleme”den söz eden teoride azmettiren her daim failin fiili ile ihlal edilen hukuki değerler için failde bu fiili işlemesi yönünde bir karar oluşturarak failin fiiline sebebiyet verirken yardım edende bu şekilde failin fiiline sebebiyet verme zorunlu görülmemiş, failin işlediği fiile yönelik nedensel bir katkı sunması yeterli addedilmiştir<sup>232</sup>. Bununla birlikte azmettirenin faille eşit şekilde cezalandırılmasının, azmettirenin haksızlığının failin haksızlığına eş değer olmasından kaynaklandığı belirtilirken yardım edenin failin fiiliyle olan bağlantısının daha az kınanabilir olduğu vurgulanmaktadır<sup>233</sup>. Nitekim yardım etmede fail üzerinden hukuki değerlerin ihlal edilmesi için esas anlamda bir nedensellik, daha doğrusu asli neden olma durumu söz konusu değilken azmettirmede faille fikirselle anlamda bir kontak içerisinde bulunma söz konusu olup azmettiren failin fiili işlemeye karar vermesine yol açmakta, bu açıdan da aslında failin fiilinin ilk kaynağı olarak görünmekte, bu anlamda failden de üst konumda yerini almaktadır. İşte teoriye göre azmettirenin fiile yönelik olarak gerçekleştirdiği bu ciddi katkı, onun faille aynı oranda bir ceza ile cezalandırılmasını meşru hale getirmektedir<sup>234</sup>.

Ancak teori kapsamında ileri sürülen bu argümanlar dikkate alındığında her ne kadar ikinci soruya verilen cevap tatmin edici görülse de ilk soruya verilen yanıt pek yeterli görülmemiştir<sup>235</sup>. Zira bu teoriden hareket edildiğinde azmettirenin yardım edene göre daha ağır şekilde cezalandırılması gerektiği izah edilebilirse de

<sup>230</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 12.

<sup>231</sup> BGHSt 4, 247 (Krey/Esler, **AT**, Rn. 987, dpn. 6).

<sup>232</sup> Krey/Esler, **AT**, Rn. 986.

<sup>233</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 12; Murmann, **GrundStrafR**, § 27 Rb. 74; Eleştiri için Knut Amelung, Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten”, **FS-Schroeder**, 2006, s. 173.

<sup>234</sup> Krey/Esler, **AT**, Rn. 987.

<sup>235</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 182; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 16; Redmann, **a.g.e.**, s. 35.

azmettirenin faille eş değer şekilde cezalandırılması tam manasıyla açıklanamayacaktır. Bu gerekçeler, azmettirenin faille eş değer şekilde cezalandırılmasının gerekli görülmesine yönelik olmayıp bilakis yalnızca azmettirenin yardım edene göre ağır şekilde cezalandırılması sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliği haizdir.

### 3. Hukuki Değerlere Saldırı Olarak Faile Bağlı Şeriklik

#### i. Teorinin Esası

Alman literatüründe hakim konumda bulunan bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin yukarıda da yer verildiği üzere bağlılık kuralına aşırı derecede sadık kalmak suretiyle hukuki değerler üzerinde şerik tarafından da ihlal gerçekleştirilebileceği ve dolayısıyla kendi hareketinin de bir haksızlık oluşturabileceği hususunun görmezden gelinmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan sorunların kaldırılması isteği, başka görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>236</sup>. Nitekim daha evvel değinilen *haksızlığa yönelik dayanışma teorisi* de esasında bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin sorunlarını çözüme kavuşturmak üzere geliştirilmiş bir öğreti olarak görülmektedir. İşte kısmen saf neden olma teorisinden kısmen de bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinden yola çıkılarak geliştirildiğinden dolayı<sup>237</sup> karma bir teori olarak görülen<sup>238</sup> bu “*hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisi*” de bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinde bir takım geliştirmeler yapılarak ortaya konulan öğretiler arasında gösterilmektedir. Dolayısıyla teorinin, özü itibariyle bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisine dayalı olduğu ifade edilebilir<sup>239</sup>. Öyle ki *Roxin* tarafından geliştirilen

<sup>236</sup> Krey/Esser, **AT**, Rn. 988; Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>237</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 35; Schoepke, **a.g.e.**, s. 24; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 13; Geppert, bu öğretiyi “modifiye edilmiş bağlılığa yönlendirme teorisi” olarak da nitelendirmiştir (Geppert, **Jura 1997**, s. 300). Buna rağmen *Roxin*’in kendi geliştirdiği teorisinin içeriğinin yine teoriye vermiş olduğu isimle uyumadığı, bu anlamda bizim tercih ettiğimiz başlığın teorisinin kapsamına daha uygun olduğu özellikle ifade edilmelidir (Selman Dursun, **Sözlü Konuşma**, 11.03.2017).

<sup>238</sup> Rene Bloy, “Anstiftung durch Unterlassen?”, **JA 1987**, s. 492; Stein, **a.g.e.**, s. 117; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Welz, **a.g.e.**, s. 29; Kühn, **AT**, § 20 Rn. 132; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 17; Heinrich, **AT**, Rn. 1276. Türk doktrininde *Özkan* ile *Ekici Şahin* de öğreti için bu isimlendirmeyi kullanmışlardır (Özkan, **a.g.e.**, s. 57; Ekici Şahin, **AÜHFĐ 64 (3) 2015**, s. 644).

<sup>239</sup> Öğretinin bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisine olan yakınlığı için bkz. Otto, **JuS 1982**, s. 558.

bu öğretiyi destek veren diğer yazarların da<sup>240</sup> daha önceden bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin savunurları olduğu göze çarpmaktadır.

Bu teoriye göre şerikin haksızlığının çifte bir yapıyı haiz olduğu kabul edilmiş, bu çifte yapı içerisinde şerikin haksızlığının bir kısmı failin fiiline bağlı tutulmak suretiyle failin fiilinin haksızlığından, diğer bir kısmı ise ihlal edilen hukuki değerlerin şerikin kendisine karşı da korunuyor olması durumunda şerikin kendi hareketinin meydana getirdiği ihlalden kaynaklı görülmüştür<sup>241</sup>. Yani failin fiiline bağlı neden olmanın yanı sıra şeriklerin hukuki değerlere yönelik bağımsız saldırıda bulunmaları da gerekli görülmüş, şerikliğin cezalandırma temeli sadece suç tipinin dolaylı-bağlı bir şekilde gerçekleştirilmesinde görülmemiş, şerike karşı da korunan hukuki değerler üzerinde söz konusu olan saldırının şeriklik haksızlığının bağımsız bir unsuru olarak eklenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>242</sup>. Böylelikle öğreti, her ne kadar haksızlığın bir kısmının failin fiilinin haksızlığından ortaya çıktığı kabul edilerek bağıllık kuralının gereklerine uygun davranılmış olması bakımından bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi ile bir benzerlik gösterse ve bu nedenden dolayı da “hukuki değere saldırı olarak tezahür ettiği kabul edilen şeriklik” failin fiiline *bağlı* görülse de esas itibariyle hukuki değerlerin şeriklere karşı da korunuyor olduğu görüşünü benimseyerek bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinden de ayrılmaktadır<sup>243</sup>. Yani şerikliğin haksızlığı, bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinden farklı olarak sadece bağıllık kuralından hareketle izah edilmemiş<sup>244</sup>, buna şerike karşı korunan hukuki değerlerin ihlali şeklindeki görüşü de eklenmiş, bu suretle bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinin ortaya çıkardığı sıkıntılardan sakınmaya çalışılmış, bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi adeta modernize edilmiştir<sup>245</sup>. Dolayısıyla ortaya konulan bu öğretinin literatürde şerikin haksızlığının

<sup>240</sup> Öğretinin diğer savunuları için bkz. Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 1 vd.; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 13; Heinrich, **AT**, Rn. 1269; Krey/Esser, **AT**, Rn. 985; Satzger, **Jura 2008**, s. 517; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 17a; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Rengier, **AT**, § 45 Rn. 2; Schoepke, **a.g.e.**, s. 25; Redmann, **a.g.e.**, s. 42.

<sup>241</sup> Bloy, **JA 1987**, s. 492; Stein, **a.g.e.**, s. 117; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 17; Satzger, **Jura 2008**, s. 517; Heinrich, **AT**, Rn. 1276. Bilgi için Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 644.

<sup>242</sup> Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 370.

<sup>243</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Schoepke, **a.g.e.**, s. 24.

<sup>244</sup> Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 369; LK-Roxin, vor § 26 Rn. 3.

<sup>245</sup> Schoepke, **a.g.e.**, s. 24; Krey/Esser, **AT**, Rn. 988; Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

bir kısmının bağlı, bir kısmının ise bağlı olmayan kümülatif bir yapıda olduğu kabul edilmiştir<sup>246</sup>. Nitekim *Roxin*'in kendisi de bu öğretiyi kendi ifadeleriyle bir *sentez* olarak nitelendirmiştir<sup>247</sup>.

Bu teori kapsamında şerik haksızlığının failin haksızlığına kanunda öngörülen bağlılık kuralı gereğince –ki bu açıdan bağlılığın kanundan kaynaklı olduğu ifade edilmektedir<sup>248</sup>- bağlı kılınarak failin fiilinin belli nitelikleri haiz olmasının gerekli görülmesi üzerinden bağlılığa özel bir misyon yüklendiği kabul edilmiştir. Böylelikle bu teoriye göre bağlılık kuralı, şeriklik hareketinin failin fiili üzerinden kapsamı belirli hale gelmesi yönünde bir işlev görür ki bu, bağlılığın hukuk devleti ilkesine yönelik önemli bir katkısı olarak nitelendirilebilir. Zira şeriklerin failin fiiline yönelik gerçekleştirdikleri birçok hareket nedensel olacağından bağlılık kuralıyla birlikte şerik sorumluluğu için failin fiili bakımından belli özellikler aranacağından sorumluluk alanına dahil edilebilecek olan şeriklik hareketlerinin sınırı daraltılmış, daha doğrusu şerikin failin fiilinden bağımsız olarak hukuki değerlere yönelik ihlal edici hareketin kapsamının genişletilmesinin önüne geçilmiştir<sup>249</sup>.

Buna rağmen öğreti nezdinde izahatta bulunulurken zorluğun ortaya çıktığı husus, şerikin de hukuki değerler üzerinde failden bağımsız bir saldırısının olduğunun kanunda yer alan düzenlemelerden çıkarılamamasıdır. Ancak buna çözüm olarak da *objektif isnadiyet* kurallarından hareket edilmiştir. Buna göre failin fiili sonucunda gerçekleşen netice, şerike sadece kasıtlı olarak ortaya koyduğu hareketin izin verilmeyen riski oluşturması halinde isnat edilebilecektir<sup>250</sup>. Böylelikle bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisine yöneltilen eleştirilerin konusu olan sorunlara bir

<sup>246</sup> Redmann, *a.g.e.*, s. 35; Ingelfinger, *a.g.e.*, s. 177.

<sup>247</sup> Roxin, *FS-Stree/Wessels*, s. 365, 380; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 11; Hoyer, *a.g.e.*, vor § 26 Rn. 17; Ayrıca bkz. Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 180.

<sup>248</sup> *LK-Roxin*, vor § 26 Rn. 2; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 2; Schünemann, *a.g.e.*, vor § 26 Rn. 2.

<sup>249</sup> Roxin, *FS-Stree/Wessels*, s. 365, 381; *LK-Roxin*, vor § 26 Rn. 5; Schünemann, *a.g.e.*, vor § 26 Rn. 5; Hoyer, *a.g.e.*, vor § 26 Rn. 18; Geppert, *Jura 1997*, s. 299, 300; Nikolidakis, *a.g.e.*, s. 47; Geppert, *Jura 2008*, s. 35; Redmann, *a.g.e.*, s. 38. Öğretiye dair bir çok eleştiri ileri sürmüş olmasına rağmen öğretinin bu olumlu yönü, *Bloy* tarafından da kabul edilmiştir (*Bloy*, *JA 1987*, s. 490, 492). Hatta *Geppert*, bağlılık kuralının her cezalandırılabilirlik incelemesinin zorunlu olarak fiile yakın kişi ile başlanmasına bir temel oluşturduğunu, nitekim herhangi bir ceza soruşturmasında henüz fail tarafından tipik ve hukuka aykırı olarak işlenmiş olan bir fiil tespit edilmeden şerikin cezalandırılabilirliğine göre bir sorgulama yapılmasının çok büyük bir hata olacağını vurgulamıştır (*Geppert*, *Jura 1997*, s. 300).

<sup>250</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 9; Geppert, *Jura 1997*, s. 300; *LK-Roxin*, vor § 26 Rn. 2; Schünemann, *a.g.e.*, vor § 26 Rn. 2.



çözüm bulunmuş, şerikin failden bağımsız olarak da hukuki değerler üzerinde bir saldırı gerçekleştirdiği ve bir haksızlığa sahip olduğu görüşüyle birlikte tatmin edici sonuçlara ulaşılmıştır.

Bu tatmin edici sonuçlardan ilki tam da objektif isnadiyet bağlamında şerikin izin verilmeyen risk oluşturmasının gerekli görülmesine ilişkindir. Buna göre öğretide objektif isnadiyetin genel kurallarından yola çıkılarak haksızlığın hukuken izin verilmeyen riskin oluşturulmasından ibaret görülmesi, evvela bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinde şerikin kendisine karşı korunmayan hukuki değerleri ihlal edemeyeceği görüşünün gerçekçi bir şekilde izah edilebilmesini sağlamıştır. Zira şerikin gerçekleştirdiği hareketin doğrudan veya dolaylı olarak kendisine yönelmesi halinde artık bu saldırının izin verilmeyen bir risk oluşturduğundan söz edilemeyecektir. Böylelikle bu öğretide nezdinde kişinin kendisine karşı korunmayan hukuki değere yönelik şeriklik hareketi ile saldırıda bulunması halinde hukuk politikası açısından somut cezasızlık durumu da başarılı bir şekilde temellendirilmiştir<sup>251</sup>.

Dolayısıyla bir başka kişiden kendisini öldürmesini isteyen ve fakat öldürülmek üzere ateş edilmesine rağmen ölmeyip yaşamaya devam eden, böylelikle kasten öldürmeye teşebbüs suçunun mağduru olan kişinin bu suça azmettiren olarak cezalandırılmayacağı, zira bu durumda kendi yaşamının kendisine karşı ceza hukuku anlamında korunan bir değer olarak görülemeyeceği, yani kişinin kendisine yönelik olarak gerçekleştirdiği davranışta olduğu gibi gerçekleştirilen davranışa olan etkisinde de ceza hukuku çerçevesinde *izin verilmeyen bir riskin* oluşturulmuş olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilebilir<sup>252</sup>. Benzer durum askerlik yapma mükellefiyetinden yoksun kalmak için bir başka kişiden kendisini yaralamasını istemesi üzerine azmettirilen kişinin azmettirmenin konusu olan bu fiili işlemi halinde de söz konusu olacaktır. Buna göre azmettirilen kişi kasten yaralama suçunu işlemiş olacak, bu durumda mağdurun rızasına dayanamayacak, zira kişinin vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda bu tür bir rıza geçersiz kalacak, buna rağmen mağdurun da söz konusu suç tipinden bahisle azmettiren olarak cezalandırılması gibi bir sonuca gidilmesi mümkün olmayacak, buna sebep olarak da hiç kimsenin kendi

<sup>251</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Redmann, **a.g.e.**, s. 37.

<sup>252</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 47; Redmann, **a.g.e.**, s. 37.

vücuduna ceza hukuku anlamında önem arz eden yapıda bir saldırı gerçekleştiremeyecek olması gösterilecektir<sup>253</sup>. Yine kişinin bir başka kimseye kendi malına zarar vermesine neden olması halinde de aynı durumdan bahsedilecektir<sup>254</sup>.

Bu teoriyle birlikte ortaya çıkan tatmin edici bir diğer sonuç ise Alman hukukundaki suçluyu kayırma suçuna kendi lehine azmettiren kişinin cezasızlığının izah edilebilir hale gelmesi olarak gösterilmektedir. Zira bir suç failinin kendisinin cezasız kalması için uğraşlarda bulunması halinde bu suçtan dolayı cezalandırılmayacağını belirttiği suçluyu kayırma suçunda azmettirenin bu şekilde cezasız kalmasının nedeni, bu suç kapsamında korunan hukuki değer kendisine karşı korunmaması, bu bağlamda da kendi hareketinin izin verilen risk kapsamında görülmesidir. Benzer gerekçelerle tatmin edici bir sonuca çok failli suçlar ve ajan provokatör açısından ortaya çıkan sorunlar bakımından da ulaşılabileceği belirtilmektedir<sup>255</sup>. Buna göre kendi şeriklik hareketiyle korunan hukuki değere yönelik bir saldırıyı gerçekleştirebilecek nitelikte bir kasta sahip olmayıp tam aksine hukuki değer üzerinden vuku bulacak olan saldırıyı önlemek isteğiyle hareket eden ajan provokatörün cezasız kalması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>256</sup>.

## ii. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Elbette bu teoriye yönelik olarak da bazı eleştiriler ileri sürülmüş, öğreti kapsamında bir takım soru işaretlerinin varlığına dikkat çekilmiştir. Nitekim aynı zamanda bu teorinin savunucularından da biri olan *Hoyer*, teoriye yönelik olarak bazı eleştiriler ileri sürerek esasında öğretinin kendisinde bir takım değişiklikler yapmış ve öğretinin geliştirilmesinde önemli katkılarda bulunmuştur.<sup>257</sup>

*Bu kapsamda ilk ve en önemli eleştiri, şerikliğin cezalandırma temeli bakımından azmettirme ve yardım arasında bir ayrım yapmaksızın bütüncül bir izaha gidilmeye çalışılmasına yöneltilebilir. Yani diğer bir ifadeyle azmettirme ve yardım etmenin farklı ceza kapsamalarının bulunmasına rağmen özellikle de*

<sup>253</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 8.

<sup>254</sup> Geppert, *Jura 1997*, s. 300; Redmann, *a.g.e.*, s. 37.

<sup>255</sup> Schoepke, *a.g.e.*, s. 24.

<sup>256</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 8; LK-Roxin, vor § 26 Rn. 2; Schünemann, *a.g.e.*, vor § 26 Rn. 2; Schoepke, *a.g.e.*, s. 25.

<sup>257</sup> Schoepke, *a.g.e.*, s. 25.

*Roxin'in görüşlerinde bu farklılığın dikkate alınmaması genel anlamıyla eleştirilmiştir*<sup>258</sup>.

Nitekim bu teori kapsamında azmettirme ile yardım etmenin cezalandırma temeli arasında ister yüzeysel anlamda isterse detayları bağlamında herhangi bir farklılaştırmaya gidilmiş değildir. Kaldı ki bu çerçevede azmettirmenin bazı hallerde failiğe göre daha az cezaya layık olabileceğini, hatta yardım etme karşısında bile daha az önem arz edebileceğini belirterek azmettirme için de takdiri ceza indirimine yer verilmesinin makul olacağını belirten *Roxin*<sup>259</sup>'in azmettirme ile yardım etmenin ceza kapsamlarındaki farkı izah edememiş olması sert bir şekilde tenkit edilmiş ve yine *yazarın* bu farkın meşru olmadığı yönündeki ifadeleri de anlaşılmasız bulunmuştur. Zira *yazarın* hem azmettirenin hem de yardım edenin kendi hareketleri nedeniyle failin fiilinin haksızlığını kendilerinin hukuki değerlere yönelik gerçekleştirdikleri saldırı üzerinden yüklenecekleri kabulü karşısında azmettirmenin yardım etmeye göre daha sert bir şekilde, faile eş değer olarak cezalandırılmasının azmettirenin failin fiilinin bütün haksızlığı yüklenmesine rağmen yardım edene sadece fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın bir kısmının yüklenebilecek olmasıyla izah edilmesi gerektiğinin özellikle altı çizilmiş<sup>260</sup>, şeriklerin cezalandırma temeli bakımından buna uygun bir izahatın yapılması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Bu kapsamda *Roxin*'in azmettirme ve yardım etmenin ceza kapsamına ilişkin bütüncül yaklaşımı bir tarafa bırakıldığında ve detaya inildiğinde her iki şeriklik türünün cezalandırma temeli bakımından da öğretinin bir farklılaştırmaya gidilmesini mümkün kıldığına değinilmiş ve bu bakımdan da diğer teoriler karşısında üstün görülebilir olduğuna işaret edilmiştir<sup>261</sup>. Bu çerçevede şeriklerin failin fiiline yaptıkları katkı nedeniyle failin fiiline bağlı oldukları, ancak kendilerinin de failden bağımsız bir şekilde ilgili hukuki değeri ihlal etmiş olabilecekleri, dolayısıyla şeriklerin bu bağlılığının kısmi olduğu kabul edilecekse de azmettirenin niçin yardım eden karşısında faile eş değer olacak şekilde cezaya layık olduğuna açıklık getirme

<sup>258</sup> Schoepke, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>259</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 182.

<sup>260</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 20.

<sup>261</sup> Krey/Esser, **AT**, Rn. 988.

noktasında failin fiilinin haksızlığı ve neticesinin haksızlığı birbirinden ayrılarak ortaya konulabilir<sup>262</sup>.

Nitekim bu argümanla birlikte azmettiren evvela failde fiili işleme kararına yol açması dolayısıyla failin bu karar çerçevesinde hareket etmesi bağlamında hareketin haksızlığı kendisine yüklenebilir hale gelerek sorumlu tutulur, hareketin haksızlığı bu şekilde neticenin haksızlığının isnadiyetini de sonuçlar, böylelikle azmettirenin de ancak bu şekilde faile eş değer şekilde cezalandırılması meşru hale gelir. Buna karşılık yardım eden, ne olayların genel gelişiminde ne de fiilin işlenmesine ilişkin kararın şekillenmesinde katkıda bulunmaya ihtiyaç duyar. Yardım eden, yardım hareketini gerçekleştirerek neticenin gerçekleşme ihtimalini ya kolaylaştırır ya da mümkün kılar ki bu durumda da failin fiilinin ancak neticesinin haksızlığı yüklenebilir duruma gelir. Bu çerçevede yardım edene failin hareketinin haksızlığı yüklenemeyeceğinden dolayı salt netice haksızlığı ile sınırlı sorumluluğu karşısında yardım eden konumundaki kişinin cezasında zorunlu bir indirime gidilmesi oldukça gerekli ve makul hale gelecektir<sup>263</sup>.

Bu görüşlerin, suçu zaten işlemeyi düşünen bir faille birlikte suç işlemeye karar veren ve suçun icra hareketleri aşamasında sadece basit bir katkıda bulunan kişi, müşterek fail olarak suçun cezasıyla cezalandırılacakken failin suçu işlemesine ilk defa karar verdiren ve bir anlamda failin fiiline asli neden olan arka plandaki kişinin fiilin işlenişini tamamen failin kendi eline bırakmış olması da dikkate alındığında müşterek faile göre daha az ceza ile cezalandırılmasının oldukça anlamsız hale gelecek olması da dikkate alındığında gerçeğe uygun oldukları ifade edilebilir. Zira azmettiren konumundaki kişinin failde suç işleme kararını verdirmesi, tıpkı faille iradi anlamda birlik oluşturan ve failin kararlılığını tetikleyen müşterek failde olduğu gibi failin hem hareketinin hem de bu hareketle gerçekleşen neticenin haksızlığına etki eder. Buna karşılık yardım etmede failin hareketine yönelik olarak gerçekleştirilen katkı, ancak netice üzerinde bir karşılık bulur. Dolayısıyla suç tipinde belirtilen neticeye neden olmak için hiç kimse tarafından sağlanamayacak olan vazgeçilmez nitelikteki bir aracın faile sağlanmasının (yardım etme) dahi niçin

<sup>262</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 20; Köhl, **AT**, § 20 Rn. 132; Heinrich, **AT**, Rn. 1276; Krey/Esser, **AT**, Rn. 988; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**, Rn. 15.

<sup>263</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 20.

bu aracının kullanılmasına yönelik basit bir isteğe (azmettirme) göre daha az cezalandırılabilir olduğu da makul bir şekilde izah edilebilir hale gelecektir<sup>264</sup>.

*Teoriye yöneltilen bir diğer eleştiri de teori kapsamında şerikliğin cezalandırma temeli konusunda saf ve bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorilerinin temellerinden hareket edilerek bu öğretilerin çözüm getiremediği, daha doğrusu çözüm getirmekte zorlandığı sorunlara çözüm bulmak adına mantıklı bir sentez ortaya konmaya çalışılması, böylelikle de facto bir şekilde şerik haksızlığının iki heterojen kısımdan oluşacak şekilde meydana getirilmesi ve dolayısıyla da daha üst bir düzenleme teklifine erişilmiş olmamasına ilişkin olarak ileri sürülmüştür<sup>265</sup>.*

Bu çerçevede *Roxin*'in “sentez” olarak ortaya koymuş olduğu bu teorinin, tartışmalı durumlardan sakınma arzusuyla “Hem o, hem de o” şeklinde ortaya konulduğu, halbuki her iki prensibin de ilişkisiz bir şekilde yan yana kalacağı ifade edilmiştir. Zira bu durumlarda herhangi bir gerekçe sunulmaksızın “sentez” adı altında ortak bir yapıdan söz edileceği, bunun uygulamada sorunlara yol açacağı belirtilmiştir<sup>266</sup>. Dolayısıyla şeriklik hareketinin ya hukuki değerlerin ihlal edilmesine dolaylı bir şekilde neden olarak failin fiiline bağlı bir şekilde haksızlığı haiz olacağı yahut da hukuki değerler üzerinde doğrudan bir saldırıya neden olarak failin fiilinden bağımsız bir haksızlığı haiz olacağı, haksızlığın hem failin fiiline bağlı hem de failin fiilinden bağımsız olamayacağı, bunun bir çelişki olduğu vurgulanmıştır<sup>267</sup>. Öyle ki bu tür bir kabulde şerikin haksızlığının bir kısmını oluşturan ve şerikin hukuki değerler üzerinde kendi, bağımsız saldırısı olarak tezahür eden haksızlığın, saf neden olma teorisinin temellendirmesine işaret etmesi

<sup>264</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 19. Bu açıklamaların kanunda niçin faille azmettirenin eş değer şekilde cezalandırıldığını izah etmeye elverişli olduğunu belirten *Joecks*, her şeye rağmen bu izahatın böylesi bir cezalandırma yönteminin meşruiyetini ortaya koyma noktasında soru işaretlerini barındırmaya devam edeceğini ifade etmiştir (*Joecks*, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 16). Halbuki yukarıdaki ifadelerin tamamı, sadece kanundaki düzenlemenin meşruluğunu ortaya koymakla kalmamakta, aynı zamanda gerçekte de olması gerekenin ne olduğunu gerekçeleriyle de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla *Joecks*'in bu şüphelerinin yersiz olduğunu özellikle belirtmek gerekir.

<sup>265</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 253.

<sup>266</sup> Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 254.

<sup>267</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 48. Benzer bir görüşe *Renzikowski* tarafından da işaret edilmiştir (*Renzikowski*, **a.g.e.**, s. 43).

nedeniyle saf neden olma teorisine yöneltilen eleştirilerin bu öğretiyeye karşı da ileri sürülebilir olduğu ifade edilmiştir<sup>268</sup>.

Halbuki teori kapsamında bu eleştirilere rahatlıkla cevap verilebilir. Bir defa her şeyden evvel saf neden olma öğretisiyle ortaya çıkan sorunların şerikliğin failin fiiline bağlı olan haksızlığı ile aşılabılır olduğu belirtilebilir. Bu anlamda saf neden olma teorisine yöneltilen eleştirilerin bu öğretiyeye karşı da ileri sürülebilir olduğu eleştirisinin hiçbir anlamı kalmamaktadır. Diğer taraftan teorinin “sentez”den oluşan yönüne eleştiri yöneltilmesi de çok haklı sayılmaz. Zira bu eleştiriye yöneltenlerin kendi geliştirdikleri görüşün temeline inildiğinde kendilerinin de benzer bir fikir ortaya koydukları, bu anlamda eleştirdikleri hususu kendilerinin de yaptıkları dikkat çekmektedir. Nitekim *Bloy*’un kendisi de sorumluluğu genel isnadiyet koşuluna indirgemeyi engellemek için şerikliğe bazı tanımlayıcı kriterler getirerek failin fiiline bağlı olmayan bazı unsurları gerekli görmüş, böylelikle *Roxin*’i heterojen iki unsuru uyuşturmaya çalıştığı gerekçesiyle eleştirmesine rağmen kendisi de her ne kadar bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisine yönelmiş olsa da gerekçelendirmesini adeta hukuki değerlerin ihlaline bağlı şeriklik öğretisine göre yapmıştır<sup>269</sup>.

En nihayetinde tüm bu eleştirilere rağmen Alman doktrininde bu öğretinin gelişerek yaygınlaştığı özellikle vurgulanmalıdır. Her ne kadar TCK’da yer alan düzenlemeler ve dolayısıyla da Türk doktrini dikkate alındığında bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin benimsendiği belirtilebilirse de kanaatimizce şeriklerin cezalandırma temeli bakımından bu öğreti daha makul izahat getirmiştir<sup>270</sup>. Gerek Türk hukuku açısından benimsenen durum, gerekse şahsi kanaatimiz noktasında detaylı bir değerlendirmenin yapılması ve gerekçelerin ortaya konması bir gereklilik arz etmektedir.

<sup>268</sup> Nikolidakis, **a.g.e.**, s. 47.

<sup>269</sup> Redmann, **a.g.e.**, s. 40, 41; Roxin, **Stree/Wessels**, s. 365-382. *Redmann*’ın kendisi de şerikin saldırı teşkil eden hareketinin failin hukuki değerleri ihlal edebilecek nitelikteki hareketine bağlı olduğunu ve her durumda bundan ayrılmaz bir niteliği haiz olduğunu kabul etmiş, bununla birlikte bu bağlılığın da bağlılıkla anlamlı hale gelen bağımsız unsurların bir ifadesi olduğunu ifade etmiştir (Redmann, **a.g.e.**, s. 40).

<sup>270</sup> Benzer görüş için bkz. Özkan, **a.g.e.**, s. 57. Ancak bu noktada *Özkan*’ın şerikliğin cezalandırma temeline ilişkin olarak TCK’da yer alan düzenlemeler hakkında yaptığı değerlendirmeler bakımından kanaatimiz için “Değerlendirme” başlığı altındaki açıklamalarımıza bakılmalıdır.

### C. Görüşümüz

Ceza kanunları'nda ya da diğer kanunlarda öngörülen suç tipleri kapsamında korunan hukuki değeri ihlal eden hareketi gerçekleştiren kişi fail olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte suçla korunan hukuki değer, fail tarafından gerçekleştirilebilecek davranış dışındaki hareketlerle de ihlal edilebilirken suç tipi kapsamında yer alan hareket yalnızca fail tarafından gerçekleştirilebilir. Şu halde mağdura ateş ederek mağdurun ölümüne sebebiyet veren faile, mağduru öldürmesi karşılığında belli bir meblağı ödeyeceği yönünde vaatte bulunan ya da mağduru öldüreceğini bildiği halde faile silah teslim eden kişinin bu davranışının öldürme suçu bakımından tipik olmayacaksa da suçun konusu üzerinde zarar veya en azından tehlikeye sebebiyet vermek suretiyle suç tipinde korunan hukuki değeri ihlal edici bir davranış teşkil edeceğinde hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

Buna göre şeriklerin hareketinin de korunan hukuki değeri ihlal etmesi nedeniyle her şekilde haksızlık teşkil ettiği ifade edilebilir. Ne var ki şeriklik hareketi de bir haksızlık teşkil etmekle birlikte ihlal edilen hukuki değer mutlaka şerikin kendisine karşı da korunuyor olması gerekmektedir. Buna göre kendisini öldürmesi için kiralık katil tutan kimsenin, kiralık katilin ateş etmesi ancak isabet ettirememesi durumunda kendi yaşamı kendisine karşı korunan bir hukuki değer olmadığından kasten öldürmeye teşebbüsten azmettiren olarak sorumlu tutulamayacaktır<sup>271</sup>.

Bununla birlikte azmettiren ve yardım edenin hukuki değerler üzerindeki ihlali, failinki gibi doğrudan değil, *dolaylıdır*. Zira failin hareketi bulunmadığında şeriklerin hareketlerinin, suç tipinde korunan hukuki değeri ihlal etmesinden bahsedilemeyecektir. Nitekim söz gelimi B'yi öldürmeyi düşünen A'ya B'yi öldürmesi için silah teslim eden C, B öldürülmediği yahut da en azından öldürme kapsamında teşebbüs hareketleri başlamadığı sürece sadece silah teslim etme hareketi, suçun konusu olan insan üzerinde bir tehlike oluşturacaksa da bu hareketinin cezaya layık bir ihlal ya da *önemli bir tehlike* oluşturduğundan bahsedilemeyecektir. Bu anlamda şerikin hukuki değer üzerinde cezalandırılabilir nitelikte bir ihlal gerçekleştirmesi, ancak bu ihlalin suçun konusunu zarara uğratması veya suçun konusu üzerinde en azından önemli bir tehlikeye neden olması halinde

<sup>271</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 177.

gündeme gelecektir. Bu çerçevede şeriklerin davranışlarının ceza hukuku bakımından bir haksızlık teşkil etmesi, kural olarak failin davranışının haksızlık teşkil etmesine bağlı tutulmuştur. Bu nedenle şeriklerin cezalandırılma nedeni, herhangi bir hukuki değer ihlalinin ileri gelmekte, temelde failin fiilinin içerdiği haksızlıktan kaynaklanmaktadır. İşte bu, bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisini ön plana çıkarmaktadır.

Buna rağmen **kanaatimiz**, bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin şerikin failden bağımsız olan kendi davranışının haksızlığını görmezden gelerek şerikin bütün haksızlığının failin haksızlığından kaynaklandığını kabul etmesinden hareketle hem azmettirme hem de yardım etmenin cezalandırma temelini tam anlamıyla izah edilebilmesine elverişli olmadığı, bu anlamda buraya kadarki açıklamaların, yani bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin yetersiz olduğu yönündedir. Öyle ki şerikliğin haksızlık kapsamının önemli bir kısmı failin fiiline dayanıyor olsa da failin fiilinden münferit kendi sahip olduğu haksızlığın mevcudiyeti de görmezden gelinemez<sup>272</sup>. Dolayısıyla da bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisine bazı eklemeler yapılması sadece bir iyileştirme olmayacak, bunun dışında bir zorunluluk olarak da gündeme gelecektir.

Bu bakımdan bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi üzerinde yapılacak geliştirmeler, “*hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisi*” ile yapılabilir. Bu çerçevede yukarıda yapılan şeriklerin hukuki değerleri fail üzerinden ancak dolaylı bir şekilde ihlal ettikleri yönündeki görüş, varlığını korumakla birlikte ikincil plana itilecek ve bu anlayışa, şeriklerin gerçekleştirdikleri davranışların da suçun konusu üzerinde bir tehlike oluşturdukları ve bu suretle failden bağımsız bir şekilde de hukuki değerleri ihlal edebildikleri yönündeki tez eklenecektir. Yani şeriklik hareketi, hukuki değerleri fail üzerinden dolaylı bir şekilde ihlal ettiğinden bu hareketin gerçekleştirdiği haksızlığın failin haksızlığına bağlı tutulmasından evvel bizatihi kendisinin de bir haksızlık teşkil etmesi ve gerektiğinde cezaya layık görülmesinden söz edilebilecektir.

Şu halde her iki şeriklik türünün de suçun konusu üzerinde tehlike oluşturmak suretiyle hukuki değerlere yönelik olarak failin fiilinden ve fiilin neticesinden

<sup>272</sup> Maurach, **AT**, 2. Auflage, 1958, § 50 III A 3; Reinhart Maurach, **Schuld und Verantwortung im Strafrecht**, Wolfenbütteler Verlagsanstalt, Wolfenbüttel und Hannover, 1948, s. 57.



bağımsız bir ihlal gerçekleştirdiği açıktır. Zira her ne kadar tipiklik kapsamındaki fiili gerçekleştirilirse, bu anlamda fiil hakimiyetine sahip olmasa da azmettiren, failde suç işleme kararı oluşturarak zamansal olarak da failin işlediği fiilin adeta asli anlamda fikir babası olması hasebiyle failin fiiline “neden olan” konumunda yer alacakken yardım eden her ne kadar hareketinin netice üzerindeki etkisi genel itibariyle gerçekleşecek olsa da azmettirme gibi failin fiilinin asli nedeni olmayıp sadece “destekleyen” konumundadır ki bu da yardım etmenin cezalandırma temelini teşkil eder<sup>273</sup>. Yani her iki şeriklik türünde de failin davranışı olmasa bile bizatihi kendi davranışları da korunan hukuki değer bakımından ihlal edici bir nitelik arz etmektedir.

Bu noktada her iki şeriklik türünün de failin fiili bakımından nedensel olması ve hukuki değerler üzerinde tehlike oluşturmasına rağmen iki şeriklik türü açısından da öngörülen cezalar arasındaki farklılığın izahı, ancak işlenen fiile yönelik yaptıkları katkının kapsam ve ağırlığı ile ortaya konulabilir. Zira azmettirenle yardım edenin ilgili suçun konusu üzerinde oluşturdukları tehlikenin ve bu suretle hukuki değer üzerindeki ihlalin boyutu, tamamen birbirinden farklı olup bu farklılık doğrudan cezaların belirlendiği kanuni düzenlemelerde de karşılığını bulmuştur. Bu çerçevede farklılığın azmettirenle failin hem hareketinin haksızlığının hem de neticenin haksızlığının yüklenmesi karşısında yardım edene sadece neticenin haksızlığının yüklenmesinden kaynaklandığı ileri sürülmekte<sup>274</sup>, bu bakımdan ceza kapsamındaki farklılık haksızlığın kökenine dayandırılmaktadır. Ancak bu husustaki **kanaatimiz**, şeriklerin cezalandırma temeline ilişkin izahatta bulunma noktasında failin fiili ve neticesinin haksızlığı arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönünde olsa da yardım edene sadece neticenin yüklenmesi, azmettirenle ise hem hareketin

<sup>273</sup> Bu açıdan *Krey/Esser*'in yardım etmenin de azmettirme gibi failin fiiline “neden olan” şeklinde nitelendirilmesini yerinde görmemekteyiz. Ancak tekrar altını çizmek gerekir ki bu kabulümüz, ne yardım edenin katkısının netice üzerindeki nedensel etkisinin varlığını ortadan kaldırır, ne de bu katkıyı azmettirenin katkısının bulunduğu seviyeye yükseltilmesine yol açar. Yardım eden, azmettirmeye yakın olacak şekilde faili söz konusu fiili işlemeye teşvik etmiş olsa bile, manevi yardım etmeden bahsedilse bile yardım etmenin cezalandırma temelinde “neden olma”nın yer aldığından söz edilemez. Zira bu durumda dahi failin kararını manevi anlamda etki eden kişinin bu katkısı, zaten fiili işlemeye karar vermiş olan bir kimsenin bu kararını kuvvetlendirmekten ibaret olup sadece kişinin fiiline destek niteliğini haizdir. Yoksa failin fiiline neden olmasından söz edilmesi mümkün değildir.

<sup>274</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 21.

hem de neticenin haksızlığının yüklenmesi şeklindeki argümanın yerinde olmadığı yönündedir.

Bir defa bu görüşün makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Zira failin fiiline maddi veya manevi hareketlerle destekte bulunan yardım eden konumundaki kişinin de azmettiren gibi failin hareketinin haksızlığından etkilenmesi mümkündür. Bu bakımdan faile silah teslim eden arka plandaki kişinin, failin bu silahı kullanarak mağduru öldürmesi halinde sadece ölüm neticesinin haksızlığından etkilendiğinin belirtilmesi uygun değildir. Öyle ki silahın faile teslim edilmesi şeklindeki davranış, failin fiili işleme yönündeki kararını *az da olsa* yükseltici olarak etkilemiş olacak, bunun da ötesinde failin silahın tetiğine basarak mağduru kurşun yağmuruna tutmasına da etki etmiş olacaktır. Zaten ölüm neticesi gerçekleşmiş olmasa bile failin icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamasıyla yardım etme hareketinin de cezalandırılabilir hale geldiğinin kabul edilmesi, bunu açıkça ortaya koymaktadır. Kaldı ki azmettirenin failde bir karar oluşturmasının failin hareketinin haksızlığının azmettiren konumundaki kişiyi etkileyeceğinin benimsenmiş olması karşısında tamamen aynı olmasa da benzer bir durumun failin kararını kuvvetlendirme ya da şüphelerini giderme şeklindeki manevi yardım etme türündeki hareketler bakımından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Böylece failin fiili işleme yönündeki tereddütlerini gideren bir kimsenin failin hem hareketinin hem de hareketin neticesinin haksızlığına etki etmiş olacağında, bu çerçevede de failin hem hareketinin hem de hareketi sonucu meydana gelen neticenin haksızlığından etkileneceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Aksi takdirde sırf hareket suçunu işleyecek olan faile yönelik yardım hareketinin netice ve neticenin haksızlığının bulunmadığından bahisle cezasız kalması gibi abesle iştilgal bir sonuçtan dahi söz edilebilecektir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, azmettirenle yardım edenin failin haksızlığından ne oranda etkilenecekleri belirlenirken davranışlarının kapsamının dikkate alınması ve failin hareketinin haksızlığı ile neticesinin haksızlığı arasındaki ayırmadan ziyade azmettirenle yardım edenin hareketlerinin haksızlığı ile hareketleri sonucu gerçekleşen neticenin haksızlığı arasındaki farkın dikkate alınmasına ilişkin gerekliliktir. İşte tam da bu noktada şeriklerin failin haksızlığından bağımsız olarak kendi hareketlerinin kapsamının değerlendirilmesi ayrı bir önem arz etmekte,

böylece şeriklerin fail üzerinden hukuki değerlere yönelik dolaylı olarak gerçekleştirdikleri ihlal ikincil planda kalmaktadır.

Bu bakımdan azmettiren, suç işleme kararı bulunmayan failde bir suç işleme kararı verilmekte, fiili fail gibi bizzat icra etmese de korunan hukuki değer bakımından önemli bir haksızlık ortaya koymaktadır. Hatta o kadar ki henüz icra hareketlerine başlamamış olan fail suç işlemeye karar vermesinin teşkil ettiği haksızlık oranı karşısında bu faile suçu işleme kararını verdiren ve suç işleme planı hakkında fikir veren azmettiren konumundaki kişinin hareketinin teşkil ettiği haksızlık oranının daha yüksek olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Ancak bu çerçevede icra hareketlerini gerçekleştiren faille icra hareketlerine katılmaksızın sadece failde suç işleme kararını verdiren ve olaylar üzerinde hakimiyeti bulunmayan azmettirenin aynı cezaya layık görülmesi de izah edilmelidir. Zira failde suç işleme kararını verdirme söz konusu olsa da azmettirmede fiilin icra edilmesi gibi önemli bir unsurun eksikliği söz konusu olduğundan ilk bakışta azmettirenin faille eş değer bir cezaya layık görülmesinin adil olmayan, haksız bir sonuç olduğu, bu açıdan da azmettirenle failin eş değer bir cezaya layık olamayacağı belirtilebilir. Fail, fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmiş olmasaydı fiili işlenmiş olmaz, azmettirenin failde oluşturmuş olduğu fiili işleme kararının bir anlamı olmazdı.

İşte azmettirmedeki bu önemli eksiklik, ön plandaki kişide suç işleme kararı verdiren kişinin faili kendi haline bırakması, muhtemel failin fiili yüksek ihtimalle işleyeceği düşüncesiyle olayları adeta faile devretmesi, daha açık bir ifadeyle fiilin işleneceği kastıyla olay sürecini kaderine terk etmesi suretiyle giderilmiş olacaktır<sup>275</sup>. Gerçi sonuç itibarıyla her ne kadar azmettiren fiilin işlenmesi kararına neden olmuş olsa da fiilin işlenmesi hususunda esas karar verici yine failin kendisinden başkası değildir. Ancak detaylı bir inceleme yapıldığında durumun hiç de böyle olmadığı açık ve net bir şekilde anlaşılabilir. Daha en başta ortaya konulan azmettirme hareketi ve neticeleri dikkate alındığında azmettirenin nihai neticesi failin fiilin icra hareketlerine başlamış olması şeklinde belirlenmişti. Ancak failin icra hareketlerini gerçekleştirmesine neden olan, yani suçun işlenmesine yol açan esas husus, azmettirenin failde oluşmasına sebep olduğu karardır. Bu açıdan kararın

<sup>275</sup> Arthur Wegner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1951, s. 237.

oluşturulması da, fiilin icrası kadar büyük bir önem arz etmektedir. Yani oluşan bu karar, fiilin icrasına ve bu suretle neticenin gerçekleşmesine yol açmıştır. Elbette tüm bunlara neden olan, bizatihi azmettirenin azmettirme hareketi, yani failde fiili işleme kararını verdirmek için ortaya koymuş olduğu çabadır. Bu çaba sonucunda azmettiren, hem failin fiili işleme kararına, hem kendisi açısından nihai netice olan icra hareketlerinin başlamasına sebebiyet vermiştir. Bu açıdan faille azmettiren karşılaştırıldığında failin tek başına işlediği fiil (ve netice) söz konusuken azmettirenin azmettirme hareketiyle hem fiil (ve neticeye) hem de suç yoluna girmesine neden olduğu, daha açık bir ifadeyle suç işleme potansiyeline sahip tehlikeli bir kimse söz konusudur. Yani bu noktada sorulması gereken esas soru belki de şudur: *“Azmettiren, bir başka kişiyi fiilin işlenmesine azmettirmek suretiyle bir başka kişinin suç işlemesine neden olmak, bu sayede kendi suçluluk arz eden düşüncesini bir başka kişiye de bulaştırmak yerine doğrudan, bizzat kendisi işlemiş olsa her iki durumda ortaya çıkan haksızlık derecesi farklılık arz eder mi?”* Buna göre söz gelimi kasten öldürme suçunda fail, bir kimseyi öldürerek sadece mağdurun oluşmasına neden olurken azmettiren, bir başkasında mağdurun öldürülmesi fikrini oluşturarak hem faili suçlu bir kişilik haline getirmiş, hem de mağdurun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kısacası azmettiren, failin mağduru öldürmesine sebebiyet vererek hem failin hem de mağdurun ortaya çıkmasının müsebbibi haline gelmiştir<sup>276</sup>. Bu sayede de azmettiren, faille eş değer hale gelmiş, fail karşısındaki fiilin icrasını kendi şahsında yerine getirmemesinden kaynaklanan eksikliği bu sayede telafi etmiştir.

Elbette karar verdirilen suçun içerdiği haksızlık oranı da dikkate alınmak kaydıyla ön plandaki kişide bizatihi bu suçun işlenmesi yönünde bir kararın verdirilmesi de azmettirmenin ilk boyutu olarak görünüm arz edecek ve bazı koşulların varlığı halinde bizatihi tek başına *cezaya layık bir haksızlık teşkil edebilecektir*. İşte Alman hukukunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması da esasında azmettirenin failde bir karar verdirmiş olmasının en azından belirli ağırlıktaki cezaya layık bir haksızlık olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

---

<sup>276</sup> Wegner, AT, s. 237.

Yardım etmede ise zaten suç işleme kararı bulunan bir kimseye fiilin işlenişini kolaylaştıracak türde davranışların gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu çerçevede bir kimseyi öldürme kararını vermiş olan muhtemel faile silah teslim edilmesi, failin fiili işleme kararına etki etmesi muhtemel bir davranış olup bu etki, fail fiilin icra hareketlerine başlamamış olsa bile ortaya çıkabilecek niteliği haizdir. Bu noktada nasıl ki failin fiilinin haksızlığına önem atfediliyorsa yardım edenin hareketinin haksızlığı da dikkate alınmalıdır. Buna göre bir kimsenin bu silahla hukuka aykırı bir şekilde insan öldüreceği biliniyor yahut bilinebilecek durumda ise bu defa o kimseye silahın teslim edilmesi açıkça bir haksızlık teşkil edecektir<sup>277</sup>. Dolayısıyla yardım etme hareketinin de failin fiilinden bağımsız olarak bir haksızlık teşkil ettiğinde şüphe bulunmamaktadır.

Ancak yardım etme, azmettirmeye göre farklı bir nitelik arz etmektedir. Buna göre azmettirmede ilk aşamada failde fiili işleme kararını oluşturmaya yönelik bir çaba içerisine girme, ikinci aşamada faili ikna ederek kararın oluşmasını sağlama ve nihayet üçüncü aşamada failin icra hareketlerine başlaması şeklinde üç aşamalı bir gelişim süreci bulunmaktadır. Yardım etmede ise zaten karar vermiş olan faile yardım etme hareketinin gerçekleştirilmesi ve nihayet failin icra hareketlerine başlaması söz konusudur. Bu bakımdan failin fiiline yönelik maddi ya da manevi nitelikteki yardım etme hareketlerinin daha en baştan sahip olduğu haksızlık içeriği, azmettirme hareketindeki gibi değildir. Bu durum, yardım etme bakımından iki önemli sonucu beraberinde getirmektedir. Biri yardım etme bakımından zorunlu bir ceza indirimi yapılması ve bu ceza indirimi yapılırken yapılacak olan indirimin yardım etme hareketinin failin fiili ve neticesi üzerindeki etkisinin dikkate alınarak belirlenmesi yönündeki gereklilik, diğeri ise failin icra hareketlerine başlamadığı durumlarda, yani yardım etmenin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda cezaya layık görülmemesi, bu nedenle de cezasızlık alanında görülmesidir.

Yardım etme açısından zorunlu ceza indirimine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken husus, yardım etmenin bazı durumlarda faille eş değer cezaya tabi tutulması gerektiği yönündeki argümandır. Nitekim doktrinde bir görüş, hırsızlık suçunun temel şeklini işlemeye karar veren bir failin hırsızlık suçunun nitelikli halini

<sup>277</sup> Leopold Zimmerl, “Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung”, *ZStW* 1933, s. 585.

işlemesine neden olması halinde faille göre daha az ceza ile cezalandırılmasının makul olmayacağına işaret etmiştir<sup>278</sup>. Ancak **kanaatimiz**, bu tür hallerde her durumda yardım etmeden bahsedilemeyeceği, genel olarak azmettirmenin söz konusu olacağı ve faille eş değer bir cezanın öngörüleceği, bu nedenle de bu görüşün her durumda doğru olmayacağı yönündedir.

**Buna rağmen bu görüşün yardım edenin faille eş değer şekilde cezalandırılabilmesi şeklindeki kısmının da bazı hallerde yerinde olabileceği kanaatinde olduğumuzun da özellikle altı çizilmelidir.** Zira bazı durumlarda yardım eden, müşterek fail olmamasına rağmen fiilin işleniş bakımından katkısı o denli elzem bir nitelik arz edebilir ki bu katkının haksızlık niteliğinin azmettirenin failde fiili işleme kararını verdirerek ortaya koymuş olduğu haksızlık içeriğinden daha az olduğu kesinlikle belirtilemez. Yani faille yapılacak bir mukayese bir tarafa bırakıldığında ve bu karşılaştırma sadece azmettirenle yapıldığında yardım edenin haksızlığının azmettireninkinden daha fazla olduğu durumların var olabileceği muhakkaktır. Nitekim bulunduğu yer belli olmayan ve bulunması neredeyse imkansız olan kız kardeşin vurulması için oğlunu İstanbul'a gönderen azmettiren konumundaki babanın haksızlık derecesi ile bir yıl boyunca kardeşini arayıp bulamadığı bir anda muhtemel faille kız kardeşinin adresini failden habersiz failin masasına bırakan yardım eden konumundaki kişinin ortaya koymuş olduğu haksızlık derecesi kıyaslandığında yardım edenin haksızlık oranının azmettireninkine göre daha fazla olmasa bile en azından eşit olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Dolayısıyla bu noktada ortaya çıkan sorun, iki şekilde çözüme kavuşturulabilir. Birincisi ya azmettirenin faille eş değer şekilde cezalandırılması imkanı ortadan kaldırılmalı ve fakat azmettirenle yardım edenin eş değer şekilde cezalandırılmasına imkan tanınmalı yahut da tıpkı azmettiren gibi yardım edenin de faille eş değer şekilde cezalandırılması ihtimalinin önü açılmalıdır. Bu çerçevede ikinci çözüm yolu daha makul görünmektedir. Ancak bu çözüm yolu tercih edilirken de farklı yollara başvurulabilir. Buna göre tıpkı azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de yardım eden kişinin faille eş değer ceza ile cezalandırılacağı belirtilebilir ve faille yardım eden arasındaki cezalandırma farklılığı ceza aralığı oranında belirlenebilir ki bu yol,

---

<sup>278</sup> Max Ernst Mayer, **Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts Lehrbuch**, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1915, s. 400.

sistemin tek faillik sistemine yakın hale gelmesine neden olabilir. Daha da tehlikeli olanı ise hakimlere bırakılan geniş takdir yetkisi ile yardım eden konumundaki kişilerin faile göre daha ağır ceza ile cezalandırılmaları şeklindeki dengesiz, sübjektif sonuçların ortaya çıkacak olmasıdır. Bu açıdan kanaatimizce tercih edilebilecek en uygun sonuç, mevcut düzenlemenin bu haliyle muhafaza edilmesi ve fakat düzenlemede öngörülen ceza yaptırımının kesin bir hüküm olduğuna işaret eden “...verilir.” şeklindeki ifadenin “... verilebilir.” şeklinde formüle edilmesi, bu sayede kural olarak yardım edenin faile göre daha az cezalandırılması kabul edilmiş olsa da bazı istisnai durumlarda yardım edenin faile denk ceza ile cezalandırılmasına imkan tanınması şeklindedir.

Yardım etme hareketinin sahip olduğu haksızlık içeriğinin azmettirmeye göre daha az olmasının ikinci önemli sonucu ise failin fiili olmaksızın yardım etme hareketinin tek başına cezalandırılabilir olmamasıdır. Bu çerçevede bir kimseye silah veren kişi, muhatabının bu silahla alıştırma yapmayacağını, bir insanı öldüreceğini bilerek silahı teslim etmesi şeklindeki yardım etme hareketi, muhtemel failin ancak icra hareketlerine başlaması halinde cezalandırılabilir olacaktır. **Yani yardım etme hareketinin de failin fiilinden bağımsız bir haksızlığı mevcut olsa da bu davranış, tek başına cezaya layık olmayacaktır.**

Her türlü şeriklik hareketi de tek başına haksızlık teşkil etmeyecektir. Bu çerçevede işlenmiş olan şeriklik hareketi, ancak şerikin failin fiili işleyeceği bilgisine sahip olması veya en azından bu hususta olası kastla hareket etmiş olması halinde haksızlık teşkil edecektir ki bu da şeriklik hareketinin failin fiiline bağlı yönünü ortaya koymaktadır. Dolayısıyla B'nin silahla alıştırma yapmak amacıyla hedef tahtasına ateş edeceği düşünülmüş ise bu defa silahın B'ye teslim edilmesinin hukuken herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>279</sup>. Bununla birlikte yardım edenin hareketinin bağlılığı, azmettirenin hareketinin bağlılığına göre daha belirgindir. Nitekim failin dış dünyaya yansımış fiili bulunmadığı sürece yardım etme hareketi cezalandırılmazken azmettirme hareketi tek başına cezalandırılabilir niteliktedir.

Tüm bu açıklamaların ardından görüşümüzün hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinden yana olduğunu, bu çerçevede şeriklerin hareketlerinin

<sup>279</sup> Zimmerl, *ZStW* 1933, s. 585.

failin fiilinden bağımsız olarak haksızlığa sahip olduğunu, bu haksızlığın azmettirmede ceza oranı az da olsa tek başına cezalandırmaya yeterli olduğunu, yardım etme bakımından ise cezalandırılabilirlik aşamasına ulaşmadığını, yardım etme ve azmettirmenin tam ceza kapsamında cezalandırma yoluna gidilebilmesi için ise müstakil şekilde sahip oldukları haksızlık oranını tamamlayan failin fiilinin ve/veya neticesinin gerçekleşmesi gerektiğini, bu çerçevede şeriklerin hukuki değerler üzerinde bağımsız olarak gerçekleştirdikleri saldırının faillığe bağlı olduğunu ifade etmiştik.

#### **D. Türk Hukuku Açısından Genel Değerlendirme**

Bu bilgiler ışığında ETCK ve yeni TCK'daki düzenlemeler dikkate alınarak Türk hukukunda şeriklerin cezalandırılabilirliğinin buna uygun olup olmadığı, uygun değilse hangi teorinin benimsendiği üzerinde durulacaktır. Bu minvalde Türk hukukunda da şeriklerin cezalandırılma nedeni doğrudan şerikliğin yapısıyla ilgili bir husus olarak görülmüştür<sup>280</sup>. Bağlılık kuralının bir düzenleme olarak öngörülmediği ve fakat doktrinde sıklıkla bahsedildiği ETCK döneminde literatürdeki görüşler üzerinden şeriklerin cezalandırma temeli açısından bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Buna karşılık TCK'da 40'ıncı maddeyle birlikte bağlılık kuralı özel olarak ihdas edilmiş, böylelikle şerikliğin cezalandırma temeline dair önemli bir işaret görünür kılınmıştır. Zira bu düzenleme, şerikliğe ilişkin diğer hükümlerle birlikte dikkate alındığında şeriklerin cezalandırma temeli bakımından hangi öğretinin benimsendiği noktasında kesin bir sonuca ulaşılabilecektir<sup>281</sup>.

Her ne kadar *ETCK döneminde* azmettirmenin asli manevi iştirak olarak görülmesi ve yine o dönem verilen mahkeme kararlarında “azmettirme suçu” ifadelerine yer verilmesi, azmettirmenin faillikten bağımsız bir iştirak türü olduğu izlenimini ortaya çıkarmaktaysa da<sup>282</sup> öğretilerdeki görüşler dikkate alındığında bu

<sup>280</sup> Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, C. II, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 461.

<sup>281</sup> Bu bakımdan *İskender*'in TCK md. 40 düzenlemesinin şeriklerin cezalandırma temelini belirlemekten uzak olduğu, daha çok faillerle şerikler arasındaki ilişkiyi belirleyen bir düzenleme olduğu yönündeki düşüncesi isabetli değildir (Salih Zeki İskender, “Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 37, S. 3, Temmuz 2011, Ankara 2011, s. 3).

<sup>282</sup> Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.1945 tarih ve 81/78 sayılı kararına göre *sanığın davacının küçük kızı Kamile'yi 'Seni köye göndereceğim, elbiseler alacağım, annenin parasını al, bana getir' diye kandırmış ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş*



izlenimin gerçek olmadığı anlaşılmaktadır. Gerçi öğretide sıklıkla şeriklik hareketlerinin nedensel olmasına işaret edilmişse de bu nedensellik vurgusunun şeriklerin bağımsız bir suç olarak kabul edildikleri anlamına gelmediği, bilakis kusura ve haksızlığa iştirak teorileri ile dayanışma teorisinin kabul edilmediği<sup>283</sup>, cezalandırma temelini nedenselliğe önem atfeden bağılılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinde veya hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinde aranması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Zira teorideki ağırlık görüş göz önünde bulundurulduğunda şeriklerin failin fiiline olan bağılılığına vurgu yapıldığı açıkça görülmektedir.

Nitekim azmettirmeyi suçun ilk ve etkili nedeni olarak gören *Erem/Danışman/Artuk*, azmettirme için suçun icra aşamasına erişmesini sağlamaya yetecek ölçüde etkili bir manevi çabanın gerçekleştirilmesinin şart olduğuna yer vermiş, bunun azmettirmenin asli-manevi faillik kapsamında yer alma temelini oluşturduğunu belirtmiş<sup>284</sup>, azmettirmenin de fail gibi bağımsız bir cezalandırma temelini olduğu sonucuna ulaşılabilecek ifadeler kullanmıştır<sup>285</sup>. Buna rağmen azmettirmenin cezalandırılabilmesi için failin hareketlerinin icra aşamasına ulaşmış olması gerektiği yönündeki açıklamaları<sup>286</sup>, azmettirenin de faile bağlı telakki

---

*olduğu olayda fiil, hırsızlığa azmettirmek suçu mahiyetinde* görülmüş, (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 449) “azmettirme suçu” ifadesine yer verilmiştir.

<sup>283</sup> Bununla birlikte Önder’e göre “*Başkalarını cürüm ve kabahat işlemeye azmettirenlere dahi aynı ceza hükmolunur.*” şeklindeki 64’üncü madde hükmü dikkate alındığında azmettirmenin cezalandırma temelinde kusura iştirak teorisi ve neden olma teorisi yer almaktadır. Önder, azmettirmenin cezasının failin cezası ile denk kabul edilmesinin neden olma teorisinin bir sonucu olduğunu ileri sürmüş, buna rağmen düzenlemenin ikinci fıkrasında yer alan failin suçun işlenmesinde şahsi menfaatinin bulunması halinde azmettirenin cezasında bir indirim yapılacağına dair hükmün azmettirenin sübjektif durumuna önem atfetmesi nedeniyle kusura iştirak teorisinin de benimsendiğine işaret ettiğini iddia etmiştir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 462).

<sup>284</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 392.

<sup>285</sup> Failin fiiline yönelik olarak araç sağlama gibi esasında suçun hazırlık hareketleri aşamasında gerçekleştirilen katkılar, bağıllık kuralı sayesinde failin suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamasıyla cezalandırılabilir hale gelir. İşte bu noktada “*Tek faillik sistemi kabul edilmiş olsa ve bu kişilerin her biri münferit birer fail olarak telakki edilmiş olsaydı sadece araç sağlayan ve bu davranışı hazırlık hareketi niteliğinde olan kişinin cezalandırılması mümkün olmayabilirdi.*” şeklinde bir itiraz ileri süren ve bağıllık kuralının cezalandırılabilirlik alanını haksız yere genişlettiğini belirterek tek faillik sistemini savunan bir görüş bulunmaktadır. (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 401).

<sup>286</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 394. Keza *Erem/Danışman/Artuk*’un fer’i iştirak hallerinin tek başına suç olmadığını, zira bu kapsamdaki hareketlerin suç tipleri kapsamında yer almadığı, iştirak düzenlemeleri sayesinde cezalandırılabilir hale geldiği yönündeki cümleleri (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 400) de azmettirmeyi ayrı bir suç olarak gördükleri yönündeki şüpheyi artıran etkenlerden biridir.

edildiği, bu anlamda layık olduğu cezanın tamamının kendi hareketinden kaynaklanmadığı, önemli bir kısmının kendi hareketinin sahip olduğu haksızlığa dayansa da bir kısmının da failin fiilinin haksızlığına dayandığı şeklindeki sonucu beraberinde getirebilecektir.

ETCK döneminde şeriklerin cezalandırılma nedenine ilişkin olarak günümüzdeki görüşlere en yakın açıklamanın *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver* tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu izahata göre failin gerçekleşen haksızlıkla, suçun konusuyla doğrudan bir temas halinde olmasından söz edilmiş, şerikin faille olan kişisel ilişkisi ve bağlılığı nedeniyle sorumluluğundan bahsedilmiştir. *Yazarlara* göre bağlılık, faillik için gerekli olan unsurların yerine geçmekte ve şeriklerin yasal tanımdan sorumlu tutulmalarını sağlamaktadır. Bu anlamda *yazarların* bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisine mi yoksa hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisine mi daha yakın olduğu hususunda dikkate alınabilecek ilk husus, şerik olarak iştiraktan söz edilebilmesi için bir başka kişinin kanuni tanıma uygun fiillerinin mevcut olmasını aramaları ve bağlılık kuralının şeriklerin bu eylemden dolayı sorumlu tutulmalarını sağlayan bir ilke olduğunun kabul etmiş olmalarıdır<sup>287</sup>. Zira bu kabullerden hareket edildiğinde *yazarların* Alman hukukunda da hakim görüş olan bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinden yana oldukları belirtilebilirse de hakim kalmış azmettirmenin de cezalandırılması gerektiği yönünde görüşleri nedeniyle hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinden yana oldukları sonucu daha ağır basmaktadır. Öyle ki teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmenin dahi belli bir oranda cezaya layık olduğunun belirtilmesi<sup>288</sup>, şeriklerin cezalandırılmalarına neden olan haksızlığın tamamının failin işlediği fiilden kaynaklanmadığını, büyük bir kısmının failin fiilinden olsa da bir kısmının da azmettirenin kendi hareketinden kaynaklandığının kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak *yazarların* şerik olarak sorumluluğu gerektiren iştirak katkısının haksızlık muhtevasını failin eyleminden aldığı yönündeki ifadeleri, görüşlerini belirsiz hale getirmektedir.

<sup>287</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 370.

<sup>288</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 403.

*Yeni TCK dönemi* bakımından ilk dikkate alınması gereken kanundaki bağlılığa ilişkin özel düzenlemenin yanında şeriklik hükümleridir. Bir defa kanunda özel olarak bağlılık kuralına dair bir hükmün ihdas edilmiş olması, kanun koyucu tarafından şerikliğin cezalandırma temeli bakımından ya bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin ya da hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinin dikkate alındığını göstermektedir. Yani en nihayetinde kanun koyucu tarafından şeriklerin cezalandırma temeline ilişkin olarak bir şekilde bağlılığa dayanılmıştır. Nitekim bunu TCK md. 84 hükmünde düzenlenen “İntihara Yönlendirme” suçunun ihdas edilmesi de açıkça ortaya koymaktadır<sup>289</sup>. Dolayısıyla bu çerçevede esas üzerinde durulması gereken, kanunda hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinin benimsendiğine dair bir takım belirtilerin bulunup bulunmadığıdır.

Bu kapsamda belki de göz önünde bulundurulması gereken ilk husus, akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilir olarak görülmemesidir. Zira kanunda akim kalmış azmettirme cezaya layık görülmemeyerek azmettirmenin failden bağımsız olarak sahip olduğu haksızlık ya tamamen göz ardı edilmiş yahut da görmezden gelinmiş olmasa da cezalandırılabilir nitelikte görülmemiştir. Her ne kadar çocukların suça azmettirilmesi nedeniyle ceza artırımının öngörüldüğü TCK md. 38/2 hükmünün gerekçesinde yer alan “...azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir.” şeklindeki ifade, azmettirmenin failin fiilinden bağımsız bir haksızlığı haiz olduğunun kanun koyucu tarafından da kabul edildiği anlamına gelmekteyse de akim kalmış azmettirmenin cezasız bırakılması, azmettirmenin tek başına haiz olduğu haksızlığın cezalandırılabilirlik sınırına ulaşır nitelikte görülmediği sonucunu da beraberinde getirmektedir ki bu argüman dahi TCK’da bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin benimsendiğini göstermeye yeterlidir<sup>290</sup>.

<sup>289</sup> Hakeri, **a.g.e.**, s. 553.

<sup>290</sup> Bu anlamda TCK md. 38/2 hükmünün gerekçesindeki “...azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir.” ifadeleri kullanan kanun koyucunun akim kalmış azmettirmeyi cezasız bırakmasının bir çelişki olduğu yönündeki eleştiri (Yener Ünver, “Yeni TCK’da Kusurluluk”, **CHD 2006**, C. 1, S. 1, s. 75) yerinde değildir. Yani azmettirmenin tek başına bir haksızlık muhtevasının olduğunu kabul eden kanun koyucu, pekala bu haksızlığın cezalandırılabilir nitelikte olmadığı düşüncesinden hareketle akim kalmış azmettirmeyi cezaya layık görmemiş olabilir.

Kanun koyucunun bu iradesi karşısında Türk öğretisinin ilginç bir şekilde önemli bir kısmının hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisini benimsediği görülmektedir<sup>291</sup>. Elbette bu durum, ilgili yazarların kanun koyucunun kabulünün aksine akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini belirterek kanun koyucu tarafından akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin görmezden gelinmesini eleştirerek bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinden uzaklaşmalarından kaynaklanmaktadır. Bununla kanun koyucunun iradesiyle uyumlu şekilde bağlılığa yönlendirilmiş destekleme ve neden olma öğretisini benimseyen yazarlar da göze çarpmaktadır<sup>292</sup>. Ancak bu yazarların büyük bir çoğunluğunun akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasını kabul ederek aslında şeriklerin cezalandırma temeline ilişkin olarak kendi içlerinde bir çelişkiye düştükleri de dikkat çekmektedir<sup>293</sup>. Bu bakımdan Türk öğretisinde şeriklerin cezalandırma temeline

<sup>291</sup> Nitekim *Akbulut*'un açıklamalarından hukuki değerlerin ihlaline bağlı şeriklik öğretisini benimsediği anlaşılmaktadır (Bkz. Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 177). Öğretiyi “bağlı hukuki değere saldırı” şeklinde ifade eden (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 177) *Akbulut*, şeriklerin cezalandırma temeli bakımından bu öğretiyi benimsediğini açıkça belirtmiş, zaten izahatında da süreklilik olarak *Roxin*'e aif yapmıştır (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 180). Benzer ifadelere *Artuk/Gökçen/Yenidünya*'da da rastlanmaktadır. Nitekim *yazarlar*, şerikliğin haksızlığının kısmen failin fiilinden kısmen de şerikin kendisinin hukuki değere saldırısından kaynaklandığını ifade etmişlerdir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 674). Keza *Demirbaş* da azmettirmenin bir taraftan failin gerçekleştirdiği haksızlıktan diğer taraftan ise bizzat kendi azmettirme fiilindeki haksızlıktan sorumlu olduğunu belirterek hukuki değerlerin ihlaline bağlı şeriklik öğretisinden yana tavır almıştır (Demirbaş, s. 508). *Özkan* da bu öğretiden yana olduğunu belirtmiş, hatta TCK'da yer alan düzenlemelerin de bu görüş esas alınmak suretiyle ihdas edildiği yönünde bir fikir ileri sürmüştür (Özkan, **a.g.e.**, s. 57, 64) ki bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>292</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533, 539; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 456; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 503. Nitekim *Ekici Şahin* de şeriklerin kendi hareketlerinin suç tipinde korunan hukuksal değeri ihlal etmediğini, ancak bir başkasının tipik ve hukuka aykırı fiiline etki ederek hukuksal değere yönelik bir ihlal gerçekleştirdiklerini belirtmiştir (Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 645). *Ekici Şahin*, şeriklerin de hukuki değerler üzerinde bağımsız bir saldırı gerçekleştirdiklerini kabul etmiş olsa da bunun cezalandırılabilir olmadığını belirterek kesin bir şekilde bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinden yana bir tavır sergilemiştir (Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 647).

<sup>293</sup> Öyle ki *Koca/Üzülmez*, şerikin kanuni tanımdaki haksızlıktan değil, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığa katkı sağladığı fiili nedeniyle bağlılık prensibi sayesinde cezalandırıldığını belirtmiş, böylelikle esasında şeriki bizatihî kendi hareketinin haksızlığını bu cezalandırılabilirlik içerisinde kabul etmemiş gibi görünse de (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 457) akim kalmış azmettirmenin tek başına cezalandırılabilir olduğu görüşünü benimsemiştir (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 472). Dolayısıyla her ne kadar eserinde açıkça “*Buna göre hukukumuz bakımından şeriklerin cezalandırılmasının esası, bağlılık kuralının gereklerinin gözetilmesi kaydıyla sebebiyet vermeye dayanmaktadır.*” şeklindeki ifadeleri kullanmış ve görüşünü bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinden yana şekillendirmiş gibi görünse de (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 457) esasında hukuki değer ihlaline bağlı şeriklik öğretisinden yana olduğu anlaşılmaktadır. Keza *Özgenç*, bağlılık kuralının şerikin failin işlediği fiilin haksızlığından sorumluluğunu sağladığını, nitekim faille doğrudan bağlantı içerisinde olması nedeniyle cezalandırıldığını ifade etmiş, kanuni düzenlemeyle uyumlu olmak adına bağlılığa

ilişkin olarak açık ve net bir şekilde bağlılığa yönlendirilmiş destekleme ve neden olma öğretisini savunan görüş sahibinin bulunup bulunmadığı muammadır. Elbette TCK'nın açık düzenlemesine rağmen bağlılığı reddeden ve neredeyse saf neden olma öğretisini kabul etmiş gibi görünen bazı görüşlerin varlığı da dikkat çekmektedir<sup>294</sup>. Nitekim bu görüş sahiplerinden *Toroslu*, bağlılık kuralıyla yeni bir çok-failli suç tipinin oluşturulduğunu iddia etmiştir<sup>295</sup>. Bu iddia, kanaatimizce isabetli değildir. Zira çok failli suçlar, suçun işlenmesi için birden fazla failin zorunlu olduğu suçlardır. Oysa ki bağlılık kuralı, birden fazla faili gerekli kılmamakta, bilakis şeriklik için failin varlığını gerekli hale getirmektedir. Eğer *Toroslu*'nun eleştirisi şeriklik için failliğin gerekli görülmesine yönelik ise bu eleştiri, fail olmadan da şerikliğin kabul edilmesi gibi bir sonucu beraberinde getirir ki bu da bağımsız şeriklik suçunu gündeme getirir. Nihayetinde de tek faillik sisteminin kabul edilmesi söz konusu olur. Zaten *Ekici Şahin* de *Toroslu*'nun bu eleştirisinin saf neden olma öğretisinde kabul edilebilir olduğunu ifade etmiş, şeriklik davranışının bağımsız bir suç olarak telakki edilmediği mevcut sistem içerisinde yerinin olmadığına işaret etmiştir<sup>296</sup>.

Benzer şekilde *Demirbaş* da “...faillerden şeriklerden birisi tipe uygun hareket yapmadıkça ikincil ve tamamlayıcı nitelikteki iştirak kurallarının uygulanması ve diğer şeriklerin cezalandırılabilmesi mümkün değildir.” ifadelerine yer vermek suretiyle şeriklerin de tipik hareket gerçekleştirebileceklerini, bir şerikin bir başka şerike de bağlı olabileceğini kabul etmiş, adeta saf neden olma teorisini benimsemiş

---

yönlendirilmiş neden olma teorisinden yana olmaya çalışmışsa da (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 539, 541) gerek azmettirme hareketinin failden münferit cezalandırılabilir olduğu (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 535) gerekse azmettirenin suç tanımında korunan hukuki değeri ihlal niteliğindeki fiilinin suç tanımına uygun olmaması nedeniyle cezalandırılabilmek için faile ihtiyaç duyduğu yönündeki görüşleri dikkate alındığında (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 539) kendisinin de hukuki değerlerin ihlaline bağlı şeriklik öğretisinden yana olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Benzer şekilde *Ekici Şahin*, her ne kadar Türk kanun koyucunun iradesiyle uyumlu bir duruş sergilese de akim kalmış azmettirmenin en azından belirli suçlar bakımından cezaya layık olabileceğini, yani korunan hukuki değer üzerinde failden bağımsız olarak kendi gerçekleştirdiği ihlalin de belli bir cezalandırılabilirlik seviyesine ulaşabileceğini görmezden gelmiştir.

<sup>294</sup> Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 348; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayıncılık, 20. Bası, Ankara 2014, s. 300.

<sup>295</sup> Toroslu, **a.g.e.**, s. 301.

<sup>296</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, S. 650.

görünmekteyse de<sup>297</sup> bağıllık kuralına ilişkin açıklamalarında tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin asıl fail tarafından icra edilmiş olması gerektiğine işaret etmiş olması, hem bağıllığı açıkça benimsediğini hem de kanuni düzenlemeyle uyumlu olmaya çalıştığını ortaya koymuştur<sup>298</sup>

Dolayısıyla en nihayetinde Türk hukukunda ister bağıllığa yönlendirilmiş neden olma teorisi isterse hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisi benimsenmiş olsun her halükarda şeriklerin failden bağımsız telakki edilmediği, bu anlamda yerinde bir kabulden hareket edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukundaki bu anlayış, bağıllık kuralının esasının ve fonksiyonlarının irdelenmesini gerekli kılmakta, kapsamının iyi bir şekilde ortaya konmasının önemi artmaktadır. Dolayısıyla bir sonraki başlık altında bağıllık kuralının esasına ve fonksiyonlarına değinilecektir.

## II. BAĞLILIK KURALININ ESASI VE FONKSİYONLARI

### A. Bağlılığın Esası

#### 1. Genel Olarak

Latince *accedere* fiilinden gelen, esasında mecazi anlamda “uymak” anlamına gelen<sup>299</sup>, Alman doktrininde oldukça kapsamlı şekilde incelenen ve tartışılan bağıllık<sup>300</sup>, daha evvel de ifade ettiğimiz üzere şerikliğin faillikle ilişkili bir kavram olmasını ifade etmektedir<sup>301</sup>. Bu kavramın “bağlantı, ilişki” gibi kavramlar yerine “bağıllık” şeklinde kabul edilmesi oldukça eskilere dayanmaktadır<sup>302</sup>. Bu anlamda

<sup>297</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s. 486.

<sup>298</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s. 503. Benzer ifadeler için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 523.

<sup>299</sup> Hans Kāpernick, **Die Akzessorietät der Teilnahme: und die sog. mittelbare Täterschaft**, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig 1932, s. 11; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 3.

<sup>300</sup> Alman hukukunda bilhassa 20. yüzyılın başlarından itibaren müşahhas bir konu olarak irdelenen bu hususa ilişkin olarak ortaya konulan eserlerin bir kısmı için bkz. Wilhelm Bauer, **Die akzessorische Natur der Teilnahme**, Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. A. Huth, Göttingen 1904; Wilhelm Dreyer, **Die akzessorische Teilnahme**, Leipzig 1911; Hans Kapernick, **Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft**, Leipzig 1932; Gerhard Conrad, **Die “akzessorische” Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugend-gerichtsgesetzes**, Köln 1937; Gustav Schlutter, **Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme**, Göttingen 1941; Georg Heukamp, **Die limitierte-akzessorische Natur der Teilnahme**, 1947; Paul Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, Göttingen 1949.

<sup>301</sup> Conrad, **a.g.e.**, s. 31; Georg Heukamp, **Die limitierte-akzessorische Natur der Teilnahme**, Münster 1947, s. 3.

<sup>302</sup> M.E. Mayer, **Lb.**, s. 391; Conrad, **a.g.e.**, s. 29; Kāpernick, **a.g.e.**, s. 11. Şeriklerin faille ilişkili oldukları kabul edilse de doğrudan “bağıllık” ifadesinin ilk defa Ortaçağ döneminde İtalyan

Alman hukukunda uzun zaman boyunca şeriklik hareketlerinin bağlı yapısı kabul edilmiş olsa da bu, doğrudan “bağlılık” kelimesi ile ifade edilmemiş, içeriği başlarda belirsiz olsa da Prusya Ceza Kanunu dönemiyle birlikte belirgin hale gelmeye başlamış, daha somut bir kavram olarak geliştirilmiştir<sup>303</sup>. “Bağlılık” ifadesine yer verilmeye başlanmasının da Prusya Ceza Kanunu dönemine dayandığı belirtilmektedir<sup>304</sup>.

Benzer durumun Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Nitekim daha evvel de belirtildiği üzere bağlılık kuralına ilişkin doğrudan herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı ETCK’da açıkça “bağlılık” ifadesine yer verilmemiş olmasına rağmen<sup>305</sup> her ne kadar doktrinde aksi görüşler göze çarpmakta ve bu anlamda bağlılık reddedilse de<sup>306</sup> suç ortaklarında yer alan şahsi ve fiili sebeplerin diğer suç ortaklarına sirayeti<sup>307</sup> ve suç ortaklarının cezalarının işlenen asli fiile göre tespit edileceğine dair düzenlemelerden hareketle literatürde şeriklerin faile bağlı olduğu ve incelemelerin buna göre yapıldığı<sup>308</sup>, ETCK’da da şeriklerin bağlı

---

hukukçuları tarafından kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için ilerleyen kısımlardaki bağlılığa ilişkin tarihçeye bakınız.

<sup>303</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 1; Dreyer, **a.g.e.**, s. 7. Bu cümle, tamamen Alman hukuku için geçerli olup Alman hukukunda günümüzde bağlılık kuralı için genel olarak kullanılan “akzessorisch” ifadesi ile ilgili bir açıklamadır. *Conrad*, bağlılık kavramının hiçbir zaman açık bir tanımının yapılamayacağına dikkat çekmiştir (*Conrad*, **a.g.e.**, s. 31). Nitekim bir önceki dipnotta yapılan açıklamalar da bu tespitleri doğrular niteliktedir. Bkz. önceki dipnot.

<sup>304</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 24.

<sup>305</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 168.

<sup>306</sup> Nurullah Kunter, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, **İÜHFM 1947**, C. 13, S. 1, s. 76. Bununla birlikte *Erem/Danışman/Artuk*’un “*Tek faillik sistemi kabul edilmiş olsa ve bu kişilerin her biri münferit birer fail olarak telakki edilmiş olsaydı sadece araç sağlayan ve bu davranışı hazırlık hareketi niteliğinde olan kişinin cezalandırılması mümkün olmayabilirdi.*” şeklindeki ifadelerle bağlılığa karşı çıkmış olması da (*Erem/Danışman/Artuk*, **a.g.e.**, s. 401) dikkat çekmektedir.

<sup>307</sup> Esasında ağırlatıcı ve hafifletici nedenlere ilişkin bir düzenleme, tek başına bağlılık kuralının kabul edildiği anlamına gelmeyecektir. Zira bu nedenlerin sadece failden şerike değil, şerikten faile ve hatta şerikten şerike de sirayeti düzenlenmişti ki bu da bağlılığın kabul edilmiş olduğu yönünde bir tespit yapılmasını zorlaştırmaktadır.

<sup>308</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 446. Nitekim ismen zikretmese de *Dönmezer/Erman*, “*Tipe uygun bir hareket yapılmadıkça tali, tamamlayıcı ve genişletici nitelikte olan iştirak kurallarının uygulanmasına ve şeriklerin cezalandırılmasına imkan bulunmaz.*” şeklinde doğrudan bağlılık kuralına işaret eden bir ifadeye yer vermiştir (*Dönmezer/Erman*, **a.g.e.**, C.II, s. 448). Benzer şekilde *Erem*, asli fiilin faili ile fer’i fiillerin failleri arasında bir tabiyet ilişkisinin söz konusu olduğunu belirterek bağlılık kuralına işaret etmiştir (*Erem*, **a.g.e.**, C. I, s. 391). Bu noktada bağlılığa işaret eden en belirgin ifadenin “*...asli faille fer’i fail arasında bağımlılık ilişkisi daima mevcuttur.*” şeklinde *Erem/Danışman/Artuk* tarafından kullanıldığı düşünülebilirse de (*Erem/Danışman/Artuk*, **a.g.e.**, s. 358) Alman hukuku ve literatürünün etkisi altında kaldığı açık olan *Önder*’in doğrudan “bağlılık kuralı” ifadesini kullandığı görülmektedir (*Önder*, **a.g.e.**, C.II, s. 446).

yapısının benimsendiği görülmektedir<sup>309</sup>. Nitekim her ne kadar 5237 sayılı TCK kabul edilmeden evvel hazırlanan tasarılar da bağlılık kuralına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmekteyse de<sup>310</sup> 5237 sayılı TCK'da da “Bağlılık Kuralı” şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilmesi, Türk literatüründe önceden bu yönde kabullerin bulunuyor olduğunu göstermekte, bu kabullerin kanun yapımı sırasında ortaya koyduğu etkiyi gözler önüne sermektedir. Bununla birlikte yeni kanun çalışmaları esnasında Alman hukukunun etkisi de hiç kuşkusuz ki görmezden gelinemez. Nihayetinde 5237 sayılı TCK döneminde aksi görüşler olsa da<sup>311</sup> gerek doktrinde hakim görüş tarafından<sup>312</sup> gerekse Yargı kararlarında<sup>313</sup> şeriklerin bağlı yapısı ve dolayısıyla bağlılık kuralı kabul edilmektedir.

<sup>309</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 370. Nitekim Önder, kanunumuzun bağlılık kuralını kabul ettiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Önder, bu sonuca ulaşılmasını gerektirir bir kanuni düzenlemeyi örnek gösterememiş, sadece Alman kaynaklarına atıf yaparak konuyu izah etmekle yetinmiştir. Önder, 765 sayılı TCK'da niceliksel bağlılığın benimsendiğine değinmiş ve fakat bunun nereden çıkarılabileceğini göstermemiştir Bu hususta Önder'in izahatları için bkz. Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 447.

<sup>310</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 175. Aydın ilginç bir şekilde TCK'da yer verilen 40'ıncı madde hükmünün bağlılık kuralını yansıtmadığını, bu kuralla ilgili olmayan hükümleri barındırdığını iddia etmiştir (Aydın, **a.g.e.**, s. 231, 232). Halbuki 40'ıncı madde hükmünde ifadesel olarak bazı sorunlar üzerinde durulabilecek olsa da Aydın'ın bu görüşü yerinde değildir. O kadar ki TCK md. 40 hükmünün Alm. CK'nın iştirak düzenlemeleri karşısında daha açık ve net olduğu belirtilebilir.

<sup>311</sup> Türk doktrininde az da olsa bazı görüş sahipleri tarafından bir takım eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede *Toroslu*, bağlılık kuralı anlayışını hatalı görmüş, asıl fiilin aranmasının özellikle icranın parçalara ayrıldığı ve icranın her bir kısmının farklı kişiler tarafından gerçekleştirildiği müşterek faillik halinde sorunlara neden olduğunu, benzer şekilde özgü suçlarda özel faillik niteliğini haiz olmayan suç ortağının işlenen suçtan sorumlu tutulmasının bağlılıkla açıklanamadığını ifade etmiştir. Buradan hareketle *Toroslu*, özel hükümlerdeki suç tiplerinin tek faillik suçlar olduğunu, iştirak düzenlemelerinin ise çok failli suç tipleri olduğunu belirtmiştir (Toroslu, **a.g.e.**, s. 277, 279).

<sup>312</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 675; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 748; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 504; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 649. Bağlılık kuralının farklı gerekleri olsa da *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'nin bağlılık kuralını doğrudan karar verilen suçun işlenmesi olarak ifade ettikleri göze çarpmaktadır. *Yazarların* bağlılığı bu şekilde başlıklandırmaları her ne kadar hatalı olmasa da eksik kabul edilebilir. Zira bağlılığın gereklerinden biri kararlaştırılan suçun işlenmesi olsa da bunun tek gereklilik olmadığı açık ve nettir. Bununla birlikte bağlılık kuralının şerikin kararlaştırılan suçu işlemiş olması şeklinde tanımlanması yerinde değildir. *Yazarlar*, bağlılık kuralıyla azmettirilenin kararlaştırılandan başka bir suçu işlemesi durumuna ve suç ortaklarında mevcut olan bir nitelikli halin diğer suç ortaklarına etkisine çözüm getirilmeye çalışıldığına değinip (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 566) özgü suçları, niceliksel bağlılığı, hukuka aykırılık unsurunu adeta görmezden gelmiştir.

<sup>313</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 645. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.02.2010 tarih ve E. 2009/1-239, K. 2010/14 sayılı kararında yer alan “... Yeni yasaya göre suça iştirakte, faillik veya şeriklik söz konusu olabilmektedir. Şeriklik ise azmettiren ve yardım eden olarak ikiye ayrılmaktadır. Böylece 765 sayılı Yasada asli manevi fail sayılan azmettiren, 5237 sayılı Yasada fail olarak kabul edilmeyip şerikler arasında sayılmıştır. Bir suçun işlenmesinde asıl



Bu noktada dikkat çekilmesi gereken ilk husus, şerikliğin failin işlediği suça bağlı olduğudur. Ancak bu şekilde bir kabul, şerikin failin hareketine mi yoksa hareketiyle meydana gelen neticeye mi bağlı olduğu sorusunu beraberinde getirecektir. İşte bu konudaki gerçek ifade, şerikliğin bir başka kişi tarafından işlenen ve herhangi bir suç tipine uygun olabilecek bir fiili gerekli kıldığı, bu şekilde bir fiile bağlı olduğu yönündedir<sup>314</sup>. Bu anlamda şerikin failin şahsına bağlı olduğu yönündeki gerek doktrinde<sup>315</sup> gerekse Yargıtay kararlarında<sup>316</sup> yer alan ifadelerin, bağlılık kuralına uygunluğu tartışılabilir olsa da ilerleyen kısımlarda incelenen olan sınırlı bağlılık kuralına uygun olmayacaktır<sup>317</sup>. Zira şeriklerin failin fiilinin yanı sıra şahsına da bağlı kabul edilmesi, şerikin failin işlediği fiilin haksızlığının yanında failin kusurundan ve şahsına bağlı cezasızlık nedenlerinden de etkilenmesi anlamına gelecektir ki bu da katı bağlılık kuralının benimsendiği yönüne bir sonucu beraberinde getirir.

Bununla birlikte şerik, failin fiilinin neticesine de bağlı değildir. Nitekim sırf failin fiiliyle meydana gelen neticenin haksızlığına dayanılacak olması halinde bu defa *niceliksel bağlılık*<sup>318</sup> anlamını yitirecektir. Daha doğrusu fiilin hangi aşamada olduğunun artık bir önemi kalmayacak, mutlak surette neticenin meydana gelmesi aranacaktır. Bunun yanında failin fiilinin neticesi arandığından failin fiili teşebbüs aşamasında olmasına rağmen şerikin cezasız kalması gibi ilginç bir sonuç da ortaya

---

*sorumluluk faillere ait olup şerikler 40. maddede yer alan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulabilmektedir.*” şeklindeki ifadelerden de anlaşılmaktadır (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 499, dpn. 915). Benzer şekilde Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 sayılı kararında “...Buna karşılık şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir. Şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler.” ifadelerine yer verilmiştir (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 460, dpn. 1573).

<sup>314</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 4; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 180. Nitekim *Maurach*, sadece başka bir kişinin işlediği fiile şeriklikten bahsedebileceğini ifade etmiştir (Maurach, **AT**, 2. Auflage, 1958, § 50 III A 2).

<sup>315</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 497.

<sup>316</sup> Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 sayılı kararında “...Buna karşılık şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir. Şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler.” ifadelerine yer verilmiş olması (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 460, dpn. 1573) dikkat çekmektedir.

<sup>317</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 651. Sınırlı bağlılık kuralına ilişkin açıklamalar için ikinci bölüm altındaki ilgili başlığa bakınız.

<sup>318</sup> Niceliksel bağlılık kuralına ilişkin açıklamalar için bu bölüm kapsamında ilgili başlığa bakınız.

çıkabilecektir. Keza bu ihtimalde iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumu da anlamsız hale gelir. Zira fail dışındaki diğer suç ortaklarının vazgeçmeleri gereksiz bir durum olur. Bu da aslında kişinin yaptıklarını bir kez daha düşünme ve sorgulama imkanını ortadan kaldırır. Yani tam fiili işlerken mevcut durumdan vazgeçtiği takdirde hukuk düzeninin kendisine sunabileceği herhangi bir olumlu vaadin bulunmamasından *-ki zaten netice gerçekleşene kadar kişi cezalandırılmayacağından, yani cezalandırılması mümkün olmadığından dolayı bu kişiye yapılacak daha olumlu bir vaat, bu şekilde teşebbüs aşamasında bulunan failde destek olacak derece suça bulaşmış bir kimse karşısında hiç suça bulaşmamış bir kimseye yapılan vaat gibi olacaktır-* dolayı bu kişinin suç yolunda ilerleyen failde destekte bulunmaya devam etmesi daha güçlü bir ihtimal olarak varlığını koruyacaktır. Kaldı ki failin fiilinin neticesine odaklanmak, aynı sonucun şerikler bakımından da kabul edilmesini beraberinde getirecektir. Bu durumda da şeriklerin hareketleri de görmezden gelinecek, hareketlerinin teşkil ettiği haksızlığa herhangi bir önem atfedilmeyecektir. İşte bu durumda daha evvel de ifade edildiği üzere azmettirenin failde suç işleme kararını verdimeye çalışması şeklindeki hareketi de anlamsız hale getirecektir. Dolayısıyla mevcut Türk ceza hukuku anlayışında, daha doğrusu TCK'da halen klasik suç öğretisinin kalıntılarının önemli bir etkisi bulunmakta, azmettirenin bir hayli önem arz eden hareketinin haksızlığı görmezden gelinmektedir. Böylelikle şerikliğin failin kendisine değil failin fiiline bağlı olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanında elbette failin fiiline bağlı olsa da suç tipinde tanımlanan neticenin de gerçekleşmesi durumundaki şeriklikle, failin sadece icra hareketlerini gerçekleştirmeye başladığı durumdaki şeriklik birbirinden ayrılmalıdır. İşte bu ayırım, her iki durumdaki şeriklik için öngörülen ceza kapsamı noktasında söz konusu olacaktır. Bu anlamda şerikin cezası belirlenirken hem kendi hareketi hem de failin hareketinin ulaştığı aşama ve gerekirse netice ile neticenin boyutu dikkate alınacak, buna göre somut ceza belirlemesi yapılacaktır<sup>319</sup>.

Şerikliğin failin fiiline olan bağlılığı, dogmatik anlamda şeriklerin cezalandırılabilirliğinin failin fiilinin cezalandırılabilirliğine dayanması olarak ifade

---

<sup>319</sup> Heukamp, a.g.e., s. 4.

edilebilir<sup>320</sup>. Dolayısıyla bağıllık, şerikin özel hükümlerdeki herhangi bir suçta doğrudan bağıllığı şeklinde değil, fail konumundaki bir başka kişi tarafından işlenmiş olan fiile bağıllığı şeklinde anlaşılmalıdır<sup>321</sup>. Böylelikle şeriklik hareketinin cezalandırılabilirliği, ancak belirli özelliklere sahip olan failin cezalandırılabilir fiilinin varlığı halinde söz konusu olabilir<sup>322</sup>. Bu da failin işlediği fiilin ancak TCK'da yahut da yan ceza kanunlarında herhangi bir suç tipi açısından tipik olması, en azından teşebbüs hükümleri dikkate alındığında cezalandırılabilir olması halinde mümkündür.

*Käpernick*'in de işaret ettiği üzere şeriklik hareketinin failin fiili ile olan ilişkisini ifade eden bağıllık kavramının belirsiz olması bir takım zorlukları beraberinde getirir. Bu anlamda her ne kadar şerikliğin bir bütün olarak kendisi bağılymış gibi soyut bir ifade kullanılmış olsa da esasında bağıllık, failin fiilinin işlenişine neden olma veya fiili destekleme şeklinde fiile katkıda bulunan kişinin cezalandırılabilirliğinin yine katkıda bulunduğu fiilin kendisiyle ilişkili olmasıdır<sup>323</sup>. Buna göre evvela başka bir kimseyi “*herhangi bir*” haksız fiile sevk etme veya ona yardım etme, haliyle toptan bir yaklaşımla yasaklanıp ceza yaptırımına tabi tutulamaz<sup>324</sup>. Şeriklik, failin fiilinin yapısal yardımı olmaksızın hiçbir şekilde tasarlanamaz olup bir başka kişinin işlemiş olduğu bir fiile bağıly olmaksızın azmettirme ve yardım etme, kavramsal olarak düşünülemez<sup>325</sup>. Dolayısıyla ilk defa

<sup>320</sup> M. E. Mayer, **Lb.**, s. 391; Conrad, **a.g.e.**, s. 31; Heukamp, **a.g.e.**, s. 3; Käpernick, **a.g.e.**, s. 12; Baumann, **JuS 1963**, s. 129; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 448; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 134; Heinrich, **AT**, Rn. 1278; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 457; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 176. Bu çerçevede şerikliğin cezalandırılabilirliği üzerine var olan kurallar ceza hukukunun korunması için fail olmayan kişiye karşı gerekli olan ve fiili hakimiyete sahip olmayan şerikin ilgili suç tipi ile ilişkili hale getiren *Lex criminalis* i ortaya koyar (Maurach, **AT**, 2. Auflage, 1958, § 50 III A 2).

<sup>321</sup> Dreyer, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>322</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 4; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 448; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358; Krey/Esser, **AT**, Rn. 995; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 134; Heinrich, **AT**, Rn. 1278; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 176; Özkan, **a.g.e.**, s. 58.

<sup>323</sup> Dreyer, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>324</sup> Herzberg, **GA 1991**, s. 148; Seher, **JuS 2009**, s. 793; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 134.

<sup>325</sup> Dreyer, **a.g.e.**, s. 7; Paul Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, Verlag Karl-Friederich Fleischer, Göttingen 1949, s. 1. *Maurach*'a göre de şeriklik bağımsız bir suç tipi içerisinde değil, salt ilişkili bir kavram olarak ortaya çıkmakta olup bu nedenle mutlak bir şeriklikten söz edilemeyecek, sadece başka bir kişinin işlediği fiile şeriklikten bahsedilebilecektir (Maurach, **AT**, 2. Auflage, 1958, § 50 III A 2). Bu anlamda da şeriklik tamamlayıcı niteliktedir (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 448); Alman hukukunda bazı yazarların şeriklikten söz ederken “başkasının fiiline şeriklik”ten bahsettikleri görülmektedir (Geppert, **Jura 1999**, s. 266) ki bu da tek başına şerikliğin bir başka kişinin fiine bağıly olarak söz

*Birkmeyer*'in ifadesiyle ortaya konulduğu üzere *failliğin olmadığı yerde cezalandırılabilir bir şeriklikten de söz edilemez, failsiz şeriklikten bahsedilemez*<sup>326</sup>. Cezalandırılabilirlik incelemesine de her daim fiile daha yakın olan kişi ile başlanır ki bu kişi de failin bizatihi kendisidir<sup>327</sup>. Fiilin işlenişine katkı sağlayan kişi, fail olarak sorumlu tutulamayacak olsa da şerik olarak sorumlu tutulacaktır ki bunu sağlayan da bağlılık kuralının kendisidir<sup>328</sup>. Bu, fail dışında suçun işlenişine katkı sağlayan kişilerin fer'i niteliğini de ortaya koyar<sup>329</sup>. Dolayısıyla bir kimsenin işlenen bir fiil açısından hem fail hem de şerik olması durumunda failliğin şerikliğe asliliği kuralı da esasında tamamen şerikliğin tamamlayıcı bir niteliği haiz olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre failin hiçbir şekilde dış dünyaya yansımış olan fiilinden bahsedilmediğinde akim kalmış şeriklikten söz edilecektir ki akim kalmış şeriklik *kural olarak* cezalandırılabilir görülmektedir. Dolayısıyla şerikin kendisine bağlı olarak kabul edildiği failin fiilinin mevcut olmaması halinde var olan ve fakat cezalandırılmayan bir şeriklik mevzu bahis olmayacaktır. Böylece bir başka kişinin hareketine bu tür bir katkı sağlayan kişinin sorumluluğu, bu şekilde katkı sağladığı kişinin hareketine bağlı kılınmış, böylelikle de kanuni olarak ceza ile tehdit edilen failin fiili üzerinden hukuk devleti ilkesi açısından gerekli olan şeriklerin sorumluluğunun kanunilik ilkesi gereğince belirliliği garanti altına alınmıştır. Nihayetinde bağlılık kuralı, suç tiplerinin hukuk devleti açısından öngördüğü sınırların şerikler açısından da uygulanabilirliğini mümkün kılmaktadır<sup>330</sup>.

Buna göre yukarıda da yer verildiği üzere bir kimseyi öldürme planı yapan bir kişiye silah temin eden kişinin, söz konusu silah kullanılarak öldürme hareketi gerçekleştirilmediği sürece yardım eden olarak sorumlu tutulmasından

---

konusu olabileceğinin kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Ancak yine de “başkasının fiiline şeriklik” ifadesinin ne derece doğru olduğu da ayrıca üzerinde durulabilecek bir husustur. Zira bu ifade, başkasının fiiline yönelik olmayan bir şerikliğin de mi olduğu sorusunu beraberinde getirebilecek niteliktedir. Oysa ki bu yazarların incelemelerine bütüncül bir yaklaşım sergilendiğinde başkasının fiili olmaksızın şeriklik gibi bir kabullerinin olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yazarların bu şekilde bir ifadeye yer vermiş olmaları, muhtemelen bir başka kişinin fiili olmaksızın şerikliğin söz konusu olmayacağına özellikle dikkat çekme düşüncelerinden kaynaklanmaktadır.

<sup>326</sup> Birkmeyer, *Teilnahme*, s. 146 (Aktaran Heukamp, *a.g.e.*, s. 4); Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, Kn. 748.

<sup>327</sup> Geppert, *Jura 1997*, s. 300; Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 176.

<sup>328</sup> Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 177.

<sup>329</sup> Erem/Danışman/Artuk, *a.g.e.*, s. 358; Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 176.

<sup>330</sup> Geppert, *Jura 1997*, s. 300; Heine/Weißer, *a.g.e.*, §§ 25 Rn. 22; Kühl, *AT*, § 20 Rn. 134; Küper, *ZStW 104 (1992)*, s. 585; Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, Kn. 748; Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 182.

bahsedilemeyecektir. Bu anlamda ölüm neticesine neden olabilecek nitelikteki hareketler gerçekleştirilmeye başlanmadığı sürece faillikten söz edilemeyecek, bu durum da mevcut olmayan faillığe yardımdan söz edilmesini imkansız kılacaktır. Yoksa bu durum, yardım etme hareketinin mevcut olduğu, ancak failin fiili bulunmadığından sadece bu yardım etme hareketinin cezasız kalacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Yahut da kökeninde bir azmettirme hareketinin mi bulunduğu incelemesinin yapılmasını gerektiren suç tanımlarında yer alan neticeye neden olabilecek hareket yahut da sırf hareketi ihtiva eden suçlar açısından bizatihi hareketin kendisi gerçekleştirilmediği sürece bu inceleme yapılamayacaktır. Bilakis bu şekilde bir kimseyi suç işlemeye sevk etmeye yönelik çabalar olsa bile bu çabalar sonuçsuz kabul edilecek ve kural olarak tek başına bir ceza hukukunun konusunu oluşturmayacaktır. Bu kapsamda bağlılık, şeriklerin cezalandırılmalarına neden olan haksızlığın *büyük ölçüde* failin işlediği fiilin kapsamında yer alan haksızlıktan kaynaklanmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla yukarıda yer verilen örneklerde olduğu gibi bir kimseyi öldürmesi için muhtemel faile silah temin eden kişinin hareketi de tek başına bir haksızlık teşkil ediyor olsa da bu hareketin cezaya layık olma sınırını geçmiş olduğu kabul edilmemekte, bu açıdan da bu davranışlar, ceza hukuku anlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmamaktadır<sup>331</sup>.

Bu bakımdan şerikliğin faillik karşısında bağlı olmadığının belirtilmesi, bir şekilde nedensel temelli bir yaklaşım sergilenmesini gerekli kılacak, bu da mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde şeriklik türü hareketlerin cezasız kalması sonucunu beraberinde getirecek, bununla birlikte suç tiplerindeki düzenlemeler nedensel temele uygun formüle edildiğinde şeriklik türü hareketler bağımsız addedilecek ve şerikliğin cezalandırılabilirliğinin bütünüyle kendi sahip olduğu

<sup>331</sup> Bu çerçevede doktrinde şeriklerin hukuka aykırılıklarını ve dolayısıyla haksızlıklarını doğrudan failin fiilinin hukuka aykırılığından ve haksızlığından almış oldukları yönündeki görüşlere (Heinrich, **AT**, Rn. 1278) katılmadığımızı, şerikin haksızlığının büyük oranda failin fiilinin haksızlığından kaynaklanıyor olsa da bilhassa azmettirmenin kendi sahip olduğu haksızlık oranının da bizatihi cezaya layık olduğu (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 11; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 1 vd.; Joecks, **a.g.e.**, vor §§ 26, 27 Rn. 13; Heinrich, **AT**, Rn. 1269; Krey/Esser, **AT**, Rn. 985; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 Rn. 17a; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Rengier, **AT**, § 45 Rn. 2; Schoepke, **a.g.e.**, s. 25; Redmann, **a.g.e.**, s. 42) düşüncesinde olduğumuzun altını çizmek gerekir. Zira hiç kuşkusuz ki Alman hukukunda şeriklik hareketinin bizatihi kendisinin de failin fiili olmaksızın cezaya layık görülmesi, bu anlamda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması, şerikliğin bizzat kendi hareketinin de cezaya layık olacak ölçüde haksızlık içerdiğini göstermektedir.

haksızlıktan kaynaklandığı sonucu ortaya çıkacak, tıpkı faillik gibi faillige eş değer şekilde şeriklik kapsamında gerçekleştirilen hareket de tek başına cezalandırılabilir hale gelecek, dolayısıyla da tek faillik sistemi kabul edilmiş olacaktır<sup>332</sup>.

Elbette ceza hukukunun iştirake ilişkin teorik gelişim süreci içerisinde bu şekilde kabulleri ortaya çıkaran farklı görüşler her daim mevcut olmuştur. Bu görüşlerden birincisi, daha evvel görüldüğü üzere tek faillik sistemi olup fiilin işlenişine katkı sağlayan herkesin fail olarak kabul edilmesi ve böylelikle şerikliğin tamamen ortadan kaldırılması yönüdeyken<sup>333</sup> ikincisi şerikliğin faillik karşısında bağımsız bir haksızlık teşkil ettiğini, özel hükümlerdeki suç tiplerinin kapsamından faillik gibi şeriklik türlerinin de çıkarılabilir olduğunu, yani suç tanımlarının fail kadar şerikler için de biçimlendirildiği şeklindedir<sup>334</sup>. Buna göre her bir suç ortağının kendi işlediği fiil, diğerlerinin işlediği fiilden müstakil olarak suç teşkil edecektir<sup>335</sup>. İster birinci görüş isterse ikinci görüş kabul edilsin her halükarda bu görüşler bir şekilde salt nedensel temele uygun formüle edildiğinden faillikle şeriklik arasındaki haksızlık unsurunun önemi kaybolacak, hatta bu sorun sadece failikle şeriklik arasında çıkmayacak, azmettirme ve yardım etmeyi bünyesinde barındıran şerikliğin kendi içerisinde de söz konusu olacaktır<sup>336</sup>.

Nihayetinde bu görüşler azınlıkta kalmış, daha 19. yüzyılın sonlarından itibaren faillik-şeriklik ayırımına dair kriterler üzerinde yoğunlaşılmasıyla birlikte hakim görüş tarafından kesin bir şekilde şeriklerin failin fiiline bağlı olduğu kabul

<sup>332</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 2.

<sup>333</sup> Bu görüşün savunuru olarak en somut örneklerinden biri için bkz. Diethelm Kienapfel, “Das Prinzip der Einheitstäterschaft”, **JuS**, 1974, s. 1; Diethelm Kienapfel, **Der Einheitstater im Strafrecht**, Frankfurt 1971, s. 10.

<sup>334</sup> Nitekim daha 70’li 80’li yıllarda dahi bu görüşler “şerik suçları” şeklinde ileri sürülmüş, şeriklerin cezalandırılma nedeni olarak “saf neden olma teorisi”nin oluşumunu sağlamışlardır. Bu görüşler için bkz. Lüderssen, **a.g.e.**, s. 119, 189; Schmidhauser, **AT**, 14/55, 99; Bu görüşün günümüzde temsilcisi sayılabilecek yazar için bkz. Dencker, **FS-Lüderssen**, s. 525, 534. Elbette bu görüş, son dönemde ortaya çıkmış değildir. Nitekim *v. Hippel*, herkesin kendi kusuruna ve fiiline göre cezalandırılması gerektiğini belirtmiş, böylelikle de bağlılık ilişkisi nedeniyle ortaya çıkacak soruların da bu sorulara bir çözüm bulunması gerekliliğinin de ortadan kalkacağına işaret etmiştir (Robert von Hippel, **Lehrbuch des Strafrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin 1932, s. 484).

<sup>335</sup> Bu noktada bir kısım görüş tarafından suçların içtima kurumunun gündeme geleceği ve iştirak halinde işlenmiş olan ve her bir suç ortağının işlediği münferit suçlar arasında içtima kurumunun uygulanacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 360.

<sup>336</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 3.

edilmiştir<sup>337</sup>. Dolayısıyla da her halükarda şeriklerin sorumluluğu, esas itibariyle fail olarak nitelendirilen bir başka kişinin fiiline bağlı tutulmuş, fail tarafından gerçekleştirilen fiil mutlak şekilde şart koşulmuş, bu konuda herhangi bir tartışmaya girilmesi dahi lüzumsuz görülmüştür<sup>338</sup>. Hatta bu yöndeki görüşler o denli ileri gitmiştir ki bazı yazarlar, bağlılığın mantığının azmettirme ve yardım etmenin failin fiiline zorunlu olarak bağlı bir yapıda bulunmasına dayandığını, kanun koyucunun herhangi bir hükmüyle ortadan kaldırılamayacağını belirtmişlerdir<sup>339</sup>. Bu görüşlere göre şeriklerin faile olan bağlılıkları zorunludur. Bu sayede fiil hakimiyetine sahip olmayan ve fakat fiilin işlenişine katkı sağlayan suç ortaklarının cezalandırılması sağlanmakta, cezalandırılabilirlik alanında ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmektedir<sup>340</sup>. Bu, bağlılık kuralının ilk ve en önemli fonksiyonu olarak gösterilebilir.

Bağlılığın ikinci fonksiyonu ise yükümlülük suçlarında (özgü suçlar) ortaya çıkmaktadır. Buna göre daha evvel de ifade edildiği üzere suç tipi kapsamında belirtilen yükümlülüğe sahip olmayan kişi fail olamaz. Bunun nedeni, suç tipinden korunan bu hukuki değere yönelik olarak doğrudan bir saldırı gerçekleştirilebilmesinin tipte belirtilen yükümlülüğe sahip olunmasının şart kılınmasıdır. Bu çerçevede korunan hukuki değere yönelik olarak bir saldırı gerçekleştiren ve fakat kanuni tipteki yükümlülüğe sahip olmayan kişinin yükümlülüğe sahip fail konumundaki kişi üzerinden şerik olarak cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla yükümlülüğe sahip olmayan ve fakat korunan hukuki değere yönelik saldırı gerçekleştiren kişinin cezalandırılmasına sebep

<sup>337</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 1, 2; Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 437.

<sup>338</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 1, 2; Conrad, **a.g.e.**, s. 29; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Rn. 20.

<sup>339</sup> Beling, *Teilnahme*, s. 66 ve *Binding, Methodik*, s. 97 (Aktaran Conrad, **a.g.e.**, s. 31). Nitekim bağlılığın tartışmasız şekilde zorunlu olduğunu ifade eden *Maurach*, en azından bu fikre katlanılması gerektiğini belirtmiş (Maurach, **Schuld und Verantwortung im Strafrecht**, s. 57), bu nedenle şerikliğin bağlılığı üzerindeki tartışmanın bunun olup olmadığı üzerinde söz konusu olmadığını, bilakis bu bağlılığın derecesinin ne olacağı üzerine olduğunu, bu anlamda da şerikin failin fiili nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin suç niteliğini haiz kapsamının hangi oranda olacağı sorununun ortaya çıktığını ifade etmiştir (Maurach, **AT**, 2. Auflage, 1958, § 50 III A 3).

<sup>340</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 177.

oluşturan temel husus yine bağıllık kuralı olmaktadır. Bağıllığın bu iki fonksiyonu doktrinde “bağıllığın çifte fonksiyonu” şeklinde ifade edilmektedir<sup>341</sup>.

Bununla birlikte şerikliğin failin fiiline bağlı olması, şerikin failin cezasına da bağlı olması anlamına gelmemektedir. Öyle ki *suça bağıllığın cezaya da bağıllığı gerektirmesi* eş değerlilik sisteminin bir sonucudur<sup>342</sup>. O halde bağıllık, şerikin katkısının failin gerçekleştirdiği fiile bağlı olup bu minvalde şerikin söz konusu hareketi, fail tarafından işlenen suç bakımından öngörülen yaptırım üzerinden cezalandırılacak, bu bakımdan şerikin cezası, fail için somut olarak belirlenen cezadan bağımsız bir şekilde belirlenecektir. Zira her bir kişi, kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulacağından herkesin bireysel cezası da kendi kusuru esas alınarak tespit edilecektir<sup>343</sup>. Buna karşılık yukarıda da ifade edildiği üzere şerikin cezalandırılabilirliği, yine failin fiiline bağlıdır<sup>344</sup>. Burada üzerinde özellikle durulması gereken husus, şerikin failin cezalandırılabilirliğine bağlı olmaması, fakat şerikliğin ve şerikin cezalandırılabilirliğinin failin fiiline bağlı olmasıdır.

Nihayet bağıllık, hiçbir şekilde salt şeriklerin cezalandırılabilirliğini sağlayan bir koşul değildir. Bağıllık, şerikliğin doğrudan kendi yapısından kaynaklanmakta olup kanun koyucunun da bir ürünü olarak görülmemektedir. Öyle ki fail tarafından gerçekleştirilen bir esas fiil bulunmadığı sürece bu fiile yönelik olarak ortaya konulan yardımsal katkılardan yahut da azmettirme niteliğindeki katkıların varlığından da söz edilemeyecektir<sup>345</sup>. Nitekim bir kimsenin diğer bir kimseye silahı verirken silahı verdiği kimsenin bir başka kişiyi öldürmesi yönünde bir kastı olsa bile silahı teslim alan kişinin hiçkimseyi öldürmediği bir durumda “*silahı veren kişinin yardım eden olduğu ve fakat bu yardım hareketinin cezalandırılmayacağı*” şeklinde bir sonuca ulaşılmayacak, doğrudan yardım etmenin söz konusu olmadığı ifade edilecektir. İşte bu durumun nedeni, şerikliğin bizatihi kendisinin failin fiiline bağlı olması ve bu bağıllığın bir cezalandırılabilirlik şartı olmaması, doğrudan şerikliğin kendi doğal yapısı olarak tezahür etmesidir. Dolayısıyla bazı kaynaklarda şeriklerin

<sup>341</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 457; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 190; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 540; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 212, 213; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 674.

<sup>342</sup> Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 453.

<sup>343</sup> Satzger, **Jura 2008**, s. 516.

<sup>344</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 1, 2; Conrad, **a.g.e.**, s. 31; Baumann, **JuS 1963**, s. 129.

<sup>345</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1.



cezalandırılması için failin fiilinin mevcut olması gerektiği yönündeki ifade<sup>346</sup> yerinde olmakla birlikte bu, hiçbir şekilde failin fiili bulunmasa dahi şerikliğin olabileceği ve fakat bu şerikliğin cezalandırılmayacağı, dolayısıyla da failin fiilinin bir cezalandırılabilirlik şartı olduğu, bağlılığın da ancak bu noktada bir işlev görebileceği şeklinde algılanmamalıdır<sup>347</sup>. Failin fiilinin şeriklik bakımından objektif bir cezalandırılabilirlik koşulu olduğu tezi, ancak şerikliğin de faillik gibi tek başına bir bütün halinde haksızlık teşkil ettiğinin kabul edilmesi, yani şeriklik suçunun benimsenmesi halinde mümkün olabilirdi ki bu kabulden hareket edilmesi durumunda da şeriklerin faile bağlılığının pek bir anlamı kalmayacak, şerikliğin faillik karşısında tamamen bağımsız olduğu ileri sürülebilecek, bağlılık da bütünüyle göstermelik bir görünüme bürünüp günümüzdeki anlamını kaybedecektir<sup>348</sup>. Tüm bu hususların yanı sıra bağlılığın objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak telakki edilmesi ve failin fiilinin varlığının, en azından icra hareketlerinin başlanmasının şeriklik için sadece bir cezalandırılabilirlik şartı olarak görülmesi, akim kalmış azmettirme ve şerikliğin cezalandırılabilmesi yönündeki tartışmaları da anlamsız hale getirmektedir. Zira failin fiili olmadan da şerikliğin kendisinin varlığı kabul edilirse ve fakat cezalandırılmayacağı ifade edilirse bu defa failin fiili olmaksızın söz konusu olan akim kalmış şeriklik kavramının bizatihi kendisi gereksiz olacak, Alm.CK'da olduğu gibi bazı ülke ceza kanunlarında yer alan akim kalmış şeriklik

<sup>346</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 4; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358.

<sup>347</sup> Bu bakımdan bazı görüş sahiplerinin bağlılığın, şeriklerin cezalandırılmalarının bir şartı olarak da nitelendirilmesi yönündeki düşünceleri (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 457), her ne kadar gerekçeleri bağlılık kuralının gerekleri gerçekleşmedikçe şeriklerin en azından failin fiiline bağlı olmaları nedeniyle cezalandırılmalarından söz edilemeyeceği şeklinde olsa da şüpheli görünmektedir (Koca/Üzülmez **a.g.e.**, s. 457).

<sup>348</sup> Nitekim *Schmidhäuser*, şeriklik alanında bağlılık düşüncesine karşı, kanunun bağlılıktan kastının sadece ceza değerlendirmesi anlamında faille şerikin ilişkilendirilmesi olduğunu belirtmiş, bağlılığa yalnızca bir tür cezalandırma koşulu olarak değer biçmiştir (Schmidhäuser, **AT**, 14/57). *Schmidhäuser*'e göre kanunda yer alan şeriklik tanımlarında şeriklerin failin fiilinin neticesine bağlı tutulması, adeta cezalandırılabilirliğin sınırlandırılması bağlamında bir rol üstlenmiş, yani failin fiiliyle birlikte gerçekleşen netice, şeriklik suçunun varlığı için bir koşul değil, sadece şeriklik suçunun cezalandırılması için, diğer bir ifadeyle cezaya layık hale gelmesi için bir şarttır (Schmidhäuser, **AT**, 14/57). Bunun yanında Türk hukukunda da *Erem/Danışman/Artuk*'un eserlerinde “İştirak fiillerinin cezalandırılması asıl fiilinin işlenmiş olması şartına bağlıdır. O halde iştirakte ikinci özellik, şarta bağlı olmaktır.” şeklindeki ifadeleri dikkat çekmekte, bu tür bir anlayışı çağrıştırmaktadır. Ancak anlaşıldığı kadarıyla *Erem/Danışman/Artuk*'un da bunu kast etmedikleri metnin bütüncüllüğü içerisinde anlaşılmaktadır. Bunun için bkz. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358.

hallerinin cezalandırılmasına imkan tanıyan özel düzenlemeler oldukça kuşkulu hale gelecektir.

Bir prensip olarak ortaya çıkan bağıllığın beraberinde getirdiği birçok kural bulunmaktadır. Bu nedenle de TCK'nın 40'ncı maddesine "Bağıllık Kuralı" başlığı verilmiş, düzenleme kapsamında bağıllık prensibinin beraberinde getirdiği birtakım kurallar ihdas edilmiş, şeriklerin sorumluluğunun sınırları çizilmiştir<sup>349</sup>. Ancak bağıllığın içerdiği tüm kurallarının bu düzenleme kapsamında yer almadığı da ifade edilmelidir. Zira bağıllığın ön gördüğü kurallardan bir kısmı da diğer kanuni düzenlemelere bırakılmıştır. Nitekim şeriklerin cezalarının tamamen fail için kanunda öngörülen ceza üzerinden belirlenmesi, daha doğrusu şeriklik düzenlemelerinde faillğe işaret edilmiş olması bu durumu açıkça göstermektedir. Alman hukukunda Alm. CK § 26 hükmüne göre azmettirenin failin cezası ile cezalandırılacağı, keza Alm. CK § 27/2 hükmünde de yardım etmenin cezasının failin cezası ile aynı şekilde belirleneceği ifade edilmiş, ancak Alm. CK § 49/1 hükmünde zorunlu ceza indirimine yer verilmiştir. Benzer şekilde Türk hukukunda TCK md. 38 hükmünde azmettiren kişinin suçun cezası ile cezalandırılacağı belirtilerek fail için öngörülen cezaya atıfta bulunulmuş, yine TCK md. 39 kapsamında fail tarafından işlenen suçun cezası üzerinden belirlenecek ceza oranlarına yer verilmiştir. Tüm bu hususlardan kendisine bağlı tutulacak, belli nitelikleri haiz bir fiil tam anlamıyla tespit edilmediği sürece azmettirme ve yardım etmeye ilişkin bir incelemenin yapılamayacak olması anlaşılmaktadır. İşte bu durum, faillğin şerikliğe asliliği kuralını da ortaya koymaktadır<sup>350</sup>. Ayrıca bu düzenlemeler, bağıllık kuralının sadece şeriklerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin bir belirleme yapmadığını, bunun yanında bu cezalandırmanın nasıl yapılacağını da ortaya koyduğunu göstermektedir<sup>351</sup>.

Bununla birlikte en önemli husus, bağıllık prensibi ile şeriklere ilişkin bir inceleme yapılabilmesi için belli özellikleri haiz olması gereken failin fiilinin hangi

<sup>349</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, bu düzenlemenin çözüm üretme noktasında yetersiz olduğunu ileri sürmüşse de bunun gerekçesini tam olarak izah edememişlerdir. *Yazarların* birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ve bütün suç ortaklarının kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağına dair ifadeleri görmezden gelmeleri dikkat çekmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 566).

<sup>350</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 134a.

<sup>351</sup> Geppert, **Jura** 1997, s. 300.

özelliklere sahip olması gerektiğinin ortaya konulduğudur. Bağlılık prensibinin içerdiği bu kurallar “niteliksel bağlılık” ve “niceliksel bağlılık” şeklinde bağlılığın gerekleri olarak karşımıza çıkar<sup>352</sup>. Bağlılığın bu çifte gerekleri üzerinde durmadan evvel bu başlık altında kısa da olsa bağlılığa ilişkin tarihi gelişim sürecine ve faillik-şeriklik ayırımına ilişkin teorilerin bağlılık kuralıyla ilişkilerine değinmekte fayda bulunmaktadır.

## 2. Tarihi Gelişim Süreci

*Roma hukuku dönemi* içerisindeki suçların büyük çoğunluğunda suça katılan kişilerin cezalandırılabilirliği konusunda tek faillik sisteminin hakim olduğu, bu bakımdan da bağlılık kuralından söz edilemeyeceği ifade edilebilir<sup>353</sup>. Bununla birlikte şeriklerin sorumluluğu için failin fiilinin belirli bir aşamaya ilerlemesini ifade eden niceliksel bağlılık kuralının varlığını ortaya koyan bir takım bilgilerin bulunduğu ileri sürülmüştür<sup>354</sup>. Bu durumun diğer bir önemli sonucu ise ceza hukuku sorumluluğu için hareketin değil, neticenin esas alındığı gerçeğidir. Nitekim bu sonuç, suça iştirak eden herkesin cezalandırılabilmesinin, neticenin gerçekleşmiş olması şartını beraberinde getirmektedir<sup>355</sup>. Bu sonucun konumuz bakımından esas önemli tarafı ise suça katılan herkesin icra hareketlerinin neticenin gerçekleşmesine bağlı tutulması nedeniyle roma hukukunda hukuka aykırı şekilde hareket etme iradesinin daima cezalandırılmamasını ortaya koymuş olmasıdır<sup>356</sup>. Bu bağlamda da

<sup>352</sup> Bu ayırım gerçekten de bilhassa son dönem içerisinde çok az yazar tarafından üzerinde durulan bir ayırım olup doktrinde bir kısım görüş tarafından bu farklılaştırma, “içsel bağlılık” ve “dışsal bağlılık” şeklinde de ifade edilmektedir (Jakobs, *AT*, Rn. 22/10, 19 f. Fn. 4; Diethelm Klescowski, “Die Grundformen beteiligungsdogmatischer Systembildung”, **Festschrift-Ingeborg Puppe**, Duncker&Humblot, Berlin 2011, s. 614). Bu kapsamda *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*’nin bağlılık kuralının bir gereği olarak doğrudan karar verilen suçun işlenmesini ileri sürdükleri, başlıklandırmayı da buna göre yaptıkları görülmektedir. Ancak *yazarların* bağlılığı bu şekilde başlıklandırmaları her ne kadar hatalı olmasa da eksik kabul edilebilir. Zira kararlaştırılan suçun işlenmesi bağlılığın gereklerinden biri olsa da bunun tek gereklilik olmadığı açık ve nettir. Bununla birlikte bağlılık kuralının şerikle kararlaştırılan suçun işlenmiş olması şeklinde tanımlanması yerinde değildir. *Yazarlar*, bağlılık kuralıyla azmettirilenin kararlaştırılandan başka bir suç işlemesi durumuna ve suç ortaklarında mevcut olan bir nitelikli halin diğer suç ortaklarına etkisine çözüm getirilmeye çalışıldığına değinip (*Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, **a.g.e.**, s. 566) özgü suçları, niceliksel bağlılığı, hukuka aykırılık unsurunu adeta görmezden gelmiştir.

<sup>353</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 55; Conrad, **a.g.e.**, s. 35; Heukamp, **a.g.e.**, s. 9; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 169.

<sup>354</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s. 6.

<sup>355</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 54.

<sup>356</sup> Wilhelm Rein, **Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian**, Aalen 1962, s. 185; Poppe, **Die Akzessorietat der Teilnahme**, s. 54, dpn. 99.

niceliksel bağıllık kuralının, roma hukukunda bilindik bir hale geldiği yönündeki tespit yerinde olacaktır. Hatta suça iştirak edenlerin cezalandırılabilmesi için neticenin gerçekleşmesi gerektiğinin bir şart olarak ifade edilmesinin niceliksel bağıllık kuralının bir gereği olan fiilin tamamlanması gerektiği anlamına da gelebileceği iddia edilmektedir<sup>357</sup>.

Buna rağmen bu kuralların mevcut olmasından hareketle Roma hukukunda niteliksel bağıllık kuralının da mevcut olduğu sonucuna ulaşamayacağı, yani neticenin gerçekleşmiş olması dışında diğer kişilerin işlenen fiilden dolayı sorumlu tutulmaları için başka bir şartın aranmamış olduğu belirtilmiştir<sup>358</sup>. Buna rağmen doktrinde aksi görüşlerin varlığı da dikkat çekmektedir<sup>359</sup>. Bu bakımdan o döneme ilişkin kesin bilgilere ulaşmanın zorluğu da göz önünde bulundurulduğunda doktrinde Roma hukuku döneminde niceliksel bağıllığın kabul edildiği, ancak niteliksel bağıllığın benimsenmediği yönündeki kesin tespitlere<sup>360</sup> kuşkuyla yaklaşmak gerekir.

*Ortaçağda Avrupa'daki gelişme ve düzenlemeler* bağıllık kuralı çerçevesinde değerlendirildiğinde ilk dikkat çeken husus, bağıllığın tıpkı roma hukuku döneminde olduğu gibi o dönemde de günümüz anlamında gelişmiş olmadığıdır<sup>361</sup>. Nitekim kişileri suça yönlendirme iradesinin önemli ölçüde dikkate alındığı, dolayısıyla da netice sorumluluğunun ön plana çıktığı ve sübjektif isnadiyet koşulunun önemsenmediği göz önünde bulundurulduğunda ortaçağ hukukunda herhangi bir şekilde yardım etme veya azmettirmenin yapısal olarak niteliksel bağıllığının tam olarak bilinmediğine işaret edilmiştir. Nihayetinde haksızlık teşkil eden fiile yönelik

<sup>357</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 54.

<sup>358</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 54.

<sup>359</sup> Nitekim *Rein*, fail dışında suça katılan kişilerin faille aynı derecede suç işleme iradesine sahip oldukları açık bir şekilde tespit edilmiş olsa bile şayet bu kişiler failin suç teşkil eden hareketi konusunda bir bilgiye sahip değilseler bu kişilerin şerikliklerinin cezalandırılabilir olmadığını ifade etmiş, bir anlamda kanaatimizce niteliksel bağıllık kuralının mevcudiyetine işaret etmiştir (*Rein*, **a.g.e.**, s. 186). Kaldı ki *Rein*, *fautor* olarak da ifade edilen yardım edenin faille göre daha az ceza ile cezalandırıldığını ve hakim görüşüne göre bağlantı içerisinde olduğu suça yönelik olarak çalınan malın saklanması veya satılması gibi gerçekleştirmiş olduğu bir takım hareketlerle bilerek faille destek olması halinde bu cezanın söz konusu olabileceğini ifade etmiştir *Rein*, **a.g.e.**, s. 201. Ancak *Rein*, söz gelimi kişinin, bir başkasının işlediği hırsızlık suçundan elde edilen malı alıp-satma fiilini işlemesi gibi bazı özel durumlarda *fautor*'un fail hakkında geçerli olan cezanın aynıyla da sorumlu tutulup cezalandırılabileceğini de vurgulamıştır (*Rein*, **a.g.e.**, s. 201).

<sup>360</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s. 8.

<sup>361</sup> Conrad, **a.g.e.**, s. 35; Heukamp, **a.g.e.**, s. 9.

teşvikin sorumluluğa neden olması için şartları tam olarak belirlenmiş bir fiile gerek olmayıp aşağı yukarı herhangi bir davranışın gerçekleştirilmiş olması yeterli görülmüştür<sup>362</sup>.

Bu dönemde netice sorumluluğu ilkesine göre fiilin neticeye kasıtlı mı yoksa taksirli mi yahut da tesadüf eseri olarak mı neden olduğu dikkate alınmaksızın sadece hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesinin esas alındığı görülmektedir<sup>363</sup>. Ancak yine de bağlılık kuralına bir ihtiyaç olmadığı, zira her ne kadar fail-şerik ayrımı olsa da şeriklerin her durumda tespit edilmediği, şeriklerin cezalandırılması noktasında kazuistik düzenlemelerin olduğu, diğer durumlarda neticeye neden olan her türlü fiilin dikkate alındığı belirtilmektedir<sup>364</sup>. İşte eski Alman hukukundaki şerikliğe ilişkin bu kazuistik düzenlemelerle şeriklerin bazı hareketlerinin bağımsız birer suç olarak kabul edilmesinden hareketle faillerin ve şeriklerin hareketlerinin hukuki anlamda değerlendirilmesinde niteliksel bağlılıktan imtina edildiği iddia edilmiştir. Özellikle sonraki dönemler bakımından belirli bir iştirak ilişkisinin açık bir şekilde kabul edilmiş olmasının bu kişilerin her birinin katkısına göre ayırımın var olduğu anlamına gelmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim daha evvel de üzerinde durulduğu üzere kişilerin katkılarının ağırlığına bakılmaksızın doğrudan sabit bir şekilde para cezalarının öngörülmüş olması bu anlamda dikkat çekmektedir<sup>365</sup>. Nihayet o dönemki kurallar gözönünde bulundurulduğunda henüz bağlılık ilişkisinin geliştirilmesine katkıda bulunacak, temel teşkil edecek belirli bir forma rastlanmadığı da belirtilmektedir<sup>366</sup>.

Dolayısıyla da ortaçağ Avrupa'sında ne Alman hukukunda ne de Fransız hukukunda herhangi bir şekilde sınırlı bağlılık kuralına ya da aşırı bağlılık kuralına dair bir gelişme söz konusu olmamış<sup>367</sup>, failin fiili ile azmettiren ve yardım edenin fiilleri arasındaki ilişki bağlamında bir sonuca ulaşılması, kaynaklarda kullanılan ifade türlerinin yeterince açık olmaması dolayısıyla oldukça zor olmuş, azmettirmeye ilişkin olarak ihdas edilen düzenlemelerin birçoğunda manevi anlamda fikirsel olarak

<sup>362</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 20; Poppe, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>363</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s. 10.

<sup>364</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 9, 10.

<sup>365</sup> Bkz. Wilhelm Eduard Wilda, **Geschichte des deutschen Strafrechts**, Erster Band: Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842, s. 616, 617.

<sup>366</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 61; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 170.

<sup>367</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 20; Heukamp, **a.g.e.**, s. 9.

destek sağlayan şeriklerin cezalandırılmasında niceliksel bağlılığın olup olmadığı, aynı zamanda bir suçun gerçek manada icra edilmesine erişilmesinin bir şart olarak aranıp aranmadığı tam anlamıyla belirlenememiştir<sup>368</sup>. Yalnızca Kapitel 72 Lex Luitprandi de bu konuya ilişkin açık bir hükme rastlanmaktadır ki bu düzenlemeye göre azmettirenin cezalandırılması fail tarafından gerçekleştirilen fiilin cezalandırılmasından bağımsız hale getirilmiştir<sup>369</sup>.

Tıpkı azmettirmede olduğu gibi yardım etme bakımından da söz gelimi suç teşkil eden bir fiilin işleneceğine yönelik niyeti biliyor olmasına rağmen silah ödünç vermek gibi ya da firar eden bir kimsenin yakalanmasını önlemek gibi bağımsız haksızlık türleri oluşturulmuştu. Bu bağlamda silah ödünç verenin yalnızca silahı ödünç alan kişinin herhangi bir kişiyi vurarak veya yaralayarak bir suçu işlemek üzere silahı kullanması halinde cezalandırılması öngörülmüştür<sup>370</sup>. Bu şekilde bir düzenleme nedeniyle esasında failin gerçekleştirdiği hareket vasıtasıyla meydana getirilen bir ihlal neticesi yardım hareketinin cezalandırılması bakımından bir şart olarak öngörülmesi hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Alman orta çağ hukuku bakımından da yardım etme hareketi ile failin fiili arasında niceliksel bir bağlılık ilişkisinin var olduğu ifade edilebilir. Bu şekilde yardım etme nedeniyle cezalandırılabilme için fail vasıtasıyla haksız bir neticeye neden olunmasının bir şart olarak öngörülmesi, yani neticeye dayalı orta çağ hukuk düşüncesi, failden veya yardım edenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı önem taşımaksızın her hareketin kural olarak yalnızca bir haksızlığın dış dünyada görünür şekilde ortaya çıktığı durumlarda cezalandırılması sonucunu ortaya çıkarmıştır<sup>371</sup>.

*Ortaçağ İtalya'sında 12. yüzyılda 13. yüzyılın ilk döneminde* roma hukuku kaynaklarının yorumlanması suretiyle o döneme uyarlanması için bağımsız çalışmalar yürüten İtalyan Postglassator'ların bu yorum çalışmaları esnasında şerikliğe ve bu çerçevede bağlılık sorununa da değinmiş oldukları<sup>372</sup> ve şerikliğinin

---

<sup>368</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>369</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>370</sup> Wilda, **a.g.e.**, s. 625. Şeriklerin ayrı birer haksızlık türü olarak kabul edilmesi, bu anlamda bağımsız suç tipleri şeklinde öngörülmesi İtalyan Orta Çağ döneminde de söz konusu olan bir durumdur (Engelmann, **FS-Binding II**, s. 394).

<sup>371</sup> Engelmann, **FS-Binding II**, s. 394; Eb.Schmidt, **a.g.e.**, s. 33, 35; Poppe, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>372</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 2; Georg Dahm, **Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter**, Berlin und Leipzig 1931, s. 207; Conrad, **a.g.e.**, s. 29. İlk ceza hukuku sistemi 13. yüzyılın sonlarında

bağlılığı kuralını *Heukamp*'ın deyimiyle bugünkü anlamda temellendirip geliştirdikleri ifade edilmektedir<sup>373</sup>. Bu dönem için bağlılık kapsamında dikkate alınan hususlardan biri *Mandatum*'un faile bağlı olup olmadığıdır ki bu konuda İtalyan hukukçularının sessiz kaldıklarına dikkat çekilmiş<sup>374</sup>, bunda da *Mandatum*'un fail mi yoksa şerik mi olduğuna tam anlamıyla karar verilememiş olmasının etkili olduğunun altı çizilmiştir.

Tezin ilk bölümünde de ifade edildiği üzere emrin yerine getirilmesi halinde de gündeme gelen *Mandatum* kapsamında yer alacak şekilde görevlendirilen kişinin işlediği fiilin emir verenin kastı kapsamında olması gerektiği ifade edilmiş, bu bağlamda görevlendirilen kişi, emir verenin kastı ile sınırlandırılmış, bunun yanında görevlendirilen kişinin yaralama yerine taksirli hareketiyle ölüm neticesini gerçekleştirmesi halinde emir verenin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için kendisinin de bu neticeyi öngörmesi gerektiğine yer verilmiş olması hususları da bu kuralların modern iştirak öğretisinde müşterek faillik ve dolaylı faillikte de varlığı karşısında *mandatum* bakımından her ne kadar aksi görüşler olsa da<sup>375</sup> bağlılık

---

*Gandinus* tarafından geliştirilmiş, faillik ve şeriklik alanına ilişkin sorunlar ele alınmıştır (Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 53). Bununla birlikte “bağlılık” ifadesinin ilk defa İtalyan hukukçulardan *Baldus* tarafından zikredildiği de belirtilmelidir (Bauer, **a.g.e.**, s. 3).

<sup>373</sup> Bu anlamda *Heukamp*, bağlılık kuralının ilk defa 19. yüzyılda geliştirildiği yönündeki iddiayı kabul etmemiştir. Bkz. *Heukamp*, **a.g.e.**, s. 10.

<sup>374</sup> Her ne kadar *Bauer*, bu konuda mandans ile fail arasındaki bağlılık ilişkisinin belirlendiğine değinmiş olsa da (Bauer, **a.g.e.**, s. 3) *Heimberger*'in bu konuda belli bir araştırma yaptığına değinen *Bloy*, *Engelmann* ve *Schaffstein*'in sessiz kaldıklarına işaret etmiştir (Heimberger, *Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach*, 1896, s. 36 - Aktaranlar Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 56; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 27). Hatta *Bauer*, bu bağlılık ilişkisinin özel hukuktan alındığını, nitekim özel hukukta esas hususa karşılık yan hususun bir ilke olarak benimsendiğini, buradan hareketle de esas fiil olmadan yan hususların düşünülmesinin mümkün olmadığını kabul edildiğini, buna rağmen bağlılık ilişkisinin tam manasıyla da açıklığa kavuşturulmadığını ifade etmiştir (Bauer, **a.g.e.**, s. 3).

<sup>375</sup> Nitekim *Dahm*, *mandatın* fiili icra eden faile bağlı olduğunun kabul edildiğini ileri sürmüş, buna gerekçe olarak da failin işlediği fiilin neticesinin meydana gelmesi halinde *mandatın* da tam ceza ile cezalandırılacağı kabul edilmiş olmasını göstermiştir. Ancak *Dahm*, *mandatın* sorumluluğu için failin kusurlu olması ya da kasıtlı olarak hareket etmesinin aranmaması karşısında *mandatın* faile minimal bağlılığının varlığından söz etmiş, nihayetinde bağlılığın var olduğu sonucuna ulaşmıştır (Dahm, **a.g.e.**, s. 226). Benzer ifadeler *Heukamp*'da da rastlanmaktadır. Nitekim *Heukamp*'a göre Mandant'ın sorumluluğu failin sorumluluğu ve kusuru dikkate alınmaksızın neticenin gerçekleşmesine bağlı tutulmuş, kastın tipikliğin önemli bir unsuru olarak addedilmesi halinde faildeki kastın eksikliğinin Mandant'ın sorumluluğunu ortadan kaldıracığı ifade edilmiştir. Buradan hareketle de *Heukamp*, İtalyan hukukunda bağlılık kuralının var olduğu sonucuna ulaşabileceğini ileri sürmüştür (Heukamp, **a.g.e.**, s. 11). *Schlutter*'e göre ise İtalyanlarda katı bağlılık kuralı mevcuttur. Zira *Schlutter*, kişinin *mandat*

kuralının varlığına bir delil teşkil etmeyeceği belirtilmiştir<sup>376</sup>. Ancak incelemenin devamında bizim de daha evvel yer vermiş olduğumuz *mandatın* görevlendirdiği kişinin kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlarda olduğu gibi *mandatın* işlenen suçun faili olarak kabul edileceği şeklindeki ifade karşısında gerçekten de bu yazarların söz konusu görüşlerinin şüpheli olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>377</sup>.

---

olabilmesi için fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin kusurunun şart olarak aranmasının en azından fail ile suça katılanlar arasında bir bağlantı bulunduğunu ortaya koymaya yeterli olduğunu ifade etmektedir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 17. Benzer yönde görüşlerin olduğuna dair fikirler için bkz. Heukamp, **a.g.e.**, s. 11). *Poppe de Heimberger*'in ifadelerine dayanarak *mandatın* bağlı yapısını ileri sürmüş, *mandatın* cezalandırılma temelini kendi verdiği emre dayanmadığını, bilakis başka bir kişi tarafından gerçekleştirilen fiilin bir nevi kendisine mal edilmesi suretiyle aslında başkasının fiiline dayandığının ortaya konulduğuna işaret etmiştir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 14; Poppe, **a.g.e.**, s. 66).

<sup>376</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 210. Böylece doktrinde bir kısım görüş, *mandatın* bir başka kimseyi araç olarak kullanmasının söz konusu olduğu bu tür olaylarda üst konumunda bulunan bir kimse olarak tam sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini, nitekim İtalyanlarda müşterek faillik düzenlemesinin de mevcut olduğu savından hareket edilerek Postglassatorların yorumlarının *mandatın* başkasının fiilinden dolayı değil, bizatihi kendi fiilinden dolayı sorumlu olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 16; Poppe, **a.g.e.**, s. 67).

<sup>377</sup> Schlutter, **a.g.e.**, s. 15; Poppe, **a.g.e.**, s. 66. *Mandatın* faillığe bağlı bir yapıda olmadığı, *Sansonya* uygulamacısı *Petrus Theodoricus*'un incelemelerine ilişkin açıklamalardan da rahatlıkla anlaşılabilir. Nitekim katı ve sınırlı bağlılık kuralına ilişkin ilk detaylı incelemeleri Alman hukuk öğretileri için bir çıkış noktası olan *Theodoricus*'un asla *mandatı* azmettirenin yerinde konumlandırmamış olması dikkat çekmektedir. Buna rağmen Schlutter, *Theodoricus*'un düşüncelerinden yola çıkılarak *mandatın* cezalandırılabilmesi için en azından failin fiilinin objektif koşullarıyla mevcut olması gerektiğinin anlaşılabilceğini, bu durumun *Theodoricus*'un katı bağlılık kuralı olmasa da sınırlı bağlılık kuralından haberdar olduğuna işaret ettiğini ifade etmekteyse de *Schaffstein*, *Theodoricus*'un bağlılık kuralını reddettiğini ifade etmekte, *Theodoricus*'un *mandattan* yalnızca dolaylı faillik kurumunu anladığını, bunun için de genel hukuk doktrininde de açıkça savunulan ve hemen hemen *kendisinin yapabileceği bir fiili başkasına yaptırın kişi* anlamına gelen “*Quod quis per alium fecit, per se ipsum facere censetur*” cümlesini delil olarak göstermiştir. Bu açıdan da *Schaffstein*, *Theodoricus*'un bağlılık kuralının hiçbir türünün mevcudiyetini kabul etmediğini belirtmektedir. Buna karşılık Schlutter, İtalyan hukukçularının bu cümleye rağmen *mandatın* katı bağlılığı kuralını kabul etmekte olduklarını, hiçbir durumda *mandatı* dolaylı fail olarak addetmediklerini belirtmektedir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 24). Bununla birlikte *mandat*, Alman hukuk çalışmalarında Alman hukukçuları tarafından kolaylıkla dolaylı fail yerine konumlandırılmıştır. Nitekim *v. Bar*, bu hukuklara örnek olarak gösterilebilir. *v. Bar*, eserinde açıkça *mandat*'ın günümüz modern hukukunda dolaylı fail olarak görülebileceğini ifade etmektedir (*v. Bar*, s. 592 – Aktaran Schlutter, **a.g.e.**, s. 24). Dolayısıyla farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da *mandat* bakımından şerik olarak kabul edilmemesi nedeniyle bağlılığın kabul edilmediği belirtilebilir. Zaten *mandat*'un cezalandırılması için ön plandaki kişinin fiili işlemiş olması da gerekli görülmemiştir. Failin icra hareketlerini hiçbir şekilde gerçekleştirmediği yahut da fiilin tamamlanmadığı durumlarda *Mandat*'ın genel teşebbüs düzenlemelerine göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği, ancak cezasında indirim yapılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre ağır suçlar bakımından daha az ceza verilirken hafif suçlar bakımından hiçbir şekilde ceza verilmemektedir. Ancak bu noktada *Dahm*, akim kalmış *Mandat*'ın cezalandırılmasının genel teşebbüs hükümlerine göre mi yoksa rastgele özel suç düzenlemelerine göre mi kabul edildiği hususunun şüpheli olduğuna dikkat çekmiştir (Dahm, **a.g.e.**, s. 226). Yoksa bu durum, bağlılık kuralının İtalyan hukukçuları tarafından bilinmemesi yahut da kabul edilmemiş olmamasından kaynaklanmamaktadır.



Kaldı ki günümüz anlamında daha çok dolaylı faillığe benzetilen *mandat*ın bu faillığe yakın yapısı, bilhassa özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar bağlamında kendini hissettirmektedir. Nitekim detaylı bir irdeleme yapıldığında failin bizatihi kendi bedensel temasını ve tatminini gerektiren bir suç olarak telakki edilen cinsel suçlar bakımından fiili bizzat icra etmeyen ve keza failin belirli nitelikleri haiz olmasının şart olarak addedildiği memur suçları ve askeri suçlar bakımından söz konusu özelliklere sahip olmayan kişilerin *mandat* olarak sorumlu tutulamayacakları, tüm bu durumlarda yalnızca *consilium* dolayısıyla cezalandırılabilmesi yoluna gidilmesi de<sup>378</sup> *mandatum*un faile bağlı kılınan bir şeriklik türü değil, bilakis bir faillik türü olarak öngörüldüğüne delil teşkil etmektedir<sup>379</sup>.

Bu dönem içerisinde birer şeriklik türleri olarak görülen *consilium* ve *auxilium* açısından bağlılık kuralının kabul edilip edilmediği hususunda dikkat çeken husus, bu iştirak türleri açısından sorumluluktan bahsedilebilmesi için failin hem kasıtlı olarak hareket etmesinin hem de kusurlu olmasının bir şart olarak aranmış olmasıdır<sup>380</sup>. Böylelikle bu şeriklik türleri, *mandat* gibi faillik kapsamında değil de failin fiiline bağlı olan şeriklik altında görülmüştür<sup>381</sup>. Buna göre *consilium* ve *auxilium* bakımından katı bağlılık kuralının geçerli olduğu ifade edilebilir<sup>382</sup>. Niceliksel bağlılık açısından ise bu sorumluluklar için failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına ilerlemiş olduğunun kabul edildiğine değinilmiştir<sup>383</sup>. Özel

---

<sup>378</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 71.

<sup>379</sup> Öyle ki *Poppe*'ye göre Postklassatorlar *mandatumu* dar anlamda bir şeriklik olarak görmüş olsalardı *mandatum* dolayısıyla cezalandırılmanın tavsiye veren kişinin kendisinin tipikliğin gerçekleşmesi için gerekli olan her bir unsura sahip olup olmadığı, daha doğrusu söz konusu suçun özel haksızlık unsuru olarak işaret edilen bir hareketi icra edip etmediği yahut da özel niteliği haiz olup olmadığı hususlarına bağlı olmasına izin vermezlerdi. Nitekim bu durum, İtalyan hukukçularının tipiklik kapsamında yer alan özel göreve sahip olmamaları veya bizzat işlenebilen suç olması nedeniyle kendi icra hareketlerinin tipik olmaması dolayısıyla suç tipi kapsamındaki haksızlığı kendi şahıslarında gerçekleştirmemiş olsalar bile şeriklerin bizzat işlenebilen suçlarda ve gerçek özgü suçlarda da şerikliği kabul etmiş oldukları bilgisiyle de doğrulanmaktadır. Bu anlamda *Poppe*, *Langer* tarafından ileri sürülen ve şerikliğin gerçek özgü suçlarda da mümkün olduğu (*Langer*, **Das Sonderstaftat**, s. 137) hususunun ilk defa 19. yüzyıl ceza hukukuna dayandığı görüşünün şüpheli olduğunu belirtmektedir (*Poppe*, **a.g.e.**, s. 72, dpn. 194).

<sup>380</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 225.

<sup>381</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>382</sup> Dahm, **a.g.e.**, s. 226; Conrad, **a.g.e.**, s. 36; Schlutter, **a.g.e.**, s. 16-18; Poppe, **a.g.e.**, s. 76, 77.

<sup>383</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 76, 77; Schlutter, **a.g.e.**, s. 16-18. Bu hususta İtalyan hukukçularından *Gandinus*'un ortaya konulan yardımcısal katkının neticeye etki etmemiş olması halinde dahi cezalandırılması ve fakat cezada belirli bir oranda indirim yapılması şeklindeki düşüncesi

kişisel unsurların şeriklere sirayetine ilişkin olarak göze çarpan bir akrabanın öldürülmesinde öldüren kişinin akraba olması ya da olmaması arasında bir ayırım yapılmasının uygun görülmemesidir<sup>384</sup>.

**16. ve 17. yüzyıla** gelindiğinde ilk bölümde de yer verildiği üzere *Carpzovs*'un vermiş olduğu bilgiler ayrı bir önem arz etmektedir. Bu çerçevede *consilium* ve *auxilium*'un failin fiiline bağlılığına ilişkin olarak *Carpzovs*'un vermiş olduğu bilgiler arasında bir eksikliğin bulunduğu, buna göre fiili icra eden kişinin teşebbüs aşamasına ulaştığı durumlarda söz konusu kişilerin cezalandırılıp cezalandırılmayacaklarına ve keza bu kişilerin failin fiili bakımından söz konusu olan özel niteliklere bağlı olup olmadıklarına ilişkin herhangi bir bilgiye yer vermediği, keza İtalyan öğretisinden birçok alıntı yapmış olmasına rağmen *mandatın* failin fiiline bağlı olup olmadığı, bağlıysa ne ölçüde bağlı olduğuna hiçbir şekilde değinmediği hususlarına yer verilmiştir. *Carpzovs*'un *mandatın* bağlılığına ilişkin bir kurala hiç değinmemiş olmasının günümüzde bazı müellifler tarafından, *Carpzovs*'un *mandatı* da kendi yararına olarak bir başka kişinin suç işlemesine neden olmasından dolayı faillik kategorisinde sınıflandırmış olmasından kaynaklandığının savunulduğuna yer verilmektedir<sup>385</sup>.

*Carpzovs*'da niceliksel bağlılık kuralına dair bilgilerin mevcut olduğuna değinen *Poppe*'ye göre tıpkı İtalyanların savunmuş olduğu gibi *Carpzovs* da

---

(Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 26), akim kalmış yardım etmenin cezalandırılabilirliğini kabul ettiği anlamına gelmektedir.

<sup>384</sup> *Bloy*'a göre *Gandinus*, bu noktaya çok fazla değinmemiş olup yalnızca failin kusursuz hareket etmiş olması halinde bunun şerikin lehine bir etki oluşturmayacağını vurgulamışken (*Bloy*, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 57), *Bartolus* özel kişisel halleri üç gruba ayırmış, fiile ilişkin olaylar haricindeki cezayı artıran durumların sadece bu durumlar kendisinde mevcut olan kişilere etki edeceğine değinmiş, buna karşılık suçun işlenmesi anında mevcut olan fiile ve faile ilişkin unsurların şerike karşı da etki edeceğini ifade etmiş, tam tersi sadece şerikte mevcut olan cezayı yükselten unsurların şerikin fail karşısında daha ağır şekilde cezalandırılması sonucunu ortaya çıkaracağını belirtmiştir. Faile ilişkin cezayı artıran unsurların da şerikin zararına olarak bağlılık prensibine tabi olacağı şeklindeki çözüm yolunu ilginç bulan *Bloy*, bu kabulü bir hata olarak nitelendirmiş ve *Baldus*'un *Bartolus*'a karşı faile ilişkin cezayı artırıcı unsurların her durumda sadece bu unsurlar kendisinde mevcut olan kişiye etki edeceğini kabul ettiğini, ancak fiile ilişkin unsurlar bakımından bağlılık kuralını benimsediğini ve bu bakımdan *Bartolus*'la benzeştiğini vurgulamıştır (*Bloy*, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 58). Bu açıklamaların ardından *Bloy*, meselenin oldukça karmaşık bir hal aldığına değinmiş, bu zorluğun *Farinacius* tarafından da "*Haec materia est multum intricata*" ifadeleriyle dile getirildiğine yer vermiştir (*Prospes Farinacius*, *Opera Criminalia*, Pars Quinta, Tit. XV, quaest. 129 n.101 (s. 421), quaest. 131 n. 44 (s. 445), quaest. 135 n. 34 (s. 493) – Aktaran *Bloy*, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 58).

<sup>385</sup> *Poppe*, **a.g.e.**, s. 84.

*mandatın sorumluluğunun kendiliğinden ortaya çıkmadığı görüşünü benimsemiş, öldürme suçunun faili olarak sorumlu tutulabilmesi için görev olarak verilen ve suç teşkil eden fiilin mutlaka işlenmiş olması gerektiğini de bir şart olarak görmüştür*<sup>386</sup>. *Poppe*'ye göre *Carpzovs* da *mandatın cezalandırılmasının fiili icra eden kişinin fiilinin gerçekleşmesine bağlı tutmuş, bu bağlamda da esas fiilin varlığına dayanması nedeniyle mandatın bağlılığı kuralı mevcut hale gelmiştir. Hatta Poppe, bunun niceliksel bağlılık kuralı olduğunu, ancak mandatın cezalandırılabilirliğinin fiile ilişkin özel unsurlara bağlı olmadığını, bu anlamda da niteliksel bağlılığın bulunmadığı hususlarına da işaret etmiştir*<sup>387</sup>. Bu noktada kanaatimiz, sadece failin fiilinin en azından icra hareketlerinin gerçekleştirilmiş olmasının şart görülmesi ve fakat failin fiilinin belli bir niteliği haiz olmasının aranmamasından *mandatın* ön plandaki kişiye bağlı olduğu sonucunun çıkarılamayacağı yönündedir. Nitekim bu tür bir bağlılık, olsa olsa minimal bağlılıktır ki bu tür bir bağlılığın da ne derece bağlılığı beraberinde getireceği de zaten oldukça tartışmalı bir husustur.

**19. yüzyılın başlarında** Alman hukukçuların bağlılık sorunuyla pek fazla ilgilenmedikleri, azmettirmeyi manevi faillik altında konumlandıkları, yardım etmeyi ise suç teşkil eden neticeye yönelik nedensel bir öneme sahip olarak kabul ettikleri ve cezaya layık gördükleri hususlarına dikkat çekilmiştir<sup>388</sup>. Zaten bu dönem içerisinde Prusya bölgesindeki kanuni düzenlemelerin daha çok Fransız hukuku etkisi altında olmasından da kaynaklı olarak Alman hukukçuların bu çerçevede araştırmalar yaptıkları da ifade edilebilir<sup>389</sup>.

**19. yüzyılın son döneminde** 1871 tarihli Prusya Ceza Kanunu ile birlikte artık Alman doktrininde şeriklerin bağlılığı hakim görüş olarak kabul edilir olmuş, hatta içeriği belirli bir yapıda oluşturulmuş, “bağlılık” ifadesine yer verilmeye başlanmıştır<sup>390</sup>. Kanuni düzenlemede katı bağlılık kuralı benimsenmiş, şeriklik için failin fiilinin hukuka aykırı olmasının yanı sıra failin kusurlu da olması gerektiği ifade edilmiş<sup>391</sup>, bu düzenleme o dönemki yazarlar üzerinde de etkisini göstermiştir.

<sup>386</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 84, 85.

<sup>387</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 86.

<sup>388</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 10.

<sup>389</sup> Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. Bauer, **a.g.e.**, s. 10 vd.

<sup>390</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 124.

<sup>391</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 17.

Bu hususa ilişkin detaylı açıklamalara bağlılık kuralına dair teorik bilgiler kapsamında verilmiştir. Bu dönemden itibaren faillik-şeriklik ayrımına ilişkin olarak somutlaşmaya başlayan öğretilerin bağlılık kuralı kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Böylelikle günümüzde hakim bir şekilde benimsenmiş olan fiili hakimiyet teorisinin ne denli yerinde olduğu da anlaşılacaktır.

### 3. Faillik-Şeriklik Ayrımına İlişkin Görüşlerin Bağlılık Kuralına Yönelik Yaklaşımları

#### a. Tek Faillik Sistemi

Tek faillik sistemini savunan görüş sahiplerine göre suça iştirak öğretisi bakımından bağlılık kuralı gerekçelendirmesi hiçbir şekilde söz konusu olamaz<sup>392</sup> ya da yok denecek ölçüde az bir önem ifade eder<sup>393</sup>. Bununla birlikte öğreti savunurlarının yardım etmeye ilişkin görüşleri dikkate alındığında bağlılığı kabul ettikleri gibi bir izlenim ortaya çıksa da<sup>394</sup> görüşlerine yönelik bütüncül bir yaklaşım sergilendiğinde bu izlenimin doğru olmadığı rahatlıkla anlaşılmaktadır<sup>395</sup>.

<sup>392</sup> Kienapfel, *JuS* 1974, s. 4; Jakobs, *AT*, 21/5; Gropp, *AT*, § 10 Kn. 32; Poppe, *a.g.e.*, s. 181; Akbulut, *GÜHFD* 2010, s. 170. Bu kapsamda *Stübel*, tek faillikte diğer faillerin, fiili doğrudan icra eden failin fiiline bağlılığından söz edilemeyeceğini, sadece faillerin her biri arasında bir ilişkiden bahsedilebileceğini ifade etmiştir (Aktaran Schöberl, *a.g.e.*, s. 60). *Stübel*, hareket ile netice arasındaki nedensel ilişkiye göre kişinin fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini kabul ettiğinden dolayı, diğer bir deyişle isnadiyet temeline doğrudan nedenselliği yerleştirmiş olduğundan bir anlamda neticeye büyük bir önem atfetmiş, bunu sorumluluğun önemli bir ön koşulu haline getirmiştir. Dolayısıyla da *Stübel*'in görüşlerine göre hareketin haksızlığının değil de neticenin haksızlığının esas alındığından bu görüş kapsamında teşebbüs aşamasında sorumluluğun söz konusu olamayacağı sonucu ortaya çıkarılabilir ki aynı zamanda bu durum da *Stübel*'in bağlılık kuralının aksi yönünde bir tutum içerisinde olduğuna delil teşkil edebilir (Aktaran Poppe, *a.g.e.*, s. 103). Nitekim buna *Stübel*'in fiile katkı sağlayan herkesi eş değer kabul ederek geniş faillik anlayışını esas almasının da ötesinde doktrinde modern anlamda tek faillik sisteminin ilk savunurlarından biri olarak kabul edilmesi de eklendiğinde (Aktaranlar Bloy, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, s. 71; Rotsch, *a.g.e.*, s. 35) *Stübel*'in bağlılık kuralına herhangi bir önem atfetmediği anlaşılmaktadır.

<sup>393</sup> Daha konunun başlangıcında belirtildiği üzere bağlılık kuralı, *v. Buri*'nin öğretisinde yok edilecek derecede arka plana itilmiştir. Nitekim bu öğretiye göre her bir suça iştirak eden kişi, suçun neticenin gerçekleşmesi için her ne şekilde olursa olsun ortaya koymuş olduğu katkı ile tam olarak nedensel bir bağ içerisinde olmasından dolayı fiili icra eden kişinin fiilinin belirli bir hukuki niteliği bakımından arka plandaki kişinin cezalandırılabilirliği üzerinde hiçbir belirleyici etkisinden bahsedilemez (Aktaran Poppe, *a.g.e.*, s. 153). Buradan da anlaşıldığı üzere suçun işlenişine katkı sağlayan kişilerin cezalandırılabilmeleri için kendileri tarafından ortaya konulan bu katkı yeterli olacak, diğer suç ortaklarının işledikleri fiile bağlı olarak başka koşullara gerek duyulmayacaktır (Schlutter, *a.g.e.*, s. 65; Poppe, *a.g.e.*, s. 153, 154).

<sup>394</sup> Nitekim *Stübel*'in kişinin yardım eden olarak kabul edildiği bazı hallerde ceza kapsamının fail konumundaki kişinin fiiline göre belirlenmesi ve bu kişi bakımından fiilin işlenişine yönelik olarak daha az katkı sağlamış olacağından yaptırım olarak öngörülen cezanın aşağı ve yukarı sınırları dikkate alınmak suretiyle daha az cezalandırılması gerektiği yönündeki iddiası (Ebrahim-Nesbat, *a.g.e.*, s. 52) bu şekilde bir izlenim ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Keza her

Tek faillik sisteminde suçun işlenişine katılan doğrudan faillerin ve diğer suç ortaklarının (tek faillik sistemine göre dolaylı faillerin) dogmatik anlamda aynı konumda eşitlenmiş olmaları, her bir kişinin *sadece* kendi haksızlığı ve kendi kusuru dolayısıyla sorumlu tutulmaları sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu bakımdan da niteliksel bağlılık kuralı, suça iştirak eden herkesin fail olarak yalnızca kendi katılımlarının söz konusu olduğu netice bakımından gerçekleşen haksızlıktan ve kendi kusurlarından sorumlu tutulmaları nedeniyle kabul edilmemiş, böylelikle suça katkı sağlayan diğer suç ortağının kusuru ve fiilinin hukuka aykırılığının etkisi görmezden gelinmiştir<sup>396</sup>. Böylece tek faillik sisteminde bir kimsenin gerçekleştirdiği fiilin başka kişilerin sorumluluğuna esas teşkil edip etmeyeceği veya bu sorumluluğun hangi türde olacağı gibi sorular önemsiz hale gelmiş, başkalarının haksızlığı ve kusurundan müşterek sorumluluk yerine her birinin otonom ve bireysel sorumluluğu ön plana çıkmıştır<sup>397</sup>.

Şu halde niteliksel bağlılığın ve tek failliğin birbirini karşılıklı olarak devreden çıkardığı ifade edilebilir. Buna göre B'yi parayla öldürme suçunu işlemesi için tutan A, B'nin anlaşılabilir olmayan akıl hastası olduğunu bilmiyor olması şeklindeki durumlarda nasıl bir çözüme ulaşılabileceği sürekli tartışılmış, ikilik sisteminde bazı

---

ne kadar *v. Buri*, bağlılığı zikretmiş olmasa ve yardım edeni de faillik başlığı altında değerlendirmiş olması nedeniyle belki de böyle bir sonucun ortaya çıkacağını düşünmüş olmasa da yardım etme için objektif temellendirmenin yanı sıra bir başka kişi adına, yararına hareket edilmesi şeklindeki sübjektif bir kriteri daha gerekli görmesi bağlılık kuralını akla getirmektedir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 67).

<sup>395</sup> Nitekim *Stübel*'in bir önceki dipnotta yer alan görüşleri dikkate alındığında yardım edenin cezalandırılabilirliği için failin fiili bakımından ne niceliksel ne de nitelikse anlamda bir asgari koşul öngördüğü görülmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce *Stübel*, daha çok bu tür yan şeriklik kapsamındaki yardım edenin cezaya layık olmasının faile göre daha düşük olmasına işaret etmek istemiştir. Benzer durum, *v. Buri*'nin ifadeleri için de ifade edilebilir. Zira *v. Buri*'nin suç işleme kastını ortaya koyacak ölçüde herhangi bir suretle dış dünyada fark edilebilir bir faaliyette bulunduğu andan itibaren cezalandırılabilir teşebbüsün söz konusu olacağından yola çıkan sübjektif teoriye göre fikir yürüttüğü, yardımcı katkıda bulunan kişinin de fiili icra eden kişiden ayrı telakki edildiği vurgulanmıştır (Schlutter, **a.g.e.**, s. 67; Poppe, **a.g.e.**, s. 156). Zaten bu da *v. Buri*'nin bağlılık kuralının üzerini önemli ölçüde örttüğüne ve tek faillik anlayışına yakın olduğuna dair önemli bir işaret olarak gösterilebilir.

<sup>396</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 4; Schöberl, **a.g.e.**, s. 60; Poppe, **a.g.e.**, s. 181. Bu çerçevede tek faillik sisteminde ikilik sisteminde olduğu gibi kasıtlı ve taksirli olarak işlenen suçlara yönelik iştirak bakımından düalist bir sistem mevcut olup bu sistem bağlamında faillige ve şerikliğe ilişkin kuralların sadece kasıtlı iştiraki kapsadığı, taksirli olarak işlenen suçlar bakımından iştirakin de istenmesi halinde bunun muhakkak kanunda ayrıca formüle edilmesi gerektiği karşısında tek faillik sisteminde işlenmekte olan suça katılan herkesin zaten fail olarak addedilmesi nedeniyle bu düalist sistemden bir ayrılış söz konusudur (Schöberl, **a.g.e.**, s. 63).

<sup>397</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 4.

yazarlar A'nın fiil hakimiyetine yönelik kastının bulunmadığını, bu yüzden de (dolaylı) fail olamayacağını, yalnızca akim kalmış azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiğini kabul ederken<sup>398</sup> diğer yazarlar her ne kadar objektif anlamda azmettirmeden daha fazlası söz konusu olsa ve bu yüzden de dolaylı faillik mevcut olsa da sübjektif anlamda sadece azmettirme kastının bulunduğunu, bu nedenle de A'nın tamamlanmış öldürme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmişlerdir. İşte ikilik sisteminin *Kienapfel*'in ifadesiyle tüm bu zor dogmatik farklılaştırmasına tek faillik sisteminde bağlı kalınmaksızın kusur yeteneği bulunmayan B'nin cezasız kalması kabul edilecekken bu durumun A'nın sorumluluğuna hiçbir etkisi olmayacak ve A'nın, kendi fiilinin haksızlığı ve kendi kusurundan sorumluluğu esas alınacak, dolayısıyla da A, tamamlanmış öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Hangi sebepten olursa olsun tek faillik sistemine göre B'nin cezalandırılmamasının A bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle fiili doğrudan icra eden kişinin fiile iştirak eden diğer "faillerin" sorumluluğu bakımından fiilinin kasıtlı mı yoksa taksirli mi, hukuka uygun mu yahut da hukuka aykırı mı olduğunun hiçbir önemi bulunmamaktadır<sup>399</sup>. Ancak bu noktada fiili doğrudan icra etmeyen diğer faillerin işledikleri fiil dolayısıyla tamamlanmış suçtan sorumlu tutulabilmeleri için doğrudan failin tipiklik tanımına uygun icra hareketlerini gerçekleştirmesinin yeterli görüleceği de vurgulanmalıdır<sup>400</sup>.

Tek faillik sisteminde niceliksel bağlılık kuralının kabul edilip edilmediği noktasında ise müellifler arasında bir birlikteliğin bulunmadığı belirtilmelidir. Buna göre ilk görüş, her ne kadar sistem bakımından niteliksel bağlılık ilkesini kabul etmese de bu reddedişlerini, niceliksel bağlılık ilkesinin kabulüne bir engel olarak görmemektedirler. Zira bu görüş, suça katılan faillerden birinin bile cezalandırılabilir teşebbüs aşamasına adım atmamış olması halinde suç ortaklarının hiçbirinin cezalandırılmasına izin verilmemesi tezini ileri sürmektedir. Keza doğrudan failin yalnızca hazırlık hareketleri aşamasında olduğu bir durumda dolaylı faillerden hiçbiri bakımından da cezalandırılabilirlik gündeme gelmeyecektir. Bu teşebbüs

<sup>398</sup> Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Berlin 1969, s. 123.

<sup>399</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 4-7.

<sup>400</sup> Schöberl, **a.g.e.**, s. 60; Diethelm Kienapfel, "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", **JBl 1974**, s. 118.

öğretisinden çıkarılan argüman ile birlikte ikilik sistemi anlamında akim kalmış azmettirme ve yardım etme durumları da dolaylı faillik çatısı altında cezalandırılabilirlikten hariç tutulmaktadır. Bu suretle bu görüşe göre fiilin icrasına uzak olan kişilerle kanuni anlamda fiili kendisini icra eden kişiler arasındaki ayırım yerinde görülmekte, böylece fiilin icrasında uzak olan grubun, cezalandırılabilirlikten hariç tutulabileceği ifade edilmektedir<sup>401</sup>. Zaten bu da akim kalmış azmettirme ve yardım etme teşebbüsünün cezasız bırakıldığını göstermektedir.

Bu görüşe karşılık olarak ikinci görüş, her türlü teşebbüs aşamasında kalmış iştirak şeklinin cezalandırılması gerektiğini savunmakta, niteliksel bağlılık bakımından her bir suç ortağının sorumluluğunun birbirinden farklı olduğu şeklinde ulaştıkları sonucu dikkate alarak niceliksel bağlılık bakımından da çok farklı sonuçlara ulaşmamaktadır. Bu çerçevede niceliksel bağlılık kuralına da bir önem atfetmeyen bu görüşe göre bütün suç ortakları yalnızca kendi teşebbüs aşamasında kalan veya tamamlanmış olan fiilinden dolayı sorumlu tutulacak, diğer suç ortaklarının fiilinin teşebbüs aşamasında mı yoksa tamamlanmış mı olduğunun tespiti sadece kendi fiili değerlendirilen kişi bakımından önem arz edecek, bu durum diğer kişiler bakımından bir anlam ifade etmeyecektir<sup>402</sup>. Zira nedensellik ilkesine dayanan isnadiyet öğretisi bakımından her hareketin neticeye etki etme bakımından nedensel bir faktör olarak anlam ifade etmesi göz önüne getirildiğinde bu izahın daha makul olacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda şayet katılımcıların bir diğer kişiyi fiili işlemesi yönünde desteklemeye veya bu yönde bir karar oluşturmaya yönelik olarak çeşitli davranışlarda bulunmaya başlamışsa bu defa bu kişiler bakımından icra hareketlerinin başladığının kabulünün gerekli olduğu ifade edilmektedir. Keza tek faillik anlayışını kabul etmiş olmasına rağmen akim kalmış azmettirme ve yardım etmenin cezasız kalmasını savunan görüşün ceza politikası açısından da uygun olmadığı belirtilmektedir. Zira teşebbüs aşamasında kalmış her suç ortağı neticenin gerçekleşmesine yönelmiş davranışı ile cezalandırılabilir teşebbüsün önemli bir unsurunu kendisinde barındırmasına rağmen bu çözüm tarzı gereğince akim kalmış yardım hareketlerinin ve sevk etme hareketlerinin cezalandırılabilirlik alanı dışında tutulması haksız görülebilir. Dolayısıyla da hem tek faillik anlayışının kabul

<sup>401</sup> Poppe, a.g.e., s. 182.

<sup>402</sup> Kienapfel, **JuS** 1974, s. 4.

edilmesi, hem de bu şekilde bir çözüme ulaşılmaya çalışılması çok de tutarlı görünmemektedir<sup>403</sup>. O halde A'nın B'yi C'ye ateş ederek C'yi öldürmesi yönündeki ikna çabaları sonucunda B'nin başını sallayarak onaylayıp evden silahını alması ve fakat B'nin iyice düşünüp fiili işlemekten vazgeçmesi durumunda ilk irdelenmesi gereken husus, B'nin başıyla onaylaması ve evinden silahı almasının fiilin icra hareketlerinin başladığı anlamına gelip gelmeyeceğidir. Şayet icra hareketlerinin başladığı sonucuna ulaşılabilecek olursa A'nın teşebbüs aşamasında kalmış fiilden dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulması söz konusu olabileceken B'nin fiilin henüz hazırlık aşamasında olduğunun kabulü durumunda ise A'nın akim kalmış azmettirmeden dolayı sorumlu tutulması gerekecek, B'nin kendisi ise cezasız kalacaktır. Ancak tek faillik sistemine göre her ne kadar B bakımından sonuçta bir değişiklik olmasa ve B bakımından ya hazırlık aşamasında olduğu için cezasızlık gündeme gelecek yahut da icra hareketleri aşamasına geçtiği kabul edilirse gönüllü vazgeçtiği kabul edilebilecekse de A açısından ikilik sistemindekine göre farklı, bir o kadar da ilginç bir sonuca ulaşılabilecektir. Nitekim B üzerindeki ikna hareketleri dikkate alındığında kendi icra hareketlerinin başladığı kabul edilebilecek olan A, işlenen teşebbüs aşamasında kalmış öldürme suçundan (dolaylı) fail olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>404</sup>.

Bu anlayıştan hareket edildiğinde özel kişisel unsurların dikkate alınmaması ve suçun işlenmesine herhangi bir şekilde nedensel anlamda katkı sağlanmasının esas alınması durumunda kişi, özel unsura sahip olmasa bile fail olarak telakki edilir<sup>405</sup>. Buna göre kamu görevlisi olmayan A'nın kamu görevlisi olan B'yi zimmet suçunu işlemeye sevk etmesi durumunda azmettirme hükmü olmaksızın iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimal olarak B'nin zimmet suçunu işlemesine neden olan A'nın da katkısı fiili bizzat icra eden ve suç tipinde gerekli görülen özel faillik niteliğini haiz kişinin hareketine eş değer görülerek aynı suçtan fail olarak cezalandırılması söz konusu olabilir<sup>406</sup> ki bu ihtimalde zimmet suçuna azmettiren yahut da yardım eden kişinin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın fail olarak kabul edilmesi

---

<sup>403</sup> Poppe, **a.g.e.**, s. 182.

<sup>404</sup> Kienapfel, **JuS 1974**, s. 4, 5.

<sup>405</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 127.

<sup>406</sup> Jakobs, **AT**, 21/6.



mümkün hale gelebilecek, böylece de örnekteki A'nın suç tipinde aranan özel faillik niteliğine sahip olmaması görmezden gelinmiş olacaktır. Bu anlayışla birlikte birbirine eş değer olan nedenlerin oluşturduğu silsilede bu özel faillik niteliğinin sadece zincirin son halkasında mevcut olması, diğer nedenlerin de söz konusu niteliğe sahipmişçesine bu nitelikten tam manasıyla etkilenmeleri söz konusudur.

İşte bu şekilde suç tipi kapsamındaki yükümlülüğü haiz kişilerle, bu yükümlülüğü haiz olmayan ve fakat tipiklik kapsamındaki hareketlerinin bunların hareketiyle eşitlenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı belirtilmiş, bu defa da ikinci ihtimal olarak kişiliğe ilişkin niteliğin de mutlak şekilde gerekli görülmesinin ön plana çıkacağı altı çizilmiştir. Hatta o kadar ki özel faillik niteliğini haiz olmayan arka plandaki kişinin dolaylı failliğinden dahi söz edilemeyecektir. Böylelikle de şeriklik düzenlemelerinin bulunmadığı bu anlayış kapsamında ancak özel faillik niteliğini haiz kimselerin fail olarak sorumluluğundan söz edilebilecek, özel niteliği haiz olmayan kimselerin ise cezasız kalması mevzu bahis olacaktır<sup>407</sup>. Bu şekilde dolaylı failliği de doğrudan faillikle eş değer tutarak failliğin kapsamını mümkün olduğunca geniş telakki etmeye çalışan yazarların sırf özel faillik niteliğini haiz olmayan bir kimsenin fail olarak kabul etmemeleri<sup>408</sup>, sahip oldukları anlayışla çelişkiye düştükleri şeklinde yorumlanmaktadır<sup>409</sup>.

Benzer sonuca bizzat işlenebilen suçlar açısından da ulaşılabilecektir. B'ye yargılama esnasında yalan tanıklıkta bulunması halinde kendisine bir vaatte bulunan A'nın bu anlayışa göre fiili bizzat kendisi gerçekleştirmiş olmasa da bu fiili işlemeye sevk etmesi nedeniyle kendisinin de bir neden olmasından hareketle eşdeğerlilik görüşü gereğince fail olarak cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Ancak bu şekilde bir sonucun da hakkaniyete aykırı olacağı gerekçesiyle A'nın cezasız kalması gibi ilginç bir neticeye erişilebilecektir<sup>410</sup>. Bu açıdan da bizzat işlenebilen suçlarla özgü suçlar açısından kabul edilen görüş dolayısıyla geniş faillik anlayışının da ister

<sup>407</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 127.

<sup>408</sup> Eb. Schmidt, **a.g.e.**, s. 130.

<sup>409</sup> Lange, **a.g.e.**, s. 38; Roeder, **a.g.e.**, s. 231.

<sup>410</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 127.

istememez faillik alanını daha dar olarak ele almak durumunda kaldığı<sup>411</sup>, bunun da görüşün kendi yapısıyla çok da tutarlı olmayan sonuçlara yol açtığı görülmektedir.

Nihayet tüm bu izahattan sonra tek faillik sisteminin uygulama bakımından herhangi bir öneminin bulunmadığı, buna karşılık ikilik sisteminin ve bağlılık kuralının benimsendiği ülkemiz hukukunda bağlılığın teorik izahatının daha iyi bir şekilde yapılabilmesi için bu açıklamaların yapılmasında fayda bulunduğu özellikle vurgulanmalıdır. Kaldı ki tek faillik sisteminin, Avusturya<sup>412</sup>, İtalya gibi ülke kanunlarında benimsendiği gözönünde bulundurulduğunda, tek faillik sisteminin hiçbir ülke hukukunda kabul edilmemiş, tamamen teoride kalmış bir öğreti olduğu da belirtilemeyeceğinden Türk hukukunda da benimsenmesi ihtimali düşük de olsa muhtemel olup bu ihtimalin yerinde olmayan hangi tür sonuçları beraberinde getireceğinin de ortaya konması gerekirdi ki incelemede yapılmaya çalışılan da budur.

### b. Sübjektif Teori

Bu teori kapsamında yer alan bütün görüş sahiplerinin şerikliğin bağlı yapısını kabul ettikleri belirtilebilir. Buna rağmen görüş sahiplerinin her birinin *niteliksel bağlılık anlamında farklı bağlılık derecesini*<sup>413</sup> benimsemiş oldukları görülmektedir<sup>414</sup>. Yazarların bağlılığın derecesine ilişkin olarak farklı görüşte

<sup>411</sup> Roeder, **a.g.e.**, s. 241.

<sup>412</sup> Avusturya Ceza Kanunu'nda faillğe ilişkin düzenleme çerçevesinde failer arasında sevk etme failliği, katkısız faillik ve nihayet doğrudan fail şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Bu ayırımla birlikte diğer failerin doğrudan faile bağlı olup olmadığı ya da diğer failerin cezalandırılabilmesi için doğrudan failin fiilinin belli nitelikleri haiz olması gerekip gerekmediği irdelenmiştir. En nihayetinde diğer failerin sorumlu tutulabilmesi için de doğrudan failin kural olarak objektif anlamda suç tipini gerçekleştirmiş olması yeterli görülmüştür (Florian Engert, **Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?**, Peter Lang, Frankfurt 2005, s. 23, 24). Niceliksel bağlılık kuralı kapsamında ise aslında her bir suç ortağının zaten fail olarak kabul edilmesi hasebiyle birbirinden bağımsız telakki edilmesi sonucunu ortaya çıkardığından her birinin kendi teşebbüs aşamasında kalmış olan fiilinden dolayı diğer suç ortaklarından bağımsız olarak cezalandırılabilmesine neden olacaktır (Jakobs, **AT**, 21/6). Nitekim Avusturya Ceza Kanunu'nda doğrudan fail dışında yer alan sevk etme failliği ve katkısız failliğin de tıpkı fiili doğrudan icra eden gibi kendi teşebbüslerinden dolayı sorumlu tutulup cezalandırılacakları kabul edilmiş, bununla birlikte teşebbüs aşamasındaki bir fiile iştirak de mümkün olduğu, buna göre sadece tamamlanmış fiil bakımından değil, teşebbüs bakımından ve keza teşebbüse yönelik her türlü iştirak bakımından da bir sorumluluğun söz konusu olabileceği ifade edilmiş (Avust. CK § 15 Abs. 1), ancak bu gibi durumlarda zorunlu ceza indirimi öngörülmüştür (Avust. CK § 34 - Engert, **a.g.e.**, s. 137).

<sup>413</sup> Bağlılık derecelerine ilişkin detaylı açıklamaları için bkz.

<sup>414</sup> Buna göre *Köstlin* (Nakleden Schlutter, **a.g.e.**, s. 41) ve *Bockelmann* (Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, s. 37, 38) sınırlı bağlılık kuralını benimsemişken *Geib* katı bağlılık kuralını kabul etmiştir. *Bockelmann*, her ne kadar Alman Ceza Kanunu'nda katı

olmaları, şeriklik için arka plandaki kişinin<sup>415</sup> ve keza failin<sup>416</sup> kasıtlı olarak hareket etmesi gerektiği noktasında hem fikir olmalarına engel teşkil etmemiştir. Tüm bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere sübjektif teoride geniş faillik anlayışının esas alınmış olması nedeniyle teori savunurları bağıllık kuralını reddetme yoluna

---

bağıllıktan sınırlı bağıllığa geçişi sağlayan düzenleme değişikliğinin sorunları ortadan kaldırmadığını ve bu anlamda doktrinde hayal kırıklığına neden olduğunu (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Taterschaft und Teilnahme**, s. 11) belirtmiş olsa da her şeye rağmen memnuniyet verici bir gelişme olduğunu vurgulamıştır (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Taterschaft und Teilnahme**, s. 1). Zira katı bağıllık kuralının benimsendiği bir durumda azmettirme için arka plandaki kişinin kasıtlı ve hukuka aykırı fiilinin yanı sıra kusurlu da olması arandığından kusurunun bulunmadığı bir halde arka plandaki bu kişi bakımından cezalandırılabilirlik alanında ortaya çıkan boşluğun ancak dolaylı faillik kurumu ile doldurulabilir olması karşısında Bockelmann'ın "fail olma iradesi" kriteri benimsendiğinde arka plandaki kişinin bu iradeyi taşımadığı ve ön plandaki kişi konumundaki failin de kusurunun da bulunmadığı bir durumda kendisi açısından mutlak şekilde bir cezasızlığın ortaya çıkacağı açık hale gelmektedir (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Taterschaft und Teilnahme**, s. 2-3).

<sup>415</sup> Tam bu noktada söz konusu ifadeye şerh düşmek gerekir. Zira eski dönem yazarlardan *Köstlin* ve *Geib*'in şerik ifadesinden tam anlamıyla ne anladıklarına açıklık getirmek gerekir. Bu kapsamda ilk belirtilmesi gereken husus, günümüz anlamındaki azmettirmeyi manevi faillik kapsamında telakki etmiş olmalarıdır. (Köstlin, **Neue Revision**, s. 514 - Aktaran Schlutter, **a.g.e.**, s. 42, 76). Dolayısıyla bilhassa *Köstlin* bakımından şerikliğe ilişkin bağıllık kuralı kapsamındaki görüşlerinin manevi faillik kapsamında telakki ettiği azmettirme üzerinden değil de yardım etme üzerinden ortaya konulabileceği ifade edilmelidir.

<sup>416</sup> Bu noktada yukarıda da ifade edildiği üzere *Köstlin* ve *Geib* gibi eski yazarların bu konudaki görüşleri, daha çok yardım etme üzerinden anlaşılmalıdır. Nitekim *Köstlin*, yardım etmeyi failin suç işleme amacını bilinçli ve kasıtlı bir şekilde destekleyen kişi olarak nitelendirmiş, yardım etmenin yalnızca kasıtlı şekilde gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir (Köstlin, **Neue Revision**, s. 282 - Aktaranlar Poppe, **a.g.e.**, s. 115; Schlutter, **a.g.e.**, s. 40). Bunun dışında yardım etmenin bağımsız bir karakteri olmadığını belirten *Geib*, fail tarafından işlenmiş bir suç olmadığı sürece yardım etmenin söz konusu olamayacağını kabul etmiş, bir kimsenin yardım eden olabilmesi için kişinin yardım eden olarak suça iştirakinin hem kendisi tarafından hem de fail tarafından bilinmesi, her ikisinin de bu bağlamda kasta sahip olması gerektiği düşüncesini savunmuştur (Schlutter, **a.g.e.**, s. 78). Bockelmann, failin taksirli fiiline azmettirmenin de kabul edilmesi halinde azmettirme ile faillik arasındaki ayrımın sübjektif öğretiyeye göre de mümkün olmayacağını vurgulamış, bununla birlikte öğreti kapsamında şerik olarak kabul edilen kişinin başkası istediği için istemesinden, yani kendi isteğini başkasının isteğine bağlı tutmasından hareket edilmesi nedeniyle fiile ilişkin kastın meydana getirilmek istenmesinin şeriklik için bir ölçüt olmaktan çıkarılması halinde bu defa başkası olarak neyi istiyor olacağının ayrı bir sorun teşkil edeceğine işaret etmiştir. Dolayısıyla failin kastı gerekli görülmeden çıkarılacak olursa bu defa *animus auctoris*'in anlamsız hale geleceğini ifade eden Bockelmann'a göre, fiile yönelik kendi menfaati üzerinde bir hedefin mevcut olmaması, kendisine tabi olunacak bir amacın da bulunmaması anlamına gelir. Hatta Bockelmann, bir kimseyi öldürmek üzere kiralık katille anlaşma kastı olan bir kimsenin bulunmaması halinde bu defa kiralık katilin de olmayacağını belirterek failde kastın olmadığı durumda azmettirenin de bu kastın olmayacağına vurgu yapmış, yani failin taksirli olarak hareket ettiği durumlarda kendisini zaten faile göre konumlandıran, iradesini failin iradesine tabi tutan kişinin de şerik olamayacağına işaret etmiştir Bunun yanı sıra Bockelmann, kasıtlı olmayan bir fiile azmettirmenin kabul edilmesi gibi bir bakışa sahip olunması halinde azmettirme ile dolaylı faillik arasında da bir ayrım yapılması imkanının kalmayacağını belirtmiş, sübjektif ayrımın da yalnızca failin fiilinin kasıtlı olması halinde mümkün olduğunun altını çizmiş, failin fiilinin kasıtlı olması gerekliliğinden vazgeçilmesi halinde her iki şeriklik şeklinin de birbirleriyle olan sınırlarının çok fazla belirlenebilir olmayacağını vurgulamıştır (Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, s. 47, 48).

gitmemişlerdir. **Bu da göstermektedir ki faillik anlayışı olarak geniş faillik ya da dar faillik anlayışı benimsenmiş olsa bile pekala bağlılık kuralı kabul edilmiş olabilir**<sup>417</sup>. Zira bağlılık kuralının kabul edilmediği konusunda esas önem arz eden husus, tek faillik sisteminin mi yoksa ikilik sisteminin mi benimsenmiş olduğudur.

Niceliksel bağlılık açısından ise bilhassa sübjektif görüş sahiplerinin fikirlerinin ayrı bir özelliği haiz olduğunu ifade etmek gerekir. Zira iradenin tehlikeliliğinin de önem arz edebildiği, bu bakımdan da cezalandırılabilirlik alanının daha da geniş tutulduğu sübjektif teori çerçevesinde akim kalmış şerikliğin genel olarak cezalandırılabilir görülmesi oldukça normal karşılanabilecektir. Nitekim yazarların görüşleri irdelendiğinde akim kalmış azmettirmenin de cezalandırılabilirliği görüşünde oldukları anlaşılmaktadır<sup>418</sup>.

Her ne kadar teori kapsamında bağlılık kuralı açıkça kabul edilmekteyse de faillik-şeriklik ayrımı konusunda sübjektif kriterlerden hareketle bir ayırım yapılmaya çalışılması, bağlılık kuralının gereklerinin tam manasıyla uygulanmasını zorlaştırmakta, bu noktada önemli soru işaretlerinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu çerçevede daha evvel de üzerinde durulduğu üzere ortaya çıkan en önemli sorun, bu teoride esas alınan kriterle birlikte azmettirme ve yardım etme olduğu açıkça

<sup>417</sup> Bu noktada sübjektif öğretisi, geniş faillik anlayışını esas alan bir öğretisi olduğundan *Akbulut*'un geniş faillik kavramının kabul edildiği hallerde bağlılık kuralının söz konusu olmadığı yönündeki ifadesinin (*Akbulut, GÜHFD 2010, s. 171*) yerinde olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira *Akbulut*, “*Dar faillik anlayışının kabul edildiği durumlarda, iştirakte şerikliğin bağlılığı geçerlidir.*” şeklinde bir ifade kullanmış (*Akbulut, GÜHFD 2010, s. 171*), bağlılık kuralının kabul edilip edilmediği hususunu adeta hangi faillik anlayışının benimsendiğine tabi tutmuştur. Halbuki bu konuda esas önem arz eden, yukarıda da yer verildiği üzere geniş faillik-dar faillik anlayışından ziyade tek faillik sistemi mi yoksa ikilik sisteminin mi esas alındığı hususudur.

<sup>418</sup> Hatta *Köstlin*'in dahi tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme şeklinde bir ayırım yaptığı ve tamamlanmış azmettirme için azmettirilenin fiilinin en azından cezalandırılabilir teşebbüs aşamasına ulaşmış olmasını gerekli görürken (*Schlutter, a.g.e., s. 43*) azmettirilen kişinin suçun işlenmesine ikna edilerek veya başka bir suretle sevk edilememesi yahut da sevk edilmesine rağmen azmettirilenin iradesinin azmettirenin bağımsız olarak değişmesi, buna göre sınırı aşması da dahil olmak üzere tamamen başka bir fiili işlemi durumlarında da azmettirenin istisnasız suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinden cezalandırılması gerektiği görüşünü benimsemiştir (*Köstlin, Neue Revision, s. 521; s. 543 - Aktaranlar Poppe, a.g.e., s. 112; Schlutter, a.g.e., s. 42, 43*). Ancak *Geib*'in o dönem için manevi faillik kapsamında telakki ettiği azmettirmenin akim kalmış halinin cezalandırılabilirliğini objektif görüşten hareket ederek temellendirmeye çalıştığı bir hayli ilginç bir durum olarak göze çarpmaktadır. Buna göre *Geib*, hazırlık hareketleri ile ihlal edilen hukuki alan bakımından objektif olarak gerçek anlamda bir tehlike arz edip etmediğinin dikkate alınmasının gerekliliğinden yola çıkmış, bu tehlikenin söz konusu olması için azmettirenin cezalandırılabilir hazırlık hareketlerini şart olarak telakki etmiştir (*Schlutter, a.g.e., s. 77*).

anlaşılan birçok durumda kişilerin müşterek fail ya da dolaylı fail olarak telakki edilerek azmettirme ve yardım etme kurumlarının, böylelikle de bağlılık kuralının adeta gereksizmiş gibi addedilmesi sonucuna ulaşılmasıdır<sup>419</sup>.

Kusur dışında failin cezalandırılmasını önleyen kişisel unsurların şeriklere etki etmeyeceği görüşü bakımından öğretinin bütün yazarları arasında bir fikir birliği söz konusudur<sup>420</sup>. Buna rağmen teorinin yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar açısından sorgulanması gereken bazı sonuçlara yol açtığı görülmektedir. Zira bu suçlarda faillik açısından kişinin fail olma iradesi tam manasıyla geçerli bir kriter olarak görülmemektedir. Bu durum, kendisini dolaylı faillik kurumunda daha fazla hissettirmektedir. Buna göre bizzat işlenebilen suçlarda kişinin fail olabilmesi için fiili bizzat icra etmesi gerektiğinden arka planda olup fiili doğrudan kendisi icra etmeyen kimsenin fail olabilmesi mümkün olmadığından kişinin dolaylı fail olabilmesi de mümkün değildir. Yine yükümlülük suçlarında kişinin dolaylı fail olabilmesi için kendisinin de özel faillik niteliğini haiz olması gerekmektedir. Şu halde ön plandaki kişinin kusurunun olmadığı ve bizzat işlenebilen yahut da bir yükümlülük suçu işlediği hallerde arka plandaki kişinin, fiili bizzat icra etmemesi nedeniyle veya özel faillik niteliğini haiz olmaması dolayısıyla dolaylı fail olarak cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılması karşısında katı bağlılık kuralının kabul edilmesiyle şerik olarak da sorumlu tutulması mümkün olmayacak, bu da bizzat işlenebilen suçlarla yükümlülük suçlarında ortaya çıkan boşluğun iyice artmasına yol açacaktır<sup>421</sup>. Nihayetinde faillik için herhangi bir niteliğin aranması halinde kişi, söz

<sup>419</sup> v. Hippel, **AT**, s. 460, dpn. 5.

<sup>420</sup> Bu noktada *Köstlin*, yalnızca failin cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran, hukuki ihlalin mevcudiyetine bir etkisi olmayan, zamanaşımı, af, gibi nedenlerin varlığı halinde failin cezalandırılmayacağını ifade etmiştir (Köstlin, *Neue Revision*, s. 282 – Aktaranlar Poppe, **a.g.e.**, s. 115, 116; Schlutter, **a.g.e.**, s. 40). Benzer şekilde *Geib*'e göre de failin ölmesi, affedilmesi, firar gibi nedenlerden dolayı cezalandırıl(a)maması durumlarına rağmen yardım eden yine de cezalandırılmalıdır (Aktaran Schlutter, **a.g.e.**, s. 76, 78). Yine bu kapsamda *Köstlin*, kusur yeteneği bulunmayan, hataya düşürülen, cebir veya tehdit yahut da bağlayıcı emir suretiyle bir kimsenin suç işlemeye sevk edilmesi durumunda arka plandaki kişinin azmettiren olarak değil, maddi fail olarak sorumlu tutulacağı görüşünü (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 35) ileri sürerek tekrar daha evvel işaret ettiğimiz azmettirmedeki farklı görüşlerini ön plana çıkarmıştır.

<sup>421</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 3. Nitekim bizzat işlenen suçlarda ve özgü suçlarda bu niteliği haiz olmayan kişiler bakımından dolaylı failliği (Baumann, **AT**, 7. Auflage, § 37 I 2, s. 573) ve müşterek failliği (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 91) mümkün görmeyen *Baumann*, müşterek faillik ve dolaylı faillik için ortaya koyduğu sınırlandırmayı azmettirme için öngörmemiştir (Baumann, **AT**, 7. Auflage, § 37 I 3, s. 584, 585).

konusu fiili işlenmesini en içten şekilde kendi yararına istemiş ve buna göre katkı sağlamış olsa bile söz konusu faillik için gerekli olan niteliğe sahip olmadığı takdirde fail olarak kabul edilemeyecektir<sup>422</sup>. Bu noktada yükümlülük suçları açısından özel faillik niteliğini haiz olmayan bir kimseyi faillik iradesi ile hareket etmiş olsa bile dolaylı fail veya müşterek fail olarak telakki etmeyen öğreti kapsamında bu kişilerin ne yönde sorumluluklarının olacağına değinilmemiş, bu hususta bir boşluk bırakılmıştır. Elbette bu boşluktan hareketle bu kişilerin tamamen cezasız kalacakları sonucuna ulaşılabilir.

Yükümlülük suçlarıyla bağlantılı olarak “menfaat teorisi”nin esas alınması halinde suç tipi kapsamında belli bir amacın, saikin arandığı suç tipleri bakımından da önemli sorunlar hasıl olmaktadır. En başta bu tür suç tiplerinde bu unsurlar özel unsurlar olarak telakki edilmiş ve fiil hakimiyetine sahip olan kişilerin fail olarak kabul edilebilmeleri için bu özel unsura sahip olmaları gerekli görülmüşken bu teoride bu unsurlar, özel unsur olmaktan çıkartılmış, bizatihi bir şart haline getirilmiştir. Buna göre mevcut sistemde içerisinde fiil hakimiyetine sahip olmayıp bir başka kişiye yarar sağlama amacı ile hırsızlık suçuna yardımcı olan bir kimse bu amaç kendisinde bulunmasına rağmen sırf fiil hakimiyetine sahip olmadığı için yardım eden olarak sorumlu tutulacakken sübjektif teoriye göre bu kişi, sadece bu amaca sahip olduğu için fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Bu noktada esas sorun ise fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmiş olsa bile başkasının yararına hareket eden bu kişinin, kendi yararına hareket ettiği kişinin bu durumdan haberdar olmaması, yani fiili icra eden kişinin bizzat kendi inisiyatifiyle bu suçu işlemeye karar vermesi durumunda ortaya çıkmaktadır<sup>423</sup>. Zira bu tür durumlarda fiili icra eden kişi, fail olamazken ve fakat şerik olarak sorumlu tutulurken kendi yararına hareket eden bir kişi bulunmadığından dolayı failin varlığından söz edilemeyecek, bu defa da failsiz şeriklik gibi abes bir durum söz

---

Buna göre akrabalar arasında cinsel saldırı suçunu işlemeye azmettiren kişinin akrabalık niteliğini haiz olmasa bile bu suça azmettiren olarak cezalandırılacağı ve fakat cezasında belli bir oranda indirim yapılacağını ifade etmiştir. *Baumann*’a göre bu tür suçlarda özel faillik niteliği kendisine mevcut olmayan kişinin varlığı durumunda fiili hakimiyet iradesi düşünülemez olduğundan dolayı her daim azmettirmeden bahsedilecek ve fakat dolaylı faillik gündeme gelmeyecektir (Baumann, **AT**, 7. Auflage, § 37 II 1, s. 585).

<sup>422</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 47, Kn. 42.

<sup>423</sup> v. Hippel, **AT**, s. 461.

konusu olacaktır<sup>424</sup>. Bu durum bağıllık kuralına tamamen aykırılık teşkil edeceğinden ve bağımsız şerik suçları anlayışını ortaya koyacağından tek başına hareket eden bir kimsenin zaten yalnız olması nedeniyle fail olması ihtimali bulunan bir başka kişinin varlığı mevzu bahis olmadığı dikkate alınarak şerikliği de gündeme gelmeyecektir. Veleve ki birden fazla kişi olsun, bu durumda da kendisinde bu yönde bir amaç taşımayan ve fakat taşınır malı sırf denize atmak amacıyla bulunduğu yerden alan kişi, dışarda gözcü olarak bekleyen kişinin amacı bu maldan yarar sağlamak olsa bile yine de fail olamayacaktır. Tabi ki böyle bir durumda gözcü olarak bekleyen kişinin müşterek fail mi yoksa yardım eden mi olduğuna göre iki ihtimal gündeme gelecek, değerlendirmenin buna göre yapılması gerekecektir. Gözcü olarak bekleyen ve maldan yarar sağlama amacı taşıyan kişinin fiilin işlenişine yönelik katkısının yardımsal bir katkı olması halinde, yani yardım eden konumunda bulunması halinde, zaten bu yararı kendisine sağlama amacındaysa bu defa gözcü olmasına rağmen bu teoriye göre fail konumuna indirgenecektir. Ancak burada sorun, malı bulunduğu yerden alan kişinin hiç kimsenin yararına hareket etmiyor olması, malı denize atma, yani mala zarar verme suçunu işleme iradesini taşıyor olmasıdır. Yani esasında sübjektif teoriden hareketle mala zarar verme suçu üzerinden kendi adına hareket ediyor olduğu sonucu çıkarılabilir. O halde sübjektif teoriye göre gözcü olarak bekleyen kişi hırsızlık suçuna fail olarak sorumlu tutulabilecekken aynı anda malı bulunduğu yerden alan kişi de mala zarar verme suçundan fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Yani birlikte hareket eden iki kişinin aynı anda farklı iki suçtan münferit fail olarak sorumlu tutulmaları gündeme gelebilecektir.

Bu teori, kişilerin fiili işledikleri esnada da düşüncelerinin değişmesi ihtimali dikkate alındığında müşterek failliği de bir hayli düşük bir ihtimal haline dönüştürmektedir. Kaldı ki gözcü konumunda olan kişinin malı alacak olan kişiye sadece ev adresini vermesi ve maldan yarar sağlama amacıyla evinde oturarak arkadaşının malı getirmesini beklemesi durumunda, arkadaşının malı denize atması halinde arkadaşının işlemiş olduğu mala zarar verme suçu karşısında bu suçtan mı yoksa hırsızlık suçuna teşebbüsten mi sorumlu tutulacağı ayrı bir muamma olarak kalmaktadır. Keza hırsızlık suçuna fail olarak teşebbüs etmiş kabul edilecekse icra

---

<sup>424</sup> Jescheck/Weigend, AT, § 61 IV 3.

hareketlerinin ne zaman işlenmeye başlamış olduğu yahut da evin adresini vermesiyle icra hareketlerinin tamamlandığı kabul edilecekse bu defa mal eline geçmediği için tamamlanmış hırsızlık suçunun nasıl işlenmiş olacağı hususlarının her biri ayrı sorunlar olarak tezahür edecektir.

Bununla birlikte bu kapsamda bir diğer sorun, evin adresini veren kişinin, malı bulunduğu yerden alan kişinin yararına olarak ev adresini vermesi ve fakat malı alan kişinin hiç kimsenin yararını düşünmeden malı denize atmak için alması, yani mala zarar verme suçunu kendisi için işlemesi halinde –ki bu durumda suçu kendisi için işleyip işlemediği de ayrı bir sorun teşkil etmektedir- ortaya çıkacaktır. Zira ev adresini veren kişi, başkasının yararı için hareket ettiğinden hırsızlık suçuna yardım eden konumunda görülebilirken kendi yararına hareket edilen kişinin hırsızlık suçunu işlemek gibi bir kastı olmadığından dolayı aralarındaki bağlılık kopacaktır. Elbette tüm bu sorunlar fiili icra eden kişinin kendisinin de yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğine ilişkin sonuçtan kaynaklanmaktadır<sup>425</sup>. Nitekim bu değerlendirmenin bir benzeri, ilk bölümde üzerinde durulduğu üzere *Banyo Küveti* kararı bakımından da yapılabilir<sup>426</sup>.

### c. Şekli-Objektif Teori

Bu teori kapsamında da bağlılığa karşı çıkan herhangi bir görüş ileri sürülmediği görülmektedir. Hatta teori savunucularının sadece şeriklerin bağlı yapısına değil, aynı zamanda bağlılığın gereklerine de sıkı şekilde sadık kaldıkları göze çarpmaktadır. Şeriklerin bağlılığına ilişkin olarak teori kapsamında failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerektiğini ifade eden niceliksel bağlılık kuralına vurgu yapılmakta<sup>427</sup> ve akim kalmış azmettirme,

<sup>425</sup> Bu sorun, *Baumann* 'ın kendisi tarafından da kabul edilmektedir (Baumann, **AT**, 7. Auflage, § 36 I 3, s. 553; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 39). *Baumann*, subjektif teoriye yöneltilen eleştirileri dikkate alarak tek başına menfaat kriterinin vurgulanması, ön plana çıkarılması yoluyla bazı mahkeme kararlarında açığa çıkan aşırıya kaçışların görmezden gelinmesi halinde teorinin öğretilde genel olarak kabul edildiğine işaret etmiştir. Bu mahkeme kararlarından en önemlisi olan RGSt 74, 84 kararıdır ki *Baumann/Weber/Mitsch*, bu karara işaret ederek mahkemenin kişinin menfaatinin bulunup bulunmadığını sert bir şekilde vurguladığına işaret etmiştir (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 29 Kn. 41).

<sup>426</sup> Krey/Esser, **AT**, Kn. 818.

<sup>427</sup> v. Liszt, **Lb**, s. 214, 216; v. Hippel, **AT**, s. 454; Zimmerl, **ZStW** 1933, s. 584.



azmettirme olarak kabul edilmeyerek bağımsız bir suç tipi olarak nitelendirilmektedir<sup>428</sup>.

Buna rağmen ilk bölümde de değinildiği gibi teorinin “icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi”ni esas alması, müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumlarının izahını zorlaştırmaktadır. Bu çerçevede kanuni tanımda yer alan ifadelerin günlük karşılıklarına sıkı sıkıya bağlılık, beraberinde müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumlarının da tıpkı şeriklik kurumları gibi cezalandırılabilirliği genişletici, faillik dışında birer iştirak kurumu olarak görülmelerine yol açmakta, bu da bağlılık kuralının bu iştirak şekilleri bakımından da uygulanabilirliği iddiasının ileri sürülebilmesine olanak sağlamaktadır<sup>429</sup>. Öyle ki öğretiyi kabul eden yazarların özel olarak müşterek faillik bakımından bağlılık kuralının geçerli olup olmadığı tartışması içerisine girmeleri<sup>430</sup>, hatta bazı yazarların müşterek faillerin de bağlı addedilebilecekleri yönünde bir sonuca ulaşmaları<sup>431</sup> özellikle üzerinde durulması gereken hususlar olarak öne çıkmaktadır.

Tüm bunların yanında dolaylı failliğin faillige bağlı addedilerek azmettirme kurumu ile eşitlenmesi, adeta aynı kefeye konmasının bilhassa katı bağlılık kuralının benimsenmiş olması ve arka plandaki kişinin sorumluluğu için ön plandaki kişinin kusurlu olmasının gerekli görülmesi halinde akıl hastasını bir fiilin işlenmesinde araç olarak kullanan bir kimsenin cezasız kalması sonucu ortaya çıkabilecektir. Zira bu kişi, ön plandaki kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle ne azmettiren ne de dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>432</sup>. Dolayısıyla teorinin bağlılık kuralı açısından da bazı sorunlara neden olduğu görülmektedir.

#### **d. Fiil Hakimiyeti Teorisi**

İncelememiz kapsamında zaten genel olarak fiil hakimiyeti teorisi üzerinden irdeleme yapıldığından ve yer yer sorunlara değinildiğinden bu kapsamda detaylı açıklamalara yer verilmeyecek, kısaca bağlılık kuralına ilişkin temel bir husus üzerinde durulacaktır.

<sup>428</sup> M. E Mayer, **Lb.**, s. 396, dpn. 11; v. Liszt, **Lb.**, s. 218, dpn. 6.

<sup>429</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 25 Kn. 9.

<sup>430</sup> M. E Mayer, **Lb.**, s. 381, 382; v. Liszt, **Lb.**, s. 212.

<sup>431</sup> Philipp Allfeld, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, A. Deichersche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1934, s. 221, dpn. 21, 22.

<sup>432</sup> Richard Lange, **Der moderne Tatbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf**, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1935, s. 18.

Bu çerçevede bağıllık kuralı bakımından önemli sayılabilecek en temel husus, final/amaçsal faillik kavramı geliştirilerek final hareket ve kişisel haksızlık şeklinde inşa edilen sistem içerisinde<sup>433</sup> kastın kusur alanından çıkarılması, kusur alanına değil, haksızlık alanına dahil edilmesidir. Böylelikle ilk bölümde de üzerinde durulduğu üzere hareketin kusurla meydana gelmediği, her hareketin amaçsal ve duygusal unsurların ayrılmaz bütünlük içerisinde kusurlu veya kusursuz şekilde tezahür ettiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla kusur yeteneği olmayan akıl hastalarının ve keza çocukların da kasıtlı hareket edebilecekleri ve işledikleri fiil üzerinde fiil hakimiyetlerinin bulunduğu belirtilebilir hale gelmiştir<sup>434</sup>.

Nihayetinde ceza hukukunun en önemli prensiplerinden biri olan kusur ilkesinin bir gereği olan suç ortaklarının kusurlarının münferit olması tam anlamıyla sağlanabilir hale gelmiştir<sup>435</sup>. Bu bakımdan fiil hakimiyeti teorisinin benimsenmesinin sadece faillik-şeriklik ayrımı noktasında değil, şeriklerin bağıllığı hususunda da önem arz ettiği açıkça görülmektedir.

#### **4. Faillik ve Bağıllık Kuralı**

Fiil hakimiyeti fiilin işlenmesine ilişkin planın gerçekleştirilmesi üzerindeki fonksiyonundan kaynaklanan müşterek faillik, tipikliğin iş bölümü üzerinden gerçekleştirilmesidir. Nitekim kişinin fiile ilişkin planın gerçekleştirilmesi için önemli olan ve bu katkısı suretiyle bütün olaya hakimiyet kurmasını mümkün kılan görevi üstlenmiş olmasından bahsedilir. Fiili birlikte işleyen kişilerden her birinin fiile yönelik katkılarıyla olayın bütünü üzerinde hakimiyet kurmuş olmaları gerekmektedir<sup>436</sup>. Suç ortaklarından herhangi birinin iş bölümü gereği kendine düşen kısmı reddetmesi ve yerine getirmemesi halinde suç planının başarısız olması ihtimalinin gündeme gelmesi, diğer bir ifadeyle suç ortağının fiilin işlenişine yönelik katkısının vazgeçilmez nitelikte bir fonksiyona sahip olması halinde fonksiyonel hakimiyetten bahsedilebilecektir<sup>437</sup>.

Müşterek failler açısından bağıllık kuralının geçerli olup olmadığı yönündeki tartışma, Alman hukukunda bilhassa 1871 tarihli Prusya Ceza Kanunu döneminde

<sup>433</sup> Welzel, *ZStW*, **58 (1939)**, 491 (491-502).

<sup>434</sup> Welzel, *ZStW* **58 (1939)**, s. 545.

<sup>435</sup> Welzel, *ZStW* **58 (1939)**, s. 546.

<sup>436</sup> Roxin, *AT II*, § 25 Rn. 188.

<sup>437</sup> Roxin, *AT II*, § 25 Rn. 188.

tartışılmıştır. O dönem bir görüş, o dönemki kanuni düzenlemelerde müşterek failliğin şeriklik başlığı altında düzenlemesinin de etkisiyle olsa gerek<sup>438</sup> müşterek failer arasında da bağlılık kuralını kabul ederken<sup>439</sup> hakim görüş bu düşüncüyü reddetmiş, bağlılığın müşterek faillikte hiçbir şekilde geçerli olamayacağından hareket etmiştir. Bu açıdan bağlılık kuralının müşterek faillik bakımından uygulanmasına, müşterek faillik “şeriklik” başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen o dönemki çoğunluk görüşü tarafından müsaade edilmemiştir. Zira bağlılık, ancak hareketi tipik olmayan bir kimsenin, hareketi tipik olan bir başka kimsenin hareketine sağlamış olduğu katkı nedeniyle cezalandırılabilirliğini sağlamak ve temellendirmek amacıyla ortaya konulan, bu bakımdan cezalandırılabilirlik için belirli kriterler ortaya koyan bir müessese olarak görülmüş, buradan hareketle de zaten kendisi tipik olan bir hareketin bir başka kişi tarafından gerçekleştirilen bir harekete bağlı kılınmasının mümkün olmadığı telakki edilmiştir<sup>440</sup>.

<sup>438</sup> Nitekim *Bauer*’in incelemesinde müşterek failliğin azmettirme ve yardım etmenin yanında üçüncü bir şeriklik türü olarak kabul edildiğini belirtmiş olması da (*Bauer, a.g.e.*, s. 63) dikkat çekicidir.

<sup>439</sup> Nitekim *Allfeld*, pozitif hukukta müşterek failliğin de bir şeriklik şekli olarak ele alındığına işaret etmiş, böylelikle müşterek failerin hareketlerinin de belli bir bağlılık derecesinin kabulünün gerekli olacağını altını çizmiştir. *Allfeld*’e göre müşterek failerden birinin hareketi, fiilin bir kısmını teşkil edecek olsa bile her birinin katkısı, bir diğerinin katkısına tamamlayıcı bir unsur olarak görünüm arz edecektir (*Allfeld, AT*, s. 221, dñn. 21). Böylelikle *Allfeld*, birlikte 10 çift ayakkabı çalan iki failden A’nın 9 çift ayakkabı, B’nin ise 1 çift ayakkabı çalması karşısında her ikisinin de sadece kendi çaldıkları çift ayakkabıdan dolayı münferit fail olarak kabul edilmeyip ayakkabıların bütününden müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarının nedenini adeta bağlılık kuralında aramış, o dönem kanunda geçerli olan katı bağlılık kuralını müşterek failer üzerinde de uygulamış, buna göre en az iki suç ortağının işlenen suçtan tam anlamıyla cezalandırılabilir olacak şekilde sorumlu tutulmadığı bir durumda -bu anlamda en az iki suç ortağının hukuka aykırı hareket edip kusurunun bulunması gerekmektedir- müşterek faillikten söz edilemeyeceğine değinmiş, iki kişiden birinin kusur yeteneğine sahip olmaması durumunda kusur yeteneğine sahip olan diğer kişinin de müşterek fail olarak cezalandırılmayacağını belirtmiş, her ne kadar kendi hareketleri nedeniyle tek başına fail olabilecek olsa da kusur yeteneği bulunmayan bir başka kişiyi araç olarak kullanmış olacağından dolayı fail olarak sorumlu tutulacağına dikkat çekmiştir (*Allfeld, AT*, s. 221, dñn. 22). Bu tespitlerin sadece *Allfeld*’in incelemelerinde olmadığı, nitekim *Bauer*’de de benzer görüşlere rastlanabileceği özellikle ifade edilmelidir. Benzer şekilde *Bauer* de kanun koyucunun müşterek failliği bir faillik türü olarak ele almadığını, bu açıdan da müşterek failliğin kendisinin cezalandırılabilir olarak görülmediğini, zira bir müşterek failin ancak kendisiyle eş zamanlı olarak hareket eden bir başka müşterek faille birlikte failin tam cezası ile cezalandırılabilir hale geldiğini ifade etmiştir (*Bauer, a.g.e.*, s. 63). Bunlardan daha da önemlisi *Bauer*, bağlılığın müşterek faillik için de geçerli olduğunu, bu kapsamda katı bağlılık kuralının benimsendiği dikkate alındığında müşterek failerden birinin kusurunun bulunmaması halinde diğer müşterek failin de cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılabileceğini belirtmiştir (*Bauer, a.g.e.*, s. 64).

<sup>440</sup> M. E Mayer, *Lb.*, s. 382.

Alman hukukunda ortaya çıkan bu tartışmaların bir benzerinin ETCK döneminde Türk hukuku açısından da var olduğu söylenebilir. Zira bazı yazarlar tarafından “suç ortağı” ifadesi yerine “şerik” ifadesinin kullanılmış olması ve iştirak kurallarının uygulanabilmesinin tipe uygun bir harekete ve bu hareketin hukuka aykırı olması şartına tabi tutulması, gerek niteliksel gerekse niceliksel anlamda kişinin gerçek anlamda azmettiren ya da yardım eden olmasına gerek olmaksızın, bütün suç ortakları bakımından bağıllık kuralının kabul edildiği fikrini gündeme getirecektir. Öyle ki her ne kadar o dönem içinde *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu /Ünver*, açıkça bağıllık kuralının müşterek failer bakımından geçerli olamayacağını, her bir suç ortağının zaten fiilin işlenişi üzerinde hakimiyet sahibi olması nedeniyle sorumlu tutulabilmek için bir başka kişinin fiiline bağlı olmasına gerek bulunmadığını belirtmiş olsa da<sup>441</sup> *Dönmezer/Erman*’ın dolaylı faillik için de ön plandaki kişinin fiilinin tipik ve hukuka aykırı olmasını gerekli görmüş olduğu ve bu suretle failliğin bütün türleri açısından bağıllığı mümkün gördüğü dikkate alındığında, ETCK döneminde bu yönde görüşlerin mevcut olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>442</sup>. Elbette ETCK döneminde doktrinde bu tür bir görüşün varlığı kanunda bağıllık konusunda bir düzenlemenin yokluğuna dayandırılabilir.

Ancak bilhassa bağıllık kuralının müşterek failer açısından da geçerli olup olmayacağı yönündeki benzer tartışma, günümüzdeki “bağıllık kuralı”na ilişkin açık düzenleme karşısında da yapılabilir. Zira Alman hukukunda bağıllık kuralının gerekli kıldığı kurallar, doğrudan azmettirme ve yardım etmeye ilişkin şeriklik düzenlemelerinin bizatihi kendi kapsamında belirtilirken Türk hukukunda “Bağıllık Kuralı” başlıklı düzenleme kapsamında “*Suçta iştirak için...*” ifadesine yer verilmek suretiyle bağıllık kuralının gereklilikleri bir anlamda sanki bütün iştirak türleri için geçerliymiş gibi bir izlenim oluşmasına neden olmuştur. Gerçekten de kanundaki ifadeden suçun işlenişine müşterek fail, dolaylı fail, şerik yahut da herhangi bir şekilde müstakil fail olarak iştirak edilebilmesi için iştirak edilmek istenen fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil olması gerektiği yönünde bir anlam ortaya çıkabilecek niteliktedir. Bu düşünce, bilhassa iştirak için failin fiilinin taşınması açısından yeterli olan niteliklerin belirtildiği ifadenin devamındaki her suç ortağının sadece kendi

<sup>441</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 372.

<sup>442</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s. 452.

kusuruna göre sorumlu tutulacağını ortaya koyan cümledeki “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi...*” ifadesiyle de kuvvetlenmektedir. Yani bu açıklamalardan hareketle sanki bağıllık kuralının bütün iştirak türleri için de geçerli olduğu, buna göre kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin bulunması gerektiği, ancak suç ortaklarının her birinin kusurunun birbirinden münferit olduğu sonucuna ulaşılabilmesine imkan tanınmıştır. Öyle ki Alm.CK’da bağıllığın koşullarına doğrudan şeriklik düzenlemelerinde yer verilmesi nedeniyle şeriklerin bu şekilde fail konumundaki bir başka kişinin gerçekleştirdiği fiile niteliksel olarak bağılı tutulmasından failliğin bağımsızlığında karar kılındığı sonucuna ulaşıldığı da<sup>443</sup> göz önünde bulundurulduğunda aynı durumun TCK’da yer alan düzenlemelerden hareketle söylenmesinin o kadar da kolay görünmediği rahatlıkla anlaşılabilecektir.

Ancak yukarıda yer verilen bilgiler de dikkate alındığında teorik olarak bir failin bir başka faile yahut da şerike bağıllığından söz edilmesi mümkün değildir. Buna göre Türk kanun koyucunun Türk Ceza Kanunu’nun 40’inci maddesinin birinci fıkrası ile ortaya koymak istediği kural, “Bağıllık Kuralı” yönündeki madde başlığı da dikkate alındığında ilk cümlede geçen “*Suçta iştirak için...*” ifadesinden sadece şeriklerin anlaşılması gerektiği yönündedir. Bu çerçevede düzenlemenin “*Suçta şerik olarak iştirak için fail tarafından kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığı yeterlidir.*” şeklinde anlaşılması gerekir. Hükmün sadece şeriklere işaret eden ilk cümleden farklı olan devamındaki cümlesinde yer alan “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi...*” ifadesine yer verilerek özellikle “her kişi”ye vurgu yapılmış olması da bu düzenlemenin bilhassa faile bağılı kılınan şerikler için ihdas edilmiş olduğu anlaşılabilir. Yani ikinci cümlede yer alan “her kişi” ifadesi, ifadenin devamındaki kuralın, kusurun münferit olduğu kuralının, düzenleme kapsamında yer almayan diğer iştirak türleri bakımından da geçerli olmasını sağlamaya yöneliktir. Aksi bir durum, yani bağıllık kuralının müşterek faillik bakımından da geçerli olduğu yönünde bir kabul, bağıllık kuralının kendi yapısı ile çelişki içerisinde olmasına neden olacaktır<sup>444</sup>.

<sup>443</sup> Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 615.

<sup>444</sup> Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmını Alman diline tercüme eden *Tellenbach*’ın çevirisinde de ilk cümlede yer alan “*Suçta iştirak için...*” ifadesini “*Suçta şeriklik için...*” şeklinde tercüme ettiği özellikle göze çarpmaktadır (Silvia Tellenbach, **Das türkische**

O halde konunun başlangıcında değinmiş olduğumuz TCK md. 40/1 hükmünde müşterek failleri de kapsamına alacak şekilde her bir suç ortağının kusurunun münferit olduğuna dair düzenlemenin “Bağlılık Kuralı” başlığı altında ihdas edilmesi, bağlılık ilişkisinin müşterek faillik açısından da geçerli olması sonucunu hiçbir şekilde ortaya çıkarmayacaktır<sup>445</sup>. Zira müşterek faillik de en nihayetinde faillikten başka bir şey değildir. Buna göre her bir fail, sorumluluğunun kaynağını doğrudan kendi fiilinden almakta, başka bir kimsenin gerçekleştirdiği haksızlığa ihtiyaç duymamaktadır<sup>446</sup>. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında müşterek faillerde bağlılığın bulunmadığını açıkça belirtmektedir<sup>447</sup>. Bu açıdan niteliksel bağlılığın bir gereği olan tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığının iştirak kurallarının uygulanabilmesi için gerekli olduğu yönündeki ifade<sup>448</sup> doğru olmayacaktır. Zira bu şekilde bir ifade, bağlılığın tüm iştirak şekilleri açısından geçerli olduğu gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Ayrıca bu ifade, ön plandaki kişinin taksirli hareketinin söz

---

**Strafgesetzbuch Türk Ceza Kanunu**, Zweisprachige Ausgabe, Duncker&Humblot, Berlin 2008, 34).

<sup>445</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 546; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 572; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 211; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 642.

<sup>446</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 642.

<sup>447</sup> Yargıtay’ın örnek bir kararı şu şekildedir: “...sanık Erkan ile Zeynep’in tanıştıkları ... Zeynep’in Erkan’dan eşi maktul Ramazan’ı öldürmesini teklif ettiği, Erkan’ın kendisinin öldüremeyeceğini ama eniştesi olan sanık Bati’nin öldürebileceğini bildirdiği, ... sanık Bati tarafından kaydedilen konuşma içeriğine göre Zeynep ile maktul Ramazan’ın öldürülmesini planladıkları, gelmesi halinde onunla birlikte dolaşan Avusturya vatandaşı Weib’i da öldürmeye karar verdikleri ... Ramazan ile olay yerine onunla gelen Weib’in Bati tarafından öldürüldüğü olayda; ... Zeynep’in asli fail olan Bati’yi azmettirmekle kalmayıp kocası maktül Ramazan’ı olay yerine getirmeye ikna ettiği, sanık ile maktülü buluşturup kendisi de maktül eşinin otosuna binip olay yerine gelerek fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduğu eyleminin ... müşterek faillik durumuna uyduğu, müşterek faillik TCK’nın 40. maddesinde yazılı bağlılık kuralının uygulanamayacağı, ... şarta bağlı tasarlama olmayacağından tasarlayarak insan öldürme suçunun unsurlarının bulunmadığı, Weib’in suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak amacıyla öldürüldüğü; sanık Bati’nin Ramazan’ı kasten tasarlayarak öldürmesi eylemine ilişkin hükmün onanmasına; Weib’in öldürülmesi eylemi bakımından md. 82/1-Kn. yerine md. 82/1-a hükmünün uygulanmasının; sanık Zeynep bakımından md. 82/1-a-d yerine azmettirmeye ilişkin md. 38 yollamasıyla tecziye edilmesinin; Weib’in öldürülmesi bakımından md. 82/1-Kn. yerine md. 82/1-a uyarınca cezalandırılmasının ise bozmayı gerektirdiği sonucuna ulaşılmıştır. KN. 1. CD., 25.03.2015, 2014/6254, 2015/1818 – YKD, Mayıs 2015, s. 1016.

<sup>448</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s. 486. Ayrıca Demirbaş, “...faillerden şeriklerden birisi tipe uygun hareket yapmadıkça ikincil ve tamamlayıcı nitelikteki iştirak kurallarının uygulanması ve diğer şeriklerin cezalandırılabilmesi mümkün değildir.” ifadelerine yer vermek suretiyle şeriklerin de tipik hareket gerçekleştirebileceklerini, bir şerikin bir başka şerike de bağlı olabileceğini kabul etmiş görünmektedir (Demirbaş, **a.g.e.**, s. 486). Bununla birlikte Demirbaş’ın bağlılık kuralına ilişkin açıklamalarında tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin asıl fail tarafından icra edilmiş olması gerektiğine işaret ettiği görülmektedir (Demirbaş, **a.g.e.**, s. 503). Benzer ifadeler için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 523.

konusu olduğu durumlarda gündeme gelen dolaylı faillığın de görmezden gelinmesi sonucunu doğurabilecek bir nitelik arz etmektedir.

Müşterek faillik şeklinde bir kurumun öngörülmesi, fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmemesine rağmen fiilin işlenişi üzerine hakimiyeti bulunan kişinin yardım eden olarak değil de fail olarak cezalandırılması isteğinin bir yansımasıdır. Dolayısıyla müşterek faillik kurumu, bilakis bağıllık kuralının geçerli olmadığı ve bağıllık kuralını tamamen ortadan kaldıran, uygulanmaz hale getiren bir iştirak kurumudur. Nitekim en başta müşterek faillik başlıklı bir kurum olmasaydı fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmeksizin sadece yan hareketlerle, icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin işlediği fiile katkı sağlayan kişi, yardım eden olarak kabul edilecek ve bu suretle fail konumundaki kişiye bağılı kabul edilecekti. Ancak bu kişilerin “*ortak planla birlikte hareket etmeleri*”ni temel alarak formüle edilen müşterek faillik şeklindeki iştirak türü ile birlikte esasında fiilin icra hareketlerini gerçekleştiren kişiye göre fiilin işlenişine daha az katkıda bulunan, bu nedenle de katkısı yan hareketler olarak nitelendirilebilecek bir kişi, yardım eden olacakken faillik konumuna yükseltilmektedir. Bu nedenle de faile bağılı bir durumdayken sırf “*ortak planla hareket ederek birlikte hareket edip fiilin işlenişine hakim konuma geldiği için*” fiili icra eden kişiyle aralarındaki bağıllık ilişkisi ortadan kaldırılmış ve ikisi de aynı konumda kabul edilmiştir<sup>449</sup>. Nitekim söz gelimi fiili işleyecek olan bir kimseye fiili işlerken ya da işledikten sonra yardımda bulunacağını vaat eden bir kimse, fiilin işlenişine dahil olmayarak ve fiilin işlenmesini bekleyerek bir anlamda fiilin işlenişini bu kimseye havale ederek artık bu kişiye, daha doğrusu bu kişinin fiiline bağılı bir konuma oturmaktadır. Oysa ki bu kimse, vadin yanı sıra fiilin işlenişine de katılmış olsaydı artık bağıllığından söz edilemeyecek ve katkısının tamamlayıcılığından, bütünleyiciliğinden bahsedilecektir<sup>450</sup>. Böylelikle birbirine eş değer kademedede bulunan kişilerin bağıllığından söz edilemez. Ancak alt kademedede bulunan üst kademedede bulunana, tali olanın asli olana bağıllığından söz edilebilir. Buna göre şerik, fail varsa vardır, yoksa yoktur. Failin bulunmadığı bir fiilde şerikten

<sup>449</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 372.

<sup>450</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 383.

bahsedilemez. Kısacası failsiz şeriklik olmaz. Zaten bağlılık kuralı da tam olarak bunu ifade etmektedir<sup>451</sup>.

Bu hususlara rağmen fiilin işlenmesinde bütün suç ortaklarının müşterek fail olabilmesi için fiile yönelik olarak ortaya koydukları katkının diğer suç ortaklarının katkılarıyla tamamlanmasına dair bir gerekliliğin bulunması<sup>452</sup>, aksi takdirde kişinin gerçekleştirdiği katkının belki de kendisinin fail dahi olamaması gibi bir sonucu ortaya koyacak olması nedeniyle suç ortaklarından birinin katkısının bir diğerine bağlı olduğunu gösterdiği gibi bir iddianın ileri sürülmesi halinde bu defa bağlılığın önemli bir fonksiyonundan daha söz edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Buna göre bağlılık, asla çift taraflı değildir. Yani suç ortaklarının “birbirine” bağlılığından söz edilemez. Yalnızca bir tarafın diğer tarafa bağlı olmasından bahsedilebilir. Aynı doğrultuda hareket eden faillerin ancak ve ancak birlikteliğinden ve birbirlerinin katkılarını tamamlayıcılıklarından söz edilebilir<sup>453</sup>. Bu minvalde failin fiilin haksızlığına bağlı olan şerike, failin fiili açısından söz konusu olan nitelikli halin sirayetinden bahsedilebilecekken bu nitelikli halin bir başka faile sirayeti söz konusu olmayacaktır<sup>454</sup>.

Bu açık tespite karşılık Alm.CK’da bağlılık kuralının gerek niteliksel gerekse niceliksel koşulları doğrudan şeriklik düzenlemelerinde öngörülmüş, yalnızca suç ortaklarının kusurlarının birbirinden münferit olduğunu öngören düzenleme ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Böylelikle hem suç ortaklarının kusurlarının münferit olması müşterek failer için de sağlanmış, hem de bağlılık kuralının müşterek failer için de geçerli olup olmadığı yönünde bir sorunun sorulmasının önüne geçilmiştir. Yani Alman kanun koyucunun bu tartışmaları tamamen sonlandırma amacında olduğu görülebilir. Bu açıdan yukarıda belirtildiği üzere her ne kadar sırf TCK’daki mevcut düzenlemeden hareketle bağlılığın müşterek faillik açısından da geçerli olduğu belirtilemeyecek olsa da açıkça şu şekilde bir tespit yapılabilir: “*Suç ortaklarının kusurları ve cezalandırılabilirliği gerektiren diğer unsurlar bakımından*

<sup>451</sup> Kluszczewski, **FS-Puppe**, s. 615.

<sup>452</sup> Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 373, 374.

<sup>453</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 372.

<sup>454</sup> Bununla birlikte *Hakeri*’nin müşterek faillik yan faillik arasındaki farka değinirken yan faillikte nitelikli hallerin sirayetinin gündeme gelmeyeceği yönündeki ifadesi, sanki müşterek faillikte failden faile nitelikli hallerin sirayetinin varlığını kabul ettiği izlenimi uyandırmaktadır (Hakeri, **a.g.e.**, s. 552).



*birbirlerinden münferit olduklarına dair hükmün “Bağlılık Kuralı” başlıklı düzenlemeden ayrı bir başlık altında düzenlemiş olmasının daha isabetli bir karar olurdu.”* Yine de defaten belirttiğimiz üzere mevcut düzenlemenin de herhangi bir şekilde sıkıntıya neden olabilecek bir niteliği haiz olmadığına altı çizilmelidir.

Tüm bu ifadelerden sonra dolaylı faillikte bir bağlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığına değinmeye gerek dahi bulunmamaktadır. Zira birbirlerinin fiillerini tamamlayan müşterek fail konumundaki failer arasında dahi bağlılık ilişkisinin bulunmadığının kabulü karşısında arka plandaki kişinin ön plandaki kimseyi fiilin işlenmesinde araç olarak kullandığı dolaylı faillikte bağlılık ilişkisinin bulunmadığı evleviyetle ifade edilebilecektir. Kaldı ki çoğu zaman araç konumunda bulunan ön plandaki kimsenin cezasız kaldığı ve fiil hakimiyetine arka plandaki kişinin sahip olduğu dolaylı faillikte, arka plandaki kişinin ön plandaki kişiye bağlılığından hiçbir şekilde söz edilemez.

Bununla birlikte dolaylı faillik durumunda ön plandaki kişinin henüz icra hareketlerine başlamaması durumunda arka plandaki kişinin de cezalandırılmayacağı kabul edilse bile bu bağlılıktan kaynaklanan bir durum değil, bizatihi dolaylı failin kendi failliğinden kaynaklı bir durumdur. Bu bakımdan doktrinde bazı yazarlar tarafından buradaki cezasızlığın bağlılığa dayandırılması<sup>455</sup> çok da yerinde değildir.

Nihayetinde ön plandaki kişiyle arka plandaki kişilerin gerek buldukları konum gerek fiilin işlenişi üzerinde katkılarının sahip olduğu ağırlık dikkate alındığında aralarında herhangi bir bağlılıktan bahsedilmesi sadece hukuk kuralları açısından değil, mantık kurallarının bir gereği olarak da mevzu bahis olamaz. Bu bakımdan bu konu, müşterek faillikte olduğu gibi değerlendirmeyi dahi gerektiren bir husus olarak görülemeyecektir.

### **B. Bağlılığın Çifte Gereklere**

Şerikliğin faillğe olan bağlılığının haliyle gerekli kıldığı bazı kurallar bütünü şekillenmiştir. Bu kurallar bütünü, kendilerini kapsamında bulduran bağlılık kuralının farklı türde gereklere yerine getirir. Nihayetinde bağlılığın bir gereği olarak bu kuralların her biri de failin fiiline ilişkin olup bu kapsamda failin fiilinin

---

<sup>455</sup> Hakeri, **a.g.e.**, s. 555.

niteliğine ilişkin olan kurallar niteliksel bağlılık, niceliğine, yani suç yolunda ilerlemiş olduğu aşamaya ilişkin kurallar da niceliksel bağlılık şeklinde bir görev icra eder. Bu çerçevede bağlılığın niteliksel ve niceliksel olmak üzere iki türlü gereği bulunmaktadır ki buna “*bağlılığın çifte gerekleri*” adı verilebilir.

### 1. Niteliksel Bağlılık ve Kapsamındaki Farklı Dereceler

Niteliksel bağlılık, şerikin sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin nitelik itibariyle hangi özelliklere sahip olması gerektiğini ortaya koyar<sup>456</sup>. Yani bağlılığın bu gerekliliği, şerik sorumluluğu, daha doğrusu şerikin mevcudiyeti için failin fiilinde bulunması gereken nitelikleri belirler. Buna göre TCK md. 40/1 hükmünde olduğu gibi failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olmasının yeterli olduğu kabul edilmiş olabilir. Yahut da Alm.CK'nın 1943 yılında yapılan kanun değişikliğinden evvel olduğu gibi şerik sorumluluğu, failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olmasının yanı sıra failin de kusurlu olmasına bağlı tutulmuş olabilir<sup>457</sup>. İşte bu tür belirlemeler, tamamen niteliksel bağlılığın bir gereğidir.

Niteliksel bağlılık kapsamında şerikin sorumlu tutulabilmesi için failin fiili bakımından hangi koşulların gerekli olduğu, daha doğrusu hangi nitelikleri haiz olması gerektiği tamamen kanun koyucunun iradesinde olan bir husustur. Yani şerik sorumluluğu için failin fiilinin hangi nitelikleri haiz olması gerektiğine ilişkin olarak yapılacak belirlemeler, hiçbir şekilde şerikliğin bağlılığının kendi yapısının zorunlu kıldığı bir durum değildir<sup>458</sup>. Daha açık bir ifadeyle şeriklerin bağlı yapısı, söz gelimi şerikliğin varlığını zorunlu olarak failin fiilinin sadece kasıtlı bir fiil olmasına yahut

<sup>456</sup> Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 614; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458.

<sup>457</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1; Baumann, **JuS 1963**, s. 129; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 5.

<sup>458</sup> Mezger, **Strafrecht**, s. 447; Heukamp, **a.g.e.**, s. 3; Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1; Herzberg, **GA 1991**, s. 148; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 1; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 135. Niteliksel bağlılık kapsamında failin fiilinin hangi niteliklere sahip olacağı hususu tamamen kanun koyucunun bir tercihi, bu anlamda da ürünü olarak görülebilecek olsa da bu, bağlılığın kendisinin de kanun koyucunun bir ürünü olduğu anlamına gelmemelidir. Nitekim daha evvel de üzerinde durulduğu üzere şeriklerin bağlılığı, bizatihi şerikliğin kendi yapısından kaynaklanmaktadır. Öyle ki ne yardım etme, ne de azmettirme hareketinden kendisine katkı sunulacak esas fiil bulunmadıkça bahsedilemez ki bu da yardımcı katkılarının ve azmettirme türündeki katkıların ortaya konulabilmesi için fail tarafından gerçekleştirilmiş olan bir esas fiilin şart olarak tezahür etmesi anlamına gelmektedir (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1). Benzer görüşler, *Beling* ve *Binding* tarafından da ileri sürülmüş, kanun koyucu öngörmüş olmasa bile azmettirme ve yardım etmenin failin fiiliyle zorunlu bir ilişki içerisinde olması hasebiyle bağlılığın mantığın bir gereği olduğu ifade edilmiştir (Beling, *Teilnahme*, s. 66; Binding, *Methodik*, s. 97 - Aktaran Conrad, **a.g.e.**, s. 31).

da kasıtlı olmasının yan sıra hukuka aykırı da olmasına bağlı tutmaz. Bu tür belirmeler, tamamen kanun koyucunun serbest bir şekilde kendi belirleyeceği hususlardır<sup>459</sup>. Ancak elbette kanun koyucunun hangi tür bağlılık derecesini benimseyeceği, uygulama da dikkate alınarak hukuk sisteminde öğreti tarafından yapılan tartışmalar neticesinde belirlenecektir. Nitekim hem kanun koyucu tarafından hem de bu düzenlemelerin de etkisiyle Alman doktrininde bir dönem hakim görüş tarafından katı bağlılık kuralı benimsenmişken<sup>460</sup> 20. yüzyılın başlarından itibaren fiile, faile, kusura dair teorik tartışmalar neticesinde<sup>461</sup> 29.05.1943 tarihli Ceza Kanununun Uygulanması Hakkındaki Kanunla birlikte bir değişikliğe gidilmiş ve “*Bir başkasının kusuru bakımından diğerinin kusuru dikkate alınmaksızın cezalandırılır.*” şeklindeki düzenlemeyle birlikte (Alm. CK § 50) failin kusurlu olması gerektiği açıkça bir şart olmaktan çıkartılmış<sup>462</sup>, böylelikle sınırlı bağlılık kuralı kabul edilmiştir.

Ancak Alman kanun koyucu tarafından yapılan bu değişiklik aceleye getirilmiş<sup>463</sup>, bu çerçevede kanuni düzenleme kapsamında kullanılan “*ceza ile tehdit edilen davranış*” şeklindeki ifade nedeniyle failin taksirli fiilinin söz konusu olduğu durumlarda şerikliğin mümkün olup olmadığı şeklinde yeni bir sorun ortaya çıkmıştır. Öyle ki bu ifade, taksirli harekete de şerikliğin mümkün olduğu izlenimi uyandırmış ve adeta yeni tartışmaların işaret fişğini ateşlemiştir<sup>464</sup>. Bunun üzerine 1962 tasarısında söz konusu ifadenin “*kasten işlenen hukuka aykırı fiil*” şeklinde formüle edilmesi üzerinde bir uzlaşma sağlanmıştır. Nihayetinde bu uzlaşma, Alman

<sup>459</sup> Conrad, **a.g.e.**, s. 29, 30; Herzberg, **GA 1991**, s. 148; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 3, 5; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 135; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 180.

<sup>460</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1; Baumann, **JuS 1963**, s. 129; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 1; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 5. Gerçi *Renzikowski*, o dönemki düzenlemelerin ifadelerinden tam olarak katı bağlılık kuralının çıkarılmadığını, nitekim “*cezalandırılabilir davranış*” ibaresinin muğlak olduğunu, şüphesiz bu muğlaklığın katı bağlılık kuralı sonucunu da ortaya çıkarmadığını belirtmektedir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 7). Gerçekten de o dönem için bu ifadenin katı bağlılığa değil, aşırı bağlılığa işaret ettiğine dair görüşler dikkat çekmektedir (Conrad, **a.g.e.**, s. 32).

<sup>461</sup> Bu değişiklik, bir anda yapılmamış, öğretilerde uzun süren tartışmalar neticesinde ‘kısmen’ bir sonuca ulaşılmıştır. Hatta Alman doktrininde bu tartışmalar o denli uzun sürmüştür ki *Conrad*, bağlılığın hangi kapsamda olması gerektiği sorusuna ilişkin hakim görüş tarafından yapılan tartışmaları sonu olmayan, umutsuz tartışmalar olarak nitelendirmiştir (Conrad, **a.g.e.**, s. 32).

<sup>462</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 5; Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1; Baumann, **JuS 1963**, s. 129.

<sup>463</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 1.

<sup>464</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 11; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 1; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 7.

hukukunda 1975 yılında yapılan reform ile beraber kanuna yansımış<sup>465</sup>, böylece şerikliğin koşulları daha da netleştirilmiştir. İşte tüm bu gelişmeler niteliksel bağlılığın öngördüğü kuralların gerçekten de kanun koyucunun bir iradesinin ürünü olduğunu açıkça göstermektedir. Yani kanun koyucu, her ne kadar bir karşı çıkış sergilenmiş olsa da<sup>466</sup> şerikin sorumluluğu için failin fiili bakımından daha az koşul öngörebilecekken daha fazla koşul da öngörebilecektir.

Bu duruma ilk defa değinen *M. E. Mayer*, bir anlamda şerikliğin faillğe olan bağlılığını derecesel olarak farklılaştırmıştır<sup>467</sup>. İşte derecesel olarak farklılık arz eden bağlılığa ilişkin bu belirlemeler, “bağlılık kuralının dereceleri” olarak ifade edilebilir<sup>468</sup>. Buna göre bu dereceler, failin fiilinin objektif tipikliği gerçekleştirecek şekilde hareket etmiş olmasının yeterli kabul edildiği minimal bağlılık, failin fiilinin objektif tipikliğinin yanı sıra hukuka aykırı olmasının da arandığı sınırlı bağlılık, failin bunlara ek olarak kusurlu (ve kasıtlı) olarak hareket ettiği durumlarda katı bağlılık ve nihayet cezayı etkileyen özel kişisel unsurların da bir şart olarak arandığı aşırı bağlılık şeklindedir<sup>469</sup>. Ancak bağlılığın bu farklı dereceleri arasında ceza

<sup>465</sup> Paul Bockelmann, “Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten”, *FS-Gallas*, 1973, s. 261; Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 VII 2; *Jescheck/Weigend*’e göre şeriklik, haksızlık içeriğini tam olarak kendisinden almaz, bilakis haksızlık içeriği başkasının fiiline dayanılarak vücut bulur. Dolayısıyla da bağlılığın sınırlandırılması, failin tipe uygun ve hukuka aykırı olması şeklindeki gereklilikten vazgeçilmesi yönünde bir kararın verilmesine izin vermez. Buna karşılık failin fiilinin haksızlık içeriğini azaltan veya artıran haksızlığa ilişkin her unsurun incelenmeksizin bütün suç ortaklarına genişletilerek uygulanmasını öngören bağlılığın katı şekilde uygulanması haksız sonuçlara neden olabilir. Zira cezalandırılabilirlikte bir takım değişikliklere yol açan unsurların büyük oranda sadece suça iştirak eden ilgili kişinin kendisine yüklenebilecek veya kendisinin beraat etmesini sağlayabilecek ölçüde kendi kişiliğine bağlı olacaktır (Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 VII 4).

<sup>466</sup> Bağlılık kuralı seçimi bakımından da tam anlamıyla kanun koyucunun isteği doğrultusunda olmadığını ifade eden *Welzel*, şerikliğin salt finalist fiili hakimiyete değil, aynı zamanda failin kusuruna da bağlı kılındığı katı bağlılık kuralının zorunlu olarak teorik boşluklara yol açtığını, kıyasın da sadece teorik hatalara yol açacağını, zira kıyasın ilk baştan bu boşlukları doldurmadığı, bilakis açık kalan boşlukları daha sonradan ilaveten tamamlamaya çalıştığını belirtmiş, böylelikle kusursuz fiile yardım etmenin kıyasen kusurlu fiile yardım etme olarak cezalandırılması benimsenerek esasında teorik anlamda kabul edilmeyen, reddedilen bir hususun kabul edilmesi gibi bir sonuca ulaşıldığına dikkat çekmiştir (Welzel, *ZStW* 58 (1939), s. 546).

<sup>467</sup> M. E. Mayer, *Lb.*, s. 391; Heukamp, *a.g.e.*, s. 5; Bockelmann, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, s. 1; Kleszczewski, *FS-Puppe*, s. 614.

<sup>468</sup> Bağlılık kuralının farklı dereceleri olan bu belirlemeler Türk doktrininde “bağlılık kuralının görünüm biçimleri” şeklinde ifade edilmiştir (Koca/Üzülmez, *a.g.e.*, s. 458).

<sup>469</sup> M. E. Mayer, *Lb.*, *AT*, s. 391; Heukamp, *a.g.e.*, s. 5; Bockelmann, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, s. 1; Kleszczewski, *FS-Puppe*, s. 614. Doktrinde bu bağlılık derecelerini farklı şekillerde kategorize eden görüşlere de rastlanmaktadır. Nitekim *Käpernick*, eski kaynaklara yapılan ayrımlara da atıf yaparak bağlılık bakımından genel bağlılık-özel bağlılık ayrımı yapmış, şerikliğin cezalandırılabilir olması için kanunen düzenlenmiş

hukuku dogmatik gelişmeler içerisinde temelde en bilinen türler katı ve sınırlı bağlılık türleri olup diğer bağlılık dereceleri, uygulamada örneğine pek rastlanan bağlılık dereceleri olarak görülemez<sup>470</sup>. Elbette bunun nedeni, daha evvel de üzerinde durulduğu üzere diğer bağlılık türlerinin herhangi bir şekilde kanuni düzenlemelerde uygulanma imkanı elde etmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu husus, bağlılık türlerinin detaylı olarak incelenmesiyle daha kapsamlı bir şekilde ortaya konulabilir.

#### a. Asgari Bağlılık Kuralı

Şeriklik, en başta failin fiilinin tipik olmasına bağlı tutulmuştur. Yani şeriklerin failin fiiline yönelik olarak yaptıkları katkı nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için failin fiilinin mutlaka tipik olması gerekir. Failin fiilinin muhakkak ceza kanununda tanımlanmış bir suç tipine uygun olması gerekmektedir. Bu koşul, bağlılığın bütün dereceleri bakımından geçerlidir. Yani gerek asgari bağlılık, gerek sınırlı bağlılık gerekse katı bağlılık kuralı bakımından da failin fiilinin tipik olması gerekmektedir.

Ancak asgari bağlılığı diğer bağlılık derecelerinden ayıran husus, şerikin sorumluluğu için sadece failin fiilinin tipik olması koşulunu gerekli görmesidir<sup>471</sup>. Yani failin fiilinin kanunda bir suç tipi kapsamında tanımlanmış olması, şeriklik ve şerik sorumluluğu için yeterli görülüp bunların dışında ayrıca failin fiilinin hukuka aykırı olmasına gerek duyulmaması halinde şerikliğin faillğe “asgari (minimal)

---

cezalandırılabilir bir suç tipinin somut olarak gerçekleşmesinin şart görülmesi halinde “genel bağlılık”tan söz edileceğine değinmiş, buna karşılık failin şahsında bulunan bazı özel niteliklerin de aranması halinde bu defa “özel bağlılık”tan bahsedileceğinin altını çizmiştir (Käpernick, **a.g.e.**, s. 14, 16). Temelde bu şekilde bir ayırım yapan Käpernick’in incelemesindeki diğer açıklamalar da dikkate alındığında genel bağlılıkla özel bağlılığın aslında skalanın iki ucunda yer alan iki bağlılık derecesi olduğu anlaşılmaktadır. Zira Käpernick, bu şekilde bir ayırımı öngördüğü incelemesinin detaylarında “sınırlı bağlılık ve katı bağlılık” kurallarına da değinmiş, böylelikle genel bağlılıkla ifade etmek istediğinin “asgari bağlılık kuralı” olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun için bkz. Käpernick, **a.g.e.**, s. 15.

<sup>470</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 5; Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 1; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 181. Bu tespit, sadece Alman hukuku açısından değil, Türk hukuku açısından da geçerli olabilecek niteliği haizdir. Zira Türk hukuk literatürü de irdelendiğinde şerik sorumluluğu bakımından yalnızca failin kusurlu olmasının gerekli olup olmadığı üzerinde durulmakta, böylelikle de tartışma sadece sınırlı ve katı bağlılık türleri arasında yürütülmekte, ne minimal ne de aşırı bağlılık türlerine girilmektedir. Bu noktada örnek için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 358. Muhtemeldir ki bu nedenden kaynaklı olarak *Ekici Şahin*, bağlılık kuralının katı ve sınırlı olmak üzere ikiye ayrıldığını belirtmiştir. Hatta *Ekici Şahin*, öğretide bağlılığı dörde ayırarak inceleyen yazarların bulunduğunu ifade etmiştir (Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 648, dnp. 45).

<sup>471</sup> M. E. Mayer, **Lb.**, s. 391; Wegner, **AT**, s. 239; Käpernick, **a.g.e.**, s. 14; Heukamp, **a.g.e.**, s. 5; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 180; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 675; Özkan, **a.g.e.**, s. 61.

bağlılığı”ndan söz edilecektir. Bu bağlılık derecesi ile birlikte fail tarafından işlenen fiil ve keza fail üzerinde çok fazla durulmamakta, şerikin sorumluluk tespiti bakımından failin fiilinin etkisi mümkün mertebe minimize edilmektedir<sup>472</sup>.

Günümüze kadar hiçbir şekilde uygulanması söz konusu olmayan ve de pek mümkün görünmeyen bu bağlılık türünün<sup>473</sup> esas alınması ile birlikte şerikliğin faillik karşısındaki bağlılığının derecesi önemli ölçüde gevşetilmiş olacak, şerik için failin fiili bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı önemsiz kalacak, az da olsa kendi hukuka aykırılığının içerdiği haksızlık oranı da

<sup>472</sup> Käpernick, **a.g.e.**, s. 15; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Rn. 26. Asgari bağlılık kapsamında failin tipik fiilinden kast edilenin sadece maddi unsur mu olduğu, yoksa buna manevi unsurun da dahil mi olduğu sorusu gündeme gelebilir. Esas itibarıyla “*failin tipik fiili*” ifadesinin hem maddi unsuru, hem de manevi unsurunu kapsamında bulundurduğunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bilhassa günümüzde yürürlükte olan bağlılığa ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında failin tipik fiilinden manevi unsurun da anlaşılacağı açıktır (Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Rn. 27). Buna rağmen doktrinde bir kısım görüş tarafından manevi unsurun bu ifade kapsamında yer almadığı, sadece failin fiilinin ve varsa neticesinin kast edildiği, şeriklik hareketinin neticeye faille birlikte neden olarak ortaya çıktığı, buradan faillikle şeriklik hareketi arasındaki ilişki salt netice ortaklığı olarak kaldığı, dolayısıyla da bu bağlılık türünün, şeriklik hareketi ile failin fiili arasındaki bağlılık ilişkisini salt netice birlikteliğini esas olarak geliştirilmesi ihtiyacına binaen tezahür ettiğinelirtmiştir (Käpernick, **a.g.e.**, s. 14, 15). Bu şekilde bir kabulün, yani kast ve taksirin failin tipik fiili kapsamında telakki edilmemesinin, bir an için kast ve taksirin o dönem için bir haksızlık türü olarak görülmemesi, kusur şekli olarak addedilmesi nedeniyle ortaya çıkmış olabileceği düşünülebilecek olsa da benzer görüşün son dönem yazarlarından olan *Kleszczewski* tarafından da ileri sürülmüş olması bu fikri bertaraf etmektedir. Nitekim *Kleszczewski*’ye göre asgari bağlılık, azmettirme ve yardım etmeyi yalnızca failin objektif olarak tipe uygun fiiline bağlı olmasından başka bir anlam da ifade etmeyecektir (Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 622). Zaten *Kleszczewski*, bu düşüncesini ileri sürerken Alman ceza kanunu için hazırlanan 1966 yılına ait alternatif tasarıda önerilen ve failin kasıtlı olmayan fiiline şerikliğin de cezalandırılabilir olarak kabul edilmiş olduğu düzenlemeyi örnek göstermiştir (Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 622). Tüm bu açıklamalara rağmen daha evvel de dikkat çekilen bağlılığın derecesi tamamen kanun koyucunun iradesinde olan bir husus olduğu ifadesi göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun kendi isteğine göre failin fiilinin sadece maddi unsurunun gerçekleşmesini gerekli görebilecekken bunun yanında manevi unsuru da gerekli görmesi de mümkündür.

<sup>473</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 448. Nitekim yalnızca tipikliğin gerçekleşmiş olması, ne suçun işlendiğini gösterir ne de iştirak kurallarının uygulanmasını gerekli kılar (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 450). Bir önceki dipnotta da işaret edildiği üzere bu bağlılık türü, sadece Alman Ceza Kanunu için hazırlanan 1966 yılına ait alternatif tasarıda önerilmiştir. Bu tasarıdaki düzenlemeye göre de failin kasıtlı olmayan fiiline şerikliğin de cezalandırılabilir olarak kabul edilmesi öngörülmüştür (Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 622). Bununla birlikte *Maurach*, Alman Ceza Kanunu’nda failin fiilinin “*cezalandırılabilir bir hareket*” olması gerektiği belirtilmesine rağmen hukuka aykırı olmasına yer verilmediği, bunun da cezalandırılabilir hareketin suç tipinde tanımlanmış olması şeklinde anlaşılması halinde failin fiilinin hukuka aykırı olması gerektiğine dair bir gerekliliğe yer verilmiş olmadığı, böylelikle de sınırlı bağlılık kuralının değil, minimal bağlılık kuralının benimsenmiş olacağı sorucuna ulaşılabileceğini iddia etmiş (Maurach, **Schuld und Verantwortung im Strafrecht**, s. 64), muhtemeldir ki bu tezi ortaya atan ender müelliflerden biri olarak görünmüştür.

cezalandırılabilirlik bakımından kâfi addedilebilecek, bu anlamda bağıllık kısmi hale dönüşecektir<sup>474</sup>.

**Bu açıklamalara karşılık failin fiilinin tipik olması, bağıllığın tüm dereceleri bakımından gerekli görüldüğünden bu kapsamda yapılacak açıklamalar, bağıllığın bütün dereceleri için geçerli olacak şekilde ele alınmalıdır.** Bu çerçevede failin fiilinin tipik olmaması durumunda bu bağıllık derecelerinin hiçbirinde şerikin cezalandırılabilirliğinden söz edilemeyecektir. O halde A'nın B'yi öldürmesi için ikna ettiği C'nin, B'ye doğru ateş etmesine rağmen kurşunlardan hiçbirinin B'ye isabet etmediği olayda ölüm neticesi meydana gelmemiş olduğundan C'nin hareketi tamamlanmış kasten öldürme suçu bakımından tipik olmayacaktır. Bu anlamda da C'yi kasten öldürme suçunun tamamlanmış haline sevk eden A'nın bu suçtan dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Burada A'nın ancak kasten öldürme suçuna teşebbüse azmettiren olmasından bahsedilebilecektir<sup>475</sup>. Buradan hareketle suçun tanımlanan haksızlığı teşebbüs aşamasında da olabilir<sup>476</sup>. Normalde A, tamamlanmış kasten öldürme suçuna azmettirmiş ve fakat ölüm neticesi gerçekleşmediğinden dolayı bu azmettirme hareketi akim kalmıştır. Buna rağmen failin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlemiş olması nedeniyle gerçekleşen kısım, zaten azmettirenin istediği fiilin kapsamında yer aldığından dolayı A'nın kasten öldürmeye teşebbüse tamamlanmış azmettirmeden sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Failin işlediği fiil bakımından hem tamamlanmış kasten öldürme suçuna akim kalmış azmettirmeden hem de kasten öldürmeye teşebbüse tamamlanmış azmettirmeden bahsedildiği bir durumda içtima kuralları gereğince bir sorumluluğun "tamamlanmış hali, teşebbüs aşamasında kalmış haline göre asli" olacak ve buradan hareketle de A'nın tamamlanmış kasten öldürme suçuna akim kalmış azmettirmedense kasten öldürme

<sup>474</sup> Elbette bu kapsamda failin fiilinin hukuka aykırılığına dahi gerek duymaksızın sırf failin tipik hareketinden yola çıkılarak cezalandırılan bir şerikliğin kabul edilmesiyle birlikte şerikliğin cezalandırılabilirliğinin bizatihi kendi hukuka aykırılığından kaynaklandığı sonucuna ulaşılabilecektir ki bu da şerikliğin faillik karşısında bağıllığın sadece niceliksel anlamda icra hareketlerini gerçekleştirmesine başlamasıyla sınırlı tutulması anlamına gelebilecektir. Bu bakımda asgari bağıllıkta şeriklerin faile olan bağıllıklarının ne derece söz konusu olduğu kanaatimize göre her daim tartışmalı olacaktır.

<sup>475</sup> Krey/Esser, AT, Rn. 997.

<sup>476</sup> Heine/Weißer, a.g.e., §§ 25 Rn. 26; Stratenwerth/Kuhlen, AT, 12/222; Hoyer, a.g.e., vor § 26 Rn. 30; Rengier, AT, 45/74.

suçuna teşebbüse tamamlanmış azmettirmeden sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Aynı şekilde failin fiilinin tipik olmayacağı bir diğer durum da kendi yaşamına son vermesi veya kendi bedenine zarar vermesi yahut da kendine ait bir malvarlığı değerine zarar vermesi halinde ortaya çıkar. İşte bu tür durumlara yönelik olarak ön plandaki kişiyi azmettiren yahut da bu tür hareketlere yardımcı katkıda bulunan arka plandaki kişinin de şerik olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira daha evvel de işaret edildiği üzere ön plandaki kişinin gerçekleştirdiği bu hareketler, kendisine karşı korunmakta olan hukuki değerleri ihlal etmiş olmayacağından dolayı ilgili suç tipleri bakımından tipik olmayacak, bu anlamda arka plandaki kişi de şerik olarak cezalandırılmayacaktır. Elbette ön plandaki kişinin bu hareketlerden herhangi birini gerçekleştirirken kusurunun bulunmaması yahut da hataya düşürülmesi nedeniyle kastının bulunmaması ve bu durumların arka plandaki kişi tarafından bilinmesi halinde arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak bu ihtimallerin söz konusu olmaması, daha doğrusu ön plandaki kişinin bu fiilleri işlemesi bakımından arka plandaki kişinin fiil hakimiyetine sahip olmasını gerektiren bir durumun bulunmaması halinde bu defa arka plandaki kişinin ne şerik ne de fail olmasından söz edilebilecektir<sup>477</sup>.

Bu durumda arka plandaki kişinin cezasız kalma tehlikesi, bilhassa intihar vakaları bakımından dikkate alınmış, bu sonuçtan sakınmak adına *Binding* ve *Kohler* gibi yazarlar, dolaylı faillikten yola çıkmış, sadece intihar eden kişinin araç konumunda kabul edilmesi suretiyle bu kişiye yönelik yönlendirici yahut da yardımcı hareketleri gerçekleştiren kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğinden hareket etmişlerdir. İşte tam da bu noktada söz konusu hareketlerin dolaylı failliğin tanımına uygun olmaması nedeniyle benimsenen bu yöntem uygun görülmemiş, intihara neden olan veya destek olan kişilerin şerik olarak cezalandırılmak istenmesi halinde ise mutlaka özel bir suç tipinin ihdas edilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>478</sup>. Dolayısıyla da TCK'da intihara yönlendirme suçuna bu şekilde bakılmasında fayda bulunmaktadır.

<sup>477</sup> Krey/Esser, **AT**, Rn. 1001.

<sup>478</sup> M. E. Mayer, **Lb.**, s. 405; Allfeld, **AT**, 227/28.



Nihayet bu kapsamdaki bir diğ er husus, fiili icra eden ön plandaki kişinin suç tipinde gerekli görü len özel faillik niteliğini haiz olmaması nedeniyle iş lediğ i fiilin tipik olmayacağı durumlardır. Buna göre hakkında icra takibi baş latıldığı haberini alan tacir konumundaki A'nın, alacaklısının eş yalarına el koymasına engel olmak amacıyla arkadaşı T'den değerli eş yalarını saklamasını rica ettiğ i ve seyahate çı kmaya karar verdiğ i, A'nın ricasını kı rmayan T'nin A'nın evindeki değerli eş yaları sakladığı olayda T'nin kendisinin icra takibine maruz kalan tacir olmaması ve dolayısıyla da faillik niteliğini haiz olmaması nedeniyle Alman hukukunda fail olamayacağı, dolayısıyla A'nın da bu suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacağı, bu çerçevede gerek A gerekse T bakımından cezalandırılabilirliğ e ilişkin bir boş luğ un ortaya çıkt ığı ifade edilmekte, bu boş luğ un doldurulması için de farklı önerilerde bulunmaktadır. Buna göre cezalandırılabilirliğ e ilişkin olarak ortaya çıkan bu boş luğ un kapatılması için A'nın bu suça dolaylı fail, T'nin ise yardım eden olarak kabul edilmesi yönünde bir çözüm önerisi ileri sürülse de bunun fiil hakimiyeti teorisine uygun olmadığı belirtilmektedir<sup>479</sup>.

Buna karş ılık Türk hukukunda hileli iflas suçu (TCK md. 161) kapsamında değerlendirilecek olan bu olay bakımından suçun kanuni tanımını dikkate alındığında A, fiil hakimiyetine sahip olmasa bile, yani sadece T'yi bu malvarlığı değerlerinin saklanması konusunda azmettirmiş olsa bile fail olarak nitelendirilebilecektir. Zira kanuni tanımda açıkça “...Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması...” ifadesine yer verilmiş olması da burada özel faillik sıfatını haiz kişinin yükümlülüğ ünü ihlal edici nitelikte olan nedensel her türlü hareketinin kendisini fail kılacağına işaret etmektedir. Bu çerçevede her ne kadar fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmiş olmasa ve fiil hakimiyetine sahip olmasa da özel yükümlülüğ ü haiz olan ve bu suretle özel faillik niteliğini şahsında bulunduran kişi durumundaki A, fail olarak sorumlu tutulacak, buna karş ılık fiili bizzat iş leyen T, fiil hakimiyetine sahip olsa bile özel faillik niteliğini haiz olmadığı için ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu açıdan Türk hukukunda düzenlemenin de isabetli olmasının etkisiyle Alman hukukunda ortaya çıkan sorun hasıl olmamış, mesele kabul edilen

<sup>479</sup> Krey/Esser, AT, Rn. 1000.

ilkelerden ödün verilmeksizin çözüme kavuşturulmuştur. Kaldı ki sorun, böyle ortadan kaldırılmış olmasaydı bile birinci bölümde kabul ettiğimiz yükümlülük suçları teorisiyle de rahatlıkla çözüme kavuşturulabilirdi.

Yine failin fiilinin tipik olması şeklindeki gereklilikten hareketle maddi unsurun gerçekleşmesinin yanı sıra manevi unsur da gerçekleşmiş olmalıdır. Ancak gerek Alm. CK’da gerekse TCK’da yer alan kanuni düzenlemelerden hareketle şerikin sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin muhakkak kasıtlı olarak işlenmiş olması şart koşulmuştur<sup>480</sup>. Her ne kadar bu koşulun her iki hukuk sisteminde de cezalandırılabilirlik alanında bir takım boşluklara yol açtığından bahisle bir kısım görüş tarafından değişiklik yapılması ve failin fiilinin kasıtlı olmasına dair gerekliliğin ortadan kaldırılması önerilmekteyse de<sup>481</sup> mevcut haliyle düzenlemelerin şeriklerin failin işlediği fiile sağladıkları katkı nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için failin fiili mutlaka kasıtlı olarak işlenmesini öngördüğü açık ve kesindir. Bu kapsamda bu koşul dolayısıyla cezalandırılabilirlik alanında ortaya çıkan boşluklara ve önerilen çözümlere ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

Bu çerçevede altı çizilmesi gereken husus, failin fiilinin tipik olmasını öngören asgari bağlılık derecesi kapsamında failin fiili bakımından “kast” koşulunun öngörülmesi hususunda da takdirin yine kanun koyucuya ait olacağı vurgulanmalıdır. Buna göre kanun koyucu, sadece maddi unsuru gerekli görebileceği gibi manevi unsuru da gerekli görmüş olabilir. Nitekim Türk ceza hukukunda halen “tipiklik” dendiğinde sadece fiilin kanuni tanımda yer alması şeklinde bir anlayışa sahip görüşler bulunmaktadır. Bu şekilde bir anlayışla hareket edildiğinde failin kasıtlı olarak mı yoksa taksirli olarak mı hareket ettiğinin arka plandaki kişinin şerik olarak sorumlu tutulması için bir önemi kalmayacaktır.

Bu çerçevede en önemli sorun, hırsızlık suçu gibi suç tipinde kast dışında amaç, saik gibi özel sübjektif bir unsurun gerekli görüldüğü amaç suçları bakımından ortaya çıkacaktır. Nitekim objektif anlamda tipikliği “başkasına ait taşınır bir malın, zilyedin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınması”ndan ibaret olan hırsızlık suçunda bir kimsenin başkasına ait paltoyu giyerek olay yerinden ayrılmasının söz

<sup>480</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Rn. 27; Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Rn. 35.

<sup>481</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 36; Frister, **AT**, 25/26; Jakobs, **AT**, 22/17; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor § 25 Rn. 29. Bu eleştiriye karşı çıkan görüş için bkz. Krey/Esser, **AT**, Rn. 1002.

konusu olduğu bir durumda paltoyu giyen kişinin objektif olarak hırsızlık suçunun tipikliğine uygun şekilde hareket ettiği sonucuna ulaşılarak failin hangi içsel iradi yönelime sahip olduğuna bakılmaksızın, yani hırsızlık suçu kapsamında yer alan özel sübjektif unsura sahip olup olmadığı araştırılmaksızın arka plandaki kişilerin şerik olarak cezalandırılmasından söz edilebilecektir. Buna göre bir taşınır malı bulunduğu yerden alan kişinin herhangi bir şekilde bu malvarlığından yarar sağlama amacının bulunmaması durumunda kendisi cezalandırılmayacakken bu kişinin söz konusu paltoyu almasını sağlayan, bu konuda kendisine yardımcı olan kişinin cezalandırılması gibi meseleyi sürdürülemez hale getiren bir sonucu ortaya çıkaracaktır. Oysa ki gerçek duruma göre böyle bir ihtimalde şeriklerin cezasız kalması veya en azından failin yarar sağlama maksadı ile hareket etmesi halinde hırsızlık suçuna şerik olarak cezalandırılması gerekir<sup>482</sup>.

#### **b. Sınırlı Bağlılık Kuralı**

Sınırlı bağlılık kuralı<sup>483</sup>, şerikin sorumluluğu için failin tipik fiilinin yanı sıra failin fiilinin hukuka aykırılığını da gerekli görür. Ancak bundan daha da önemlisi bu bağlılık derecesinde failin kusurlu olması aranmaz. Zira bağlılığın bir sonraki derecesi olan katı bağlılık kuralına göre de failin tipik ve hukuka aykırı fiili şarttır. Dolayısıyla katı bağlılıkla sınırlı bağlılığı birbirinden ayıran temel kıstas, failin kusurlu olmasının aranıp aranmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede sınırlı bağlılık kuralına göre fail kusurlu olmasa da failin tipik ve hukuka aykırı bir fiili bulunması şartıyla şerikin sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>484</sup>.

Bu şekilde bir anlayışın esas alınmaya başlanmasında daha evvel de üzerinde durulduğu üzere gai hareket teorisi anlayışının benimsenmesi etkili olmuştur. Zira bu anlayış, faillik-şeriklik ayırımına ilişkin olarak da bir takım önemli sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunlardan biri de bağlılığın derecesine ilişkindir. Nitekim kast ve taksirin haksızlığın kurucu unsurları olarak kabul edilmesi ve kusurun kişisel kınanabilirlik olarak telakki edilmesiyle birlikte şerikin failin bizzat kendi şahsıyla

<sup>482</sup> Kleeszewski, **FS-Puppe**, s. 623; **S/S-Heine/Weißer**, §§ 25 Rn. 27.

<sup>483</sup> Türk doktrininde “limit bağlılık” şeklinde de ifade edilmiştir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 448; Mustafa Ruhan Erdem, “Yeni TCK’da Faillik ve Suça İştirak”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, S. 5, s. 210).

<sup>484</sup> Käpernick, **a.g.e.**, s. 15; Heukamp, **a.g.e.**, s. 5; Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 449; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 180; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 675.

ilgili olan kusuruna bağlı olmaması, bu anlamda bağlılığın tipiklik ve hukuka aykırılıkla sınırlı tutulması ileri sürülmüş, bu yöndeki kabul, yapılan değişikliklerle Alm.CK'ya yansımıştır<sup>485</sup>. Alman ceza hukukunda 1943 yılına kadar yürürlükte olan düzenlemelere göre (Alm. CK §§ 48, 49) failin kusurlu da olması gerektiğine işaret eden ifadeler yer verilmiş olduğu görülmektedir. Buna göre azmettirmenin düzenlendiği hükümde (Alm. CK § 48) failin fiili için “*cezalandırılabilir hareket*” ifadesine yer verilirken yardım etmenin düzenlendiği hükümde (Alm. CK § 49) failin işlediği fiilin “*cürüm veya cünha*” olması gerektiği belirtilmiştir. İşte bu ifadelerden hareketle failin fiilinin suçun bütün unsurlarına sahip olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktaydı<sup>486</sup>. Bu anlamda sınırlı bağlılığın benimsenmesine yönelik en önemli katkının, hukuki değerleri ihlal etme kastının haksızlık bilincinden ayrılmasını kabul ettirebilmiş olması, böylelikle bu bağlılığın kişisel haksızlığa dayanması ve başka modellerin tanımlanan dilemmasından sakınılmasına olanak tanımış olması<sup>487</sup> göz önünde bulundurulduğunda *Welzel* tarafından sağlanmış olduğunu belirtmek haksız bir tespit sayılmaz. Dolayısıyla Alman ceza hukukunda 1943 yılına kadar ki dönem içerisinde klasik suç öğretisi gereğince kast ve taksirin kapsamında yer aldığı telakki edilen kusurun da suçun unsurları arasında bulunduğu hareket edilmesinin bu kabulde önemli bir etkisinin bulunduğu görmezden gelinemez. Bu kapsamda elbette katı bağlılık kuralının benimsendiği bir sistemde cezalandırılabilirlik alanında ortaya çıkan boşlukların da kapatılmak istenmesi gözden uzak tutulamaz.

Nihayet 29.05.1943 tarihinde Ceza Hukuku Uygulama Kanunu ile failin fiili olarak “*cezalandırılabilir hareket*” ifadesi, “*ceza ile tehdit edilen hareket*” şeklinde değiştirilmiş, ayrıca daha evvel de üzerinde durulduğu üzere kanuna “*Bir başkasının kusuru bakımından diğerinin kusuru dikkate alınmaksızın cezalandırılır.*” şeklindeki düzenleme (Alm. CK § 50) ilave edilmiş, böylelikle de sınırlı bağlılık kuralı benimsenmiştir.

Bu değişikliklerle birlikte kanun koyucunun failin taksirli fiiline yönelik şerikliğin mümkün olup olmadığı sorununu dikkate almamış olması yeni bir sorunu

<sup>485</sup> Baumann, *JuS* 1963, s. 128; Geppert, *Jura* 1997, s. 300; Kleszczewski, *FS-Puppe*, s. 627.

<sup>486</sup> Baumann, *JuS* 1963, s. 128; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53 Rn. 5. Bu ifadenin bağlılığın hangi derecesine işaret ettiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53 Rn. 6. Ayrıca bu husustaki açıklamalar için bkz. sayfa..

<sup>487</sup> Welzel, *ZStW* 58, 1939, s. 546.

daha ortaya çıkarmış, diğer bir ifadeyle bu değişiklik, bütün sorunların ortadan kalkmasını sağlamamıştır<sup>488</sup>. Zira “*ceza ile tehdit edilen hareket*” ifadesi, bazı yazarlar tarafından failin fiilinin hem kasıtlı hem taksirli olarak işlenebileceği sonucu çıkarılabilecek nitelikte görülmüş, bu da Alman doktrininde yeni bir tartışmanın fitilini ateşlemiştir<sup>489</sup>. Nihayetinde bu tartışmayı sonlandırmak adına 1962 tasarısı ile de uyumlu olan 2. Ceza Reformu ile birlikte “*ceza ile tehdit edilen hareket*” ifadesi “*kasıtlı işlenen hukuka aykırı fiil*” ifadesi ile değiştirilmiş, böylelikle taksirli olarak işlenen suçlara şerikliğin mümkün olmayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>490</sup>.

Bu değişiklik yapıldığı kadar ki süre zarfında failin fiilinin taksirli olarak da işlenmesine müsaade edilmesi ve keza halen günümüzde failin fiilinin taksirli olarak işlenmesi durumunda da şerikliğin mümkün görülmesine izin verilmesi yönünde görüşlerin<sup>491</sup> ortaya çıkmış olması açık bir şekilde sınırlı bağlılık kuralının aslında failin fiilinin kasıtlı bir şekilde işlenmesini mutlak şekilde gerekli görmediğini gözler önüne sermektedir. Zira sınırlı bağlılık kuralının esası, failin fiilinin tipik ve hukuka aykırı olmasından ibarettir. Ancak tıpkı Alman hukukunda failin fiilinin kasıtlı mı yoksa taksirli mi işleneceğine dair uzun yıllar boyunca süren tartışmaları dindirmek adına failin fiilinin mutlaka kasıtlı bir şekilde işlenmiş olması koşulunun öngörülmesinde olduğu gibi bir anlamda tartışmaları sonlandırmak adına “kast” koşuluna yer verilmiştir. Yani öyle ya da böyle mevcut kanuni düzenlemede failin

<sup>488</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 2; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 7.

<sup>489</sup> Bu nedenle Alman doktrininde bazı yazarlar tarafından sınırlı bağlılık kuralının katı bağlılık kuralı karşısında daha az sorunlu olduğu gibi bir tespitin yapılamayacağı yorumları ileri sürülmüştür (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 2). Aslında burada ortaya çıkan sorun, sınırlandırmanın ne derece olacağından başka bir şey değildir (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 2).

<sup>490</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 8.

<sup>491</sup> Nitekim doktrinde o dönem içerisinde *Schönke, Mezger ve Kohlrausch* gibi yazarlar tarafından failin kasıtlı olmayan fiiline yönelik azmettirmenin de kabul edilmesi gerektiği, yani taksirli fiile yönelik şerikliğin de öngörülmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür (Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 8). Ancak kanunda birtakım değişiklikler yapılarak failin kasıtlı olarak hareket etmesinin gerekli görülmüş olması, yani mevcut düzenlemelerin ihdas edilmiş olması, arka plandaki kişinin şerik olarak sorumlu tutulabilmesi için failin taksirli fiilinin de yeterli olduğu yönündeki fikirleri sonlandırmamıştır. Bu noktada Alman literatüründe kanun koyucunun failin fiilinin kasıtlı bir şekilde işlenmiş olması gerektiğine dair koşulla şerikliğin cezalandırılabilirliğinde meydana getirilen sınırlandırma kısmen eleştirilmekte, failin taksirli fiiline yönelik kasıtlı azmettirme ve yardım etmenin de cezaya layık olduğu da kural olarak kabul edilmektedir (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 35; Heine/Weißer, **a.g.c.**, §§ 25 Rn. 28); Karşı eleştiri için bkz. Krey/Esser, **AT**, Rn. 1002.

fiilinin mutlaka kasıtlı bir şekilde işlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>492</sup>. Bu anlamda failin fiilinin kasıtlı bir şekilde işlenmesi koşulu, sınırlı bağlılık kuralının yapısı itibariyle gerekli kıldığı bir husus olarak algılanmamalı, bilakis sadece kanun koyucuların kendi iradelerinin bir yansıması olarak nitelendirilmelidir.

Bu noktada sınırlı bağlılık kuralıyla birlikte failin kusur yeteneğinin bulunmaması şeriki etkilemeyecektir. Yani yaş küçüklüğü yahut da akıl hastalığı nedeniyle kusuru bulunmadığı için cezalandırılmayacak olan kişilerin işledikleri fiile de şeriklik mümkün görülecektir<sup>493</sup>. Ancak bu durum, kusur yeteneği olmadan hareket eden bir kimsenin işlediği fiile her türlü iştirakin azmettirme veya yardım etme olarak cezalandırılabilmesi veya cezalandırılması gerektiği anlamına da gelmemektedir<sup>494</sup>. Buna karşılık her şekilde fiilin işlenmesi kararının oluşturulması veya başkasının fiiline salt yardımsal katkılarda bulunulması halinde şeriklikten söz edilecektir. Bunun yanı sıra dolaylı faillik de arka plandaki kişinin failde kusur yeteneğinin bulunmadığını ve bu eksiklik dolayısıyla ön plandaki kişiyi kullandığını bilmesi durumunda gündeme gelecek, bağlılıktan söz edilemeyecektir<sup>495</sup>. Bununla birlikte kişinin kusur yeteneği bulunmayan bir kimseyi araç olarak kullandığını düşündüğü ve gerçekte kusuru bulunan bir faili azmettirdiği, yani failin davranışına iştirak eden kişinin yanlış anladığı ve dolayısıyla da kendi rolünü yanlış değerlendirdiği durumlarda sorun devam edecektir. Ancak bu durumların sayısı önemli derecede azaltılmıştır. Arka plandaki kişinin başkasına sağlıklı gözüyle baktığı ve fakat kişinin gerçekte akıl hastası olması halinde şeriklik dolayısıyla cezalandırma yoluna gidilebilir. İşte bu tür durumlarda sınırlı bağlılık kuralına geçişin anlamlı olduğu ifade edilmektedir<sup>496</sup>.

Sınırlı bağlılık kuralı kapsamında failin fiilinin tipe uygun olmasına ilişkin koşul bakımından belirtilmesi gereken bütün hususlara asgari bağlılığa ilişkin açıklamalarda yer verilmişti. Bu çerçevede sınırlı bağlılık kuralında şerikin failin fiiline sağladığı katkı dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için failin tipik fiili

<sup>492</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Rn. 29; Heinrich, **AT**, Rn. 1278.

<sup>493</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 459; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 748; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 504.

<sup>494</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 8.

<sup>495</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 9; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358.

<sup>496</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 9.

bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması da gerekir. Şayet failin ceza kanununda herhangi bir suç tipine uygun olan kasıtlı hareketi açısından bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa bu defa failin de cezalandırılabilir fiilinden söz edilemeyecek, aynı şekilde şerik için de herhangi bir cezalandırılabilirlik durumu gündeme gelmeyecektir<sup>497</sup>. Ancak asgari bağıllık kuralı bakımından şerikin yaptığı katkı nedeniyle şerik olarak sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin hukuka aykırı olması şart görülmektedir. Bu açıdan sınırlı bağıllık ile asgari bağıllık arasında oldukça önemli farklılıklar söz konusudur. Buna rağmen her iki bağıllık derecesinde de katı bağıllıkta gerekli görülen failin kusurlu olması koşulu aranmaz.

### c. Katı Bağıllık Kuralı

Sınırlı bağıllık kuralına göre şeriklerin cezalandırılabilirlik alanını şeriklerin lehine daraltan katı bağıllık kuralı<sup>498</sup>, yukarıda yer verilen bilgilerden de anlaşıldığı üzere Alm.CK'da 1943 yılına kadar geçerli olmuştur<sup>499</sup>. Yukarıda da yer verildiği üzere 29.05.1943 tarihli Ceza Hukuku Uyarlama Kanunu ile Alm.CK'ya yapılan ekleme sonunda suç ortaklarının kusurlarının birbirinden bağımsız olduğu açıkça ortaya konulmuştur<sup>500</sup>.

<sup>497</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, §§ 25 Rn. 31.

<sup>498</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 648. Türk doktrininde “aşırı bağıllık” şeklinde bir nitelendirmeye rastlanırken (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı**, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 95) “limitten fazla veya ekstrem bağıllık kuralı” şeklinde nitelendiren görüşler de bulunmaktadır (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 448; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 181; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 675; Özkan, **a.g.e.**, s. 61).

<sup>499</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 5; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 627; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 648.

<sup>500</sup> Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 11; Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, s. 31; Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 32; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 648. Ancak Alman hukukunda öngörülen suç ortaklarının kusurlarının münferit olduğuna dair bu düzenleme, sadece kusura ilişkin genel unsurlar açısından geçerli olarak addedilmektedir. Buradan anlaşıldığı üzere Alman hukukunda kusura ilişkin unsurlar genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre Türk hukukundaki kusuru kaldıran veya etkileyen haller olarak kanunda düzenlenen durumlar, Alman hukukunda “kusura ilişkin genel unsurlar” olarak kabul edilirken ceza kanunun özel hükümlerinde yer alan suç tipleri kapsamında özel olarak yer verilen kusura ilişkin unsurlar da “kusura ilişkin özel unsurlar” olarak kabul edilmektedir (Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 628). İşte Alman doktrininde suç ortaklarının kusurlarının münferit olduğuna dair düzenlemenin kusura ilişkin bu özel unsurlar açısından da geçerli olup olmadığı yönünde ortaya çıkan tartışmalar (bkz. Bockelmann, **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, s. 11-13) halen devam etmekte olup bu kapsamda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bu bağıllık derecesine göre failin tipik ve hukuka aykırı fiilinin yanı sıra failin kusurlu olması da gerekli görülmektedir<sup>501</sup>. Buna göre işlediği fiil tipik olan failin bu fiili bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmamasının yanı sıra kusurunun da bulunması halinde failin fiiline katkı sağlayan şerikin cezalandırılması gündeme gelecek, tam aksi failin kusurunun bulunmadığı durumda şerikin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu çerçevede şerikin cezalandırılabilmesi için failin fiilinin suç teşkil etmesi yeterli addedilmemekte, ayrıca failin de kusurunu kaldıran veya önemli derecede azaltan bir nedenin bulunmaması gerekli görülmektedir<sup>502</sup>.

Katı bağıllık kuralının kusurdan sonraki kısım bakımından öngördüğü kural, suç ortaklarının münferit addedilmesidir. Buna göre failin şahsında bulunan nedenlerden dolayı cezasız kalmasına yol açan unsurların şeriklere sirayet etmemesi, şerikler bakımından bu unsurların hiçbir etkisinin olmaması da kabul edilmiştir<sup>503</sup>. Şu halde failin gönüllü vazgeçme nedeniyle cezasız kalması, failin işlediği fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğinden ve fiilin hukuka aykırılığı devam edeceğinden yalnızca şahsına etki edecek ve şeriklerin ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Zaten katı bağıllıkla aşırı bağıllığı birbirinden ayıran temel unsur da kusur haricindeki bu unsurlara ilişkin durumdur.

Katı bağıllık kuralının ortaya çıkardığı sorunlara değinmeden evvel iştirak öğretisine yaptığı ender katkılardan birine kesin olarak değinilmesi gerekmektedir. Katı bağıllık kuralı, henüz dolaylı faillik kurumunun tam anlamıyla benimsenmediği Alman öğretisinde dolaylı faillik kurumunun mutlak şekilde kabul edilmesine yol açmıştır. Dolaylı faillik kurumunun öngörülmediği iştirak öğretisi kapsamında günümüzde dolaylı faillığe karşılık gelen suç ortağı da şeriklik konumuna indirgenmekteydi. İşte tam bu noktada katı bağıllık kuralı gereğince şeriklik için failin kasıtlı ve hukuka aykırı fiilinin yanı sıra aynı zamanda kusurlu olmasının da gerekli görülmesi, kusuru olmayan failin arka planında yer alan kişinin şerik olarak sorumlu tutulmasının önüne geçmekte, böylelikle şerikliğin sınırlarının oldukça

---

<sup>501</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 24.

<sup>502</sup> Käpernick, **a.g.e.**, s. 15; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 358.

<sup>503</sup> Heukamp, **a.g.e.**, s. 25.



sınırlı bir alanda kalmasına neden olmaktadır<sup>504</sup>. Öyle ki bu durumun en azından yardım etmeye ilişkin mahkeme kararlarında bariz bir şekilde fark edildiğine işaret edilmiştir. Ancak bu tür durumlarda ortaya çıkan sakıncanın önüne geçebilmek adına mahkeme, yardım edeni fail, diğer kişileri ise bilgisiz konumdaki araç olarak kabul etme yoluna gitmiş, yani esasında dolaylı faillik kurumunu ortaya koyma yoluna başvurmuştur<sup>505</sup>.

Daha açık bir ifadeyle dolaylı faillik kurumunun, kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin suça sevk edilmesi halinde arka plandaki kişinin katı bağıllık kuralının benimsenmesi nedeniyle azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olması dikkate alındığında cezasız kalmasını engelleme düşüncesiyle geliştirildiği belirtilebilir. Nitekim dolaylı faillik kurumunun bulunmadığı dönemde akıl hastası olan bir kimseyi bir kişiyi öldürmeye sevk eden arka plandaki kimsenin, ön plandaki kimsenin kusuru bulunmadığı için cezasızlığının kendisine de etki edeceği ve kendisinin de cezasız kalacağı, bu nedenle de dolaylı faillik kurumu geliştirilerek bu tür durumlarda arka plandaki kişinin ön plandaki kimseyi araç olarak kullanarak fail konumuna yükseldiği, bu anlamda ön olandaki kişinin fiiline bağlı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>506</sup>. Dolayısıyla katı bağıllık kuralının iştirak öğretisinde dolaylı faillik kurumunu kazandırdığı, en azından bu kurumun mutlaka bulunması gerektiği yönündeki inancı artırdığı ifade edilebilir.

Katı bağıllık kuralının yol açtığı en önemli sorunlardan biri yükümlülük suçlarına iştirakte ortaya çıkmaktadır. Buna göre özel faillik niteliğini haiz olmayan bir kimsenin dolaylı failliği mümkün olmadığından bu kişi, kusuru bulunmayan bir başka kişiyi suçun işlenmesinde araç haline getirdiğinde şerik olarak sorumlu tutulabilir. Şu halde şerik sorumluluğu için failin aynı zamanda kusurlu olmasını da gerekli gören katı bağıllık kuralı kabul edildiğinde kusur yeteneği bulunmayan bir kimseyi bir yükümlülük suçunun işlenmesinde araç olarak ve özel faillik niteliğini

<sup>504</sup> Bockelmann, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, s. 2; Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, s. 100.

<sup>505</sup> Schlutter, *a.g.e.*, s. 6; Önder, *a.g.e.*, C.II, s. 449.

<sup>506</sup> Heukamp, *a.g.e.*, s. 25.

haiz olmayan kimsenin şerik olarak dahi sorumlu tutulamama tehlikesi baş göstermekte, bu da cezalandırılabilirlik alanında bir boşluğa neden olmaktadır<sup>507</sup>.

#### d. Aşırı Bağlılık Kuralı

Bağlılığın en üst derecesi aşırı bağlılığı kuralıdır. Ancak aksi iddia edilmekle birlikte<sup>508</sup> tıpkı asgari bağlılık gibi bu bağlılık derecesinin de günümüze kadar hiçbir kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olmadığı, bu bakımdan da uygulama açısından hiçbir öneminin bulunmadığı bu ifade edilebilir<sup>509</sup>.

Bu bağlılık derecesine göre şerik sorumluluğu için failin failinin kasıtlı ve hukuka aykırı olmasının yanında failin kusurlu olması ve aynı zamanda da cezalandırılabilirliğe ilişkin bütün koşulların gerçekleşmesi gerekli görülecektir ki bu defa da şerikliğin cezalandırılabilirlik alanı oldukça sınırlandırılmış olacaktır<sup>510</sup>. Öyle ki suçun oluşmasına ve failin kusurunun da bulunmasına rağmen bir failin sırf milletvekili olduğu için cezalandırılabilirliğine engel teşkil eden durum nedeniyle cezalandırılmayacak olmasının şerike de etki etmesi ve böylelikle şerikin de cezalandırılmaması yönünde bir sonuç, hukuken pek de izah edilebilir görünmemektedir. Aşırı bağlılık kuralının benimsendiği bir sistemde ön plandaki

<sup>507</sup> Gallas, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, 1968, s. 100. Bununla birlikte bu tür durumlarda kusuru bulunmayan kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan arka plandaki kişinin özel faillik niteliğini haiz olmasına gerek olmadığını belirten görüşlerin varlığını da hatırlatmak gerekir. Nitekim doktrinde bir görüş, kusursuz bir şekilde hareket eden kişiyi kendi amacı için araç konumuna indirgeyen kişinin, ön plandaki kişiyi failmiş gibi kabul ederek şerik konumuna yerleştirilmesini uygun görmemiş (KN.. Mayer, **AT**, s. 327; KN.. Mayer, **FS-Rittler**, s. 262), bu çözümü ancak arka plandaki kişinin failin kusursuz hareket ettiğini bilmediği, fark etmediği durumlarda yerinde addetmiştir. Bu durumlarda arka plandaki kişinin kası olmayacağı için ön plandaki kişi üzerinde hakimiyetinin varlığından söz edilemeyecek ve zaten dolaylı faillikten de bahsedilemeyecektir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 22).

<sup>508</sup> Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 1943 yılına kadar yürürlükte olan düzenlemelerini dikkate alan *Renzikowski*, azmettirmenin düzenlendiği § 48 hükmünde failin fiili için "*cezalandırılabilir hareket*" ifadesine yer verilirken yardım etmenin düzenlendiği § 49 hükmünde "*cürüm veya cünha*"dan bahsedildiğinden cezalandırılabilir hareket ifadesinin ilk olarak kusuru ortadan kaldıran bir nedenin bulunmaması yahut da yargılama engeli teşkil eden bir nedenin bulunmaması halinde söz konusu olacağına dikkat çekmiş, kuşkusuz ki bu bakışın da aşırı bağlılık kuralının benimsenmesi sonucunu ortaya çıkaracağını belirtmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53 Rn. 6). Bununla birlikte o dönem doktrinde bu görüşün bazı yazarlar tarafından da ileri sürüldüğü ifade edilmiştir (Conrad, **a.g.e.**, s. 32). Söz konusu ifadelerle rağmen Alman literatüründe hiçbir görüş tarafından Alman Ceza Kanunu'nda katı bağlılık kuralının değil, aşırı bağlılık kuralının benimsendiği iddia edilmemiştir. Bilakis katı bağlılığın kabul edildiği hususunda doktrinin hemfikir olduğu gözlenmektedir (Baumann, **JuS 1963**, s. 128); Ancak doktrinde Krallık Mahkemesinin de benzer çıkıştan hareket ederek ulaştığı sonucu (Schlutter, **a.g.e.**, s. 4) eleştiren *Schlutter*, söz konusu ifadelerden katı bağlılığın çıkarılmasına neden olabilecek bir durum bulunmadığını ifade etmiştir (Schlutter, **a.g.e.**, s. 79, 80).

<sup>509</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 448.

<sup>510</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 181; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 675.

kişinin cezalandırılmaması, arka plandaki kişiye etki edecek, bu kapsamda ön plandaki kişinin mağdurla olan şahsi ilişkisinin arka plandaki kişiyle hiçbir ilgisi olmamasına rağmen arka plandaki kişi de bu nedenden yok yere faydalanmış olacaktır. Oysa ki sınırlı bağlılık kuralının benimsendiği mevcut sistem içerisinde babasının parasını çalmaya azmettirilen bir kimsenin bu fiili işlemi durumunda failin kendisi bakımından cezalandırılmasını engelleyebilecek şahsi bir cezasızlık nedeni söz konusu olduğundan cezalandırılmaması gibi bir sonuç ortaya çıkması ihtimali olsa da bu şahsi nedenin arka plandaki azmettirenine etki etmesine izin verilmemekte, böylelikle aşırı bağlılık kuralının uygulanmasına müsaade edilmemektedir<sup>511</sup>.

Bununla birlikte aşırı bağlılık kuralı şahsi cezasızlık sebeplerinin yanında objektif cezalandırılabilirlik koşulunu da kapsamında bulundurmaz. Yani failin işlediği suç bakımından objektif bir cezalandırılabilirlik koşulunun bulunması durumunda bu koşulun failin yanın da şerikin de cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesinin gerekli görülmesi, şerikin failin fiiline, dolayısıyla da işlediği suça bağlılıktan kaynaklı olsa da aşırı bağlılık kuralından kaynaklı değildir. Şu halde hangi tür bağlılık kuralı kabul edilirse edilsin objektif cezalandırılabilirlik koşulunun fiilin haksızlığından ve failden bağımsız şekilde gerçekleşmesi beklendiğinden bu durum şerik açısından da geçerli olacaktır. Yani failin şahsından bağımsız olan objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesi, zaten şerikin de cezalandırılması sonucunu beraberinde getirecektir. Objektif cezalandırılabilirlik koşulunun fail için gerçekleşmemesi, fakat şerik için gerçekleşmesi gibi bir durumdan bahsedilemeyecektir.

Aşırı bağlılık kuralının benimsenmesi halinde şerikin cezalandırılabilmesi için failde herhangi bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunmaması da gerekli hale gelecektir. Dolayısıyla failde gönüllü vazgeçme gibi cezayı kaldıran şahsi bir sebebin mevcut olması halinde failin cezalandırılmaması, şerike de etki edecek, şerikin kendisi de cezalandırılmayacaktır. Oysa ki katı bağlılık ya da sınırlı bağlılık kuralının kabul edilmesi halinde failde söz konusu olan şahsi cezasızlık sebebinin şerikin

---

<sup>511</sup> Önder, a.g.e., C.II, s. 449.

sorumluluğuna herhangi bir etkisi olmayacaktır<sup>512</sup>. Nitekim TCK md. 41 hükmünde de *iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabileceği* belirtilerek sınırlı bağlılık kuralı pekiştirilmiştir.

Elbette failin henüz fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamadan evvel fiili işlemekten vazgeçmesi halinde bu defa akim kalmış azmettirme ya da yardım etmeden söz edilecek, şeriklik düzenlemelerinden hareketle cezalandırılabilirlik yoluna gidilemeyecektir. Failin fiilin icra hareketlerinin icrasına başlamasının ardından icra hareketleri tamamlanmadan evvel gönüllü olarak vazgeçmesi halinde kendisinin tek fail olması durumunda zaten fiil kendi hareketleri olmaksızın sürdürülebilir olmadığından dolayı kendisi bakımından uygulama alanı bulacak olan gönüllü vazgeçme hükümlerinin, gönüllü vazgeçtiklerinden bahsedilmeyen şeriklere etkisinden bahsedilemeyecektir. Şeriklik için niceliksel bağlılık kuralı gereğince en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış bir fiilin varlığı gerekli olduğundan ve bu ihtimalde de bu tür bir fiilin varlığından bahsedileceğinden artık tamamlanmış şeriklikten hareketle cezalandırılabilirlik yoluna gidilebilecektir.

Bununla birlikte gönüllü vazgeçen failin yanında fail konumunda başka bir suç ortağının da bulunması halinde bu failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi, ancak diğer failin fiili işlemeye devam etmekten vazgeçirme konusunda gayret göstermesi halinde mümkün olacaktır. TCK md. 41 hükmünde de düzenlendiği üzere fiilin, failin bu gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması yahut da tüm gayretine rağmen yine de işlenmiş olması halinde de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması söz konusu olabilecektir. Benzer durum, gönüllü vazgeçen şerikler için de geçerlidir. Zira fiilin işlenmesinden gönüllü olarak vazgeçen bir şerikin tek başına vazgeçmesi bir anlam ifade etmeyecek, fiiline katkıda bulunduğu failin fiili işlemekten vazgeçirmek için de belli bir çaba sarf etmiş olması gereklilik arz edecektir. Elbette şerikin tüm çabasına rağmen failin yine de fiili işlemiş olması yahut da şerikin bu çabaları dışında başka sebeplerle fiilin işlenmemiş olması durumlarında da ilgili şerikin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanması mümkün olabilecektir. Yani gönüllü vazgeçen şerikin kendisi de failden bağımsız

---

<sup>512</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

olarak cezasız kalabilecektir. İşte bu şekilde faille şerikin birbirinden münferit kılınması, tamamen şeriklerin faille olan bağıllık derecelerinde benimsenen görüşten kaynaklanmaktadır. Eğer aşırı bağıllık kuralı kabul edilmiş olsaydı TCK md. 41 gibi bir düzenlemeye ya hiç gerek duyulmayacak yahut da çok daha farklı bir düzenleme söz konusu olacaktı. Öyle ki failin tek başına icra hareketlerini gerçekleştirdiği fiili işlemekten vazgeçmesi halinde söz konusu olabilecek muhtemel cezasızlık durumundan şeriklerin de doğrudan faydalanması mevzu bahis olabilecektir. Ancak aynı durumun sadece şeriklerin kendilerinin gönüllü olarak vazgeçmeleri ve fakat failin fiili işlemeye devam ettiği durumlar için söz konusu olamayacağını özellikle belirtmek gerekir. Çünkü aşırı bağıllık kuralının benimsenmiş olması, failin de şerike bağlı hale getirilmesi anlamına gelmemektedir. Buna göre şerikin gönüllü olarak vazgeçmesi ve fakat failin fiili işlemeye devam etmesi durumunda şerikin cezasız kalması yine TCK md. 41 benzeri bir düzenlemenin varlığına bağlı olacaktır. Yani gönüllü vazgeçen şerik, failin fiili işlememesi için çaba sarf etmiş olmasına rağmen yine de failin işlenmesi durumunda da cezasız kalabilecektir. Bu çerçevede düzenlemenin şeriklerin gönüllü vazgeçmesi ve fakat failin vazgeçmemesine ilişkin kısmının bağıllık dereceleriyle herhangi bir ilgisinin bulunmadığının özellikle altı çizilmelidir.

#### **e. Değerlendirme**

Bir defa şerikleri failin kusuruna da bağlı tutan katı bağıllık kuralının, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kusur prensibine aykırı olduğu ifade edilmelidir. Zira herkesin yalnızca kendi kusurundan sorumlu tutulması gerektiği yönündeki temel kriter, faille şerikler açısından da geçerli olacaktır. Şu halde olması gereken, şeriklerin failin sadece haksızlığına bağlı tutulmasıdır. Nitekim Türk doktrininde de TCK md. 40/1 hükmüyle uyumlu olarak sınırlı bağıllık kuralından yana bir görüş ortaya konmuştur<sup>513</sup>.

Bununla birlikte Türk doktrinindeki yazarların bu şekilde sınırlı bağıllıktan yana olan görüşleri, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle söz konusu olan bir durum değildir. Zira ETCK döneminde de her ne kadar kanunda açıkça sınırlı bağıllık kuralının benimsendiğine dair bir ifadeye rastlanmamaktaysa da doktrinde

<sup>513</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 458; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 675; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 748; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 504; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 649.

hakim görüş tarafından sınırlı bağluluk kuralına atıf yapılmış olması dikkat çekmektedir<sup>514</sup>.

Bu dönem içerisinde Yargıtay tarafından da sınırlı bağluluk kuralının esas alındığı görülmektedir. Nitekim YCGK'nın 19.02.1945 tarih ve 81/78 sayılı kararına göre *sanığın davacının küçük kızı Kamile'yi 'Seni köye göndereceğim, elbiseler alacağım, annenin parasını al, bana getir' diye kandırmış ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş olduğu olayda fiil, hırsızlığa azmettirmek suçu mahiyetinde* görülmüştür<sup>515</sup>. Buna göre ön plandaki fiili işleyen kişinin yaş küçüklüğü nedeniyle kusuru bulunmasa da mahkeme, arka plandaki kişinin azmettiren olduğu yönünde bir karar vermiştir.

Tüm bunlara rağmen ETCK'da katı bağluluk kuralının benimsendiğini ileri süren yazarlar da göze çarpmaktadır<sup>516</sup>. *Önder*, iştirak kurallarının uygulanabilmesi için failin tipik, hukuka aykırı fiilinin yanı sıra failin de kusurlu olması gerektiğini ileri sürmüş, failin kusur yeteneğinin bulunmadığı hallerde arka plandaki kişinin cezalandırılmaması sorunun da dolaylı faillik kurumu ile giderilebileceği tezinden hareket etmiştir. Bu noktada *Önder*, klasik sistemin benimsendiği ve kastla taksirin bir kusur şekli olarak görüldüğü ETCK nazarında arka plandaki kişinin sorumluluğu için tipik, hukuka aykırı fiilin yanı sıra kusurun da gerekli olduğunu belirterek bir anlamda hem sınırlı bağluluk kuralının gerekli olduğunu belirtip hem de kasıtlı bir fiilin de olması gerektiğini belirterek kusuru da zorunlu tutan diğer yazarlar karşısında daha tutarlı bir görüntü sergilemiş, ortaya çıkan açığı da dolaylı faillik kurumuyla kapatmaya çalışmıştır<sup>517</sup>. Bu bakımdan klasik suç öğretisinin benimsendiği ETCK döneminde hem sınırlı bağluluk kuralını benimseyip kasıtlı ve

<sup>514</sup> Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C. II, s. 484; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 371.

<sup>515</sup> *Önder*, **a.g.e.**, C.II, s. 449; Özkan, **a.g.e.**, s. 60, 61.

<sup>516</sup> *Önder*, **a.g.e.**, C. II-III, s. 450; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 385. ETCK'da aşırı bağluluk kuralının benimsenmediği kanunun 524'üncü maddesinde düzenlenen Aile Hırsızlığı başlıklı hükmünden açıkça anlaşılabilir. Bir defa bu hükümde şahsi bir cezasızlık nedeni düzenlenmiş olup cezasızlıktan yalnızca bu neden kendisinde bulunan kişinin yararlanabileceği belirtilmiş, böylelikle de diğer suç ortaklarının cezalandırılmalarına engel bir durumun bulunmadığı ifade edilmiştir (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 372).

<sup>517</sup> *Önder*, **a.g.e.**, C.II, s. 450. Ancak iştirakin cezalandırılabilirliği genişletici nitelikte düzenlemeler olduğunu belirten *Önder*'in bu temele dayanarak asgari bağluluk kuralını eleştirmesi pek makul görünmemektedir. Zira cezalandırılabilirliği daralttığı gerekçesiyle *Önder*'in eleştirdiği asgari bağluluk kuralı tam aksine cezalandırılabilirliği ölçsüz bir şekilde daha da genişletirken katı bağluluk kuralı cezalandırılabilirliğin önüne geçmekte, daraltmaktadır.

hukuka aykırı bir fiilin gerektiği ve fakat kusurun aranmadığı iddiasıyla hareket edilmesi hem de bu tezin tam aksine olacak şekilde kastın bir kusur şekli olduğu argümanından yola çıkılması tutarsız bir durum oluşturmaktaydı. Dolayısıyla kastın kusur kapsamından alınıp olması gerektiği gibi haksızlık alanında görülmesi, böylelikle kusur prensibi gereğince bütün suç ortaklarının kusurlarının münferit olduğu düşüncesiyle sınırlı bağlılık kuralının benimsenmesi, bunlar için de finalist öğretinin esas alınması bir gereklilik olarak görülebilir.

Nihayetinde 5237 sayılı TCK, bu gerekliliğe uygun olarak finalist öğreti temel alınmak suretiyle kaleme alınmış, kast ve taksir bir kusur şekli olarak değil, haksızlık şekli olarak kabul edilmiş, kusur suçun bir unsuru olmaktan çıkartılarak kişinin kınanabilirliğini ifade eden bir kavram olarak telakki edilmiştir. Bu anlayışla birlikte sınırlı bağlılık kuralı gerçek anlamına kavuşmuş, herhangi bir çelişkinin ortaya çıkmasına mahal bırakılmamış, bu anlayış mahkeme kararlarına da yansımaya başlamıştır<sup>518</sup>. Şu halde TCK md. 40 hükmünde düzenlenen bağlılık kuralı hükmüyle benimsenen sınırlı bağlılık kuralının gereklerinin detaylı bir şekilde irdelenmesi ayrı bir önem arz etmektedir. Bu nedenle tezimizin üçüncü bölümü altında sınırlı bağlılık kuralı kapsamında niteliksel bağlılık kuralının gerekleri üzerinde bir inceleme gerçekleştirilecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden evvel bağlılık kuralının çifte gereklerinden ikincisi olan niceliksel bağlılık üzerinde durulacaktır.

## **2. Niceliksel Bağlılık**

### **a. Fiilin İcrasına Başlanmış Olma Koşulu: Tamamlanmış Şeriklik**

Fail tarafından gerçekleştirilen fiil belli bir suç yolunu takip etmektedir. Buna göre suç yolunda ilerleyen her fiil, düşünce, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve nihayet fiilin tamamlanarak sona ermesi, varsa neticesinin gerçekleşmesi şeklinde farklı aşamalardan geçer. İşte niceliksel bağlılık, şerikin sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin hangi aşamada olması gerektiğini belirlenmesi noktasında bir fonksiyon görür. Daha doğrusu şeriklerin cezalandırılabilirliğinin failin fiilinin hangi aşamada

<sup>518</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.02.2009 tarih ve 2009/13-2729 sayılı kararında, "...şerikin yasal tanımındaki haksızlıkla ilgisinin doğrudan değil, fail aracılığıyla olduğu, eylemi yasal tanımdaki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte bulunmayan şerikin, faille arasında doğrudan kişisel bağlantısı nedeniyle sorumlu tutulduğu ve şerikin cezai sorumluluğu açısından gerekli ve yeterli olan koşulun, failin esas fiili kasten gerçekleştirmesi ve bu fiilin hukuka aykırı olmasıdır." ifadelerine yer verilmek suretiyle açıkça sınırlı bağlılık kuralına atıf yapılmıştır (Özkan, a.g.e., s. 61).

bulunmasına bağı olacağını yahut da böyle bir bağılılığın kabul edilip edilmeyeceğini konu edinir<sup>519</sup>. Dolayısıyla niceliksel bağılıkta, niteliksel bağılık gibi failin fiilinin nitelikleriyle değil, niceliksel boyutuyla ilgilenilir ve cezaya layık bir şeriklik davranışı için failin fiilinin ulaştığı aşama belirlenmeye çalışılır.

Suç yolunun bu şekilde farklı aşamalara ayrılması, farklı görüşler bulunmakla birlikte<sup>520</sup> failin fiilinin cezalandırılabilirlik sınırına ulaştığı anın suçun konusu üzerinde zarar veya tehlike oluşturmak suretiyle hukuki değerin ihlal derecesine göre belirlenmesi isteğinden kaynaklanmıştır. Bu aşamalardan icra hareketleri aşamasında hukuki değerler üzerinde cezaya layık bir haksızlığın gerçekleştirildiği düşüncesiyle cezalandırılabilirliğin sağlanabilmesi için suç tipleri bakımından uygulanabilecek şekilde genel hükümlerde “suça teşebbüs” düzenlemesi öngörülmüştür<sup>521</sup>. Buna karşılık henüz hazırlık aşamasındayken hukuki değer üzerinde meydana getirilen ihlal, cezalandırılabilirlik sınırını aşacak ölçüde cezaya layık görülmemiş, bu aşamadaki fiiller, kural olarak cezasız bırakılmıştır<sup>522</sup>.

Tüm bunlardan sonra nasıl ki failin fiili açısından bu şekilde bir sınır var ise aynı durumun, doğal olarak şeriklik davranışları için de geçerli olduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede şeriklik davranışları bakımından da bir cezalandırılabilirlik sınırı bulunmaktadır. İşte burada failin fiilinin cezalandırılması bakımından belirlenen sınırın failin fiiline bağı tutulan şeriklik hareketine de bir etkisinin olacağında hiç kuşku bulunmamaktadır. Bunun TCK'daki ilk belirtisi, madde 40/1'de yer alan “işlenmiş bir fiil” ifadesidir. Nitekim bu ifadeyle birlikte suça iştirak için işlenmiş bir fiilin varlığı gerekli görülmüştür. Ancak tam bu noktada şerik olarak sorumluluk için sınır, TCK md. 40/3 hükmüyle birlikte işlenmiş fiil aşamasından

<sup>519</sup> Buradaki sorun, Kleszczewski tarafından “şeriklerin failin fiili bakımından yalnızca içsel iradi yönelimleri ile katkılarını ortaya koymalarının onların bu katkıyı içeren fiillerinin cezaya layık olması bakımından yeterli olup olmayacağı veya bu fiilin cezaya layık olabilmesi için yalnızca şerikin katkısının ortaya konmuş olmasını aşacak ölçüde failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına gelmiş olmasının gerekip gerekmediği, yani failin muhtemel fiili bakımından şerikin içsel düşüncesinin yeterli olup olmadığı veya bunun da ötesinde şerikin gerçekleştirdiği katkının failin gerçekleşen (teşebbüs aşamasında yahut da tamamlanmış) fiili ile dışsal bir bağlantısının bulunmasının gerekip gerekmediği” şeklinde ortaya konulmuştur (Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 615).

<sup>520</sup> Farklı görüş ve değerlendirmeler için bkz. Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994, s. 45 vd.

<sup>521</sup> Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, s. 45.

<sup>522</sup> Murmann, **GrundK Strafr** § 28 Rn. 1.



geriye alınmıştır. Zira söz konusu hükme göre suça iştirakten sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu minvalde şeriklerin failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmeleri için failin fiilinin ya tamamlanmış olması ya da en azından teşebbüs aşamasına varmış olması, diğer bir deyişle icra hareketlerinin başlamış olması gerekmektedir<sup>523</sup>. Şu halde TCK'da yer alan azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler, esasında tamamlanmış şerikliğe ilişkindir.

Dolayısıyla azmettirme ve yardım etmenin tamamlanmış halinden söz edilebilmesi, yani tamamlanmış şeriklik dolayısıyla cezalandırma yoluna gidilebilmesi, niceliksel bağlılık kuralına uygun olarak failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olmasına bağlıdır<sup>524</sup>. Bu düzenlemenin Yargıtay kararlarında da kesin bir şekilde dikkate alındığı görülmektedir<sup>525</sup>.

<sup>523</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Kn. 2; Erdem, **HPD 2005**, s. 210; Aydın, **a.g.e.**, s. 171; Özkan, **a.g.e.**, s. 91. Hükümet tasarısında da “fiili işlediği takdirde” ifadesine yer verilerek niceliksel anlamda bağlılık kuralının bir gereğine yer verilmiş, failin fiilinin işlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533). Tam bu noktada Ünver, TCK md. 40/1 hükmünde “işlenmiş bir fiil” ifadesi yerine “işlenmek istenen veya işlenmekte olan” ifadeleri kullanılmı olsaydı TCK md. 40/3 hükmüne gerek kalmayabileceğini, bu anlamda TCK md. 40/3 hükmünün gereksiz olduğunu belirtmiştir (Yener Ünver, “Yeni TCK’da Kusurluluk”, **CHD 2006**, KN.. 1, S. 1, s. 75). Hiç şüphesiz ki TCK md. 40/3 hükmüyle ulaşılmak istenen amaca, TCK md. 40/1 hükmüne “işlenmiş bir fiil” ifadesi yerine “işlenmek istenen veya işlenmekte olan” ifadesi konularak da ulaşılabilirdi. Ancak TCK md. 40/3 hükmü, niceliksel bağlılık kuralının Türk hukukunda tam manasıyla benimsenmesi açısından ayrı bir önem arz edebilir. Muhtemeldir ki kanun koyucu, niteliksel bağlılığın yanında niceliksel bağlılığa da ayrıca vurgu yapmak istemiş, bunun da ötesinde akim kalmış azmettirme ve akim kalmış yardım etmenin cezalandırılmasına müsaade edilmediğini özellikle vurgulamak istemiş olabilir. Bu açıklamaların yanında Ünver’in bu sorunun suça teşebbüsle ilgili olduğu, teşebbüs düzenlemesinin iştirak hükümleri bakımından da uygulanabilir olduğu yönündeki görüşlerini (Ünver, **CHD 2006**, s. 75) de isabetli bulmadığımızı belirtmek gerekir.

<sup>524</sup> Heinrich, **AT**, Rn. 1362; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 459, 468; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 567, 576; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 200; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 657; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 750; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 505; Hakeri, **a.g.e.**, s. 555; Özkan, **a.g.e.**, s. 91.

<sup>525</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 11.06.2013 tarih ve 2010/2370 esas ve 2013/18252 karar sayılı kararında şantaj suçuna azmettirilen kişinin icraya başlamaması nedeniyle azmettirilenin de cezalandırılmayacağını kabul etmiş ve beraat kararını onamıştır (Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1140). Yine Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 11.06.2013 tarih ve 2010/2370, 2013/18252 sayılı kararında “Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir. Azmettirmeden bahsedilebilmesi için eylemin tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalması gerekir. Nitekim TCK’nın 40/3. maddesinde “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.” kuralına yer verilmek suretiyle asıl suça ilişkin icra hareketlerine başlanmamış olması halinde kural olarak azmettirenin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Somut olayda da sanıkların, katılana şantajda bulunmak üzere azmettirmeye çalıştıkları tanık Rabia’nın bunu kabul etmeyerek şantaj suçuna ilişkin icra hareketlerine başlamaması karşısında şantaj suçuna azmettirme eyleminden dolayı kurulan beraat hükmü

Tamamlanmış şeriklik iki halde mümkün görünmektedir. Birincisi, ön plandaki kişinin fiili işleyip tamamlaması ve varsa fiilin neticesinin gerçekleşmiş olması durumudur. Nitekim B'nin C'ye ateş ederek C'nin ölümüne neden olması olayında A'nın azmettiren olarak sorumlu tutulacağına hiç şüphe bulunmamaktadır. Keza kendisine silah temin edilen E'nin F'yi öldürmesi durumunda da G'nin yardım eden olarak sorumlu tutulacağı açıktır.

İkincisi ise ön plandaki kişinin fiili işlemek üzere harekete geçip icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamış olması ve fakat isteyerek ya da istem dışı başka nedenlerden dolayı icra hareketlerini gerçekleştirmeyi bırakması veyahut da icra hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi halinde failin fiilinin teşebbüs aşamasında kalması durumudur. Yani failin fiilinin teşebbüs aşamasında kalmış olması, şerikliğin tamamlanmış olmasına engel teşkil etmemekte, şerikliğin kendisinin de teşebbüs aşamasında olduğu sonucunu beraberinde getirmemektedir<sup>526</sup>. Keza bazı suçların hazırlık hareketlerinin de cezalandırıldığı durumlar söz konusudur ki bu suçlar bakımından failin hazırlık hareketi de cezalandırıldığından şeriklerin de sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu çerçevede B'nin C'ye silahıyla ateş etmesi, ancak ölüm neticesinin gerçekleşmemesi dolayısıyla suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde B, teşebbüs aşamasında kalmış öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacak, A ise şeriklerin cezalandırılabilirliğinin esas fiile bağlı olması dolayısıyla *tamamlanmış* azmettiren olarak öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Benzer durum yardım etme için de geçerlidir.

Tüm bunlardan sonra özellikle vurgulamak gerekir ki niceliksel bağlılık kuralı gereğince şeriklik hareketinin cezalandırılması, failin fiilinin muhakkak tamamlanmış olmasına bağlı tutulmuş olsaydı bu defa failin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda tamamlanmış şeriklikten söz edilmesi mümkün olmazdı. Ancak aynı zamanda böyle bir durumda teşebbüs aşamasında bulunduğu için cezaya layık görülerek cezalandırılan ve fail tarafından gerçekleştirilen bir fiil karşısında bu fiile bağlı olduğu iddia edilen ve fakat cezaya layık olmasına rağmen

---

*sonucu itibariyle yerinde görülerek...*” ifadelerine yer verilmek suretiyle tebliğnamede bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir (Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1141).

<sup>526</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 93; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 8, 9; Murmann, **GrundK Strafr**, § 27 Rn. 70, 71; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 137; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 750.

sırf tamamlanmadığı için cezalandırılmayan bir şeriklik hareketinden söz edilmesi de bağlılık kuralının kabulü karşısında izahı mümkün olmayan bir tutarsızlığı beraberinde getirecektir. Bu çerçevede en nihayetinde suça teşebbüs de kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesini şart koştuğundan dolayı doğal olarak teşebbüs aşamasında kalmış olan bir fiile de azmettirme ve yardım etme tam manasıyla cezalandırılabilir nitelikte görülmektedir<sup>527</sup>. Bununla birlikte failin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlar da dahil olmak üzere her durumda şerikin muhakkak failin fiilinin tamamlanacağı yönünde bir kasta sahip olarak fiilin işlenmesine katkıda bulunması gerektiğinin de altı çizilmelidir. Nitekim şerikin ajan provokatörde olduğu gibi fiili yalnızca teşebbüs aşamasına kadar getirmek istediği, buna karşılık tamamlanma aşamasına getirmek istemediği durumlarda istisnai olarak cezasız kalmasından söz edilecektir<sup>528</sup>.

#### **b. Fiilin İcrasına Başlanmasının Aranmaması: Akim Kalmış Şeriklik**

Suç tipleri kapsamında yer alan ve yalnızca fail tarafından işlenebilen, bu anlamda şerikler tarafından gerçekleştirilemeyen icra hareketlerinin başlangıcını gerekli gören teşebbüs düzenlemesinden hareket edildiğinde, teşebbüs aşamasında kalmış şeriklik kavramı bakımından icra hareketlerinin başlangıcı fail esas alınmak suretiyle tanımlanan özel suç tiplerine göre belirlenemeyecektir. Bu bağlamda gerçekten özel hükümlerde yer alan suç tipleri esas alınmak suretiyle icra hareketlerinin başlamış olmasını ifade ettiğinin kabulü halinde uygun olmasa da istenen neticeye ulaşılamaması veya bu neticenin tasavvur edilen tür ve yapıya uygun bir şekilde gerçekleşmemesi, buna rağmen iradeyi fark edilebilir bir nitelikte açıkça ortaya koyan hareketin esas alınması yoluyla belirlenmesi halinde teşebbüs ifadesi uygun görülebilecektir<sup>529</sup>. İşte teşebbüs aşamasında kalmış olan bu şeriklik hareketleri, sırf bu nedenle hazırlık hareketleri olarak nitelendirilmektedir<sup>530</sup>.

Ceza Kanunundaki teşebbüs belirlemesi dikkate alındığında bu tür hazırlık hareketlerinin kural olarak cezasız bir alanda bırakıldığı görülmektedir. Bunun

<sup>527</sup> Heinrich, AT, Rn. 1362.

<sup>528</sup> Heinrich, AT, Rn. 1363.

<sup>529</sup> Klaus Letzgus, **Vorstufen der Beteiligung**, Duncker&Humblot, Berlin 1972, s. 119.

<sup>530</sup> Bu noktada Letzgus, bu hareketleri de hazırlık hareketleri olarak kabul etmiş ve fakat başkasına ait (yabancı) hazırlık hareketleri şeklinde bir isimlendirme yoluna gitmiştir (Letzgus, **a.g.e.**, s. 119).

yanında ceza hukukunun kural olarak evvela işlenen suçlara müdahale ederek tepki ortaya koyduğu, bunun dışındaki durumlarda ise hukuk devleti ilkesi ve anayasa ile koruma altına alınan genel hareket özgürlüğünden kaynaklı olarak insanların ortak yaşamlarının güvence altına alınması için gerçek anlamda müdahale edilmesinin gerekli olduğu hallerde sınırlı tutulmuştur<sup>531</sup>. İşte akim kalmış şeriklik hareketlerinin de müdahale edilmesi gereken alan içerisinde bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gerekmekte, bu tür bir inceleme için de evvela akim kalmış şeriklikten ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır.

Failin fiili gibi şeriklik hareketi de tamamlanma aşamasına ilerleyene kadar teşebbüs aşamasından geçmektedir. Yani failin failinin icra hareketleri aşamasına geçmesi anından itibaren tamamlanmasından bahsedilen şeriklik hareketinin, failin failinin hazırlık aşamasında kalması veya azmettirme hareketinin failin fiili bakımından nedensel olmaması yahut da hiçbir şekilde failde bu yönde bir kararın oluşmaması gibi durumlarda başarılı bir azmettirme hareketinden söz edilemeyecek ve dolayısıyla azmettirmenin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Benzer şekilde yardım edenin sağladığı aracın suçun işlenmesinde hiç kullanılmadan suç işlemek isteyen kişinin ölmesi veya suçu işlemesine rağmen bu aracı hiç kullanmaması halinde de teşebbüs aşamasında kalmış yardım etmeden söz edilebilecektir. İşte bütün bu durumlarda failde suç işleme kararının oluşturulması yahut da faile yardım hareketinin gerçekleştirilmesi mevcut olmasına rağmen failin fiili bakımından icra hareketleri başlamadığından tamamlanmış şeriklikten değil de akim kalmış şeriklikten bahsedilecektir<sup>532</sup>.

Bu noktada “teşebbüs aşamasında kalmış şeriklik” ifadesi ile “akim kalmış şeriklik” ifadesi arasındaki ilişkiye değinilmesi de ayrı bir önem taşımaktadır. Yani bu iki ifadenin birbirinin yerine kullanılmasının teorik ya da pratik bir öneminin bulunup bulunmadığı üzerinde de durulmalıdır. Nitekim bundan sonraki incelemenin de bu sorunun cevabına göre yapılması, eğer bu iki kavram arasında bir fark varsa bu farkın dikkate alınması daha yararlı olacaktır.

<sup>531</sup> Letzgus, a.g.e., s. 120.

<sup>532</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 532; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 657; Özkan, a.g.e., s. 167.

Bu çerçevede Alman doktrininde tamamlanmamış şeriklik için farklı kavramların kullanıldığı ifade edilmeli, bunun ne tür bir önemi olduğuna değinilmelidir. İlk olarak yaygın bir şekilde kullanılan ifade, “*neticesiz/sonuçsuz azmettirme*” kavramı olmasına rağmen “*teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme*” kavramı da oldukça fazla tercih edilen söylemdir<sup>533</sup>.

Ancak doktrinde Alm. CK’da bu kurumu düzenleyen § 30/1 hükmünün iştirak öğretisi ve teşebbüs alanına ilişkin bir kural getirmediğinin altı çizilmiş, haksızlık kapsamının bağlılık kuralı ile açıklanamayacak nitelik arz eden şerikliğin birtakım hazırlık hareketleri olarak tezahür eden özel durumlar üzerinde ceza hukukunun koruma fonksiyonunun öne alınmasını sağlayan, bu anlamda suçluluğun ön alanına ilişkin bir kural öngören düzenleme olduğu vurgulanarak terminolojik bakımdan bu hüküm kapsamındaki durumlar açısından “teşebbüs” ifadesinin kullanılmasından özellikle imtina edilmiştir<sup>534</sup>.

Belki de bu gerekçeden daha önemli olanı ise kanunda yer alan teşebbüs düzenlemesinin bütün iştirak şekillerine özgü olarak kullanılabilir şekilde formüle edilmemiş olması, daha doğrusu tamamlama ve teşebbüs kategorilerinin herhangi bir kimsenin fiile iştirak edebileceği bir yapıya dayanmıyor olması, bilakis bizatihi fiilin kendisine dayanıyor olmasıdır. Bu gerekçelendirmeye göre teşebbüs düzenlemesi bağlamında “*akim kalmış faillik*” gibi bir ifadenin kullanılmadığının, kişinin faillik sıfatı ile teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedildiğinin altı çizilmekte, şeriklik bakışı altında teşebbüs aşamasında olan bir fiile sadece azmettirme ve yardım etmenin söz konusu olabileceği, yani bu tür bir fiil bakımından teşebbüs aşamasında kalmış şeriklikten söz edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>535</sup>.

Bu çerçevede özellikle de bağlılık kuralının benimsendiği, buna göre de şeriklerin haksızlıklarını bizatihi kendi yapılarından aldıklarının kabul edilmediği, bir anlamda failin fiilinin esas fiil olarak addedildiği bir iştirak sisteminde şeriklerin fiillerinin de teşebbüs aşamasında kabul edilmesi, bir takım çelişkileri beraberinde getirebileceğinden bu görüş yerinde görülebilecektir. Öyle ki bu çelişki iki açıdan

<sup>533</sup> Kühl, AT, § 20 Rn. 248; Murmann, GrundK StrafR § 28 Rn. 10.

<sup>534</sup> Rene Bloy, “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung”, JR 1992, s. 494.

<sup>535</sup> Bloy, JR 1992, s. 493. Alman hukukunda teşebbüs aşamasında kalmış şeriklik yerine başarısız, sonuçsuz ya da akim kalmış şeriklik gibi ifadelerin ilk defa Dreher tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir (Bloy, JR 1992, s. 494).

temellendirilebilir. Evvela bir an için teşebbüs düzenlemesinin şeriklik düzenlemeleri ve dolayısıyla şerik hareketleri üzerinde de uygulanabilir bir düzenleme olarak telakki edilmesi halinde teşebbüs düzenlemesine bağlı olan ve kendisinden sonra gelen gönüllü vazgeçme düzenlemesine rağmen suça iştirak durumunda ayrıca gönüllü vazgeçme kurallarının öngörülmesi olmasının izahı zor hale gelecektir. Yani teşebbüs düzenlemesinin şerikler bakımından da uygulanabilir görülmesi, tıpkı teşebbüs düzenlemesi gibi gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemenin de şerikler bakımından uygulanabilir olmasına yol açacaktır. O halde ayrıca şeriklik kapsamında gönüllü vazgeçme düzenlemesine yer verilmesine gerek olmayabilirdi. Oysa ki kanun koyucu bu şekilde düşünmemiş, failin yanında fiilin işlenişi bakımından devreye fail dışındaki kişilerin girmesiyle birlikte farklı durumların söz konusu olabileceğini öngörerek ayrı bir düzenleme ihdas etmiştir.

Bu husustaki ikinci gerekçe ise failin fiilinde olduğu gibi şeriklerin hareketleri bakımından da teşebbüsün mümkün görünmesinin bağlılık kuralını tamamen ortadan kaldıracak ve şeriklerin hareketlerinin de tıpkı failin fiili gibi haksızlığını kendisinden alan bir davranış olarak telakki edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek olmasıdır. Bu da kanunun esas aldığı faillik-şeriklik şeklindeki ayırım modeli ile çelişen tek faillik sistemine uygun bir haksızlık yapısını ortaya çıkaracaktır ki bu kabul daha evvel de ifade edildiği üzere kesin bir şekilde reddedilmiştir<sup>536</sup>. Dolayısıyla gerek tüm bu yer verilen nedenlerden hareketle gerekse kavramsal olarak karışıklığın önüne geçmek adına incelememizde genel itibariyle “*akim kalmış azmettirme*” şeklindeki ifadenin kullanılacağını özellikle belirtmek gerekir. Bu çerçevede teşebbüs aşamasında kalmış şeriklikten anlaşılması gereken asla fail tarafından işlenmekte olan bir suça, şerikler tarafından yapılmakta olan yahut da yapılmak istenen katkının bir şekilde sunulmaya başlaması ve fakat nihayete erdirilememesi değildir<sup>537</sup>.

<sup>536</sup> Bloy, **JR 1992**, s. 494; Bloy, **Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht**, s. 172.

<sup>537</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II** § 53, Rn. 95; Bu minvalde *Renzikowski*, akim kalmış azmettirmenin de düzenlendiği § 30 Alm. CK düzenlemesinin başlığı olarak kullanılan “suça iştirak teşebbüsü” ifadesinin yanlış yorumlanmaması gerektiğine vurgu yapmıştır (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 95).

## c. Akim Kalmış Şerikliğin Cezalandırılabilirliği Sorunu

### i. Genel Olarak

Akim kalmış şerikliğin cezalandırılabilirliği sorunu, her şeyden evvel azmettirmeyle yardım etmenin yapısal boyutları dikkate alınarak irdelenebilecek bir mevzudur. Buna göre daha evvel de üzerinde durduğumuz üzere kanaatimize göre azmettirmenin yapısı üç boyuttan, yardım etmenin ise iki boyuttan oluşmaktadır. Dolayısıyla yapısal boyutları farklı olan azmettirmeyle yardım etmenin birbirinden ayrı olarak irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

### ii. Akim Kalmış Azmettirme

Azmettirme, suç işleme kararı bulunmayan bir kimsede karar oluşturmaya yönelik sarf edilen çaba hareketleri, muhatapta kararın oluşturulması ve nihayet failin karar verdirilen suçun icra hareketlerine başlaması şeklindeki üç boyuttan müteşekkildir.

Doktrinde azmettirmenin iki neticesinin bulunduğu söz edilmişse de<sup>538</sup> bu husustaki **kanaatimiz**, azmettirme hareketinin bu şekilde gerçek anlamda çift neticesinden bahsedilmesinin mümkün olmadığı, söz konusu görüşlerin klasik suç öğretisi döneminde ileri sürülen görüşler olduğu yönündedir. Bu minvalde failin icra hareketlerini gerçekleştirerek neticeye ulaşması nihai neticesi olarak addedilebilecek olsa da failde fiili gerçekleştirme yönünde bir kararın oluşturulmasının, *fail açısından* henüz dış dünyaya yansımış bir durum, olay veya olgu bulunmadığından dolayı ara netice ya da azmettirme neticesi olarak görülemeyeceği, görülse bile bu neticenin soyut anlamda kavramsal bir ifadeden öteye geçemeyeceği yönündedir. Kaldı ki sırf hareket suçlarında nihai netice bakımından da neticenin bulunmaması gibi önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla klasik suç öğretisi anlayışını yansıtan bu kavramsal ifadeler yerine farklı bir sınıflandırma yapılması açısından

<sup>538</sup> Nitekim *Letzgus*'a göre bu neticelerden ilki fail bakımından cezalandırılabilir kabul edilmeyip fail tarafından tipik hareketin gerçekleştirilmesine yönelik olarak fiili işleme kararı bağlamında görünüm arz edecek şekilde bir başka kişinin suça sevk edilmesiyle ikinci neticesi, failin fiili işlemiş olmasıdır. *Letzgus*'un biri failde fiili işleme kararına neden olmak şeklinde ara netice, diğer ise failin bu kararı icra etmek suretiyle sonuca ulaşmış olması şeklinde nihai netice olarak ifade ettiği azmettirmenin bu çift katmanlı neticesinin özellikle de *M.E. Mayer* tarafından vurgulandığı (*M.E. Mayer, Lb.*, s. 393) belirtilmiştir (*Letzgus, a.g.e.*, s. 23). Türk doktrininde de benzer görüşler dikkat çekmektedir. Buna göre *Özkan*, "azmettirme neticesi" şeklinde ayrı bir başlığa yer vermiş ve arka plandaki kimsenin ön plandaki kişinin kararında meydana getirdiği değişikliği azmettirmenin neticesi olarak nitelendirmiştir (*Özkan, a.g.e.*, s. 104).

azmettirmenin üç boyutlu bir yapıyı haiz olduğunun ifade edilmesi daha doğru olacaktır.

Azmettirmede muhatapta bir fiilin işlenmesi üzerine karar verdirme bakımından çaba sarf edici davranışlar şeklindeki azmettirmenin ilk boyutu üzerine muhatapta fiili işleme kararının verdirilmesi şeklinde ikinci boyut gerçekleşebileceği gibi muhatabın hiçbir şekilde kesin bir karara ulaşmaması şeklinde ikinci boyutun gerçekleşmemesi de mümkündür. Azmettirmenin üçüncü boyutu olan failin fiilin icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlaması, zaten tamamlanmış azmettirme hali olacak ve bu konunun dışında kalacaktır. O halde bu çerçevede üzerinde durulması gereken temel nokta, akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirlik sınırının birinci boyutta mı yoksa ikinci boyutta mı başlayacak olmasıdır.

Bunun yanıtlanması, evvela akim kalmış azmettirmenin niçin cezalandırılması gerektiği sorusunun cevaplanmasına bağlıdır. Bu çerçevede akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini ileri süren görüşler, esas itibariyle iki temel gerekçeye dayanmaktadır: *i. Bağımsız ve hakim olunamaz şekilde süren bir etki ortaya koyan nedensel sürecin harekete geçirilmesi düşüncesi*, *ii. Bir veya iki taraflı olarak hukuki değerlere yönelik söz konusu olan tehdidin özel bir şekilde yükseltilmesine dair iradelerin bağlanması*.

Akim kalmış azmettirme ile birlikte bağımsız ve hakim olunamaz şekilde süren bir etki ortaya koyan nedensel sürecin harekete geçirilmesi ve bu suretle artık bu azmettirme hareketi sonrasında başka bir hareketin yapılmasına gerek kalmaksızın failin fiilini tamamlayabilir durumda bulunmasından söz edilebilir. Azmettirmenin muhataba öneri, teklif veya talepte bulunarak muhatapta bir kararın oluşmasına neden olduğu bu tür durumlarda azmettiren tarafından fiilin gerçekleştirilmesinin çoğu durumda failin kendisine bırakılarak bir anlamda kaderine terk edildiğinden hareket edilebilir. Daha açık bir ifadeyle bir kimsenin diğer bir kimseyi suç niteliğini haiz olaylara yönelik olarak harekete geçirdikten sonra bu olayları bu suçun tamamlanmasına kadar sürdürülebilmesi için hiçbir şey yapmasına gerek kalmayacak şekilde elinden kaçırması sonucunu ortaya koyacak nitelikte suçun konusu üzerinde



özel tehlikeye neden olarak *hukuki değerler üzerinde bir ihlal oluşturma riskini artırma* da bir diğer cezalandırma temelini oluşturmaktadır<sup>539</sup>.

Bir diğer gerekçe olan hukuki değerlerin ihlal edilme riskinin özel bir şekilde yükseltilmesine dair iradelerin bağlanması, daha doğrusu anlaşma yapılan fiilin işlenmesi bakımından komplo içerecek şekilde fikirsel anlamda “*suçu planlayan iradeye bağlanma*” da tarafların belli bir anlaşma ile birbirlerine bağlandıkları, kiralık katil gibi durumlara bir temel teşkil edebilir. Zira bu çerçevede muhatabına karşı anlaşan veya hazır olduğunu bildiren bir kimsenin “sözünde durmak” adına karşı tarafa olan bağlılığından ayrılmasının tek başına bu suçu işlemeye karar vermiş olan bir kimseye göre daha zor olduğu görüşü kabul edilmekte, bir suçun işlenmesi üzerine anlaşmanın cezaya layık olması, “çok tehlikeli nitelikte bir bağlanma”nın mevcut olmasından kaynaklanabileceği ifade edilmiştir<sup>540</sup>. Nitekim bu tür durumlarda hukuki değerler üzerindeki tehdidin daha büyük olduğuna, iradi bağlanmanın daha zor ortadan kaldırılabileceğine dikkat çekilmiştir<sup>541</sup>.

Bu kapsamda doktrinde bir görüş tarafından bir suçun işlenmesine yönelik olarak sadece söz verdiği için iştirak eden bir kimsenin varlığının çok ender rastlanan bir durum olduğu ve dolayısıyla da sırf bu nedenle tipikliğin kapsamının genişletilmesinin gerekliliği için bir temel oluşturmayacağı ifade edilmiştir<sup>542</sup>. Ancak bu görüşe karşı bir veya iki taraflı olarak hukuki değerlerin ihlaline yönelik riskin özel olarak yükseltilmesine dair iradelerin bağlanması şeklindeki nedenin, sadece kişilerin karşılıklı olarak birbirlerini etkilemeleri ihtimali bağlamında ortaya çıkmadığı, aynı zamanda suç alt kültürü ve gerçek anlamda güç noktasının hareket normu ile desteklenen motivasyon etkisinin bir tarafın bağlanması nedeniyle

<sup>539</sup> Klaus Geppert, “Die versuchte Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 547.

<sup>540</sup> Geppert, “Die versuchte Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 547; BGHSt 1, 309; BGH NSTz 1998, s. 347 (Roxin, **AT II**, § 28 Rn. 5); Kühl, **AT**, § 20 Rn. 244; Schönemann, **a.g.e.**, § 30 Rn. 3; Geppert, “Die versuchte Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 547; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 100; Bloy, **JR 1992**, s. 495. *Renzikowski*, bir görüşün akim kalmış azmettirmeyi veya bir cürümün işlenmesi için hazır olduğunu bildirmenin kabulünün artık hakim olunabilir nedensel sürecin harekete geçirildiği, azmettirilen kişinin ilgili fiili gerçekleştirmesi konusunda bir tehlikenin ortaya çıkmasına yönelik nedensel gelişim süresi içerisinde önemli olan hareketin ortaya konmuş olduğu gerekçesiyle tehlikeli addedildiğini belirterek önerinin kabul yerine cürmü işlemeye hazır olduğunu bildirmeyi bu tehlikelilik temeline yerleştirmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 100).

<sup>541</sup> Roxin, **AT II**, § 28 Rn. 5; Bilgi için Kühl, **AT**, § 20 Rn. 245.

<sup>542</sup> Bilgi için Schönemann, **a.g.e.**, § 30 Rn. 11, dpn. 29.

vazgeçmesini zorlaştırıcı nitelikte diğer tarafa bağlanması sonucunu ortaya koyabilecek şekilde adeta bir sözleşmeden hareket edilmesi noktasında da tezahür edeceği yönündeki argümanla cevap verilmiştir. Öyle ki en değerli ve korunma gereksinimi duyulan hukuki değer üzerindeki riskin kararlaştırılan suçun ceza tehdidi yoluyla nihayete erdirilmesinin önlenmesi gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>543</sup>.

Benzer şekilde failde bir suç işleme kararının oluşturulmasının onu bu karardan yeniden uzaklaştırmaktan daha kolay olduğu, yani fail üzerinde oluşturulan etki sonrasında suç kararı veren fail üzerinde yeniden etki oluşturularak kişinin bu karardan vazgeçirilmesinin ilk durumdaki gibi basit olmayacağına işaret edilmiştir. Bu çerçevede üçüncü bir kişi için otonom olarak bir fiili işlemeye karar veren kişinin bu karardan vazgeçirilmesinin de az veya çok telkin edici hareketler sonucunda fiili işlemeye karar veren bir kimsenin vazgeçirilmesinden daha kolay olduğu, zira ilk durumda kişinin fiili işleme kararına ulaşmasında kontrol mekanizması üzerinde başka bir kimsenin etkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>544</sup>. Bu temelden hareketle azmettirme ile meydana getirilen fiilin işlenmesi yönündeki kararın her bir somut olayda korunan hukuki değer için objektif olarak tek başına karar veren faildeki karara göre daha tehlikeli olduğu, ceza hukukunun bu tehlikelilik dolayısıyla buna neden olan kişileri kınamak istemesi halinde bu tehlikeliliğe iştirak eden kişileri de sorumlu tutması gerekeceği, bu bağlamda ilk sorumlu tutulması gereken kişinin evvela azmettiren olduğu, bunun yanında azmettirmeyi kabul eden muhtemel failin de bulunduğu ileri sürülmektedir<sup>545</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında akim kalmış azmettirme durumu için iştirak halindeki teşebbüsün ceza temelini birden fazla suç ortağının komplo niteliğinde fiille birbirlerine bağlanmalarından ibaret olduğunu, dolayısıyla bu hareketin diğer hazırlık hareketlerine göre daha büyük bir tehlikeliliğe sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu karar da dikkate alındığında esasında bir suçun işlenmesi konusunda bir başka kişiyle anlaşan kişinin bu suçun işlenmesi hususundaki fikrinden, tek başınayken oluşturduğu fikre göre daha zor bir şekilde vazgeçmesi sonucunu ortaya koyacak nitelikte bir bağlılık ilişkisi olduğu tezinden hareket

<sup>543</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 30 Rn. 11.

<sup>544</sup> Letzgus, **a.g.e.**, s. 128.

<sup>545</sup> Letzgus, **a.g.e.**, s. 128.

edilebilir. Öyle ki tek başınayken suçu işleme yönünde ortaya koyduğu plandan her durumda vazgeçebileceken bir başka kişiyle anlaşma yaptığı durumda benzer husus söz konusu olmayacaktır.

Tüm bu anlatılanlardan sonra azmettirmenin ilk boyutu olan muhatapta belirli bir fiili işlemesi konusunda bir karar vermeye yönelik çabaların tek başına cezalandırılabilir olmadığı, cezalandırılabilirlik sınırının ancak muhtemel failde bir kararın verdirilmesi ile aşılmış olacağı rahatlıkla anlaşılabilir. Zira azmettirmenin ilk boyutunda henüz muhtemel failde fiili işleme yönünde bir karar oluşmadığından dolayı bağımsız ve hakim olunamaz şekilde süren bir etki ortaya koyan nedensel sürecin harekete geçirilmesinden ya da bir veya iki taraflı olarak hukuki değerlere yönelik söz konusu olan tehdidin özel bir şekilde yükseltilmesine dair iradelerin bağlanmasından bahsedilemeyecek, bu anlamda yukarıda bahsedilen ve hakim kalmış azmettirmenin cezalandırma temeli olarak yer alan azmettirme yoluyla meydana gelen fiil işleme kararının özel olarak tehlikeye neden olma unsuru söz konusu olmayacaktır<sup>546</sup>. Nitekim azmettirenin fiil kararının tek bir failin fiil kararından daha tehlikeli olmadığı, keza azmettirenin önerisinin başarısız teşebbüsünün tek bir failin hazırlık hareketlerinden daha tehlikeli olmadığı, öyle ki her iki durumun da birbirinden farklı olarak ele alınmasının meşru bir görünüm arz etmeyeceği belirtilebilir. Buna göre ilk durumda failin işlenmesi ihtimali varken ve hatta bunun failin hazırlık hareketlerine adım attıktan sonra daha yüksek bir olasılık olması söz konusuyken ikinci durumda muhtemel failin öneriyi kesin olarak reddetmesi suretiyle failin işlenmesine yönelik tehlikenin büyük bir kısmı önlenmiş ve sadece azmettirenin fiili kendisinin işlemesi veya bir başka faile ulaşarak failden işlemesini istemesi şartıyla bir tehlikenin mevcut olduğu ifade edilebilir. Nihayet kural olarak

<sup>546</sup> Kühl, AT, § 20 Rn. 245; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 53, Rn. 100. Bu çerçevede § 30 StGB düzenlemesinin cezalandırma temelinde yer aldığını ifade ettikleri “çok fazla hakim olunabilir olmayan nedensel sürecin harekete geçirilmesi” ve “iradi anlamda bağlanma” şeklindeki çifte nedenin çoğu defa akla yatkın olduğunu belirten Roxin ve Schünemann da bu eleştiriyi yöneltenler arasında yer almaktadır (Roxin, AT II, § 28 Rn. 8; Schünemann, a.g.e., § 30 Rn. 12). Fiilin işlenmesi yönünde bir karar oluşmasına neden olmanın azmettirmenin yorumlanmasında isabetsiz bir argüman olacağını ileri süren Renzikowski, “nedensellik” üzerinden yapılan açıklamaları sanki failin kafasında bulunan şalter varmış da failin fiili işlemesi için azmettiren kişinin bu şalteri çevirmesi zorunluymuş gibi azmettirenin sorumlu tutulduğuna yer vermiş, bir anlamda azmettirenin nedensellik bahanesiyle sorumlu tutulmaya çalışıldığına dikkat çekmiş, azmettirmenin azmettiren ile azmettirilen arasında bağ kuran, azmettirenin faile fiili işlemesi için yardımcı olması veya aracı olması şeklinde tezahür eden bir çıkış noktasından ibaret olduğunu belirtmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 53, Rn. 100).

azmettirenin suça yönelik enerjisinin aslında fiili tek başına icra etmesi ve üçüncü bir kişinin yardımını kullanmadan da sürdürebilecek durumda olan failinkine göre daha düşük olduğu vurgulanabilir<sup>547</sup>.

Buna karşılık azmettirmenin ikinci boyutu, yani bir kimseye bir suçu işlemesi teklif, öneri, talep veya talimatında bulunan kişinin bu sevk etme hareketine karşılık muhatabın söz konusu suçu işleme kararına varması halinde sevk etme hareketini gerçekleştirme, her ne kadar doktrinde aksi görüşler bulunsada<sup>548</sup> **kanaatimize göre** Türk doktrinde hakim görüşün de belirttiği üzere<sup>549</sup> cezalandırılmalıdır. Yani muhatapta belirli bir suçun işlenmesi konusunda kesin bir kararın oluşmasına neden olmayan sevk etme hareketleri, azmettiren açısından cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinden öteye geçmeyecekken kararın oluşumuna sebep olması halinde artık cezalandırılabilirlik sınırını geçmiş kabul edilecektir.

Bununla birlikte “Suça Katılma Teşebbüsü” başlıklı Alm. CK § 30 hükmü altında “(1) Her kim bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için sevk etmeye teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası, 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23’üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır. (2) Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının

<sup>547</sup> Letzgus, **a.g.e.**, s. 129, 130.

<sup>548</sup> Aydın, **a.g.e.**, s. 172. Nitekim *Renzikowski*, akim kalmış azmettirmenin ilk boyutunun yanında ikinci boyutunun da cezalandırılabilir olmadığını belirtmiş, akim kalmış azmettirmenin bütünüyle cezalandırılmaz olduğuna işaret etmiştir. *Yazar*, failin hazırlık hareketlerinin bile çoğu durumda cezalandırılmaması ve cezalandırılması için özel bir suç tipi düzenlemesine yer verilmesi gerekli görülürken faile göre haksızlık derecesi kural olarak daha az olan akim kalmış şeriklik hareketleri bakımından öncelikli olarak cezasız kalmasının daha makul olduğunu ifade ederek akim kalmış azmettirmeye ilişkin önemli bir eleştiri ileri sürmüştür (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 99). Keza *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, bu konuda bir boşluğun bulunduğunu kabul etmekle birlikte kanun koyucunun bu boşluğu bazı özel suç tipleriyle gidermeye çalıştığını ifade etmiştir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 676). *Toroslu*, akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması yönündeki çabanın subjektif ceza hukuku anlayışının bir yansıması olacağını ileri sürmüş, kesin bir şekilde karşı çıkmıştır (Toroslu, **a.g.e.**, s. 306 vd.).

<sup>549</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 472; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 568; Özkan, **a.g.e.**, s. 167. Nitekim *Özgenç* de akim kalmış azmettirme halinde azmettirenin belli bir oranda cezalandırılabilmesi hususunda hakime takdir yetkisi tanıyan bir hükme yer verilmesinde fayda bulunduğunun altını çizmiş (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533). Keza *Öztürk/Ertem*’in “*Oysa TCK’da her nedense bu konuda bir düzenlemeye yer verilmiş olmadığı için, sonuçsuz kalan azmettirmeyi bugünkü durumda cezalandırma olanağı bulunmamaktadır.*” şeklindeki ifadelerinden (Öztürk/Ertem, **a.g.e.**, Kn. 760) kendilerinin de akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini düşündükleri anlaşılmaktadır.

önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşır, aynı şekilde cezalandırılır.” şeklindeki ifadelerle azmettirmenin ikinci boyutunun yanında birinci boyutunun dahi cezalandırılabilir olduğu görülmektedir<sup>550</sup>.

**Kanaatimizce** bu düzenleme nasyonel-sosyalist dönem içerisindeki anlayışa bağlı olarak şekillenmiş ve böylelikle cezalandırılabilirlik sınırları bir hayli geniş tutulmuştur<sup>551</sup>. Ancak yukarıda yapılan tüm açıklamalar dikkate alındığında muhatapta suç işleme kararının oluşması için çaba sarf eden ve fakat bunda başarılı olamayan, yani muhatabın suç işleme kararına ulaşmadığı, dolayısıyla arka plandaki kişinin çabasında başarısız olduğu durumlarda söz edilebilecek olan akim kalmış azmettirmenin<sup>552</sup>, cezasız kalması daha yerinde olacaktır<sup>553</sup>.

Bununla birlikte akim kalmış azmettirme, ancak belirli ağırlıktaki suçlar bakımından cezalandırılabilir olmalıdır<sup>554</sup>. Nitekim yukarıda yer verilen Alm. CK düzenlemesinde de akim kalmış azmettirmenin ancak cürümlerde cezalandırılabilir olması kabul edilmiştir. Yani azmettirmenin konusunu teşkil eden fiillerin belli bir ağırlıkta olması gerekli görülmüş, bütün fiiller bu kapsama dahil edilmemiştir. Dolayısıyla bir suçun bu hükmün kapsamına girebilmesi için Alman hukukunda işlenen fiil bakımından öngörülen cezanın en az 1 yıl hapis cezasını gerektiriyor olması gerekmektedir<sup>555</sup>.

Bu anlamda **kanaatimiz** de akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilir olması gerektiği şeklinde olsa da bunun ancak belirli ağırlıktaki suçlar için mümkün olabileceği yönündedir. Öyle ki bir kimseyi bir kalabalığın bulunduğu bir meydana

<sup>550</sup> Roxin, **AT II**, § 28 Rn. 5; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 244; Bloy, **JR 1992**, s. 493; Bu duruma karşı eleştiri için bkz. Bloy, **JZ 1999**, s. 157. Düzenlemenin tarihçesi için Axel Dessecker, “Im Vofeld eines Verbrechens: die Handlungsmodalitäten des § 30 StGB”, **JA 2005**, s. 549, 550; Karol Thalheimer, **Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB**, Peter Lang, Frankfurt 2008, s. 5.

<sup>551</sup> Jost –Dietrich Busch, **Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte de § 49a StGB**, Marburg 1964, s. 94.

<sup>552</sup> Geppert, “Die versuchte Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 548; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 104; 107; Heinrich, **AT II**, Rn. 1364; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 248; Murmann, **GrundK Strafr**, § 28 Rn. 10.

<sup>553</sup> Benzer görüş için bkz. Özkan, **a.g.e.**, s. 168.

<sup>554</sup> *Schünemann*, **ağır suçlarda** akim kalmış azmettirmenin belirli durumlarının cezalandırılması düşüncesinin haksız olmayacağını, nitekim talepte bulunan kişinin, çoğu durumda suça yönelik olarak katkıda bulunma isteğine binaen ortaya koyduğu tüm icra hareketlerinin failin fiili tamamlaması halinde faille aynı ceza kapsamına tabi tutulduğuna dikkat çekmiş, orantılılık ilkesine daha sert bir şekilde riayet edilmesi koşuluyla bu tür hareketlere de müdahale edilmesine müsaade edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (*Schünemann*, **a.g.e.**, § 30 Rn. 10).

<sup>555</sup> Letzgas, **a.g.e.**, s. 121; Hoyer, **a.g.e.**, § 30 Rn. 13; **LK-Roxin**, § 30 Rn. 34.

bomba düzeneği oluşturması için ikna etmeye yönelik çaba sarf eden ve bu çabasında başarıya ulaşılarak muhatabını ikna eden ve bu kararın oluşmasına neden olan kişinin failin fiili olmaksızın tek başına ortaya koyduğu haksızlığın TCK md. 252'de düzenlenen "Rüşvet" suçu kapsamında bir kamu görevlisine menfaat konusunda teklif veya vaatte bulunan kişinin ortaya koyduğu haksızlıktan hiçbir şekilde geri kalır yanı bulunmamaktadır. Nitekim "Rüşvet" başlıklı hükmünün üçüncü fıkrasına göre rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde de suçun tamamlanmış gibi cezalandırılacağı belirtilmiş, cezalandırılabilirlik alanı öne çekilmiştir. Düzenlemenin dördüncü fıkrası ise daha da ilginçtir. Buna göre kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hallerinde fail hakkında tamamlanmış suçtan dolayı ceza verileceği, ancak bu cezanın belli bir oranda indirileceği hüküm altına alınmıştır (TCK md. 252/4). Suçun beşinci fıkrasında ise cezalandırılabilirlik alanının öne çekilmesinin daha da ötesine geçilerek rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarına aracılık edilmesi gibi yardımcı katkıları gerçekleştiren kişinin *kamu görevlisi dahi olmasına bakılmaksızın* bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir (TCK md. 252/5)<sup>556</sup>.

Hiç kuşkusuz ki iştirak kurallarını bu denli alt üst eden düzenlemelere yer verilmesinde Türkiye'nin onayladığı uluslararası sözleşmelerden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirme çabası etkili olmuştur. Her ne sebeple olursa olsun bu tür hareketlerin dahi cezalandırıldığı bir hukuk sistemi içerisinde akim kalmış azmettirmenin en azından belirli ağırlıktaki suçlar açısından cezalandırılmasına yönelik bir düzenleme ihdas edilmesi, bir gereklilik olarak kendisini gösterecektir. Böylelikle bu hususta bir kimsenin başka bir kişiye sadece otomobil çalabileceği önerisinde bulunmasının tek başına bir kişiyi öldürmeye karar veren ve bunun için failin bütün detaylarına dair planları yapmasına göre kural olarak daha fazla cezaya layık olup olmadığına kuşkuyla yaklaşan olası tereddütler de giderilmiş olacaktır.

<sup>556</sup> Failin hazırlık hareketlerinin dahi cezalandırıldığı düzenlemelerin kanunlarda birçok örneğine rastlamak mümkündür. Bu bağlamda özellikle de ekonomi ceza hukuku gibi modern ceza kanunu anlayışlarında tipikliğin ön alanını ceza yaptırımı altına alma eğilimi söz konusudur (Murrmann, **GrundK StraFR**, § 28 Rn. 3).

Böylelikle bu hususta bir kimsenin başka bir kişiye sadece otomobil çalabileceği önerisinde bulunmasının tek başına bir kişiyi öldürmeye karar veren ve bunun için fiilin bütün detaylarına dair planları yapmasına göre kural olarak daha fazla cezaya layık olup olmadığına kuşkuyla yaklaşan olası tereddütler de giderilmiş olacaktır.

Nihayet akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması kapsamında haksızlık boyutu arasındaki farkın ve daha da önemlisi bağlılık kuralının bir gereği olarak tamamlanmış azmettirme karşısında cezanın belirli bir oranda indirilmesine de imkan tanınması zorunludur<sup>557</sup>. Nitekim *Erman*, ETCK döneminde md. 64 hükmüne “Azmettirilen kimsenin suçun icrasına başlamaması halinde azmettiren kimsenin cezası altıda birine kadar indirilir.” şeklinde bir düzenlemenin eklenmesini önermiştir<sup>558</sup>.

Bu anlamda TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları esnasında bu şekilde bir öneri kabul görmese de<sup>559</sup> TCK’da genel hükümler kapsamında bütün suç tipleri üzerinde uygulanabilecek genel bir düzenlemenin ihdas edilmesi, her ne kadar bu tür bir düzenleme bağlılık kuralını ihlal edici, bağlılık kuralına istisna getiren bir düzenleme olsa da<sup>560</sup> mutlak şekilde gereklidir.

Böylelikle yağma suçunu işlemesi için azmettirilen birinin gece vakti henüz bahçeye bile girmeden kapıda karşılaştığı mağdura cinsel saldırıda bulunması ve yağma suçunu işlememesi halinde Türk ceza hukuku anlayışına göre azmettiren konumundaki kişinin, failin niteliksel anlamda sınırı aşması nedeniyle cinsel saldırı suçundan dolayı sorumlu tutulamayacak olması, bununla birlikte yağma suçu

<sup>557</sup> Bu tarz durumlar için İtalyan Ceza Kanunu’nun 115’inci maddesinde azmettirenin davranışının sosyal tehlikeliliği kabul edilerek azmettiren hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür (Demirbaş, a.g.e., s. 505).

<sup>558</sup> Sahir Erman, “Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF Yay., İstanbul 1977, s. 65.

<sup>559</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533.

<sup>560</sup> Geppert, “Die versuchte Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 547. Bu konuda *Özgenç*, akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğine ilişkin kanunda özel bir hükme yer verilmesinin niceliksel bağlılık kuralına bir aykırılık oluşturmayacağına işaret etmiştir. Her ne kadar failin fiili bakımından en azından icra hareketlerinin başlamış olmasını gerektiren kural olarak niceliksel bağlılığın tamamlanmış şeriklik açısından geçerli olan bir kural olduğundan hareketle akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin, bağlılık kuralından münferit olarak azmettirme hareketinin failin fiilinden bağımsız şekilde cezaya layık olan haksızlığının cezalandırılabilirliğini ifade ettiği bir görüş olarak belirtilebilirse de (*Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 533) kanaatimiz, TCK md. 40/3 hükmünde açıkça niceliksel anlamda bağlılığın öngörüldüğü hüküm karşısında bu şekilde akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasına yönelik düzenlemenin istisna getiren bir hüküm olacağı yönündedir.

açısından teşebbüs aşamasına dahi geçilmediğinden bu suçtan dolayı da sorumlu tutulmasının mümkün olmaması, ancak konut dokunulmazlığının ihlali suçundan sorumluluğunun tartışılacak olması şeklindeki sorunun önüne geçilmiş olacaktır. Esasında bu kişi, faili yağma suçuna azmettirmiş olmasaydı bu kişi evin kapısına gitmiş olmayacak ve cinsel saldırı suçunu da işlemiş olmayacaktı. Dolayısıyla her ne kadar varsayımsal nedensellik üzerinden bir yaklaşım olsa da en nihayetinde cinsel saldırı suçu ile azmettirenin yağma suçuna azmettirme hareketi arasındaki nedensellik bağının varlığı inkar edilemez. Nitekim Alman ceza hukukunda bu kişinin cinsel saldırı suçundan dolayı azmettiren olarak sorumluluğu gündeme gelmese de yağma suçuna yönelik akim kalmış azmettiren olarak sorumlu tutulacağı muhakkaktır. Bu açıdan failin kararlaştırılan suçu işlememiş olması durumunda azmettirme teşebbüsünde bulunan kişinin suç işleme yönündeki iradesinin Türk hukukunda TCK md. 214 hükmünde düzenlenen suç işlemeye tahrik suçunda olduğu gibi ancak bazı hallerde cezaya layık görüldüğü<sup>561</sup> dikkate alındığında Türk ceza hukukunda önemli bir eksikliğin mevcut olduğundan bahsedilebilecektir. İşte bu eksiklikler, kanuna yapılacak eklemeye giderilmiş olacak, cezalandırılabilirlik alanında ortaya çıkacak muhtemel boşlukların önüne geçilmiş olacaktır.

### iii. Akim Kalmış Yardım Etme

Yardım etmenin iki boyutu bulunmakta olup bunlar, fiili işlemeye zaten daha önceden karar vermiş olan failin bu fiili işlemesine katkıda bulunması ve failin bu suçun icra hareketlerine başlamasıdır. Bu çerçevede anahtarın kullanılmaması ve bu şekilde eve girilmesi durumunda da suç işlenmiş olsa da anahtarın verilmesiyle failin eve girme fiili arasında nedensel bir bağlantının kalmadığı durumlarda akim kalmış yardım etmeden bahsedilebilecektir<sup>562</sup>.

**Kanaatimize göre** akim kalmış yardım etme, akim kalmış azmettirmenin aksine cezaya layık değildir. Bu noktada görüş farklılıklarında belirleyici olan husus, yardım etme ile failin fiili arasındaki gerek bağılıktan gerekse nedensellikten kaynaklı olarak karşılıklı ilişkiye bakışlarındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bu,

<sup>561</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 567; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 200; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 654; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 505; Hakeri, **a.g.e.**, s. 555.

<sup>562</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 576.



kanaatimiz olan azmettirmenin üç boyutlu, yardım etmenin ise iki boyutlu olduğu gerçeğini de açıkça doğrulamaktadır.

Yardım etmede de biri arka plandaki kişi tarafından kanunda yer alan yardım hareketlerinden herhangi birini gerçekleştirme, diğeri ise failin fiili işlemesi şeklinde iki boyuttan bahsedilebilirse de gerek yardım hareketinin gerçekleştirildiği anın çoğu defa fiilin işlendiği esnada ya da sonrasında olması gerekse failin fiili işleme kararını bizatihi kendisinin alması, dolayısıyla arka plandaki kişinin yardımsal katkısı olmasa bile fiili işleyebilecek durumda olması, zaten bu nedenden dolayı da arka plandaki kişinin müşterek fail olarak nitelendirilmemesi gibi sebepler göz önünde bulundurulduğunda yardım hareketinin tek boyutlu olduğundan bahsedilebilecektir.

Buna rağmen akim kalmış yardım etmenin Alman hukukunda cezalandırıldığı dönemlere rastlanmaktadır. Belki de sadece bu dönemi incelemek bile akim kalmış yardım etmenin niçin cezasız kalması gerektiğine dair kanaatimiz açısından başlı başına bir fikir verecektir. Özellikle de Alman hukukunda akim kalmış yardım etmenin cezalandırılabilir olarak görüldüğü dönemde ceza hukuku politikasına Nasyonal-Sosyalist ideolojiye dayalı bir iktidarın yön vermesi dikkate alındığında daha net sonuçlara ulaşılabilecektir. Hatta bu ideoloji, o dönemki kanuni düzenlemelere o denli yansımıştır ki söz konusu kanuni değişikliklere o yıllarda “Nasyonal-Sosyalist Ruh İçinde Ceza Hukuku Koruması” adı verilmişti. İşte totaliter devlet anlayışını da beraberinde getiren bu ideolojiye dayalı olarak şekillendirilen ceza hukuku, bireyin özgürlüğü ve güvenliğinin korunmasından ziyade iktidarın ve rejimin korunmasını ön plana almış, böylelikle de rejim muhalifleriyle birlikte rejimin korunmasıyla ilgisi olmayan suç faillerine karşı da rejimin korunması refleksiyle oldukça katı bir politika izlenmiştir. Öyle ki esasında politik rejime karşı olmayan ve sadece bireysel suç işleyen bu kişilerin de kanunları ihlal etmek suretiyle devletin bağlayıcı şekilde sabit kılınan ve ideal durum olarak propagandası yapılan kanuni değerler düzenini şüpheye düşürdükleri düşüncesinden hareket edilmeye başlanmış, bu çerçevede bu kişiler, topluma zarar veren olmak suretiyle zamanında müdahale edilmesi ve toplumdan tasfiye edilmesi, buna rağmen mümkünse eğitilerek yeniden topluma kazandırılmaları gereken kişiler olarak telakki edilmeye başlanmıştır<sup>563</sup>.

<sup>563</sup> J. –D. Busch, **a.g.e.**, s. 92, 93.

Bu temel felsefeye dayalı olarak 29.05.1943 tarihinde akim kalmış azmettirmenin yanında Ceza Hukukunu Uyarlama Kanunu ile birlikte kanuna “*Cürmün işlenmesi için faile yardım eden kişi işlenmemiş olmasa veya yardımdan bağımsız bir şekilde işlenmiş olsa bile yardım eden olarak cezalandırılır. Hakim, görevin gereklerine uygun olarak cezayı indirebileceği gibi ceza vermekten de kaçınabilir.*” şeklindeki § 49 a/3 hükmünün eklenmesiyle akim kalmış yardım etme de cezalandırılabilir hale gelmiştir. Böylelikle akim kalmış azmettirmenin yanına cürmün işlenmesi için akim kalmış yardım etme de cezalandırılabilirlik alanına dahil edilmiş, ancak tabi ki öngörülen ceza tehdidinin, teşebbüs kuralına göre belirli bir oranda indirilmesine de imkan tanınmıştır<sup>564</sup>.

Gerçekten de söz konusu düzenlemenin onaylanmayan düşünce ve irade ceza hukuku anlayışının bir ifadesi olduğu ileri sürülebilir<sup>565</sup>. Nitekim irade ceza hukuku anlayışıyla birlikte ceza hukukunun tipik hukuki değerlerin, bireylerin yararlarının ihlal edilmesine ilişkin değil, bilakis toplum yaşamına karşı yöneltilmiş olan “kötü irade”ye karşı failin hareketinde söz konusu olan korkutma ve olabildiğinde sert uygulamaya ilişkin olması gerektiği kabul edilmiştir. İrade ceza hukuku okulu şeklindeki bu ceza hukuku anlayışıyla çok fazla sürdürülebilir olmamasına rağmen propaganda sayesinde sürdürüldüğü ve uygulamada etkisini gösterdiği ifade edilmiştir. Nihayetinde nasyonal-sosyalist düşünceyi temel alan bu düşüncenin özellikle de teşebbüs ve iştirak bağlamında önemli etkileri olmuş, nitekim irade ceza hukuku fikirleriyle neredeyse sadece sübjektif unsur dikkate alınmış, teşebbüsle tamamlanmış suçların ceza oranları eşitlenmiş ve belki de en önemlisi şeriklerin bağıllığı ortadan kaldırılmıştır<sup>566</sup>.

Akim kalmış yardım etmeyi akim kalmış azmettirme kapsamında muhtemel failde suç işleme kararının verdirilmesinden ayıran temel nokta, akim kalmış yardım etmede akim kalmış azmettirmede olduğu derece cezaya layık olacak şekilde bir hukuki değerlerin ihlal edilmesi tehlikesinden bahsedilemeyecek olmasıdır. Nitekim ceza hukukunun görevinin ancak daha az önem arz eden, özellikle de bu tür ceza hukuku reaksiyonu ile objektif tehlikesizlik durumlara müdahale etmek olmadığına

<sup>564</sup> Thalheimer, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>565</sup> Letzgus, **a.g.e.**, s. 155; J. -D. Busch, **a.g.e.**, s. 94.

<sup>566</sup> J. -D. Busch, **a.g.e.**, s. 94, 96.

işaret edilmiştir. Bu çerçevede akim kalmış yardım etmenin de cezalandırılabilirlik alanına dahil edilmesi, failin cezalandırılabilir hareketi ile hiçbir şekilde nedensel ilişki içinde bulunmayan, salt faile yardımcı olma düşüncesinin *yardım etme hareketi adı altında* failin cezalandırılabilir fiili bulunmaksızın cezalandırılabilirliğinin söz konusu olmasıyla birlikte ceza hukukunun görevinin tamamen dışına çıkılacak, sübjektif kıstaslardan hareket edilmesi ve cezasız kalacak hareketlerle cezalandırılabilir hareketler arasındaki ayrımın net bir şekilde ortaya konması imkanının zorlaşmasına yol açması şeklindeki sonuçlar beraberinde gelecek, bu da hukuk devleti prensibi kapsamında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>567</sup>.

En nihayetinde Alman hukukunda da 1975 yılında yapılan ceza reformu ile birlikte akim kalmış yardım etme, cezalandırılabilirlik alanında çıkarılmış, geç de olsa nasyonal-sosyalist rejimin etkilerinden uzaklaşmıştır. Alman hukukunda dönemsel olarak yer yer bu tür düzenlemelere yer verildiği görülürken Türk hukukunda her ne kadar bazı olağanüstü dönemlerde düşüncenin cezalandırılabilirlik alanında genişletilme yapıldığı gözlenirse de hiçbir dönemde akim kalmış yardım etmenin de cezalandırılması şeklinde bu denli bir genişleme yoluna gidilmemiştir. Nitekim günümüzde de **olması gerektiği gibi** akim kalmış yardım etme cezalandırılmamalıdır<sup>568</sup>. Şu halde Türk hukukunda mirasa daha çabuk ulaşmak adına büyükbabası B'yi öldürmek isteyen ve büyükbabası B'nin evine yönelen A'nın, kız arkadaşı C'den aldığı silahı kullanmayıp büyükbabasını evde bulunan tüfekle öldürmesi olayında C'nin yardım hareketi fiile hiçbir şekilde katkı sağlamış olmadığından dolayı C, cezasız kalacak, akim kalmış yardım etme nedeniyle C'nin cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir<sup>569</sup>.

<sup>567</sup> J. -D. Busch, **a.g.e.**, s. 100, 101.

<sup>568</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 480.

<sup>569</sup> Heinrich, **AT**, Rn. 1367. Bununla birlikte anahtarın faile teslim edilmesinin ön plandaki kişinin fiili işleme yönündeki kararının oluşmasında ya da kararının pekişmesinde bir etki oluşturmuş olması halinde manevi yardım etmenin gündeme gelebileceği ifadesini kullanan *yazarlar*, (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 576) anahtarın teslim edilmesine rağmen fail tarafından kullanılmadığı ve fakat bu davranışın failde manevi anlamda bir etki oluşturduğu halleri de akim kalmış yardım etme olarak kabul etmişlerdir. Zira *yazarların* “*Ancak suç ortağının hareketi, suçun işlenmesi sürecindeki nedensel değerini yitirmiş görünmektedir: Anahtarı vermeseydi de fail açık kapıdan girecekti! Bu yönüyle suç ortağının eylemi maddi yönden önemsizdir ancak suça teşvik ya da suç işleme kararını kuvvetlendirmek olarak nitelendirilebilir ise manevi yönden önemli sayılıp yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Buna karşılık şu hallerde yardım etmeye teşebbüs hiçbir şekilde cezalandırılmaz..*” şeklindeki ifadelerinden (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 576) manevi yardım etme olarak görülebilecek



---

davranışların akim kalmış yardım etme olarak cezalandırılabilir görüldüğü anlamı ortaya çıkmaktadır. Oysa ki anahtarın ön plandaki kişiye teslim edildiği ve fakat anahtarın kullanılmadığı durumlarda bu davranışın failde manevi bir etki oluşturup oluşturmadığı ile anahtarın kullanılmaması sonucu ortaya çıkan akim kalmış yardım etme durumu münferit değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Yani teslim edilen anahtarın işlenen fiilde kullanılmaması karşısında maddi yardım etme açısından cezalandırılmayan akim kalmış yardım etme söz konusuysa failin fiili işlemesine yönelik kararında oluşturduğu etki karşısında manevi yardım etme açısından cezalandırılabilir tamamlanmış yardım etme gündeme gelecektir. Dolayısıyla *yazarların* da bahsettiği gibi bu tür manevi etkilerin varlığı halinde akim kalmış yardım etmenin cezalandırılabilirliği gibi bir durumdan söz edilemeyecektir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SINIRLI BAĞLILIK KURALI KAPSAMINDA NİTELİKSEL BAĞLILIĞIN GEREKLERİ

#### I. Niteliksel Bağlılığın Gereklere

İkinci bölümde de belirtildiği üzere azmettirme ve yardım etme şeklindeki şeriklik türleri, hukuki değerler üzerinde bağımsız bir saldırı gerçekleştirmiş olsa ve haksızlık teşkil etse de büyük ölçüde failin fiiline bağlı olarak cezalandırılabilir hale gelmektedir. Bu bakımdan azmettirme hareketinin birçok suç teşkil eden durumda bizatihi kendisi de cezalandırılabilir bir nitelik arz edecek olsa da cezaya layık olmasına neden olacak şekilde sahip olduğu haksızlığın önemli bir kısmı failin fiilinin ya da fiili ile meydana gelen neticenin haksızlığına bağlıdır. Bu bağlılık, yardım etmede daha da belirgindir. Zira yardım etme hareketinin bizatihi kendisinin arz ettiği haksızlık, azmettirme hareketinde olduğu gibi cezaya layık değildir. Bu bakımdan yardım etmenin cezalandırılabilirliği, tamamen bağlılıktan kaynaklanmaktayken azmettirmenin cezalandırılabilirliği büyük oranda bağlılık dolayısıyla olsa da her durumda bir kısmı yine azmettirenin kendi davranışına dayanmaktadır. En nihayetinde tamamlanmış şeriklik dolayısıyla cezalandırılma için bir başka kişi tarafından gerçekleştirilmiş olan bir fiilin varlığı gerekmektedir<sup>1</sup>.

İşte bu durum, doğal olarak şeriklerin sorumluluğu tespit edilmek istendiğinde evvela failin fiili üzerinde bir takım incelemeler yapılmasını zorunlu kılmakta, failin fiilinin bazı nitelikleri haiz olup olmadığına dair araştırmanın yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Buradan hareketle failin fiilinin hangi niteliklere sahip olması gerektiği sorusu sorulmuş ve soruya verilen farklı cevaplara binaen bağlılığa ilişkin olarak asgari, sınırlı, katı ve aşırı bağlılık olmak üzere bağlılığın farklı görünüm şekilleri ile karşılaşılmıştır. İncelemenin bir önceki bölümünde gerek Alman hukukunda gerekse Türk hukukunda niteliksel bağlılık açısından<sup>2</sup> sınırlı bağlılık kuralının benimsendiği ifade edilmişti. Bununla birlikte her iki hukuk sisteminde de

---

<sup>1</sup> Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996, § 61 VII 1; Bernd Schünemann, “Täterschaft und Teilnahme”, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010, § 26 Rn. 18.

<sup>2</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 1.

bu durumun, ceza kanunlarında yer alan düzenlemelerden kaynaklandığı üzerinde durulmuştu.

Bu bölüm kapsamında Türk hukukunda sınırlı bağıllık kuralının benimsenmesi nedeniyle ortaya çıkan gereklilikler irdelenecek, bu çerçevede ortaya çıkan farklı görüşler üzerinden tartışmalar yapılacaktır. Bu gereklilikler, bir anlamda niteliksel bağıllığın beraberinde getirdiği gerekliliklerdir. Buna göre öncelikle şeriklerin sorumluluğu için failin fiilinin hangi nitelikleri haiz olması gerektiği ve de hangi niteliklerin bulunmasına gerek olmadığı, ikinci olaraksa fail ve/veya şerik açısından söz konusu olan nitelikli hallerin diğer suç ortaklarına etkisi detaylı bir şekilde incelenecektir.

Bu bölüm içerisinde niceliksel bağıllık incelemesi yapılmayacaktır. Zira niceliksel bağıllığa ilişkin detaylı incelemeye zaten ikinci bölümde yer verilmiştir. Bununla birlikte niceliksel bağıllık, sınırlı bağıllık kuralıyla tam olarak ilişkili görülebilecek bir özellik arz etmemektedir. Öyle ki failin fiilinin hangi aşamaya ilerlemiş olması gerektiği ile ilgilenen niceliksel bağıllık, şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin hangi nitelikleri haiz olması gerektiğiyle ilgilenen niteliksel bağıllık kapsamındaki bağıllık derecelerinden biri olan sınırlı bağıllık kuralından bağımsız bir husustur. Buna rağmen Türk doktrininde bazı görüşler, niceliksel bağıllık kuralını sınırlı bağıllık kuralının gerekleri altında ele almıştır<sup>3</sup>. Ancak incelememizde niceliksel bağıllığa bu bölüm içerisinde girilmeyecek, böylelikle bir önceki bölümde yer verilen bilgilerle yetinilecektir.

Bölüm kapsamında her ne kadar temelde Türk hukuku üzerinden bir inceleme yapılacaksa da yer yer karşılaştırmanın beraberinde getireceği faydalar dikkate alınarak Alman hukukuna da değinilecek, olası sorunlara ve çözüm önerilerine işaret edilecektir. Bu çerçevede Alm. CK'nın azmettirmeye ilişkin düzenlemesinde (§ 26), “Her kim bir başkasını, **kasten**, o kişi tarafından işlenecek olan **kasıtlı bir hukuka aykırı fiili** gerçekleştirmek üzere sevk ederse, azmettiren olarak fail gibi cezalandırılır.” ve keza yardım etmeye ilişkin düzenlemesinde (§ 27) “Bir başkasına, o kişi tarafından **kasten işlenen hukuka aykırı fiil** için **kasten** yardımında bulunan kişi, yardım eden olarak cezalandırılır.” hükümlerine yer verilmiş, failin ve

<sup>3</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 459.

şeriklerin davranışlarının niteliği zikredilmiştir. TCK'da ise “Bağlılık Kuralı” başlıklı 40’inci maddede “*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” hükmüne yer verilmek suretiyle açıkça niteliksel anlamda bağlılık kuralının koşullarına yer verildiği, bu anlamda Alman hukukuna göre daha açık bir düzenlemenin öngörüldüğü belirtilebilir.

İşte Alm. CK’daki şeriklik düzenlemelerinde ve TCK’daki ayrı bağlılık düzenlemesinde de görüldüğü üzere her iki ülke kanununda da şeriklerin sorumluluğu için failin fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekmekte, ayrıca failin kusurlu olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla fail konumundaki kişinin işlediği fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekli ve yeterli olacaktır.

Esasında Türk kanun koyucunun sınırlı bağlılık kuralını esas aldığını gösteren ifade, düzenlemenin ilk cümlesi değil, sorumluluk için kusura ihtiyaç bulunmadığını belirten ikinci cümlesidir. Zira düzenlemeden ikinci cümlenin silinmesi durumunda tek başına birinci cümle, Türk ceza hukuku sisteminde sınırlı bağlılık kuralının benimsendiği sonucunu ortaya çıkarmayacak, yalnızca minimal bağlılık kuralının kabul edilmediğini göstermeye yetecektir. Bunun dışında kişilerin kusurlarının birbirinden bağımsız olduğu belirtilmediği sürece şeriklerin failin kusuruna da bağlı olduğu ihtimal dahilinde görülebilecek, bu anlamda tek başına ilk cümle katı bağlılık kuralının benimsendiği sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Gerçi tek başına bu cümleyle dahi kanun koyucunun sınırlı bağlılık kuralından hareket ettiği bir görüş olarak ileri sürülebilir olsa da, bu cümlenin en azından katı bağlılık kuralının da kabul edilmiş olduğu yönünde bir tartışmanın kapısını aralayacağı belirtilmelidir. Buna rağmen kanaatimiz, Türk ceza hukukunda sınırlı bağlılık kuralının benimsendiğini gösteren ifadenin 40’inci maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinden ziyade kişilerin kusurlarının birbirinden bağımsız olduğuna işaret eden ikinci cümlesi olduğu yönündedir.

Bununla birlikte TCK md. 40 hükmündeki ilk cümle olmaksızın tek başına ikinci cümlenin varlığının Türk ceza hukukunda sınırlı bağlılık kuralının benimsendiği yönündeki iddia için yeterli olup olmayacağı hususu da irdelenmesi

gereken bir mevzudur. Zira “Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.” şeklindeki ifadenin düzenlemede yer almaması ve sadece “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.” hükmüne yer verilmesi de sınırlı bağlılık kuralının kabulü için yeterli addedilemez miydi sorusu sorulabilir ve bir anlamda aslında bu soru ile birlikte söz konusu ifadenin kanunda gereksiz olduğuna işaret edilebilir. Nitekim kişilerin kusurlarının birbirinden bağımsız olduğu şeklindeki ifade ile esasen kanun koyucunun katı bağlılık kuralını benimsemediği rahatlıkla anlaşılacaktır. Ancak bu defa da kanun koyucunun minimal bağlılık kuralını mı yoksa sınırlı bağlılık kuralını mı kabul ettiği anlaşılacaktır, hatta ilk ihtimale göre, yani ikinci cümle olmaksızın sadece ilk cümleye yer verilmesi şeklindeki ihtimale göre çok daha karışık sonuçları beraberinde getirecek bir duruma yol açılmış olacaktır. Öyle ki tek başına ikinci cümle ile birlikte taksirli olarak işlenen suçlara da iştirak mümkün olabilecek, akim kalmış şeriklik halleri cezalandırılabilir olacak ve hatta failin fiilinin hukuka uygun olduğu durumlarda dahi şeriklerin fiillerinin cezalandırılabilir olup olmadığı yönündeki tartışmanın önünün açılması tehlikesi baş gösterecek, bu da aslında bağlılık kuralını büyük ölçüde anlamsız hale getirecektir. Bu bakımdan TCK’da yer alan mevcut düzenlemedeki her iki cümlelerin de birbirini tamamladığı, her ikisinin de sınırlı bağlılık kuralı bakımından vazgeçilmez bir niteliği haiz olduğu vurgulanmalıdır.

Nihayet tüm bu anlatılanlardan sonra sınırlı bağlılık kuralı kapsamında niteliksel bağlılık kuralının gerekleri şu şekilde ifade edilebilir: 1. Tipe uygun bir fiilin var olması, 2. Hukuka Aykırı Fiilin Varlığı. Yine tipe uygun bir fiilin varlığı kapsamında hem failin hem de şeriklerin davranışları bakımından maddi unsurun ve manevi unsurun gerçekleşmesi gerekir<sup>4</sup>. Ayrıca tipe uygun bir fiilin var olması ve hukuka aykırı fiilin varlığı şeklindeki bu iki koşul dışında, kanun koyucu tarafından katı bağlılık kuralının benimsenmediğini gösteren, bir anlamda şeriklerin sorumluluğu için “gerekli olmayan” husus ise failin kusurlu olması şeklinde ifade edilebilir. Bununla birlikte bu kapsamda failin ve keza diğer suç ortaklarının

<sup>4</sup> Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 577.



şahıslarında mevcut olan kişisel nedenlerin diğer suç ortaklarına etkisi de değerlendirilmesi gerekli olan önemli bir konu olarak görülebilir.

## **A. Tıpe Uygun Fiilin Varlığı**

### **1. Maddi Unsur**

Bu başlık altında irdelenecek olan husus, failin ve şeriklerin hareketleri açısından maddi unsurun gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre failin fiili açısından maddi unsurun gerçekleşmiş olmasının yanında azmettiren ve yardım edenin de davranışının maddi unsur kapsamında tipik olması gerekmektedir. Bu da esasında şerik konumunda bulunan arka plandaki kimselerin azmettirme ya da yardım etme şeklindeki davranışını gerçekleştirmiş olmalarına dair bir gereklilikten başka bir şey değildir. Nitekim şeriklik hareketinin bulunmadığı bir durumda diğer koşullardan bahsedilmesinin bir anlamı olmayacaktır. O halde hem failin hem de şerikin hareketleri bakımından “kendilerine özgü bir değerlendirme içerisinde” maddi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenmelidir.

Bu noktada şeriklerin hareketleri açısından maddi unsurun gerçekleşmesinden anlaşılması gereken, şeriklik hareketinin ceza kanununun özel hükümlerinde düzenlenen suç tipleri kapsamında yer verilen fiil açısından tipik olması demek değildir. Zaten şeriklerin hareketlerinin böyle bir özelliği de bulunmamakta, daha evvel de belirtildiği üzere kanunun genel hükümlerinde şeriklere özgü düzenlemelere yer verilmesinin en temel sebebi de şeriklerin ceza kanunlarında yer alan suç tiplerini işleyememeleri, diğer bir ifadeyle suç tipindeki hareketi gerçekleştirememeleridir. Öyle ki şerikler, kanuni suç tiplerindeki hareketi işleyebilecek olsalardı zaten kendileri de fail olarak kabul edilebilirdiler. Böylece şeriklik düzenlemelerine de gerek kalmazdı. Dolayısıyla şeriklerin hareketleri bakımından maddi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirme, tamamen kanunların genel hükümlerinde yer alan şeriklik düzenlemeleri kapsamındaki kanuni tanımdan yola çıkılarak yapılmalı, bu anlamda azmettirme için “sevk etme, yönlendirme”, yardım etme için ise “failin fiiline destek olma, failin fiilini kolaylaştırma” niteliğini haiz bir hareket aranmalı ve ortaya çıkan sorunlar bu minvalde ele alınmalıdır.

Bu başlık altında evvela failin fiili üzerinde detaylı bir inceleme gerçekleştirilecek, ardından da yukarıda çizilen çerçeve içerisinde şeriklik hareketleri

üzerinde durulacaktır. Şeriklik hareketleri kapsamında birçok tartışma söz konusu olsa da incelememizin bağlılık kuralı üzerine olması nedeniyle yalnızca temel hususlara değinileceğini, maddi unsurlar kapsamında özellikle de Alman hukukunda ortaya çıkan tartışmalara girilmeyeceğini belirtmekte yarar bulunmaktadır.

#### **a. Failin Fiili Bakımından**

Şeriklik çerçevesinde ortaya konulan hareketin iki yönü olduğundan şeriklerin gerçekleştirdikleri hareketin hukuka aykırılığının temellendirilmesi bakımından da iki yönden hareket edilir ve evvela failin fiili esas alınır. Bu noktada tam anlamıyla bir şeriklikten söz edilebilmesi için bir başka kişi tarafından işlenmiş bir suçun mevcut olması gerekir<sup>5</sup>. Fail tarafından düşünce olarak ifade edilmiş ve düşünce olarak da kalmış olan hususlara yönelik yardım etme veya azmettirme teşebbüsü niteliğindeki hareketler, adıyla müsemma bir şekilde ancak teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme yahut da yardım etme olabilir ki bunların da ne ölçüde cezalandırılabilir olduğuna daha evvel detaylı bir şekilde değinilmişti.

Bu anlamda fail konumundaki bir başka kişi tarafından en azından teşebbüs aşamasına gelmiş bulunan bir suçun varlığı şarttır<sup>6</sup>. Bu da kişinin en azından icra hareketlerine başlanmış olunan, maddi ve manevi unsurları gerçekleşmiş, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmayan bir fiilin mevcudiyetinin gerekli olduğu anlamına gelmektedir. Buna göre öldürme ve yaralama suçlarının ihdas edildiği düzenlemelerde bir insanın öldürülmesinden ya da yaralanmasından *bir başka kimsenin* öldürülmesi veya yaralanması yönünde bir anlam çıkarıldığından söz gelimi bir kimsenin kendisini öldürmesi veya yaralaması gibi durumlarda maddi unsur oluşmayacak, diğer bir deyişle failin fiilinin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılacak, kişinin kendisini öldürmesi için azmettiren veya yardım eden kişiler, söz konusu öldürme suçundan yahut da yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulamayacaklardır<sup>7</sup>. Daha evvel de ifade edildiği üzere bu sebeple “İntihara Yönlendirme” başlıklı TCK md. 84 hükmünde *başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ya da başkasının intiharına*

<sup>5</sup> Jürgen Baumann, “Täterschaft und Teilnahme, **JuS 1963**, s. 136.

<sup>6</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 136.

<sup>7</sup> Hans Achenbach, “Beteiligung am Suizid und Sterbehilfe–Strukturen eines unübersichtlichen Problemfeldes”, **Jura 2002** s. 542; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen, München 2012, § 20 Kn. 138.

*herhangi bir şekilde yardım etme* hareketlerinin cezalandırılacağı belirtilmiş, özel bir düzenleme ihdas edilmiştir.

Bununla birlikte azmettirme veya yardım etme hareketini gerçekleştiren kişilerin, bir başka kişinin kendisini öldürmesi noktasında açık bir belirlemeleri, üstünlükleri söz konusu ise diğer bir kişinin ölümü üzerinden, ölen kişinin gerçekleştirdiği hareketin tipik olup olmadığı hususundan bağımsız olarak, bizatihi kendi hareketleri nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları gündeme gelebilecektir. Nitekim esasında bu durum, dolaylı faillikte bağlılık kuralının söz konusu olmamasının da bir sonucudur. Alman mahkeme kararlarına göre bu gibi durumlarda şayet intihar eden bayılarak kendinden geçmişse ihmali hareketle faillikten söz edilebilir<sup>8</sup>. Şu halde Türk hukukunda söz gelimi intihar etmek isteyen kişiye ipi temin edip kişiye veren kimsenin, intihar eden kişinin kendisini asarak bayılmasının hemen ardından müdahale etmemesi ve o kişiyi kurtarmaması halinde TCK md. 83 hükmü gereğince kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan sorumlu tutulması gerekecektir. Buna karşılık TCK md. 84/2 kapsamında intiharın gerçekleşmesi halinde cezada artırım yapılmasına neden olan hükmün de TCK md. 83 karşısında farkı da ortaya konmalıdır. Buna göre kişiye ipi teslim edip kişinin olay yerinden ayrılmasından sonra kendisine ip teslim edilen kimsenin intihar etmesi halinde TCK md. 84/2 hükmü gereği sorumluluk söz konusu olacaktır. Fakat ipi teslim eden kişinin ipi tesliminin ardından olay yerinden ayrılmaması ve intihar olayını izlemesi, intihar eden kişinin düşüp baygınlık geçirmesi, bu kişinin TCK md. 83 hükmü gereğince sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Bununla birlikte bu gibi garantör hareket yükümlülüğü, herhangi bir aktif hareket gerçekleştirmeksizin sırf intihar eden kişiyi, iradesine saygı duyarak izleyen kişiler bakımından söz konusu olmayacaktır<sup>9</sup>. Yani bu noktada önem arz eden husus, arka plandaki kişinin ön plandaki kimsenin intiharına yönelik olarak ipi kendisine vermek şeklinde daha önceden aktif bir hareket gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir.

Benzer durum kişinin, yanındaki kimseyle birlikte intihara kalkışması hallerinde de söz konusudur. Buna göre intihar eden kişinin kendi yaşamı

<sup>8</sup> Kühl, AT, § 20 Kn. 138; Bu görüşe yönelik eleştiri için Ralph Ingelfinger, **Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit**, Duncker&Humblot, Berlin 1992, s. 234.

<sup>9</sup> Achenbach, **Jura 2002**, s. 542, 544; Kühl, AT, § 20 Kn. 138.

bakımından tehdit oluşturan hareket üzerinde kendisinin de tam anlamıyla bir hakimiyetinin bulunması halinde kendisiyle beraber intihar teşebbüsünde bulunan kişi açısından herhangi bir ceza sorumluluğu gündeme gelmeyecektir<sup>10</sup>. Bu durum, Alman hukukunda özellikle de başarısız çifte intihar konusuna ilişkin olup “*Gisela*” adıyla bilinen ve mahkeme önüne gelen bir kararda tartışılmıştır. Bu çerçevede yukarıda ifade edilen ve ön plandaki kişinin hareketinin tipik olmadığı için kişiyi araç olarak kullanıp intihar etmesini sağlamanın söz konusu olduğu dolaylı faillikle hiçbir şekilde öldürmeye yönelik aldatıcılığın mevzu bahis olmadığı çifte intihar durumu birbiriyle karıştırılmamalıdır. Karar kapsamındaki olay arabanın içine egzoz gazı doldurarak ölmeyi deneyen bir çiftten sadece şoför koltuğunun yanında oturan *Gisela*’nın ölmesi karşısında sürücü koltuğunda oturan kişinin intiharının başarısız olmasına ilişkindir. Bu olayda Yüksek Mahkeme, intiharda başarılı olamayan eşin, diğerinin intiharına yardım eden olarak sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>11</sup>. Buna gerekçe olaraksa *Gisela*’nın aracın kapısını kendisinin kilitlemesi gibi gerçekleştirdiği hareketler dolayısıyla hedeflenen ölüm neticesi bakımından olayın gelişimine bir bütün olarak hakim durumda olması gösterilmiştir. Bu bağlamda *Gisela*’nın intiharından bizzat kendisinin sorumlu olduğu, dolaylı olarak kendi yaşamını sonlandırmaya yönelik hareketler gerçekleştirdiği, bizzat kendisinin içerisi gaz dolan arabayı tek etmediği vurgulanmış, bu tür çifte intihar eylemlerinde intihara kalkışan kişilerin eşit şartlar altında oldukları, birinin diğerine şerik olarak görülemeyeceği kabul edilmiştir<sup>12</sup>.

Tipe uygun ve/veya hukuka aykırı halde vuku bulmuş bir fiil mevcut olmadığı sürece hukuka aykırı, tamamlanmış bir şerikliğin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir<sup>13</sup>. Buna göre ön plandaki kişiyi kendi malını çalmaya sevk eden ve malın faile ait olduğundan habersiz olan arka plandaki kişi, bir başka kişi tarafından işlenmiş hırsızlık suçundan bahsedilemeyeceğinden dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulamayacaktır. Benzer şekilde özel belgede sahtecilik suçu kapsamında belgenin

<sup>10</sup> Kühl, AT, § 20 Kn. 138.

<sup>11</sup> BGHSt 19, 135, 139 (Kühl, AT, § 20 Kn. 138).

<sup>12</sup> Kühl, AT, § 20 Kn. 138; Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, De Gruyter, 9. Auflage, Berlin 2015, s. 570.

<sup>13</sup> Reinhart Maurach/ Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014, § 53, Rn. 11. Güncel görüş için bkz. Friedrich Dencker, “Beteiligung ohne Täter”, **Festschrift-Klaus Lüderssen**, Baden-Baden 2002, s. 527.

içeriğinin değiştirilmesi şeklinde fikri sahtecilik yer almadığından dolayı ev sahibine kira sözleşmesinde rakamda değişiklik yapması yönünde fikir veren kişinin, ev sahibi tarafından işlenen fiil tipik olmadığından şerik olarak sorumluluğu gündeme gelmeyecektir<sup>14</sup>. Ancak ön plandaki kişiyi söz konusu suçu işlemeye sevk etme çabasına girdiği, bu yönde teşebbüs hareketleri içerisinde bulunduğu için, elverişsiz teşebbüs olmadığı sürece azmettirme teşebbüsünden söz edilebilir ki bunun ne derece cezalandırılabilir olduğu hususu yine bir önceki bölümde tartışılmıştı.

## **b. Şerikler Bakımından**

### **i. Azmettiren**

TCK'da bir kimseyi suça azmettiren kişinin, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiş (md. 38), bu bağlamda madde metninde de madde başlığı ile uyumlu ve fakat başlığı tekrarlar şekilde sadece “azmettirme” ifadesine yer verilmiştir. Alm. CK'ya göre ise bir başkasını, kasten, o kişi tarafından işlenecek olan kasıtlı bir hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek üzere sevk eden kişinin azmettiren olarak fail gibi cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır (§ 26). Dolayısıyla Alman hukukuna göre bir kimsenin azmettiren olabilmesi için bir kimseyi bir fiilin işlenmesine yönelik olarak sevk etmesi gerekir<sup>15</sup>. Alman hukukunda sevk etmenin ne anlam ifade ettiğine dair kanun koyucu tarafından başka bir bilgiye yer verilmemiş, buna karşılık kavramın içeriğine ilişkin olarak doktrinde yapılan tartışmalar neticesinde bir sonuca ulaşılmış ve bir kimsenin, fail konumundaki kimsenin fiili işlemesi yönündeki kararının kaynağı olması, bu yönde bir kararın oluşmasına neden olması olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan azmettirme için kişinin, failde bu yönde bir kararın oluşumu bakımından birçok etkenin yanında en azından önemli bir etkiye bulunmuş olması gerekir<sup>16</sup>.

Türk hukukunda ise Alm. CK'da olduğu gibi söz konusu azmettirme ifadesine kısmen de olsa açıklık getiren bir ibareye madde metni içerisinde yer verilmemiştir. Ancak TCK'nın madde gerekçesinde azmettirmeden ne anlaşılması gerektiğine

<sup>14</sup> Selman Dursun, **Sözlü Konuşma**, 27.03.2017.

<sup>15</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 129; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11.Auflage, Verlag Ersnt und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, § 30 Rn. 30; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C.KN.. Beck, München 2003, § 26 Rn. 65.

<sup>16</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 65; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 31; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 1; *Baumann*, Azmettirmeyi başkasının fiiline manevi olarak sebebiyet verme olarak nitelendirmiştir (Baumann, **JuS 1963**, s. 127).

değinilmiş ve bu suretle “azmettirme” ifadesinin, Alm.CK’da yer alan ifadeden daha açık hale getirilmesine katkıda bulunulmuştur. Madde gerekçesine göre azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir<sup>17</sup>.

Aslında azmettirme hükmünün madde gerekçesi, azmettirmenin tanımına ilişkin olarak yeterli açıklamaya sahip olup en azından tanım bakımından Alman hukukunda olduğu gibi doktrinsel anlamda bir tartışma yapılmasına gerek bırakmamaktadır. Zira madde gerekçesinde azmettirme için gerekli olan iki önemli unsura da yer verilmiştir. Bunlardan birincisi, belli bir suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan, bu yönde bir karara sahip olmayan bir kimsenin mevcut olması, ikincisi ise birinci koşula uygun şekilde mevcut olan bu kişinin belli bir suçu işlemeye karar verdirilmesidir. Aslında Alman hukukunda da azmettirmenin objektif bakımdan hareketinden bahsedilebilmesi için TCK md. 38’in gerekçesinde yer verilen bu iki unsurun gerekli olduğu ifade edilmiş, fakat bu husus, kanun koyucu tarafından değil ve fakat gerek doktrinsel tartışmalar<sup>18</sup> gerekse mahkeme uygulamaları ile ortaya konulmuş<sup>19</sup>, sabit hale getirilmiştir.

Türk hukuku ile Alman hukuku arasındaki bu konuya ilişkin bir diğer farklılık da Alm.CK’da “*kasıtlı bir hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek üzere sevk etme*”

<sup>17</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 465; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 576; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Bası, Seçkin, Ankara 2016, Kn. 753; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 507, 508; Hakeri, **a.g.e.**, s. 575; Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin, Ankara 1999, s. 165; Halid Özkan, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara 2014, s. 5.

<sup>18</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 753; Hakeri, **a.g.e.**, s. 575; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2014, s. 1137.

<sup>19</sup> “Suça azmettirmede esas unsur, azmettirilenin iradesi üzerinde suç işleme konusunda kesine etki yaratmasıdır. Başka bir deyişle azmettiren bir başkasına suç işleme kararı verdiren kişidir. Somut olayda sanık M. Demir’in, eşi sanık Sünkar Demir’in katılana taş attığı esnada eşine söylediği “at taşları kafasını yar” biçiminde sözlerin, sanık Sünkar Demir’in suç işleme kararının oluşmasını ne şekilde sağladığı kanıtlara dayalı olarak gösterilmeden mahkumiyet kararı verilmesi...” KN.. 4. CD., 09.01.2012, 2010/20823, 2012/166 - Artuk/Gökcan/Yenidünya, Şerh, C. 1, 2. Baskı, s. 1296. Bu çerçevede babasını döven kişiden intikam almak için arkadaşlarına “gidin onu dövün” diyerek yaralama suçu işlenmesine sebep olan kişi, suç işleme kararı olmayan kişilerin suç işleme kararı vermelerine neden olması nedeniyle azmettiren olarak kabul edilirken (KN.. 1. CD., 28.03.2007, 4242/2018 - Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1138) suç işleme kararını veren ve silahını dolduran faile “vur şunları” demek, azmettirme olarak değil, teşvik etme olarak görülmüştür (KN.. 1. CD., 23.05.2007, 2450/4007 - Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1138).

ifadesine yer verilmesi karşısında TCK'nın 38'inci maddesinin gerekçesinde “*bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.*” ifadesine yer verilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık her ne kadar bu ifadelerde kullanılan kelimeler farklı olsa da aslında kapsam olarak her iki ifadenin de aynı anlama geldiği rahatlıkla belirtilebilir. Yani Alm.CK'da yer alan ifadenin de bir başka kimsede belli bir suçun işlenmesine yönelik kararın oluşumuna neden olmak şeklinde anlaşılacağı belirtilebilir<sup>20</sup>. Keza Türk hukuku bakımından da bir başka kişinin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmek üzere sevk edilmesi yahut da bu tür bir fiili gerçekleştirmeye yönlendirilmesi de azmettirme olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte failde suç işleme kararının oluşumuna neden olan kişinin mutlaka tek bir kişi olması şart olmayıp bu açıdan kişinin azmettiren olabilmesi için failde suç işleme kararının oluşumuna neden olan etkenlerden biri olması gerekli ve keza yeterli addedilecektir<sup>21</sup>.

Faili *belirli bir fiili*<sup>22</sup> işlemesi hususunda sevk edilmeye çalışıldığı esnada bu fiili işlemeye bizzat kendisi yahut da başka bir etken dolayısıyla karar vermiş

<sup>20</sup> Günther Heine/Bettina Weißer, “Täterschaft und Teilnahme”, **Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.KN..Beck, München 2014, § 26 Rn. 2.

<sup>21</sup> Klaus Geppert, “Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 303; S/S-Heine/Weißer, § 26 Rn. 2; Andreas Hoyer, “Täterschaft und Teilnahme”, **Systematischer Kommentar**, Band 1, 7. Auflage, 2001, § 26 Rn. 5; Wolfgang Joecks, “Täterschaft und Teilnahme”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.KN..Beck, München 2003, § 26 Rn. 18; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 10. Bası, İstanbul 1997, s. 474, 475; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 9; Eric Hilgendorf, “Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?”, **Jura 1996**, s. 11; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 177; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 2; Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 5; Klaus Hoffmann-Holland, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, § 5 Rn. 564. Azmettirme hareketinden bahsedilebilmesi için failin fiili işlemeye yönelik kesin kararının oluşmasına nedensel anlamda bir etki etmiş olması, en azından etkenlerden biri olması gerektiğine dair bu görüş çerçevesinde azmettirenin bu nedensel katkısı “olmazsa olmaz” şeklindeki nedensel anlayışın daha hafifi olarak telakki edilmelidir. Yani azmettirenin bu etkiye yol açan hareketi, azmettirilen kişinin iradesini tam anlamıyla ortadan kaldırır niteliği haiz olmayıp sadece failin iradesinde bir takım düşüncelerin temel dinamiklerini harekete geçiren bir etken yahut da etkenlerden biri olarak tezahür eder (Joachim Hrsuchka, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen”, **ZStW 110 (1998)**, s. 588; Bernd Schünemann, “Täterschaft und Teilnahme”, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010, § 26 Rn. 17 Fn. 26). Dolayısıyla da *Renzikowski*'nin hareketlerin kendisinin kendilerinden evvel meydana gelen olaylar dolayısıyla zorunlu olarak meydana gelen olaylar olmadığı, bilakis aktör konumundaki kişilerin özgür iradelerinin bir neticesi olduğu, bu noktada nedensellikten ziyade esas terimin isnadiyet olduğu, özellikle de olay A'nın aynı zamanda hareket olarak da kabul edilen bir başka olay B'nin zorunlu bir nedeni olarak ifade edilmesinin çelişki anlamına geleceği yönündeki eleştirisi (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 11) de bir cevap bulmuş olmaktadır.

<sup>22</sup> “*Sanıklar Mehmet, Mustafa, Erdem, İlker ve Fatih hakkında mağdurlar Adnan ve İbrahim'e yönelik birden fazla kişi ile birlikte cebir ve hile kullanmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun*

durumda ise –ki Alman doktrininde *omnimodo facturus* olarak isimlendirilmektedir-azmettirmeden bahsedilemez<sup>23</sup>. Bu çerçevede B'ye 50.000 TL karşılığında C'yi öldürmesi için para teklif eden A'nın bu teklifini kabul eden B'nin zaten bu teklif öncesinde C'yi öldürmüş olduğunun anlaşıldığı olayda A'nın azmettiren olarak sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Zira B, hem bu fiili işlemeye A'nın azmettirme niteliğindeki hareketinden evvel karar vermiş hem de bununla da kalmayıp bu kararını icraya geçirmiştir<sup>24</sup>.

## ii. Yardım Eden

Failin fiilinin yöneldiği konu bakımından tehlikenin yükseltilmesi bağlamında suçun işlenmesinden önce veya suçun işlendiği esnada<sup>25</sup> tipe uygun haksızlığın mümkün kılınması, güvence altına alınması, yoğunlaştırılması, gerçekleşmesine yönelik her türlü kolaylaştırma şeklindeki hareketler failin fiilinin desteklenmesi çerçevesinde yardım etme olarak anlaşılmaktadır<sup>26</sup>. Bu suretle yardım etme

---

*kılma suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerinin Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleştiği olayda, dosya içinde yer alan bilgi ve belgeler, HTS ve görüşme analiz raporları ile mağdur ve tanık anlatımlarının kendi içlerinde ve birbirleriyle vicdani kanaatle serbestçe takdir edilmesi sonucunda; poliklinikte doktor olarak görevli bulunan sanık Metin'in eşine ait kaybolan telefonun bulunması amacıyla mağdur İbrahim Demircioğlu'nun hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması eylemini gerçekleştirme hususunda henüz bir fikri olmayan diğer sanıklar Mehmet, Mustafa, Erdem, İlker ve Fatih'te, adı geçen mağdura yönelik olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleme kararının oluşmasını sağladığı anlaşıldığından sanığın TCK'nın 109/2. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna diğer sanıkları azmettirdiği ve TCK'nın 38. maddesi uyarınca azmettiren sıfatıyla cezai sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. YCGK, 22.10.2013, 2013/14-588, 2013/422 – M.Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, TCK Şerhi, C. 1, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2014, s. 1282."*

<sup>23</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 130; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 2 c ; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 65; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 31; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 9; Köhl, **AT**, § 20 Rn. 177; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 17 Fn. 26; Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 7; Özkan, **a.g.e.**, s. 88, 89. Ön plandaki kişide fiili işleme kararının oluşturulmasını azmettirme olarak kabul eden subjektif öğretinin temsilcilerinden Baumann da bu tanıımı yeterli görmemiş, müşterek failin de diğer bir müşterek failde veya yardım eden de fiili işleme kararını oluşturduğunu veya önemli ölçüde değiştirdiğini ifade ederek azmettirmeyi kendisi bir suç işlemek veya işletmek istemeyen bir başla kişide suç işleme kararının uyandırılması ile sınırlandırmıştır (Baumann, **JuS 1963**, s. 127).

<sup>24</sup> Harro Otto, Anstiftung und Beihilfe", **JuS 1982**, s. 561; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C. II, s. 474; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 31; Köhl, **AT**, § 20 Rn. 178; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 9.

<sup>25</sup> Bu anlamda yardım etmeden bahsedilebilmesi için önceden bir anlaşmanın yapılmış olması şart değildir (Aydın, **a.g.e.**, s. 178).

<sup>26</sup> Klaus Geppert, "Die Beihilfe", **Jura 1999**, s. 267; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Ünver/Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 404; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 477; Gerhard Seher, "Grundfälle zur Beihilfe", **JuS 2009**, s. 794; Aydın, **a.g.e.**, s. 175, 178; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015, § 10 Rn. 296; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7.



hususunda herhangi bir sınırlandırma yapılmamış, failin ve fiilin lehine olan ve fakat faillik ya da azmettirme şeklinde olmayan destekleyici her türlü hareket yardım etme olarak telakki edilmiştir<sup>27</sup>.

O halde bir kimsenin yardım eden olarak nitelendirilmesine yol açan katkılar, aslında kişinin müşterek fail ya da azmettiren olarak nitelendirilmesine de olanak sağlayabilecek davranışlardır. Dolayısıyla evvela yardım etmenin azmettirme ve müşterek faillik ile aralarındaki sınırın iyi bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Yardım etmenin haksızlığı, azmettirmeden yardım edenin ön plandaki kişiyi ilk harekete geçiren kişi olmaması suretiyle ayrılmaktadır. Aynı şekilde yardım edenin müşterek failden ayrıldığı nokta da yardımda bulunan kişinin fiil üzerinde hakimiyetinin bulunmaması noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>28</sup>. Bununla birlikte yardım etme için failin yarımsal katkılardan haberdar olmasına gerek bulunmamaktayken müşterek faillikte suç ortakları arasında suçu birlikte işleme kararı söz konusudur. Dolayısıyla müşterek faillikteki suç ortakları arasındaki ortak hareket etme noktasındaki iradenin varlığı da yardım etme ile farklılaşmasına yol açmaktadır<sup>29</sup>.

TCK'da suçun işlenmesine yardım eden kişi bakımından belli ceza oranları gösterilerek fail için ihdas edilen suç tiplerinde öngörülen ceza yaptırımları karşısında zorunlu bir indirim öngörülmüş (md. 39), hükmün devamında hangi

---

Auflage, C.KN.. Beck, München 2015, 45/82; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 476; Hakeri, **a.g.e.**, s. 585; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.KN.. Beck, München 2015, § 27 Rn. 129; S/S-Heine/Weißer, § 27 Rn. 14; Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015, Rn. 1320.

<sup>27</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 476. *Geppert*, objektif isnadiyetin genel kurallarını dikkate almış, sadece fiile yönelik katkıların mağdur için riski artırması ve fail için de belirgin bir şekilde neticenin gerçekleşme şansını yükseltici nitelikteki destekleme hareketlerinin yardım etme olarak nitelendirileceğine işaret etmiştir. Esasında *Geppert*'in bu görüşü, tamamen şerikliğin cezalandırma temelini riskin artırılması ilkesine dayandırılmasından kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre şeriklik için bağımsız hukuki değerlerin tehlikeye düşürülmüş olması gerekir. Bu noktada da yukarıda yer verilen objektif isnadiyet temellerinden hareket edilir (*Geppert*, **Jura 1999**, s. 267).

<sup>28</sup> Aydın, **a.g.e.**, s. 177; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1155; Grop, **AT**, § 10 Rn. 291; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 476; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 763; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 510; Hakeri, **a.g.e.**, s. 585; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 584; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 665.

<sup>29</sup> Öyle ki TCK'nın 37'nci maddesinin gerekçesinde bu husus, “*Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir.*” şeklindeki ifadelerle açıkça ortaya konulmuştur (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, SIRA Sayısı: 664, s. 444 vd.).

davranışların yardım etme olarak nitelendirileceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre suç işlemeye teşvik etme, kişinin suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etme, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterme, fiilin işlenmesinde kullanılacak araçları sağlama ve nihayet suçun işlenmesinden önce yahut işlenmesi esnasında faile yardımda bulunarak fiilin icrasını kolaylaştırma hareketlerinden *en azından birini* gerçekleştiren kişi yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>30</sup>. Bu ifadelerin yardım etmenin fer'i faillik olarak nitelendirildiği<sup>31</sup> ETCK'dan alınmış olduğu dikkat çekmektedir. Bu anlamda hangi tür hareketlerin yardım etme olarak kabul edileceği yeni olmayıp oldukça eskiye dayanmaktadır. Hatta Türk doktrininde yardım etme türlerinin maddi ve manevi yardım etme şeklindeki ayırım<sup>32</sup> da benzer şekilde ETCK döneminden gelmektedir<sup>33</sup>. Bununla birlikte bu ayırımın pratikte pek bir önemi olmadığını en baştan ifade etmek gerekir. Nitekim maddi niteliği haiz yardım davranışlarının çoğu durumda manevi bir etki de oluşturduğu görülmektedir. Öyle ki uygulamada bir önemi olmayan bu ayırım, Yargıtay kararlarında ve doktrinde kanaatimize göre gereksiz tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın manevi yardım olarak kabul ettiği bir durum<sup>34</sup> doktrinde maddi yardım olarak nitelendirilebilmektedir<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Aydın, **a.g.e.**, s. 176; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1155.

<sup>31</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 583. Bu bakımdan fer'i failliğin şerikliğe karşılık geldiği söylenemez. Zira azmettirmenin yeri önceki kanunda asli faillik altında telakki edilmiştir.

<sup>32</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 535; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 477; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 584; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 665, 666; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 763.

<sup>33</sup> Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C. II, s. 469; Önder, **a.g.e.**, C. II, s. 468, 469; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Ünver/Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 404.

<sup>34</sup> “*Oluşa, dosya içeriğine ve her iki taraftaki sanıkların aksi ispatlanamayan savunmalarına göre, sanık Şakir ile maktulün olaydan dört gün önce sanık Bilal'den 1.500 TL karşılığında iki adet 9 mm.lik tabanca aldıkları, ancak parasını ödemedikleri, bu mesele konusunda anlaşmazlık çıkması üzerine sanık Bilal'in durumu ağabeyi olan sanık Taner'e bildirdiği, Taner'in de paraların ödenmesi için maktule telefon açtığı, ancak maktulün telefonlara çıkmaması üzerine sanık Taner'in yanına sanıklar Bilal, Mustafa, Oktay, Veysel ve Ergin'i alarak maktulün iş yerinin bulunduğu iş merkezine geldikleri, sanık Taner'in maktulün iş yerine gittiği, diğer sanıklar Bilal, Mustafa, Oktay, Veysel ve Ergin'in de Taner'i ve maktulün iş yerini görebilecek bir noktada beklemeye başladıkları, sanık Taner ile maktulün tartışıp kavgaya başlamaları üzerine, sanık Taner ile birlikte gelen sanıklardan Mustafa, Bilal ve Oktay'ın ellerinde tabanca olduğu, karşı tarafta da maktul ile sanık Şakir'in ellerinde tabanca bulunduğu, maktul Battal'ın sanık Şakir'e “ateş edin bunlara” dediği, hangi tarafın ilk önce ateş ettiği belli olmayacak şekilde karşılıklı olarak silahlı çatışmanın yaşandığı, maktulün, sanık Mustafa'nın kullandığı tabanca ile kafasına isabet eden ateşli silahlı mermi çekirdeği yaralanması sonucu öldüğü, sanık Şakir'in de tabancası ile sanıklar Mustafa, Veysel ve Bilal'i hedef alarak, Bilal'i sol omuz ve sol kasık bölgesinden iki isabetle hayatî tehlikeye neden olmayan, ancak hayat fonksiyonlarını ağır derecede etkileyecek şekilde yaraladığı, Veysel'i enseden girip sol yanaktan çıkan ve sağ*

Dolayısıyla da yardım etmenin bu iki türü arasındaki ayrım gereksiz olup bunların tipik olarak bir önemi bulunmamaktadır. Buna en temel gerekçe olarak teknik bakımdan yapılan yardımın kişiye maddi anlamda bir destek sağlarken aynı zamanda daha kolay bir şekilde işlenmesini sağlamak suretiyle manevi bir destek niteliğini de haiz olması gösterilebilir<sup>36</sup>.

Bu ayrımın ne kadar gerekli olduğu hususu bir tarafa bırakıldığında kanuni düzenlemede hangi tür hareketlerin yardım etme olarak nitelendirileceğinin açıkça belirtilmiş olmasında oldukça büyük bir yarar olduğunda hiç şüphe bulunmadığı ifade edilmelidir. Nitekim bu durum, bilhassa Alm.CK'daki yardım etmeye ilişkin düzenleme dikkate alındığında daha iyi gözler önüne serilmektedir. Söz konusu hükümde (§ 27) sadece yardımda bulunmadan söz edildiği, bunun dışında yardım etmenin hangi tür hareketlerle gerçekleştirileceğine dair herhangi bir bilgiye yer verilmediği görülmektedir<sup>37</sup>. Bu durum, Alman hukukunda bu konuda oldukça farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmış, “yardım etme” ifadesinin yardımın koşullarını ortaya koymaya yeterli olmadığı yönünde oldukça yaygın bir iddiayı beraberinde getirmiştir<sup>38</sup>. Bu anlamda Alman literatüründe Alm.CK'nın değişiklikten önce (1974 yılının sonuna kadar) yürürlükte bulunan § 49 hükmüne göre yardım etme hareketi açık bir şekilde “*yol gösterme veya fül yoluyla yardımda bulunma*” şeklindeki tanımla yardım etmeden ne anlaşılacağına açıkça ortaya konduğu ileri sürülmüş, en azından maddi ve manevi yardım etme ayrımının net bir şekilde ortaya konulmuş olduğuna vurgu yapılmıştır<sup>39</sup>. Alman hukukunda bu ayrıma temel teşkil eden söz konusu ifadeler yeni düzenlemelerle birlikte yer verilmiş olmasa da maddi ve

---

*omuzdan arkadan girip sağ önden çıkan ve hayati tehlikeye neden olan iki adet ateşli silah mermi çekirdeği ile yaraladığı, Mustafa'yı sağ koltuk altında 3 cm.lik sıyrık, sol gluteal bölgenin dış tarafında 2x2 cm.lik ekimoz oluşacak ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı olayda; a) Öldürme suçunun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kuran ve olayın failleri olan sanıklar Mustafa, Bilal ve Oktay ile beraber olay yerine gelen, suçun işlenmesi sırasında olay yerinde bulunan ve faillere manevi destek veren sanıklar Taner, Ergin ve Veysel'in eylemlerinin öldürme suçuna yardım etme suçunu oluşturduğu ve TCK'nun 39/1. maddesi gereğince cezalandırılmaları gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi...* KN.. 1. CD., 10.11.2010, 2481/7378 – Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 671, 672.

<sup>35</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 672.

<sup>36</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 7.

<sup>37</sup> Baumann, **JuS 1963**, s. 137; Geppert, **Jura 1999**, s. 267; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 III 2 a.

<sup>38</sup> Kristian Stoffers, “Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht”, **Jura 1993**, s. 12.

<sup>39</sup> Stoffers, **Jura 1993**, s. 12; Seher, **JuS 2009**, s. 794.

manevi yardım etme ayrımı gerek Alman literatüründe<sup>40</sup> gerekse Alman yargı kararlarında<sup>41</sup> sürdürülmüştür. Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde her ne kadar gerek Türk doktrinindeki<sup>42</sup> gerekse Alman doktrinindeki hakim görüş yardım etme türleri arasında maddi ve manevi yardım şeklinde bir ayrım yapılması yönünde olsa da kanaatimizin bu tür bir ayrımın yerinde olmadığı yönünde olduğunu belirtmemiz gerekir.

## 2. Manevi Unsur

TCK md. 40 hükmü kapsamında suça iştirak için kasıtlı bir fiilin varlığının gerekli olduğundan söz edilmiştir. Benzer şekilde Alm. CK'daki şeriklik düzenlemeleri altında bir kimsenin **kasten**, bir başkasını *kasıtlı* olarak bir fiili işlemeye sevk etmesinden (§ 26) yahut da bir başka kişinin *kasıtlı* olarak işlediği fiile yardım etmesinden (§ 27) bahsedilmiştir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında manevi unsur kapsamında failin fiili ve şeriklerin fiili açısından ayrı bir irdeleme yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu, özellikle Alm. CK'da daha da belirgindir. Öyle ki Alm. CK'da yer alan düzenlemelerde hem failin fiili açısından hem de arka planda bulunan şerik konumundaki kişilerin fiili açısından kasıtlı bir şekilde hareket edilmesine vurgu yapılmıştır.

Şu halde ilk olarak failin fiilini kasten işlemesi gerekmektedir ki aslında bağlılık kuralının temel esaslarından biri de tam olarak budur. Yani bağlılık kuralının niteliksel anlamda şeriklerin sorumluluğu için gerekli kıldığı esas şart, failin işlediği ve şeriklerin bağlı olduğu fiilin kasten işlenmiş olmasıdır. Ancak bu şartın yanında şeriklerin de şeriklik hareketini kasten gerçekleştirmeleri de gerekir.

<sup>40</sup> Stoffers, **Jura** 1993, s. 12; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 32; Rengier, **AT**, 45/84; Otto, **AT**, § 22 Rn. 54; Krey/Esser, **AT**, § 32 Rn. 1070; Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 48; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 III 2 a; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 15; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 7; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**, 12/157; Heinrich, **AT**, Rn. 1322; Krey/Esser, **AT**, § 32 Rn. 1070; Heinrich, **AT**, Rn. 1322; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 223; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 Rn. 129.

<sup>41</sup> BGH NStZ 1993, s. 535; BGH NStZ 1998, s. 622 (Krey/Esser, **AT**, § 32 Rn. 1070).

<sup>42</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 404; Aydın, **a.g.e.**, s. 178; Vesile Sonay Evik, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, Oniki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 217 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1155; Aydın, **a.g.e.**, s. 176.

## a. Failin Fiili Bakımından

### i. Fiilin Kasıtlı İşlenmesi

“Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir.” şeklindeki 40’ıncı madde düzenlemesini içeren TCK, böylelikle en azından failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerektiğini açıkça vurgulamış gözükmektedir. Öyle ki suça iştirakin şartı olarak, yani işlenen bir fiile katkı sağlayarak iştirak etmek için kendisine katkı sağlanan fiilin mutlak surette kasıtlı olması gerektiği belirtilmiştir. Kendisine katkı sunulan fiilin de esas fiilin sahibi olan failin fiili olduğunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Bu anlamda Türk hukukunda bu hususta oldukça açık bir düzenlemeyle failin fiilinin kasıtlı olması gerektiği ortaya konulmuş, böylelikle gerek ETCK döneminde Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda eskiden beri yapılan ve hatta halen devam eden taksirli olarak işlenen fiile iştirakin mümkün olup olmadığı şeklindeki tartışma mevcut hukukumuz bakımından sonlandırılmıştır.

Esasında mevcut düzenlemelerle benzer tartışmaların Alman hukukunda da sonlanmış olması gerekirdi. Zira Alm.CK §§ 26 ve 27 düzenlemeleri dikkate alındığında esas fiilin mutlaka kasten işlenmesi gerektiğinin Alm. CK’da da açık bir şekilde hüküm altına alındığı görülmektedir. Hatta o kadar ki Alman doktrininde zaten kastın tipikliğin subjektif unsuru kapsamında yer alıyor olması nedeniyle kanunda esas fiilin “*kasten işlenmesi*” şeklinde bir koşula açıkça yer verilmesinin gereksiz olduğu yönünde birtakım görüşlerin mevcudiyeti dikkat çekmektedir. Ancak yine de doktrinde failin fiilinin kasıtlı olması gerektiğine dair ifadenin neden gerekli olduğuna yönelik iki önemli görüş ileri sürülmüş, kanun metninde söz konusu ifadeye yer verilmesinde ne derece haklı olunduğu ortaya konmuştur.

Buna göre bir kısım görüşün halen kastı bir haksızlık şekli olarak tipiklik kapsamında değil de kusur şekli olarak kabul etmesi nedeniyle bu konuda istikrarlı bir yaklaşım sergilemek adına böyle bir ifadeye kanuni düzenlemelerde yer verilmesinin kanun koyucunun amacına uygun olacağı yönünde fikir beyan edilmektedir<sup>43</sup>. Keza daha evvel de ifade ettiğimiz 29.05.1943 tarihli *Alman Ceza Kanunu'nun Uygulanması Hakkındaki Kanun*'la birlikte kanuni düzenlemedeki

<sup>43</sup> Roxin, AT II, § 26 Rn. 6, 7. Hatta Roxin, bu ifadenin kanun metninde yer verilmesinin gerekli olduğuna dikkat çekmektedir (Roxin, AT II, § 26 Rn. 6, 7).

ifadenin “*ceza ile tehdit edilen davranış*” şeklinde değiştirilmesi suretiyle failin taksirli fiilinin söz konusu olduğu durumlarda da şerikliğin mümkün olduğu yönünde ortaya çıkan sorunun, bu şekilde bir ifadeyle açıkça çözüme kavuşturulduğu, bu nedenle de failin fiilinin kasıtlı olması gerektiğine yönelik ifadenin mutlaka gerekli olduğu belirtilmiştir<sup>44</sup>. Nitekim Alman doktrininde 60’lı yıllara kadar failin taksirli olarak işlediği suçlar bakımından da şerikliğin mümkün olduğu savunulmuş<sup>45</sup>, her ne kadar daha sonraki emsal teşkil eden temel kararlarında bu kararı reddetmiş ve asla uygulamamış olsa da ilk zamanlarda Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin de bu yönde kararlar verdiği görülmüştür<sup>46</sup>. Hatta o kadar ki sonraki dönemlerde özellikle de final hareket öğretisi savunurları tarafından failin taksirli olarak işlediği fiil bakımından şerikliğin söz konusu olamayacağı ifade edilmiş<sup>47</sup>, bu şekilde karşı görüş ileri sürüldüğü iddiasında bulunulmuştur.

Bu hakim görüşü ve açık kanuni düzenlemeye rağmen Alman hukukunda halen taksirli fiile de iştirakin mümkün olduğu yönünde bir takım görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu çerçevede tartışmanın esas olarak kast ve taksirin bir haksızlık şekli olarak mı yoksa kusur türü olarak mı görülmesi noktasında ortaya çıktığı, nitekim modern suç teorisi bakımından kasıtlı olarak gerçekleştirilen bir davranışın tipikliğin subjektif bir unsuru olarak görülüp görülmediği hususunun da tam olarak nihayete erdirilemediği belirtilmiştir. Kanun koyucunun failin fiilinin kasten işlenmiş olması gerektiği şeklinde öngördüğü bu koşula yönelik olarak birçok defa çeşitli eleştirilerin ileri sürüldüğü, zira söz konusu düzenlemenin kast olmaksızın hareket eden araç konumundaki faili kullanan bir başka kişinin dolaylı fail olarak nitelendirilebilmesi şeklindeki çözümün de önüne geçtiği vurgulanmaktadır<sup>48</sup>.

Buna göre ilk olarak ön planda yer alan araç konumundaki kişinin sadece taksirli olarak hareket ettiği ve fakat arka plandaki kişinin kasten gerçekleştirdiği fiiline destek olduğundan yola çıktığı durumlara karşı bir eleştiri yöneltilmekte ve

<sup>44</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 3.

<sup>45</sup> Edmund Mezger, “Teilnahme an unvorsatzlichen Handlungen”, **JZ 1954**, s. 312; Richard Lange, “Zur Teilnahme an unvorsatzlicher Haupttat”, **JZ 1959**, s. 561.

<sup>46</sup> Mahkemenin bu görüşü kabul edip uyguladığı karar için BGHSt 4, s. 355; 5, 47. Reddettiği kararlar için BGHSt 9, 370 (377). Bilgi için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 14.

<sup>47</sup> Rudolf Börker, “Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Beteiligung”, **JR 1953**, s. 166; Paul Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1957, s. 44.

<sup>48</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 14, 15.

gerçekte asla böyle bir düşüncesi olmayan ve yalnızca eşine tıbbi ilaç tedarik etmek isteyen A'nın hasta eşini öldürmek istediğini düşünen B'nin, A'ya zehir etkisi gösteren bir ilaç vermesi ve nihayetinde söz konusu ilacı içen A'nın eşinin hayatını kaybetmesi örneği verilmektedir. Öyle ki bu örnekte verilen ilacın prospektüsünü okumuş olsaydı bu hatayı fark edebilecek ve neticeye engel olabilecek olan A'nın kastının bulunmadığı ifade edilirken B'nin durumunun ne olacağı tartışılmakta ve iştirak için failin fiilinin kasıtlı olması gerektiği yönündeki şartın yanlışlığı bu örnek üzerinden temellendirilmeye çalışılmaktadır. Zira B, ilacı eşine vererek öldürme suçunun icra hareketlerini gerçekleştiren A'nın kasten hareket etmemiş olması nedeniyle azmettiren olamamakla birlikte içerisinde bulunduğu hata nedeniyle fiilin işlenişi üzerinde hakimiyeti bulunmaması nedeniyle dolaylı fail olarak da sorumlu tutulamamaktadır. Bu durumda B'nin taksirle öldürme suçu nedeniyle cezalandırılmasının söz konusu olacağı belirtilmektedir ki işte bu çözüm de B, A'nın eşinin ölümü bakımından kasten hareket etmiş olmasına rağmen taksirli bir suçta sorumlu tutulması nedeniyle çok da yerinde görülmemekte, buradan hareketle taksirli fiillere iştirakin de mümkün görülmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>49</sup>.

Bu argüman, taksirli olarak işlenen bizzat işlenebilen suçlar ve özgü suçlarda da bazı sorunların ortaya çıktığından hareketle güçlendirilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede kanunda yer alan yükümlülük suçları örnek gösterilmiştir. Buna göre park yerinden çıkarken aracının arkasında bulunan bir çocuğu yaralayan sürücünün şüphelenerek araçtan inip bakmak istemesi karşısında olayı ve çocuğun yaralandığını gören üçüncü bir kişinin sürücüye araçtan inmemesi, herhangi bir sorunun bulunmadığı yönündeki ikazı üzerine çocuğun öylece yaralı halde kalması ve hayatını kaybetmesi olayında sürücünün taksirle yaraladığı çocuğu hastaneye götürerek yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olan üçüncü kişinin sorumluluğunun tespitinin oldukça tartışmalı olduğu ifade edilmektedir. Nitekim failin fiili taksirli olduğundan üçüncü kişinin TCK md. 83'te düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün görünmemektedir. Esasında akla hemen dolaylı faillik kurumu gelmekteyse de failin işlediği suçun yükümlülük getiren bir özgü suç olması ve üçüncü kişinin

<sup>49</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 53, Rn. 16.

böyle bir yükümlülüğünün bulunmaması, arka plandaki bu kişinin dolaylı fail olmasını engellemektedir. En nihayetinde üçüncü kişinin taksirle öldürmenin faili olarak sorumlu tutulması sonucuna ulaşılabilecektir ki bu sonuç da bazı eleştirilere maruz kalmaktadır<sup>50</sup>.

Türk hukukunda ise günümüzde bu yönde görüşlere rastlanmamaktadır. Ancak her ne kadar ETCK döneminde esas itibariyle iştirakin ve iştirak edenin hareketinin kasten gerçekleştirilmesi gerekli görülmuş, gerek Yargıtay kararlarında<sup>51</sup> gerekse doktrinde ağırlık görüş tarafından<sup>52</sup> kasıtlı olmayan suçlarda iştirakin söz konusu olamayacağı kabul edilmiş olsa da ETCK’da bu hususta açık bir düzenleme olmadığından olsa gerek müşterek faillik kapsamında taksirli fiile iştirakin mümkün olduğu savunulmuştur<sup>53</sup>. Oysa ki mevcut kanuni düzenlemenin (TCK md. 40/1)

<sup>50</sup> *Renzikowski*, bu çerçevedeki eleştirilerini Alm.CMK’da düzenlenen § 142 hükmündeki “İzinsiz Olarak Kaza Yerinden Ayrılma” suçu üzerinden temellendirmeye çalışmıştır. Söz konusu suç tipinde bir kaza durumunda belirli kişilerin olay yerini belirli bir süre terk etmemeleri ve bazı işlemleri yerine getirmeleri, aksi takdirde nedeniyle sorumlu tutulacakları öngörülmüştür. Buna göre oto parkta aracını park yerinden çıkararak A’nın tuhaf bir ses duyması üzerine araçtan inebilecekken olay yerinde bulunan B’nin aracından inerek A’yı gerçeğe aykırı şekilde rahatlatması ve araçtan inmesine engel olması üzerine A’nın gerçekleşen kazaya rağmen aracıyla olay yerinden ayrılması olayında A’nın kastı olmadığı için söz konusu suç işlenmiş olmayacaktır. Bu kapsamda *Renzikowski*, failin fiili kasten işlenmiş olmadığından B’nin şerik de olamayacağını ve keza kendisinin düzenleme çerçevesinde kaza yerinde beklemekle yükümlü kişilerden olmamasından dolayı fail de olamayacağını, dolayısıyla da cezasız kalacağını ileri sürmektedir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 16).

<sup>51</sup> “İştirakin, ancak kasıtlı suçlarda kabil olacağı gözetilmeden kasıtsız suçta (tedbirsizlikle ölüme sebebiyet vermek) sanığın yardımcı olarak mahkum edilmesi yolsuzdur.” (KN.. 4. CD., 04.06.1952, 6521/6074 - Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 444).

<sup>52</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 398, 401. Önder, açıkça failin fiilinin kasıtlı olması gerektiğine yer vermiştir (Önder, **a.g.e.**, C. II, s. 442, 444). *Erem/Danışman/Artuk* da suça iştirak için suç ortakları arasında anlaşmanın varlığı gerekli görüldüğünden ve taksirli suçlarda da bu anlaşmadan yapısal olarak söz edilemeyeceğinden iştiraki mümkün görmemiştir (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 369).

<sup>53</sup> *Erem/Danışman/Artuk*’un eseri irdelendiğinde kanunun taksirli suça iştiraki kabul etmediğine dair ifadesinin hemen ardından ilginç bir şekilde kabul ettiğine dair bir ibareye yer verdiği dikkat çekmektedir. Bkz. *Erem/Danışman/Artuk*, **a.g.e.**, s. 368, 369. İtalyan öğretisinde taksirli suçlarda iştirakin mümkün olduğunu savunan yazarların bulunduğunu belirten ve bu yazarların taksirli fiillerin de iradi olarak gerçekleştirildiği ve fakat sonucun istenmediği, bu nedenle fiilin işlenmesi esnasında iradelerin birleşmesinin söz konusu olabileceği yönündeki fikirlerine yer veren *Erem/Danışman/Artuk*, adeta bu görüşleri temellendirici örnekler vermeye çalışmıştır. Ancak bu noktada yazarların iradenin birleşmesinden tam olarak neyi kast ettikleri ve hangi suç dolayısıyla müşterek şekilde sorumlu tutulacakları sorusuna verdikleri cevap muallak kalmaktadır. Nitekim bu durum, *Erem/Danışman/Artuk*’ta yer alan A’nın odunları kesmesi, B’nin bunları toplaması ve C’nin de bu odunları tehlikeli bir yerde yakmasıyla meydana gelen yangın dolayısıyla üçünün de taksirli suçun hem fiilleri olarak nitelendirilmesi, üçünün de ortak amaçlarının ısınmak olduğu ve taksirli suçun bu kişilerin birleşmiş hareketleri sonucu meydana geldiği yönündeki örnekten de rahatlıkla anlaşılabilir. Bu örnekte evvela A’nın ve keza B’nin çıkan yangında dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırı bir davranışlarının bulunup bulunmadığı



açıklığı karşısında bu tarz görüşler artık Türk doktrinde yer bulmamakta, failin fiilinin kasıtlı olması gerektiği kesin bir şekilde aranmaktadır<sup>54</sup>.

Kanaatimizce de mevcut kanuni düzenleme karşısında taksirli fiile iştirakin mümkün olduğunun belirtilmesi hiçbir şekilde kanun koyucunun iradesiyle uyuşmayacaktır. Kanundaki açık ifade yer almamış olsaydı dahi kasıtlı olmayan bir fiile yönelik olarak gerçekleştirilen kasıtlı katkıların arka plandaki kişiyi azmettiren yahut da yardım eden olarak sorumluluk sahibi yapması, fiil hakimiyeti prensibine aykırılık teşkil edecektir. Zira öngörmediği yahut da öngörmesine rağmen istemediği bir neticeye neden olan failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışını bilip de buna kasıtlı bir şekilde katkı sağlayan bir kimsenin faile göre fiilin işlenişi üzerinde daha fazla hakimiyet sahibi olacağına ve süreci daha iyi yöneterek ön plandaki kimseyi araç konumuna indirgeyeceğinde hiçbir kuşku bulunmamaktadır<sup>55</sup>. Nitekim böyle bir durumda arka plandaki kişi kasıtlı hareket ettiğinden dolayı hem ön plandaki kimsenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini bilecek hem de bu davranışın ne tür bir neticeye sebep olabileceğini öngörecektir ve hatta isteyecek, en azından kabullenecektir. İşte bu da arka plandaki kişinin taksirli suça azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulması gibi gerek faillik-şeriklik arasındaki ilişkiye gerekse fiil hakimiyeti öğretisine tamamen aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu bakımdan ileri sürülen eleştirilerin dolaylı faillik kurumu dikkate alındığı takdirde çok da yerinde olmadığı anlaşılacaktır. Öyle ki failin işlediği fiilin kasıtlı olması gerektiği koşulunun gerçekleşmemesi, hem şeriklerin

---

incelenmeli, buna göre bir sonuca ulaşılmalıdır. Bahsi geçen örnekte mevcut haliyle A ve B'nin çıkan yangın dolayısıyla yükümlülüğe aykırı davranışlarından dahi söz edilemeyebilir. *Erem/Danışman/Artuk*'un devamında yer verdikleri örnekte ise frensiz iki arabanın çok büyük hızla gitmeleri esnasında aralarında kalarak bir kimsenin ezilmesi bakımından da araba sürücülerinin hem fiillerinin bulunduğu belirtilmiştir ki (*Erem/Danışman/Artuk*, **a.g.e.**, s. 369) burada da hem fiillerinin bulunduğu yönünde bir tespitin zaten her ikisinin de taksirli fiilleri dolayısıyla sorumlu tutulacak olmaları karşısında ne tür bir önemi olduğu da gerçekten belirsizdir.

<sup>54</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 529, 536; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 460, 468; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 566; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 649.

<sup>55</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 445. Bununla birlikte *Ünver*, taksirli bir fiile yönelik kasıtlı yardımın nasıl cezalandırılacağı hususunun TCK'da açıklığa kavuşturulmadığını ileri sürmüştür (Yener Ünver, "Yeni TCK'da Kusurluluk", **CHD 2006**, KN. 1, S. 1, s. 75). Halbuki bu tür durumlarda kasıtlı olarak hareket eden arka plandaki kişi, fiilin işleniş süreci üzerinde hakimiyeti elde edecek ve artık dolaylı fail konumuna erişecektir. Bunun kanunda ayrıca düzenlenmesi gereken bir durum olmadığı, zaten TCK md. 37/2 hükmü kapsamında telakki edilebileceği özellikle ifade edilmelidir.

cezalandırılmasının mümkün olmaması hem de bazı durumlarda azmettiren konumundaki arka planda yer alan kişinin failin kasten hareket etmediğini bilmediği durumlarda azmettiren olarak değil de dolaylı fail olarak sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirecektir.

Bununla birlikte failin taksirli fiiline şerik olarak iştirakin mümkün olmadığına gerekçesi hiçbir şekilde müşterek faillikteki gibi taksirli suçlarda bu neticeye yönelik fiilin işlenmesi hususunda kişiler arasında bir karar birliğinden söz edilemeyecek olması değildir. Bu anlamda müşterek faillikte failer arasında en baştan bir karar birlikteliğinden bahsedilecekken şeriklerle failer arasında her durumda bu şekilde bir karar birlikteliği aranmamaktadır. Zaten kural olarak fail ile yardım eden arasında manevi bir ilişkinin varlığına ihtiyaç duyulmamakta olup failin objektif olarak mevcut olan yardım edenden ya da yardımsal katkılardan haberdar olması şart değildir<sup>56</sup>. Dolayısıyla faille yardım eden arasında bir karar birlikteliği aranmayacak, failin haberi olmadan işlediği fiile katkı sağlayan arka plandaki kişi yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken son husus, taksirli harekete taksirli iştirakin de mümkün olmadığıdır. Zaten taksirli fiile kasıtlı iştirakin şeriklik olarak nitelendirilmediği bir durumda taksirli iştirak sonucu şerikliğin de kabul edilmesi söz konusu olamaz. Failin fiilinin taksirli olduğu durumlarda arka plandaki kimsenin hareketinin kasıtlı ya da taksirli olması arasında kişinin şerik olamaması noktasında bir fark bulunmasa da ön plandaki kişiyle aralarındaki ilişki çerçevesinde ne tür sorumluluklarının olacağı hususunda önemli bir fark ortaya çıkacaktır. Zira ilk durumda daha evvel de işaret edildiği üzere ön plandaki kişiye göre daha üst konumda bulunduğu fiilin işlenişinde bir hakimiyete sahip olup bu nedenle dolaylı fail olarak sorumlu tutulacakken taksirli hareketinin bulunduğu durumda artık ön plandaki faille aynı seviyede olacak ve her ne kadar yine fail olarak sorumlu tutulacaksa da bu defa dolaylı fail olarak değil, taksirli olarak işlenen fiilin faili olarak nitelendirilecektir. Birinci ihtimalde ön plandaki kişi araç konumunda olacak ve şartlara göre sadece taksirli olarak işlediği fiilden sorumlu tutulabilecek, arka

---

<sup>56</sup> BGSt 6, 248, 249 (Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.F.Müller, 44. Auflage, Hiedelberg 2014, § 13 Rn. 582); Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 21.

plandaki kişi ise kasıtlı suçun dolaylı faili olarak sorumlu görülecekken ikinci ihtimalde hem ön plandaki hem de arka plandaki kişi taksirli olarak işlenen fiilden sorumlu tutulacak, bu durumda yan yana faillik gündeme gelecek, herkes kendi kusuru dikkate alınarak cezalandırılacaktır<sup>57</sup>.

Failin tipiklik bakımından kastının aranması koşulundan vazgeçiş halinde hem tipikliğin ortadan kalkacağı<sup>58</sup>, hem de azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki zorunlu ayırımın ortadan kalkacağı ve keza azmettirme ile yardım etmenin eşitlenerek birbirine karışabileceği ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Bu temellendirme haricinde şerikliğin belirlenen yapısı içinde yer bulan bu hareket noktası, kastı haksızlığın bir unsuru olarak gören, en azından failin fiilinin kasıtlı olarak gerçekleşmediği hallerde şerikliğin failin hukuka aykırı fiilinin bulunmaması nedeniyle mümkün olmaması şeklindeki zorunlu bir gereklilik gören final hareket öğretisinden anlaşılmaktadır<sup>60</sup>. Bu nedenle final hareket öğretisini esas alan gerek Alm. CK'da gerekse TCK'da sınırlı bağlılık kuralı esas alınmış, niteliksel bağlılık kuralı kapsamında şerikin kastının yanı sıra failin de kastı aranmış, ancak kusur unsuru bir gereklilik olarak görülmemiştir<sup>61</sup>.

Tüm bunlardan sonra TCK md. 40/1 hükmünde yer alan “*Suçta iştirak için...*” ifadesi üzerinde bir değerlendirme yapılabilir. Zira “*Suçta iştirak için...*” ifadesi nedeniyle bağlılık kuralının tüm suç ortakları açısından geçerli olduğu gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bağlılık kuralı olmasa da bazı gerekliliklerinin tüm iştirak müesseseleri açısından uygulamaya mukabil olduğunun kabul edildiğine rastlanmaktadır. Nitekim düzenlemedeki “*...kasten .... bir fiilin varlığı yeterlidir.*” ifadesinden hareketle iştirak kurumunun sadece kasıtlı olarak işlenen suçlarda uygulanabileceği, taksirli suçlarda ise taksir düzenlemesi gereğince (TCK md. 22/5) bir sonuca ulaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>62</sup>. Oysa ki bu görüşün dolaylı faillik

<sup>57</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 445.

<sup>58</sup> Welzel, **Lb.**, s. 113; Letzgus, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>59</sup> Letzgus, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>60</sup> Welzel, **Lb.**, s. 113; Letzgus, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>61</sup> Letzgus, **a.g.e.**, s. 28; Georg Dahm, “Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urt. V. 6.3.1959”, **MDR 1959**, s. 508; Richard Lange, “Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat”, **JZ 1959**, s. 561; Hermann Roeder, “Exklusiver Taterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt”, **ZStW 1957**, s. 223; Rudolf Seebald, “Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt”, **GA 1964**, s. 161.

<sup>62</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 431.

kurumu kapsamında ön plandaki kişinin taksirli olarak hareket ettiği, arka plandaki kişinin kasıtlı olarak hareket ettiği ve ön plandaki kişi karşısında hakimiyeti elinde bulundurduğu durumları gözden kaçırdığı dikkat çekmektedir. Bununla birlikte TCK md. 22/5 hükmünden taksirli olarak işlenen suçlarda kanun koyucunun tek faillik sistemini benimsediği reddedilemez<sup>63</sup>.

## ii. Sınırın Aşılması

### (1) Genel Olarak

Bazı durumlarda failin sevk edildiği fiili işlemek üzere gerçekleştirdiği hareketi bizatihi kendi kararıyla, arka plandaki kişinin iradesinden ve dolayısıyla da etkisinden bağımsız bir şekilde, yönlendirildiği ya da desteklendiği fiilin içerdiği haksızlık boyutunu aşacak ölçüde yahut da başka bir suç tipini gerçekleştirecek şekilde değiştirmesi ve fiili buna göre işlemesi söz konusu olabilir<sup>64</sup>. Öyle ki gelecekte işlenmesi yönünde karar kılınan ve hele hele arka plandaki kişinin kendisi tarafından değil de bir başka kişiye işlemesi yönünde adeta “tevdi edilen” bir fiilin işleme süreci esnasında arka plandaki bu kişinin etkisinden, hakimiyetinden bahsetmek pek mümkün olmamakta, söz konusu fiilin işlenmesi en başta failin kendi iç dünyasından kaynaklı kararı olmak üzere dışsal birçok başka faktöre bağlı olarak zuhur ettiğinden bu tezahür edişin *çoğu zaman* şerikin öngörüsüne uygun şekilde gerçekleştiğinden de bahsedilemez. İşte bu da gerçekleşecek olan fiile ilişkin şerikin düşüncesi ile gerçeğin birbirine uygun olmaması sonucunu beraberinde getirir<sup>65</sup>. Bu çerçevede failin fiili ile arka plandaki kişinin düşüncesindeki fiil arasında bir uygunluk bulunmadığı, yani failin işlediği fiilin daha önce şerikle kararlaştırılan fiilin kapsamından uzaklaşması, failin azmettirildiği fiilden daha azını yahut da daha fazlasını işlemesi durumunda “failin fiilinin arka plandaki kişinin düşüncesinden ayrılması/sapmasından” söz edilecektir<sup>66</sup>.

Failin fiilinin arka plandaki kişinin düşüncesinden ayrılması/sapması, özellikle de azmettirme halinde belirgin bir şekilde gündeme gelebilir. Zira azmettirme hareketinin belirliliği, azmettirme hareketi ile failin fiilinin birbirine uygun olmasını

<sup>63</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 431.

<sup>64</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 109; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25; Özkan, **a.g.e.**, s. 116.

<sup>65</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 198, 199.

<sup>66</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 109; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50, Rn. 35; § 51, Rn. 31; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 469; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 658.

gerekli kılar. Öyle ki azmettiren kişi, bir başka kişiyi işleme için sevk ettiği suç nedeniyle dolaylı olarak sorumlu tutulmaktadır. İşte bu çerçevede azmettirme sorumluluğu bakımından arka plandaki kişinin faile etki etmek suretiyle işlenmesine neden olduğu her türlü fiilden arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gibi bir sonuca asla ulaşamaz. Dolayısıyla işlenen suçun arka plandaki kişiye isnadiyeti anlamında yeterli görülebilmesini sağlayacak bir kriterin ortaya konması gerekmektedir. Nitekim yukarıda da işaret edildiği üzere eğer bir kimse düşünce dünyasında tasavvur ettiği bir olayın gerçekleşmesini özellikle de bir başka kişiye bırakmışsa ve sürece de bizzat hakim değilse meydana gelen neticenin, arka plandaki kişinin düşünce dünyasına tam manasıyla mutlak şekilde uymaması muhakkaktır. Bu bakımdan gerçeklik ile düşüncenin birbirine birebir uygun olmamasının arka plandaki kişiye isnadiyet bakımından etki edebilmesi, ancak düşünce ile gerçeğin birbirine eş değer olması halinde mümkün olacaktır<sup>67</sup>.

Bu eşdeğerlilik, düşünce ile gerçek arasındaki farklılığın önemsiz olduğu durumlarda da mümkündür. Dolayısıyla düşünce ile gerçeğin birebir her şeyiyle aynı olması şart olmayıp eşdeğer olması da yeterlidir. Gerçeklik ile düşüncenin eşdeğer olduğu durumlarda sapmadan bahsedilemeyecek ve azmettirenin meydana gelen neticeden dolayı sorumluluğu aynen devam edecektir. Gerçeklik ile düşünce arasındaki eşdeğerliliğin tespiti ise “önemlilik kriteri”ne göre belirlenecektir<sup>68</sup>. Yani fail tarafından gerçekleştirilen fiilin azmettirenin kendisini yönlendirdiği fiile önemli oranda uygun olması gerekmekte olup bu husus, doktrinde de üzerinde mutabık kalınan bir durumdur<sup>69</sup>. Bu çerçevede esas alınacak esas kriter, sapmanın önemli olup olmadığıdır.

Sapmanın önemsiz olması durumunda fail tarafından işlenen fiil, arka plandaki kişiye yüklenebilecektir<sup>70</sup>. Sapmanın önemsiz olup olmadığı, yani failin fiilinin işlenmesinin azmettirme suretiyle işaret edilen kapsamda sürdürülüp

---

<sup>67</sup> Özkan, **a.g.e.**, s. 116.

<sup>68</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 199; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 79; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 509; Özkan, **a.g.e.**, s. 117.

<sup>69</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 403; Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 199; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 31; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 79; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25.

<sup>70</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 509; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 658.

sürdürülmediğinin tespiti, haksızlık oranının artırılması ve fiilin belirliliği için geliştirilen prensiplerin kullanılması ile tespit edilebilecektir. Bu çerçevede failin aynı suç tipi içerisinde kalmak kaydıyla fiilin icra ediliş yöntemi, zamanı ve yeri konusunda ayrılış sergilemesi durumunda yine de azmettirme kabul edilebilecektir. Herhangi bir fiile azmettirmeden söz edilebilmesi için söz konusu detayların belirlenmesine ihtiyaç duyulmadığından bu tür azmettirenin tasavvurundaki hususlar bağlamında bir ayrılışın da önemi olmayacaktır. Öyle ki bu tür detayların değişmesi, suç tipinde bir değişikliğe yol açmadığı gibi fiilin haksızlık içeriği bakımından da herhangi bir farklılığa neden olmaz<sup>71</sup>. Nitekim azmettirenle aralarında fiilin cumartesi günü işlenmesi yönünde bir karara varmalarına rağmen failin, fiili cumartesi günü değil de cuma günü işlemesi yahut da karşılaştırılan süper market dışında başka bir marketin mallarını çalması veya malları çalarken araç olarak minibüs değil de kamyonet kullanması hallerinde de azmettirmenin varlığı kabul edilir<sup>72</sup>. Yani failin, işlenen fiilin haksızlık oranına etki etmeyen ve detaylara ilişkin olan hususlar bağlamında karşılaştırılanın dışına çıkmış olması, azmettirenin fiille olan bağlantısının kopmasına neden olacak bir değişikliği beraberinde getirmeyecektir. Bu durum suçun işlenmesinde kullanılan aracın değiştirilmesi açısından da geçerlidir. Nitekim suçun işlenmesinde kullanılacak aracın değiştirilmesi her durumda sınırın aşılması olarak kabul edilemeyecektir<sup>73</sup>. Öyle ki burada da önem arz eden husus, azmettirilen failin anlaşma sınırları dahilinde kalıp kalmadığı, karşılaştırılan fiille işlenen fiilin sahip olduğu haksızlık oranları arasındaki farkın önemli olup olmadığıdır<sup>74</sup>. Bu minvalde salt aracın değiştirilmesi doğrudan sınırın aşılmasına neden olmayacağı gibi aracın değiştirilmediği durumlarda da sınırın aşılması olabilir. Yani sınırın aşılması, aracın değiştirilmesiyle ilişkili olabileceksede doğrudan bununla ilgili bir mevzu değildir.

Bunun dışında “fiilin işlenme nedeni” konusunda da failin iradesinde meydana gelen değişikliğin azmettirmenin varlığına herhangi bir etkisi olmayacaktır. Nitekim paraları uluslararası bir terör örgütüne aktarmak üzere bir banka soygunu

<sup>71</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 110; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 79; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 64; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 33.

<sup>72</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 110; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470.

<sup>73</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 415.

<sup>74</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 415.

gerçekleştirmeye azmettirilen failin banka soygununu gerçekleştirmesinin ardından azmettiren de dahil olmak üzere kimseye haber vermeden paralarla birlikte yurt dışına kaçıp gününü gün eden failin, azmettirenle açık veya zımni olarak failin işlenme nedenine ilişkin vardıkları kararın temel nedeninden adeta bir ayrılış sergilemesi, azmettiren kişinin azmettirme hareketinin akamete uğradığı anlamına gelmeyecek, bu durumda da tamamlanmış azmettirmeden söz edilecektir<sup>75</sup>.

Bu kapsamda özellikle de failin işlenmesi esnasında “konunun değiştirilmesi”, planlanandan farklı bir konunun (daha) hedefe alınmış olması üzerinde durulmalıdır. Buna göre söz gelimi A’nın, sevmediği arkadaşı C’yi sopayla dövmesi için arkadaşı B’yi azmettirmesine karşılık B’nin C’yi sopayı dövdükten sonra kararlaştırılan planın değişmesine neden olacak ölçüde ayrıca kendi arkadaşı olan D’yi de bıçakla yaralaması halinde A’nın D’nin yaralanmasından sorumlu tutulmasından bahsedilemeyecektir. Ve fakat arka plandaki kişinin, mağdurun kimliğine bir önem atfetmemiş olması halinde ulaşılabilecek sonuçta bir değişiklik olacaktır. Nitekim bir terör örgütünün lideri tarafından örgütçe hazırlanan ve öldürülmesi planlanan kara listede yer alan kişilerden öncelikle daha az korunduğu düşünülen Y’nin öldürülmesini istemesine karşılık görevi üstlenen örgüt üyesinin Y yerine ismi kara listede yer alan ve fakat henüz öldürülme vakti gelmemiş bir başka kişiyi ateş ederek öldürmesi halinde de örgüt lideri azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>76</sup>. Dolayısıyla sapmanın önemli olup olmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

Bu örneklerde de görüldüğü üzere sapmanın önemsiz olduğu durumlarda herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Bu noktada temel sorun, azmettirilenin hareketinin içerdiği haksızlık oranının azmettirenin kastından önemli oranda ayrılması, önemli bir sapmanın söz konusu olması halinde görünmektedir. Gerçi her ne kadar azmettirenin sorumluluğu ancak kastı kapsamında yer alan kadar olup kastı kapsamında yer almayan hususlardan sorumluluğu bulunmasa da bazı hususlarda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, tartışmalar yaşanmıştır<sup>77</sup>. Aslında bu tartışmalar, negatif yönlü olabileceği gibi pozitif yönlü de olabilen sapmanın pozitif

<sup>75</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 110.

<sup>76</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 111.

<sup>77</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 198.

yönlü olan kısmında gerçekleşmektedir. Zira esas sapma, pozitif yönlü olup “sınırın aşılması” da bu noktada ortaya çıkmaktadır. O halde negatif yönlü sapmanın irdelenmesinin hemen ardından bu hususun detaylı bir şekilde irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Fail, azmettirildiği fiilin içerdiği haksızlığa oranla daha fazlasını gerçekleştirebileceği gibi daha azını da gerçekleştirebilir. Fiili icra eden kişinin arka plandaki kişinin sevk ettiği fiilden daha hafif şeklini işlemesi halinde, yani negatif anlamda fiilin işlenmesinde bir sapma söz konusu olduğunda arka plandaki kişi, daha az ağır olan suça, yani azmettirenin düşüncesindeki suça göre değil, suçlar aynı nitelikte olması kaydıyla gerçekleşen suça göre azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>78</sup>. Dolayısıyla en başta suçun nitelikli haline azmettirilmesine rağmen failin suçun temel şeklini işlemesi durumunda azmettiren, suçun temel şekline azmettirmeden sorumlu olacaktır<sup>79</sup>.

Zira bu sapma, daha büyük haksızlık içeren fiilin işlenmesi için azmettirmenin, aynı şekilde daha azını da bünyesinde barındırdığı düşüncesinden hareketle önemsiz kabul edilir<sup>80</sup>. Ancak failin azmettirilenden daha azını işlemesi durumunda da azmettirenin bu işlenen fiilin içermiş olduğu mevcut haksızlık oranını aşan ihlal etme iradesinin cezanın belirlenmesinde mutlaka dikkate alınması gerektiği de vurgulanmalıdır. Bu çerçevede Alman hukuku bakımından aynı zamanda daha ağır olan ve fakat işlenemeyen suç dolayısıyla “bağlılık kuralına bir istisna olacak şekilde” akim kalmış azmettirmeden de bahsedilebilecektir<sup>81</sup>. Dolayısıyla da biri daha hafif suça azmettirme, diğeri ağır olan suç bakımından akim kalmış azmettirme olmak üzere tek fiille birden fazla sorumluluk gündeme gelecek, en nihayetinde fikri içtima kuralları gereğince bunlardan yalnızca birinden dolayı sorumluluk tespiti yapılacaktır<sup>82</sup>. Buna göre azmettirilen kişinin azmettirildiği yağma suçu yerine evde karşısında hiç kimse çıkmadığı için hırsızlık suçunu işlemesi durumunda arka

<sup>78</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 451, 464; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 83; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 74; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 115; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 533. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 568; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 658; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 509.

<sup>79</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 658; Özkan, **a.g.e.**, s. 117.

<sup>80</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 32.

<sup>81</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 115; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25.

<sup>82</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 83.



plandaki kişinin tek bir fiille hırsızlık suçuna tamamlanmış azmettirme ve yağma suçuna da akim kalmış azmettirmeden dolayı sorumluluğundan bahsedilecektir<sup>83</sup>. Aynı şekilde mağduru öldürmesi istenen kişinin mağduru öldürmeyip yalnızca yaralaması halinde arka plandaki kişi, gerçekte ortaya çıkan kasten yaralama suçu bakımından azmettiren, işlenmeyen ve fakat bu kişi tarafından işlenmek üzere ön plandaki kişinin yönlendirildiği kasten öldürme suçu bakımından ise akim kalmış azmettiren olacaktır. Her iki durum, tek fiille meydana geldiğinden dolayı fikri içtima söz konusu olacaktır<sup>84</sup>. Türk hukukunda ise akim kalmış azmettirme cezalandırılabilir olmadığından azmettirenin, azmettirdiği daha ağır nitelikteki suçtan sorumlu tutulmayacağı ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Yani azmettiren, fail hangi suçu işlemişse ancak o suçtan sorumlu tutulabilir<sup>86</sup>.

Negatif sapmaya karşılık olarak esas sapma, pozitif yönlü olup “sınırın aşılması” da tam bu noktada ortaya çıkmaktadır<sup>87</sup>. Zira failin azmettirildiği fiile göre daha fazlasını gerçekleştirmiş olması durumunda artık sınırın aşılmasından söz edilecektir. Pozitif sapmada, yani sınırın aşılması durumunda, diğer bir ifadeyle azmettirilenin fiilinin azmettirenin tasavvurunda yer alan fiilin içerdiği haksızlık derecesi bakımından artış gösterecek şekilde önemli bir farklılık içermesi halinde genel olarak azmettirenin kastı kapsamında yer almayan bu kısım bakımından arka plandaki kişinin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir<sup>88</sup>. Bunun dışında muhtemel sınır aşımı durumlarının sistematize edilmesi açısından doktrinde tam bir görüş birliğinden de söz edilemez. Zira bu konuda muhtemel sınır aşımı durumlarına ilişkin olarak üç farklı görüş ileri sürülmüştür: Birinci görüş, tipiklik kapsamında kalan ve tipikliği aşan sınır aşimleri şeklinde bir farklılaştırma yaparken ikinci görüş, tipikliğin değişmesini belirten niteliksel yahut da derecelendirme ilişkisi içinde

<sup>83</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 115; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 32; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 75.

<sup>84</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 74; Rn. 75.

<sup>85</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 471.

<sup>86</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 757.

<sup>87</sup> Nitekim *Baumann/Weber/Mitsch*, negatif sapmayı sınırın aşılmasının tam tersi bir durum olarak nitelendirmiştir. Ancak “negatif sapma” ifadesi şahsi kanaatimiz olup bu anlamda *Baumann/Weber/Mitsch*, sınır aşımının tersi olarak yalnızca faili işlediği fiilin azmettirenin isteği ve düşüncesinin altında kalması durumuna işaret etmiştir (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 74).

<sup>88</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 71; Rn. 76; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 565.

derecenin artırılmasını ifade eden niceliksel sınır aşımı şeklinde bir ayırım yapmıştır. Üçüncü görüş ise failin azmettiren tarafından ortaya konulan fiilin işlenmesine yönelik plan bakımından kasıtlı olarak aşması ve şahısta hataya düşmesini ya da hedefte sapma halini ifade eden kasıtlı olmayan aşması şeklinde bir sınıflandırma yapmıştır<sup>89</sup>. Türk doktrininde ise sınır aşımında niteliksel ve niceliksel sınır aşımı ayrımı yapılması şeklindeki ikinci görüşün hakim olduğu görülmektedir<sup>90</sup>. Bu nedenle de incelememiz ikinci görüş üzerinden yapılacaktır.

## (2) Niceliksel Sınır Aşımı-Niteliksel Sınır Aşımı

Fiili icra eden kişinin yönlendirildiği suç tipinden başka bir suç tipini işlemesi halinde niteliksel aşmadan söz edilmekte, suç tipi bağlamında bir değişiklik olmaksızın, aynı suç tipi içerisinde yalnızca haksızlık boyutunda bir değişikliğin mevzu bahis olması halinde ise niceliksel aşmadan bahsedilmektedir<sup>91</sup>.

**Niceliksel sınır aşımının** ilk görünüm şekli, suçun konusu üzerindeki zararın, yani ihlalin artırılmasıdır. Nitekim fiili icra eden kişinin, kendisinden 50 lira çalması istenmesine rağmen 500 lira çalması yahut da 1 tokat atmak üzere azmettirilmiş olmasına rağmen mağdura 10 tokat atması durumunda niceliksel aşmadan söz edilebilecektir. Bu tür durumlarda herhangi bir şekilde suçun niteliği değişmediği gibi suçun nitelikli hali ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali de gerçekleşmemektedir. Yani suç, yine temel şekli içerisinde kalmakta, sadece ihlaldeki artış dolayısıyla haksızlık oranında bir artış meydana gelmektedir.

Niceliksel sınır aşımının ikinci görünüm şekli, suçun nitelikli halinin işlenmesi bağlamında söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle suçun temel şekline azmettirilen kimsenin arka plandaki kişinin iradesinden ayrılarak suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini işlemesi halinde de niceliksel aşma gündeme gelir<sup>92</sup>. Şu halde hırsızlık suçunu gündüz vakti işlemesi yönünde azmettirilen failin suçu gece vakti işlemesi halinde niceliksel sınır aşımı söz konusu olacaktır.

<sup>89</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 199.

<sup>90</sup> Bu görüşün 765 sayılı TCK döneminde de hakim görüş olduğu ifade edilebilir. Bkz. Önder, **a.g.e.**, C. II, s. 450; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 403; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 534; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 469.

<sup>91</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 114; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 534; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 659.

<sup>92</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 659.

Niceliksel sınır aşımının üçüncü görünüm şekli, suç tipinde belirtilen hareketlerden birini işlemesi yönünde azmettirilen kimsenin suç tipindeki hareketlerden birini daha işlemesi halinde söz konusu olacaktır. Buna göre arabanın lastiklerini patlatması istenen kişinin bu fiilin yanında ayrıca aracın camlarını kırması, kaportasını çizmesi durumunda niceliksel aşma gündeme gelecektir.

Nihayet suçun temel şekline azmettirilen kişinin suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini işlemesi durumunda da niceliksel aşmadan bahsedilebilecektir<sup>93</sup>. Buna göre mağduru döverek yaralama suçunun basit şeklini işlemesi için kendisine sopa verilen bir kimsenin söz konusu sopayla mağdurun felç geçirmesine neden olması hali, bu durumun en tipik örneği olup bu tür hallerde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç dolayısıyla niceliksel aşım gündeme gelecektir.

**Niteliksel sınır aşımında** ise bu denli farklı varyasyonlardan bahsedilemeyecek, failin, azmettirilen suçtan başka bir suçu işlemesi durumunda niteliksel aşma söz konusu olacaktır. Niceliksel aşmadaki bilgiler de dikkate alındığında hırsızlık suçunu işlemeye azmettirilen failin hırsızlık suçu yerine yağma suçunu<sup>94</sup> ya da hırsızlık suçunun yanında cinsel saldırı suçunu da işlemesi durumunda niteliksel anlamda sınır aşılmış olacaktır<sup>95</sup>. Buna göre örneğin bir kimseyi korkutması için kendisine silah verilen kişinin mağduru korkutmak yerine yaralanması durumunda da niteliksel sınır aşımından bahsedilecektir<sup>96</sup>. Bununla birlikte A'yı öldürmek üzere azmettirilen kimselerin A'yı bulamadıkları olay yerinde *hataya düşmeksizin* A yerine B'yi öldürmeleri durumunda da niteliksel anlamda sınır aşımı gündeme gelecektir. Zaten Yargıtay da sanıkların SA isimli bir şahsı öldürmek üzere anlaşmaları, ancak onu bulamayınca karısını öldürmeleri suretiyle talimat ve telkinatı tecavüz ettikleri, neticeyi değiştirdiklerinden, azmettiren İV'nin sorumlu olmasının gerekmeceği sonucuna ulaşmıştır<sup>97</sup>. Elbette bu halde istisna, daha sonra değinileceği üzere azmettirenin ön plandaki kişiyi azmettirirken mağdurun kimliğine

<sup>93</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 450; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 534; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470.

<sup>94</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 534; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470.

<sup>95</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 451; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 534; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 469, 481; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 659.

<sup>96</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 469; YCGK, 19.12.1994, 347 (Hakeri, **a.g.e.**, s. 558).

<sup>97</sup> YCGK, 03.02.1986, 42 (Hakeri, **a.g.e.**, s. 558).

önem atfetmediği, herhangi bir kimsenin öldürülmesini veya yaralanmasını istediği durumlardır.

### (3) Sınır Aşımında Sorumluluk

Bu kapsamda esas tartışılan ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açan husus niteliksel ve niceliksel sınır aşımaları durumunda arka plandaki kişinin sorumluluğunun belirlenmesidir.

Zira Türk öğretisinde hakim görüş, niteliksel sınır aşımında hiçbir araştırmaya girmeksizin, doğrudan, işlenen fiilin arka plandaki kişiye yüklenemeyeceği, işlenen fiilin azmettirenin kastı kapsamı dışında olduğu sonucuna ulaşmaktayken<sup>98</sup> niceliksel sınır aşımında kanunda bu husustaki düzenlemenin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmekte, bu anlamda birçok durumda arka plandaki kişinin işlenen fiilden doğrudan sorumlu tutulması yönünde bir uygulamayı benimseme yönündedir<sup>99</sup>. Bu kapsamda niceliksel sınır aşımında azmettirenin sorumlu tutulup tutulmayacağı noktasında azmettirenin kastı irdelenmekte, kastı dışında kalan kısımlardan sorumluluğa gidilmemektedir<sup>100</sup>.

Bu konudaki **kanaatimiz**, niteliksel-niceliksel sınır aşımı şeklinde bir ayırımın makul olmadığı, hele hele sorumluluk tespitinin doğrudan bu ayırmadan hareketle yapılamayacağı, esas dikkat edilmesi gereken ölçütün her halükarda “kast kriteri” olduğu yönündedir<sup>101</sup>. Yani arka plandaki kişinin, aşılan kısımdan sorumlu tutulabilmesi, aşılan kısım bakımından en azından olası kastının varlığına bağlıdır. Bu kriter, niceliksel aşım açısından da niteliksel sınır aşımı açısından da geçerlidir.

<sup>98</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 451, 464; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 403. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 659. Nitekim Önder, azmettirenin sınır aşımından sorumlu tutulup tutulmayacağına dair bir tartışmanın dahi yapılmasının gereksiz olduğunu ifade etmiştir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 451, 464).

<sup>99</sup> Nitekim Önder, şeriklerin gerçekleşen ağır neticeye dair sorumluluklarının tamamen ceza kanununun genel sistemiyle ilgili olduğunu belirtmiş, bu anlamda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemenin dikkate alınması gerektiğini, ancak TCK’nın bu hususta özel bir düzenleme ihdas etmediğini, kanunun ya netice sorumluluğunu kabul ettiğini ya da ağır netice bakımından uygun nedensellikte yetinildiğini belirterek arka plandaki kişinin doğrudan meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulacağını ileri sürmüştür (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 451). Bununla birlikte Erem/Danışman/Artuk’un sınırın aşılmasında aşan kısmın diğer suç ortaklarına sirayet etmeyeceği yönündeki ifadesi de (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 415) bir hayli ilginç görünmektedir.

<sup>100</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 534; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 470; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 659.

<sup>101</sup> Nitekim Erdem/Öztürk hiçbir şekilde bu tür bir ayırım yapmamıştır (Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 757). Önemli olan kasttır (Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 757).

Yani hakim görüşün kabul ettiği gibi niteliksel sınır aşımında da azmettirenin sorumluluğunun direkt reddedilmesinden yana olmadığımızın altını önemle çizmek gerekir. Bu durumun en önemli nedeni, bazı durumlarda niceliksel sınır aşımının mı yoksa niteliksel sınır aşımının mı olduğu tespitinin yapılmasındaki güçlüktür. Nitekim özellikle de suçun hırsızlıktan yağmaya dönüşmesi ve yaralamadan öldürmeye dönüşmesi hallerinde sınırın niceliksel mi yoksa niteliksel mi aşıldığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Keza bu ayrımı reddetmemizin bir diğer nedeni de niteliksel sınır aşımı dahi olsa “özellikle kademeli geçişlerde” aşılan kısmın da azmettirenin kastı kapsamında yer alabilecek olmasıdır. Zaten hırsızlık suçuna azmettirilen kimsenin yağma suçunu işlemesi ya da yaralamaya azmettirilen kişinin öldürme suçunu işlemesi durumlarında kademeli bir geçişin varlığından söz edilebilir ki bu hallerde azmettirenin sadece kastına bakılması yeterli olacak, aşımın niteliksel mi yoksa niceliksel mi olduğu herhangi bir önem arz etmeyecektir.

*i. Niceliksel sınır aşımı türlerinde sorumluluk kapsamında farklı ihtimaller değerlendirildiğinde evvela ilk üç durum üzerinde durulacaktır.* Zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin olan dördüncü hal üzerinde özel bir değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Bu çerçevede ilk üç durumda, yani suçun konusu üzerindeki zararın, yani ihlalin artırılması veya suçun nitelikli halinin işlenmesi yahut da suç tipinde belirtilen seçimlik hareketlerden birini işlemesi yönünde azmettirilen bir kimsenin suç tipindeki hareketlerden birini daha işlemesi bağlamında söz konusu olan hallerde arka plandaki kişinin aşılan kısım bakımından sorumlu tutulması, bu kısmın da kast kapsamında yer alması halinde mümkün olabilecektir. Nitekim failin azmettirenin kastını aşması halinde azmettirenin sorumluluğu bakımından esas alınabilecek en temel kuralın, **azmettirilenin kastı kapsamında yer alan kısımdan sorumlu tutulması** olduğu daha evvel de defaten belirtilmişti<sup>102</sup>. **Bu noktada arka plandaki kişinin aşılan kısım bakımından olası kastının bulunması halinde de sorumluluğu söz konusu olabilecektir.** Ancak arka plandaki kişinin failin işlediği fiil bakımından da kastı bulunması gerektiğinden bu noktada taksirinin bulunması yeterli olmayacaktır. Yani aşılan kısım bakımından öngörüsü

<sup>102</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 403; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 83; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 113.

bulunan ve fakat bu aşmayı istemeyen arka plandaki kişinin bu öngörüsü, aşılan kısımdan sorumluluk bakımından yeterli olmayacaktır.

Bu çerçevede yukarıda yer alan niceliksel sınır aşımına ilişkin ihtimallerden ilkinde zaten fail bakımından değişmeyen bir durum söz konusu olup bu durum, fail karşısında arka plandaki kişi açısından evleviyetle değişmeyecek, azmettirilen suç neyse o suçtan dolayı bir cezalandırma yoluna gidilecektir. Ancak bu noktada elbette bir tokatla on tokat, keza 50 Lira ile 500 Lira arasında da bir fark söz konusu olacak, bu da cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi esnasında kendini gösterecektir. Diğer bir ifadeyle ihlaldeki bu artış, şayet arka plandaki kişi tarafından en azından öngörülmüş ve kabullenilmiş ise azmettirenin cezasının belirlenmesinde dikkate alınacaktır<sup>103</sup>. Buna göre söz gelimi mağdura tokat atması istenmesine rağmen mağdurun hastanelik edilecek şekilde dövülmesi olayında arka plandaki kişi, yine kasten yaralama suçu nedeniyle azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>104</sup>, kişinin ağır şekilde dövülmesi bakımından öngörüsünün bulunması ve bu durumu kabullenmesi halinde bu aşılan kısım, ceza miktarının belirlenmesinde gözönünde bulundurulacaktır.

Yukarıda yer verilen bir diğer aşma ihtimali olan suçun temel şeklinin işleneceği düşünülürken failin suçun nitelikli halini işlemesi halinde, söz gelimi hırsızlık suçunun temel şekline azmettirilen kişinin suçu gece vakti işleyerek nitelikli halini işlemesi durumunda da arka plandaki kişi, yine hırsızlık suçunun temel şeklinden dolayı sorumlu tutulacaktır<sup>105</sup>.

Nihayet üçüncü bir ihtimal olarak suç tipinde belirtilen hareketlerden birini işlemesi yönünde azmettirilen bir kimsenin suç tipindeki hareketlerden birini daha işlemesi halinde de azmettirenin durumunda herhangi bir değişiklik olmayacak, yani arka plandaki kişi, yine azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>106</sup>. Buna göre B'nin aldığı yeni otomobilini kıskanan B'nin komşusu A, C'ye para vererek otomobilin camına boyayla yazılar yazmasını istemesi üzerine gece vakti otomobilin camını boyamak için gelen C'nin, otomobilin camını boyarken aracın içinde fark ettiği

<sup>103</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 82.

<sup>104</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 82.

<sup>105</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 82; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 77.

<sup>106</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 80; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 64.

değerli külçe altını almak için aracın camını kesmesi ve altını da alarak olay yerinden ayrılması ihtimalinde mala zarar verme suçunu işlemek üzere azmettirilen C'nin hem mala zarar verme suçunu işlediği hem de hırsızlık suçunu işlediği bir durum meydana gelmiştir. Bu olay bakımından A'nın mala zarar verme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulacağına hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte C'nin mala zarar verme suçunun seçimlik hareketlerinden hem kirletme, hem de kullanılamaz hale getirmeyi gerçekleştirdiği de aşıkardır. Yani C, kendisinden yalnızca bir seçimlik hareket işlenmesi istenirken iki seçimlik hareketi de işlemiştir. Bu ikinci seçimlik hareketin A'nın cezasının belirlenmesine etki edebilmesi, ancak A'nın bu bağlamda kastının bulunması durumunda söz konusu olabilecektir. Ancak söz konusu verilen örnek bağlamında A'nın ne mala zarar verme suçunun ikinci seçimlik hareketi bakımından ne de hırsızlık suçundan dolayı kastından söz edilebilir ki bu da bu iki hal açısından sorumluluğunun gündeme gelemeyeceğini göstermektedir.

*ii. Temel suça azmettirilenin suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini işlemiş olması durumunda* evvela failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesinin bu ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmasına bağlı olduğu gözönünde bulundurulmalıdır<sup>107</sup>. Failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç işlemesi durumunda şeriklerin durumunun ne olacağı da üzerinde durulması gereken önemli bir durumdur. Bu çerçevede konuya ilişkin düzenlemelerin benzerliği dolayısıyla Alman hukuku ile Türk hukuku arasında büyük oranda benzeşme olsa da Alm. CK'daki düzenlemede yer alan bazı ek ifadeler ve bu ifadelerin ulaşılan bir takım sonuçlara dayanak teşkil etmesi her iki hukuk sistemi arasındaki bu benzeşmeyi bir nebze farklılaştırmaktadır.

Türk hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda hakim görüş, arka plandaki kişinin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi bakımından TCK md. 23 düzenlemesinin geçerli olduğunu, dolayısıyla şeriklerin de ağır netice açısından taksirli olarak hareket etmelerinin yeterli olduğunu ileri sürmektedir<sup>108</sup>. Hatta bu

<sup>107</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 167; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 51; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 4; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 92; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 110; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 87.

<sup>108</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 471, 481; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 659; Mustafa Ruhan Erdem, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, İstanbul 2008, s.

görüŖ, Alman hukukundaki hakim görüŖü de dayanak noktası olarak göstermektedir. Dolayısıyla bu görüŖteki yazarlara göre A'nın B'yi dövmesi için C'yi azmettirdiği ve B'nin C'yi döverek öldürdüğü olayda C'nin ölmesi bakımından A'nın taksirinin varlığı tespit edildiği an gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulması kabul edilmekte, taksirinin varlığı tespit edilemezse sadece kasten yaralamadan sorumlu tutulması kabul edilmektedir<sup>109</sup>.

Ancak **kanaatimiz**, bu görüŖün yerinde olmadığı, özellikle de Alman hukukundaki görüŖün temel alınmasının oldukça büyük bir hata olduğu yönündedir. Zira Alman hukukunda neticesi sebebiyle ađırlaŖmış suçlarda Ŗeriklerin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu ağır netice açısından en azından taksirle hareket etmelerinin yeterli olacağı Ŗeklindeki kabul, tamamen kanuni düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Nitekim Alm. CK'da yer alan § 18 düzenlemesinde “*Fiilin doğurduğu bir özel netice ile bağlantılı olarak kanunun daha ağır bir ceza verdiği hallerde, fail veya Ŗerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirinden sorumlu olması gerekir.*” Ŗeklindeki ifadeye yer verilmek suretiyle neticesi sebebiyle ađırlaŖmış suçlarda ağır netice bakımından sorumlu tutulmasının koŖulu belirtilmiş, kiŖinin ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiği ifade edilmiş, benzer Ŗekilde “*Hareket yönünden kastı arayan, ancak sebebiyet verilen özel netice bakımından taksiri yeterli gören kanundaki suç tipini gerçekleŖtiren fiil de, bu kanun anlamında kasten işlenmiş sayılır.*” Ŗeklindeki Alm. CK § 11/2 düzenlemesi aynı sonuca ulaŖılmasını sağlayacak Ŗekilde ihdas edilmiştir. Bu düzenlemelerle birlikte Alman hukukunda azmettirenin bu ağır netice bakımından sorumlu tutulabilmesi belli bir kurala bağlanmıştırdır<sup>110</sup>. Bu çerçevede neticesi sebebiyle ađırlaŖmış suçlarda sorumluluğa ilişkin olarak Alman hukuku bakımından failer açısından geçerli olan durum, Ŗerikler bakımından da geçerli kılınmıştır. Yani Alman doktrininde Ŗeriklerin de neticesi sebebiyle ađırlaŖmış suçlardan dolayı fail gibi sorumlu tutulabilecekleri noktasında herhangi tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu ağır netice bakımından Ŗerikliđin kabul edilebilmesi için gerekli olan ilk koŖul, esasında genel kural olarak

---

257 vd.; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 199; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 757; DemirbaŖ, **a.g.e.**, s. 509; Hakeri, **a.g.e.**, s. 557; Özkan, **a.g.e.**, s. 127.

<sup>109</sup> DemirbaŖ, **a.g.e.**, s. 509.

<sup>110</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 4; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 88.



temel suç bakımından azmettiren kişinin kasıtlı olarak hareket etmiş olmasıdır. Bu kapsamda azmettiren, hem faili kasıtlı olarak sevk etmiş olmalı hem de failin kasten işlediği fiile yönelik bir kasta sahip olmalıdır. Dolayısıyla temel suç tipi bakımından azmettireni failden ayıran en önemli farklılık, sübjektif unsur bağlamında çifte kastın aranıyor olmasıdır. Bu çerçevede temel suç tipi bakımından azmettirenin failin fiiline bağlı olduğu açıktır. Dolayısıyla bu kabulün sonucu, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da azmettirme ve yardım etme imkanının sadece kasıtlı suçlar bakımından mümkün görülmesi şeklinde tezahür eder<sup>111</sup>.

Ancak aynı durum ağır netice açısından geçerli görülmemekte, ağır neticeden sorumlu tutulabilmek için failin ya da şerikin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekli addedilmiştir. Yukarıda yer verildiği üzere Alman kanun koyucu, “...fail veya şerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirinden sorumlu olması gerekir.” şeklindeki ifadeyle açıkça bu duruma işaret etmiştir. Aslında bu kanuni düzenlemenin sorumluluğun şartı olarak kişilerin en azından taksirle hareket etmiş olmalarını belirtmesi dışında düzenlemenin Türk hukukundan kısmen de olsa ayrılmasına neden olan en önemli özelliği, faile ve şerike ayrı ayrı yer vermiş olmasıdır. Yani Alm. CK’daki söz konusu ifade, aslında bir anlamda şerikin failden “ağır netice bağlamında” ayrıldığı, her iki iştirak şeklinin de birbirinden bağımsız telakki edildiği sonucunu ortaya koymaktadır. O halde şerikin sorumluluğu, her ne kadar temel suç tipi bakımından failin fiiline bağlı olsa da ağır netice bakımından durum aynı değildir. Gerçi bazı yazarlar, TCK md. 23 hükmünde yer alan “...kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” şeklindeki ifadelerden hareketle de sadece faile işaret edilmediğini, faile yönelik özel bir belirtme olmadığından şerikin de bu kapsamında telakki edilebileceğini ifade etmiş olsalar da<sup>112</sup> **kanaatimiz**, bu görüşün uygun olmayan sonuçlara ulaşılmasına

<sup>111</sup> Heinrich, **AT**, Rn. 1282.

<sup>112</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 482; Özkan, **a.g.e.**, s. 127. Özkan, bu görüşlerini ileri sürerken Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin “...Sanık İbrahim’in arkadaşları olan sanık Ersoy ve Tanık Emruhan’ın ifadeleri ile sanık Ahmet’in, maktul ve tanık Yusuf tarafından darp edilmesi nedeniyle oğlu olan sanık İbrahim “Bunlar yanlış yaptı, gidin onları dövün.” diyerek azmettirdiği, öldürme suçunun bunun üzerine işlendiği anlaşıldığı halde, sanık Ahmet’in **kastı aşan müessir fiil sonucu adam öldürme eylemine azmettirmek** suçundan cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde beraatına karar verilmesi...” şeklindeki kararını da örnek olarak göstermiştir. Halbuki bu karar, Özkan’ın

yol açabileceği yönündedir. Zira *bu yazarların* bakışıyla ceza kanununun genel hükümler kısmında yer alan teşebbüs düzenlemesi de bu şekilde yorumlanarak akim kalmış şeriklik cezalandırılabilir nitelikte görülebilir. Dolayısıyla TCK md. 23 hükmünün yalnızca failin fiili esas alınarak ihdas edildiği savından hareket edilmesi gerekecektir. Zaten madde gerekçesinde yer alan “*Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken kastettiği...*” ifadesi de suç niteliğini haiz fiili işleyen failden bahsetmekte, şerikleri hükmün kapsamında telakki etmemektedir.

Kaldı ki *bu yazarların* görüşlerinden hareket edilir ve TCK md. 23 hükmünün faille şerik açısından ayrı ayrı uygulanması mümkün görülecek olursa bu defa Alman hukukunda olduğu gibi azmettirenin ağır neticeden sorumlu tutulması failin kendisinin bu ağır neticeye kasıtlı mı yoksa taksirli olarak mı neden olduğuna bağlı olmayacaktır<sup>113</sup>. Alm. CK’daki düzenlemeden görüldüğü üzere sorumluluğun tespiti noktasında temel suçun aşılması ve ağır netice aşamasına gelinmesi durumunda şerikin failin fiiline bağlılığından bahsedilmemiş, fail taksirli olarak hareket etmiş olsa bile şerikin kendi hareketi esas alınmış, bu çerçevede failin fiili şerikin sorumluluğu noktasında değerlendirmeye katılmamış, şerikin de tıpkı fail gibi ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmasına bağlı tutulmuştur<sup>114</sup>. Nitekim bu durum, Alm. CK § 11 düzenlemesinden kaynaklanmakta olup söz konusu düzenlemede açıkça hareket yönünden kastı arayan ancak neden olunan netice bakımından taksiri yeterli gören kanundaki suç tipini gerçekleştirecek nitelikteki fiili işleyen kişinin de kasten hareket etmiş olacağı öngörülmüştür.

Bu anlamda bu tür suçlarda taksirli hareket de kasten işlenen suçlarla eşit kılınmış, dolayısıyla bu tür suçlar bakımından da şeriklik mümkün hale getirilmiştir<sup>115</sup>. Buna göre A’nın, B’yi C’nin kafasına bira bardağı ile vurmaya azmettirmesi durumunda her ikisinin de düşünmedikleri şekilde C’nin ölümüyle sonuçlanan olayda B, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun faili olarak

---

görüşünü direkt olarak doğrular nitelikte değildir. Nitekim Yargıtay’ın niçin azmettireni gerçekleşen neticeden sorumlu tuttuğu tam anlamıyla belli değildir.

<sup>113</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 92; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 87.

<sup>114</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 167; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 51; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 4; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 92; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 110; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 87.

<sup>115</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 18; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 87.

sorumlu tutulacakken A da bu suça azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir. **Bu bağlamda failin kendisinin ölüm neticesi bakımından taksirli olarak mı olası kastla mı hareket ettiğinin azmettiren bakımından bir önemi bulunmamaktadır.** Buna göre failin ağır netice bakımından olası kastla hareket ettiği durumlarda B'nin öldürme kastı zaten yaralama kastını barındıracağından B, kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacak olmasına rağmen bu tarz durumda da A'nın, yalnızca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>116</sup>.

Azmettirenin bu şekilde ağır netice bakımından taksirli olarak hareket ettiğinde de sorumluluğunun kabul edilmesi bakımından azmettirenin tasavvurunda söz konusu ağır neticenin de failin hareketinin sonucu olarak görülmesine dayanılmaktadır. Buna göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun ağırlaşan neticesi gerçekleşirse şerikin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi, dikkatsiz bir şekilde davranmış olmasına bağlıdır<sup>117</sup>.

Buna göre Alman hukukunda mağduru yaralaması için ön plandaki kişiyi azmettiren arka plandaki kişi, mağdurun ölümü bakımından taksirle hareket etmiş olması halinde de failin ağır netice açısından olası kastla hareket etmiş olması durumunda dahi sorumlu tutulabilecektir<sup>118</sup> **kanaatimize göre** Türk hukukunda bu tür bir sonuçtan söz edilemeyecektir. Böylece Alman hukukuna göre failin kendisi kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacakken arka plandaki kişinin, failin işlediği suçtan farklı olarak ve fakat suçun temel şekli bakımından failin işlediği fiile bağlı bir şekilde, ağır netice bakımından kendi iradesi esas alınmak suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak bu durumda faili azmettiren kişinin, failin silahıyla ateş ederek mağdurun ölümüne neden olması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu tutulamayacağı, zira söz konusu durumda nasıl hareket edilmesi gerektiğinin failin sınırı aşması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, buna karşılık azmettirenin failin kendisinin yaralamanın daha ağır şeklini işleyebileceğini önceden tahmin etmiş ise failin kendisi yalnızca suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılabilir ve kusurlu

<sup>116</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 167; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25.

<sup>117</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 88.

<sup>118</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25.

bulunsa dahi azmettiren kişinin azmettirme ve bağıllık hükümleri gereğince yaralamanın ağır şekillerinden sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Buna karşılık doktrindeki hakim görüş, failin ağır netice bakımından da kasıtlı olarak hareket etmesinin, azmettirenin durumu bakımından bir değişikliğe neden olmayacağını, sorumluluğun belirtildiği şekliyle tamamen azmettirenin kendi tasavvuruna göre belirleneceğini kabul etmiştir. Yani fail, ağır netice bakımından kasıtlı olarak hareket etmiş olsa bile azmettirenin ağır netice bakımından taksirle hareket etmiş olması durumunda sorumluluğu failinki gibi olmayacak, failden bağımsız bir şekilde tespit edilecektir<sup>120</sup>.

Tüm bu bilgilerden sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda şeriklerin ağır netice açısından sorumluluklarının ne olacağının düzenlenmediği Türk hukukunda azmettirenin fiilinin temel suç bakımından kasıtlı azmettirme, ağır netice bakımından da taksirli yan faillik şeklinde tezahür edeceği sonucuna ulaşılabilir. Yani ağır netice bakımından arka plandaki kişinin taksirli hareketi, şerik olarak sorumlu tutulması için yeterli görülmeyecek, bu defa ağır netice açısından kişinin ancak taksirli failliği gündeme gelebilecektir. Diğer bir ifadeyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda şerikin ağır neticeden sorumlu tutulması, bu ağır netice açısından şerikin en azından olası kastla hareket etmesine bağlı tutulmuştur. Şu halde faili kasten yaralama suçuna azmettiren arka plandaki kişi, failin mağdurun ölümüne neden olması ve bu neticeyi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş olması halinde bu defa fail neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan dolayı sorumlu tutulacakken azmettiren taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun ağır neticesinin öldürme gibi kanunda ayrı bir suç olarak tanımlandığı bir durum değil de kol kırılması gibi kanunda ayrı bir suç olarak tanımlanmadığı durum mevzu bahis ise fail, yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulacakken ağır neticeyi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle öngöremeyen azmettiren, sadece kasten yaralamadan sorumlu tutulacak ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı cezasının belirlenmesi esnasında dikkate alınacaktır. Dolayısıyla tüm bu ifadelerden hareketle azmettirenin sorumluluğunun

<sup>119</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 167.

<sup>120</sup> Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 110, dpn. 243.

tespitinde azmettirilen kişinin hareketi bakımından kendi düşüncesinin de göz önünde bulundurulacağı belirtilebilir.

Yargıtay'ın da kararlarında bu yönde sonuçlara ulaştığı görülmektedir. Nitekim YCGK, Duran'ın maktule yumruk vurması ve mağdurun sarhoşluğunun da etkisiyle dikkatli doğrulamayarak boğazını cam parçasının kesmesi olayında sanık İbrahim'in istemediği, arzu etmediği, belki aklının ucundan bile geçirmediği, iradesi dışında tesadüfen meydana gelen ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermiştir<sup>121</sup>.

Bununla birlikte arka plandaki kimsenin ağır neticeyi öngörerek kabullenmesi ve fakat ön plandaki kimsede bu öngörünün bulunmaması halinde ise ön plandaki kişi kasten yaralama suçunun temel şeklienden dolayı sorumlu tutulabilecekken arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin durumundan haberdar olmasına göre sorumluluğu değişiklik gösterecek, ön plandaki kişinin taksirli olarak hareket ettiğini biliyorsa ve buna rağmen kişiyi sevk ediyorsa kasten öldürme suçundan dolayı fail olarak dahi sorumlu tutulabilecekken ön plandaki kimsenin durumunu bilmiyorsa bu defa sadece azmettiren olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>122</sup>.

**iii. Nihayet niteliksel sınır aşımında sorumluluk açısından da bir tartışmanın yapılması gerekir.** Bu minvalde elbette hırsızlık için eve giren failin evde bulunan bir kadına cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda arka plandaki kişinin cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulmasının mevzu bahis olamayacağı noktasında bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır<sup>123</sup>. Keza hırsızlık suçuna azmettirilen kişinin kendisine direnen ev sahibini bıçaklaması fiilinden arka plandaki kişinin sorumlu tutulması yoluna gidilemeyecektir<sup>124</sup>. Zira bu durumlarda arka plandaki kişinin failin işlediği suç açısından kastının bulunmadığı açık ve nettir. Yani her ne kadar azmettirenin meydana gelen netice bakımından nedensel katkısı inkar edilemez olsa da meydana gelen ağır netice bakımından kastının varlığından bahsedilemez. Aynı şekilde söz gelimi aralarında yapılan sohbet esnasında çok meşhur olduğu bahsedilen bir restoranda yemek isteyen ve fakat parası bulunmayan bir kimseye yemeği yiyip

<sup>121</sup> YCGK, 11.11.1985, 551 (Hakeri, **a.g.e.**, s. 557).

<sup>122</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 92

<sup>123</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 378.

<sup>124</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 565.

hesabı ödemedi kaçabileceği yönünde önerilerde bulunulması üzerine azmettirilen kişinin elinde bulunan bir saati çok değerli bir saatmiş izlenimi vererek satması ve bu şekilde yemek yemesi halinde, başka bir fiili gerçekleştirdiğinden söz edilecek, bu durumda azmettirenin failin hileli davranış dolayısıyla işlediği bu fiilden dolayı sorumlu tutulmasından bahsedilemeyecektir<sup>125</sup>. Zira arka plandaki kişinin böyle bir durumda yönlendirdiği fiilin dışındaki hileli davranış bakımından kastının varlığından söz edilemez. Buna karşılık söz konusu restoranda hesabı ödemedi kalkabileceği şeklindeki önerisi üzerine muhatabının saatinden bahsedip bunu değerliymiş gibi satıp birkaç defa yemek yiyebileceğini söylemesi ihtimalinde bunu onaylaması yahut mümkün gördüğünü belirtmesi ya da en azından sessiz kalması halinde artık hileli davranışlar bakımından en azından olası kastının varlığından söz edilebilecek ve dolayısıyla da arka plandaki kişinin niteliksel sınır aşımından da sorumlu tutulması mümkün olabilecektir. Keza hırsızlık suçunu işlemeye azmettirilen bir kişinin yanına silah olarak suçu işlemeye gitmesi ve ailenin kendisine karşı koymak istemesi üzerine aile efradını tehdit ederek malları çalması halinde meydana gelen yağma suçundan arka plandaki kişinin sorumlu tutulması, ancak ve ancak fiili icra eden kişinin yanına silah aldığını görerek hırsızlık suçunun yağma suçuna dönüşebileceği ihtimalini göz önünde bulundurması ve fakat bu neticeyi de kabullenmesi halinde söz konusu olabilecektir.

Buna karşılık öngörme ve istememe durumu, sorumluluk bakımından yeterli kabul edilmeyecek, kesin olarak en azından olası kast gerekli görülecektir. İşte tam da bu noktada niteliksel aşma bakımından esas sorun, arka plandaki kişinin aşma dolayısıyla meydana gelen suç tipi bakımından en azından olası kastla hareket etmediği durumlarda, yani bir başka suç tipi açısından hiçbir şekilde kastının bulunmadığı hallerde sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin ortaya çıkmaktadır. Zira arka plandaki kişinin düşüncesinde yer alan suç tipi işlenmemiş, fail tarafından gerçekte tamamen bir başka suç tipi işlenmiştir.

***Bu konuya ilişkin olarak Alman doktrininde üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre failin bu şekilde suç tipi kapsamında yer alan***

<sup>125</sup> Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 82; Roxin, AT II, § 26 Rn. 114; Kaldı ki böyle bir durumda Roxin, failin işlediği fiil bakımından faili azmettiren kişinin azmettirme hareketi arasında nedenselliğin bulunup bulunmadığı hususunun da kuşkulu olduğu ifade etmiştir (Roxin, AT II, § 26 Rn. 114).

*alternatif hareketler olmaksızın başka bir suç tipini gerçekleştirilmesi halinde “işlenen suçtan dolayı” arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gündeme gelmeyecek ve fakat işlenmesi istenip de işlenmeyen fiilden dolayı “akim kalmış azmettirme” gündeme gelecektir*<sup>126</sup>. Buna göre hırsızlık suçunu işlemesi yönünde azmettirilen kişinin hırsızlık suçu yerine hile yaparak malı alması ve dolayısıyla da dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde hırsızlık suçuna azmettiren kişi, işlenmiş olan bu suç bakımından azmettiren olamayacaktır. Zira arka plandaki kişinin hile yapılarak malın alınması ve bu suretle dolandırıcılık suçunun işlenmesi noktasında bir kastı bulunmamaktadır<sup>127</sup>.

*Bu noktada ileri sürülen ikinci görüş, azmettirilen suçla gerçek anlamda işlenen suç arasında derecelendirilebilir bir ilişkinin bulunması halinde arka plandaki kişinin sadece daha hafif olan suçtan dolayı sorumlu tutulabileceğine işaret etmektedir.* Buna göre konuta girerek hırsızlık yapmaya azmettirilen ön plandaki kişinin konuta girdiğinde yağma suçunu işlemesi durumunda sadece hırsızlık suçuna azmettirme dolayısıyla sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir<sup>128</sup>. Yani bu görüş, ilk görüşten farklı olarak temel suç tipi işlenmemiş, bunun yerine aralarında bir derecelendirme ilişkisi de olsa daha ağırının işlenmiş olması karşısında daha hafif olanına azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş çerçevesinde BGH'nın yaralamaya azmettirilen bir kimsenin mağdurun ölümüne neden olması halinde arka plandaki kişinin kasten yaralama suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulmasına göndermede bulunulmuştur<sup>129</sup>.

*Üçüncü görüş kapsamında bu tür durumlarda, yani failin azmettirenin sevk ettiği suç tipinden başka bir suç tipini işlemesi halinde failin işlediği başka suç tipinin azmettirildiği suç tipinin temeline dayanıyor olması, yani düşüncedeki suçla gerçekteki suç arasında yakın bir ilişkinin bulunuyor olması halinde arka plandaki kişinin suçun işlenmesine ilişkin olarak fikirsel bir temel oluşturması*

<sup>126</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 112; Schönemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 81; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 81.

<sup>127</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 112; Schönemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 81.

<sup>128</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 32; ; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 114.

<sup>129</sup> Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 114.

*nedeniyle yine azmettiren olarak cezalandırılması söz konusu olabilir*<sup>130</sup>. Aslında bu görüşle “tipikliği yakın ilişki içerisinde olan suçlar” bağlamında bir istisna yapılabileceği görüşü birbirine benzerlik göstermektedir<sup>131</sup>. Suç tipleri arasında korunan hukuki değerlerin yahut da fiilin işlenme şeklinin benzerliğinden kaynaklı olarak birbirleriyle artı-eksi veya eksi-artı olacak şekilde yakın bir ilişki içerisinde bulunmaları durumunda bu suç tipleri arasında bir seçim yapılabileceği, hangisi daha az cezayı gerektiriyorsa o suçtan sorumluluk tespiti yoluna gidilebileceği de belirtilmiştir. Nitekim şantaj yaparak mağdurun istenilen yönde davranmasını sağlamak üzere azmettirdiği kişinin şantaj değil de hile yaparak bu sonuca ulaşması halinde dolandırıcılık suçu bakımından azmettiren olarak cezalandırılmasına müsaade edilmesi yönünde bir görüş beyan edilmektedir. Yine bu görüşe göre tam tersi dolandırıcılık suçuna azmettirilen kişinin şantaj suçunu işlemesi halinde de daha basit suç olan dolandırıcılık suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması söz konusu olacaktır<sup>132</sup>.

Ancak hakim görüş tarafından bu görüşlerin hiçbiri kabul görmemiş, son görüş bağlamında gerek failin gerekse azmettirenin kastlarının belirli bir suç tipine dayalı olması gerektiği, bu gibi olaylarda ise azmettirenin kastı bakımından aynı hususun ifade edilemeyeceği belirtilmiş, bu çerçevede söz konusu öneri çok da uygulanabilir görülmemiştir<sup>133</sup>. Benzer şekilde tipikliği yakın ilişki içerisinde olan suçlar bakımından da bir istisnanın yapılamayacağı ifade edilmiş<sup>134</sup>, söz gelimi malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında olduğu gibi yahut da özel yeteneğin, el becerisinin kullanılması veya hile yoluyla malın alınması bakımından söz konusu olan ayırmda olduğu gibi tipiklik ayırımı fiilin işlenmesine yönelik detaylarla belirlenmişse kural olarak “hukuki olmayan alanda paralel değerlendirme”ye<sup>135</sup>

<sup>130</sup> Axel Montenbruck, “Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat”, *ZStW* 1972, s. 344.

<sup>131</sup> Ingelfinger, *a.g.e.*, s. 96.

<sup>132</sup> Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 30 Rn. 78, 79; Ancak *Baumann/Weber/Mitsch*, düşüncedeki suç tipi ile gerçekteki suç tipi arasında bu şekilde bir artı-eksi ya da eksi-artı ilişkinin bulunmaması halinde bu şekilde bir sonuca ulaşmamakta, düşüncede kalan suç bakımından akim kalmış azmettirmeden söz etmektedir (Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 30 Rn. 81).

<sup>133</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 112.

<sup>134</sup> Ingelfinger, *a.g.e.*, s. 100.

<sup>135</sup> “Hukuki olmayan alanda paralel değerlendirme” kavramı, tipiklik koşullarının ceza hukuku anlamında değerlendirilmesinde (normatif hukuki kavram gibi) hukuki bir bilgi olmaksızın doğru değerlendirmenin yapılmasının varsayılması olarak adlandırılabilir. Buna göre şayet



dikkat edilmek suretiyle azmettirenin alternatif kastının kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Suç tipi içerisindeki alternatif hareketler bağlamında bir değişim söz konusu, yani fail aynı suçu işler ve fakat aynı suç tipi kapsamında aynı değere sahip başka bir hareketi gerçekleştirirse yine azmettirmeden bahsedilir<sup>136</sup>. Bu durum da bu çerçevede değerlendirilebilir.

Nihayet **kanaatimizce** bu görüşlerden en makulünün ikinci görüş olduğu ifade edilebilir. Ancak görüşlerden ziyade bu konudaki en önemli husus, daha evvel belirtildiği üzere failin azmettirenin kastını aşması halinde arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından esas alınabilecek en temel kuralın, **azmettirilenin kastı kapsamında kalan kısımdan sorumlu tutulması** olduğudur<sup>137</sup>. Yani failin işlediği fiilin içerdiği haksızlığın ne kadar arka plandaki kişinin kastı kapsamında ise arka plandaki kişi, ancak o kadarından sorumlu tutulabilir. Hırsızlık suçuna azmettirilen bir kişi söz konusu tanışır malı şiddet kullanmaksızın elde edemeyecek olması nedeniyle yağma suçunu işlemek durumunda kalması halinde de arka plandaki kişi yalnızca hırsızlık suçu bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>138</sup>. Nitekim hırsızlık suçuna engel olmak isteyen ev sahibinin fail tarafından öldürülmesi durumunda arka plandaki kişinin bu öldürme bakımından rızasının olmadığından bahsedilemeyecektir<sup>139</sup>. Failin işlemeyi kast ettiği fiil yerine işlediği başka bir fiil bakımından arka plandaki kişinin sorumluluğu için rızasından ziyade kastına bakılır<sup>140</sup> ve işlenen bu fiil açısından en azından olası kastının varlığı aranır. Yani

---

herhangi bir unsurun varlığı hususunda hukuki olmasa bile kavramın içeriği hususunda bu hukuki olmayan alanda yapılan değerlendirme doğru bir şekilde yapılmış ise bu defa bu normatif kavram bakımından kastın varlığı için yeterli olacaktır. Örneğin hırsızlık suçu kapsamında başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması gerekmektedir. Hukuki olarak malın bir başkasına ait olması, “malın mülkiyetinin bir başka kişide bulunuyor olması” anlamına gelmektedir. Buna karşılık bu malı bulunduğu yerden alan kişinin bu hukuki değerlendirmeyi yapması veyahut da yapabiliyor olması bir şart olmayıp failin söz konusu malın kendisine ait olmadığını ve aslında o malı o yerden almasının hukuken yerinde olmadığını, buna izin verilmediğini biliyor olması kastının varlığı bakımından yeterlidir. Yoksa failin mülkiyetin ne olduğu ya da kişinin mülkiyetinin ne ölçüde bulunduğu konusunda hukuki olarak bir değerlendirme yapması beklenmemekle birlikte zaten bu durum çoğu zaman da pek mümkün değildir ([http://Kn..lexexakt.de/index.php/glossar?title= parallelwertunginderlaiensphaere.php](http://Kn..lexexakt.de/index.php/glossar?title=parallelwertunginderlaiensphaere.php) - 06.06.2015).

<sup>136</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 81.

<sup>137</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 83; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 25; ; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 113.

<sup>138</sup> RGSt 67, 343 (Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 83).

<sup>139</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 378.

<sup>140</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 450.

ağır neticeler yönünden somut olayın şartları dikkate alınmaksızın doğrudan bir sonuca ulaşılması mümkün olamaz. Bu bakımdan silahla tehdit ederek yağma suçunu işlemeyi düşünen failin mağdurun ölümüne neden olması bakımından arka plandaki kişinin söz konusu ölümü istememiş olmasından söz edilemeyeceği yönündeki tespitlere de kuşkuyla yaklaşılmalıdır<sup>141</sup>.

Yargıtay'ın bazı kararlarında ne tür bir değerlendirme yaparak sonuca ulaştığı tam anlamıyla belli olmasa da<sup>142</sup> birçok kararında azmettirenin ancak kastı kadarıyla sorumlu olması gerektiği kabul edilmiştir. Yani Yargıtay birçok kararında “kast” kriterini esas almakta, doğrudan arka plandaki kişinin niceliksel sınır aşımında sorumlu tutulacağı, niteliksel sınır aşımında ise sorumlu tutulmayacağı sonucuna ulaşmamaktadır. Nitekim YCGK'nın 09.05.1988 tarih ve 210 sayılı kararında kumaş çalmak için sanıktan anahtar temin etmek istedikleri, sanığın tel halkaya tutturulmuş 138 adet anahtarı alarak diğer sanıklara dükkandan yapılacak hırsızlık için vermesi, ancak diğer sanıkların geceleyin park halindeki bir kamyoneti çalmaya karar vermeleri ve kamyoneti sanığın verdiği anahtarlardan biriyle açarak içerdeki mal sahibinin direnmesi üzerine tabanca çekerek kaçtıkları olayda, sanığın dükkandan kumaş çalınması için anahtarları verdiğini, haberi olmadığı halde bunların kamyonet gaspında kullanılmasından sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 378.

<sup>142</sup> Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 08.10.2008 tarih ve 7061/6851 sayılı kararında dövülmesini istediği kişinin eylem nedeniyle ölmesi biçimindeki bir olayda azmettirenin 87/4. madde kapsamında ölüme neden olmaya azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiş (Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1139), kasta vurgu yapmadan direkt sonuca ulaşmıştır. “Sanığın sadece Erkan Karabulut ile husumetinin olması, dosya kapsamına göre onun yanında işçi olarak çalışan mağdur ile arasında herhangi bir anlaşmazlığın bulunmaması, tüm aşamalarda ısrarlı ve tutarlı biçimde Mehmet Gül'ü mağduru öldürmesi için azmettirmede bulunmaması, Mehmet Gül'ün de bu savunmayı doğrulaması, tespit edilen mesaj ve görüşme kayıtları sanığın, Mehmet Gül'ü Erkan Karabulut'a veya onun iş yerine zarar vermeye yönelik bir eylemde bulunmaya azmettirdiğini kabule elverişli ise de, ayrıca mağduru da öldürmeye azmettirdiğini kabule yeterli olmadığı, azmettirenin ancak azmettirdiği fiilden sorumlu olacağı, üzerinde anlaşılan fiile bağlı olmayan neticelerin azmettirenin yüklenemeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın incelemeye konu olmayan ve hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşen sanık Mehmet Gül'ü mağdur Selçuk Karabulut'u **kasten öldürmeye azmettirdiği şüphe boyutunda kalmakta ve sübuta ermemektedir**. Bu itibarla Özel Daire bozma kararı doğrultusunda yüklenen suçtan sanığın beraatine karar verilmesi yerine, önceki hükümde direnilmesinde isabet bulunmadığından yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” (YCGK, 22.10.2013, 2012/1-1488, 2013/426 –Artuk/Gökcan/Yenidünya, **TCK Şerhi**, C. I, s. 1281).

<sup>143</sup> Hakeri, **a.g.e.**, s. 558.

Keza Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bir kimsenin yaralanması için mafya ile anlaşan azmettiren hakkında eylemin silahla gerçekleştirilmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanması düşüncesiyle özel daire kararına, “...*asli suç ortaklarının aralarında kararlaştırdıkları eylemin tamamından sorumlu tutulmaları gerekir. Kaldı ki yeraltı dünyasının adamları eylemlerini şöyle veya böyle gerçekleştirmekte, silah da kullanabilmektedir. Sanık, müdahilin yaralanması için yeraltı dünyasına başvurduğuna göre yaralama olayınca icabında silah da kullanılacağını bilmek durumundadır. Dolayısıyla eylemin sonuçlarından sorumlu tutulmalı, yaralamaya azmettirmek suçundan sanığa verilen ceza, yaralama olayında silah kullanılmış olması nedeniyle artırılmalıdır.*” gerekçesiyle itiraz etmiş, ancak YCGK, “...*sanık mağdura karşı etkili eylemde bulunulması hususunda azmettirmede bulunmuş ve fakat bu yaralamanın silahla yapılması hususunda herhangi bir azmettirmesi olmamıştır. Asli failin bu yaralama suçunu silahla işleyeceği hususuna da vakıf olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yaralamanın silahla işlenmesinden sorumlu tutulmamalıdır.*” şeklinde karar vererek itirazı reddetmiştir<sup>144</sup>.

**Kanaatimize göre** YCGK’nın bu kararı yerinde olmayıp olması gereken karar, Y. 1. CD’nin mafyaya maktulün gözünü etkin şekilde korkutmak ve takipçiliğini yaptığı şikayetlerinden caymasını temin etmek görevinin tevdi edilmesi üzerine mafya mensuplarının mağdurun iş yerinin önüne konulan bomba dolayısıyla azmettirenin sorumluluğunu tartıştığı kararda anlaşmanın genel olarak yapıldığı, korkutucu eylemin şekline, zaman ve mekanına, şiddetine, kaç kişinin katılımıyla gerçekleştirileceğine ve kullanılacak araç ile edevatın türüne ilişkin bir sınırlama konulmamasına binaen eylemi icra edenlerce bu kapsam içinde şekillendirilen bombalama girişiminden azmettirenlerin de sorumlu olduğu yönünde olmalıdır<sup>145</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay’ın niteliksel-niceliksel sınır aşımı ayrımını esas alarak bir sonuca ulaştığı kararların da varlığı dikkat çekmektedir. Öyle ki YCGK’nın 19.12.1994 tarih ve 1/320 Esas ve 347 Karar numaralı kararına göre *sanıklarda, adam öldürme konusunda soyguna başlamadan önce verilmiş bir irade birliği bulunmamaktadır. Önceden aralarında bu konuda anlaşmışlar, sadece bankayı soymayı planlamışlar, soygunla ilgili fikir birliğine varmışlardır. Sanık*

<sup>144</sup> YCGK, 24.10.1995, 301 (Hakeri, a.g.e., s. 535, 536).

<sup>145</sup> KN.. 1. CD., 02.03.2004, 592 (Hakeri, a.g.e., s. 556).

*Abdullah'ın diğer iki sanıkta silah bulunduğunu bilmesi, onların bu silahla işleyebilecekleri tüm suçları, onlarla birlikte bulunmakla önceden kabul ettiği, silahlı sanıkları manevi destek olduğu şeklinde kabul edilemez... **Gelenlerin korkutulması maksadıyla verilen silahın, amaç aşılarak adam öldürme suçunda kullanılması halinde, silahı verenin öldürme fiiline iştirakinden söz edilemez***<sup>146</sup>. Halbuki burada şeriklerin sorumlulukları, doğrudan işlenen suçla karşılaştırılan suçun nitelik olarak aynı ya da farklı olmasından hareketle belirlenemez. Elbette suçlar arasında nitelik itibariyle bir farklılığın olması, yapılacak değerlendirme açısından bir önem arz edecektir. Ancak bu, şeriklerin işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulup tutulmayacakları noktasında doğrudan bir önem arz etmeyecektir. Bu kapsamda mühim olan, şeriklerin işlenen suç açısından kastlarının bulunup bulunmadığıdır ki burada olası kast dahi yeterli görülmektedir. Nitekim Yargıtay, bir başka kararında *bir kimseyi yaralama suçuna azmettirenin, asli failin sabıkalı bir hırsız olması dolayısıyla mağduru dövdükten sonra cüzdanını çalacağını öngörmüş olsa bile hırsızlık hareketine azmettirmedeği için hırsızlıktan sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşmış*<sup>147</sup>, sabıkalı hırsız olan bir kimseyi yaralamaya azmettiren kimsenin, ön plandaki kişinin hırsızlık yapacağını öngörmesine atıf yapılmış olmasına rağmen sorumluluk yoluna gidilmemiş, adeta olası kast yeterli görülmemiş, muhtemeldir ki niteliksel sınır aşımının olduğu gerekçesiyle “...öngörmüş olsa bile...” ifadesine yer verilmek suretiyle sorumluluk reddedilmiştir. Böylelikle Yargıtay, niteliksel sınır aşımı olsa bile bizim de kabul ettiğimiz üzere “kast” kriterini esas almış, azmettirilen suçun yanında işlenen suç bir başka suç arasında hiçbir ilişkinin bulunmadığı olay bakımından bir bağlantı da bulunmadığından kastın olmadığı savından hareket etmiştir.

İşte azmettirilen suçla işlenen suç arasında derecelendirilebilir bir ilişkinin bulunmaması, iki suçun birbirinden tamamen farklı olması durumunda arka plandaki kişinin kastı bulunmadığından dolayı gerçekte işlenen suçtan sorumlu tutulması hiçbir şekilde mümkün olmayacak, ancak işlenmeyen ve fakat kendisinin azmettirme teşebbüsünde bulunduğu suçtan sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Buna karşılık tam bu noktada Türk hukukunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilir

<sup>146</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 506, d.pn. 791.

<sup>147</sup> YCGK, 27.10.1986, 466 (Hakeri, a.g.e., s. 558).

görülmemesinin ortaya çıkardığı önemli bir sorun göze çarpmaktadır. Nitekim A'yı hırsızlık suçunu işlemesi için B'nin evine girmeye azmettiren C, A'nın gece vakti henüz evin kapısının önündekeyken B'ye rastlaması ve B'ye karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi ve hırsızlık suçunu işlemeyen geri dönmesi halinde C'nin herhangi bir sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Halbuki C'nin akim kalmış azmettirmeden sorumlu tutulması bir gereklilik olup bu durum, özellikle de evin kapısına gitmesine sebebiyet vermeseydi cinsel saldırı suçu da işlenmemiş olabilirdi bakışıyla daha açık ve net olacaktır.

### **iii. Şahısta Hata**

Fail, arka plandaki kişi tarafından öldürülmesi istenen kişi yerine bu kişi zannetmek suretiyle bir başka kişiyi öldürürse “şahısta hata” durumu gündeme gelecektir. Oysa ki failin hataya düşmeksizin, kasıtlı bir şekilde arka plandaki kişi tarafından istenen kişiyi değil de kendi istediği bir başka kişiyi öldürmesi halinde artık şahısta hatadan değil, bilakis sınır aşımından söz edilecektir. Fiilin işlenmesi esnasında “konunun değiştirilmesi”, planlanandan farklı bir konunun (daha) hedefe alınmış olması olarak ortaya çıkan bu durum iki şekilde söz konusu olabilir: Birincisi failin arka plandaki kişinin isteğinden tamamen farklı bir kişiyi hedef almış olması, ikincisi ise failin arka plandaki kişinin istediği kimsenin yanı sıra bir başka kimseyi daha hedef almış olması.

Buna göre söz gelimi arkadaşı B'yi sevmeyen A'nın, B'yi öldürmesi için C'yi azmettirdiği olayda C'nin, B yerine kendi sevmediği D'yi öldürmesi durumunda nihayetinde D'nin ölmesi için değil, B'nin ölmesi için C'yi azmettiren A, D'nin ölümü bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulamaz. Öyle ki A'nın isteği, herhangi bir insanın öldürülmesi değil, bilakis B'nin öldürülmesidir. Bu manada mağdurun kimliği büyük önem taşımaktadır. İşte bu tür durumlarda failin, arka plandaki kişinin ölmesini istediği kişiye yönelik olarak hiçbir şekilde icra hareketlerine başlamaması nedeniyle niceliksel bağlılık kuralı gereğince arka plandaki kişinin sorumluluğuna gidilemez. D'nin ölümü bakımından ise arka plandaki kişinin kastı bulunmadığından dolayı bu defa da niteliksel bağlılık kuralı gereğince azmettiren olarak sorumluluğuna gidilemez. Geriye tek bir olasılık olarak

işlenmesini istediği ve fakat işlen(e)meyen akim kalmış azmettirme sorumluluğu kalmaktadır<sup>148</sup>.

İkinci ihtimalde ise arkadaşı B'yi sevmeyen A'nın, B'yi öldürmesi için C'yi azmettirdiği olayda C'nin, B'nin yanı sıra kendi sevmediği D'yi de öldürmesi durumu söz konusudur. Bu tür bir durumda failin ayrıca kendi arkadaşı olan D'yi de öldürmesi, arka plandaki kişi ile karşılaştırılan planın değişmesine neden olacak ölçüde bir aşım söz konusu olduğundan arka plandaki kişinin aşılma kısmı olan D'nin ölümü bakımından kastı bulunmadığından dolayı niteliksel bağlılık kuralı gereğince azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla eklenen suç açısından azmettirenin kastının bulunup bulunmadığı da incelenmelidir. Azmettirenin azmettirdiği suçun yanında gerçekleşen suç açısından da en azından olası kastı varsa bu durumda işlenen bu suçtan da sorumluluğuna gidilebilir. Bu noktada fikri içtima kuralları çerçevesinde bir belirleme yapılması gerekecektir<sup>149</sup>.

Bu iki ihtimalin dışında daha evvel de değinildiği üzere arka plandaki kişinin mağdur kimliğine bağlı olmaması halinde ulaşılabilecek sonuçta değişiklik olacaktır. O halde örneğin bir terör örgütünün lideri tarafından örgütçe hazırlanan ve öldürülmesi planlanan kara listede yer alan kişilerden öncelikle daha az korunduğu düşünülen Y'nin öldürülmesini istemesine karşılık görevi üstlenen örgüt üyesinin Y yerine ismi kara listede yer alan ve fakat henüz öldürülme vakti gelmemiş bir başka kişiyi ateş ederek öldürmesi halinde de örgüt lideri azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>150</sup>.

Nihayet bu durumlarla failin şahısta hataya düşmesi durumları birbirinden kesin bir şekilde ayırt edilebilir niteliği haizdir. Şahısta hata durumunda, Alman hukukunda azmettirenin durumu oldukça detaylı şekilde ele alınmış, sorunun

<sup>148</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 83, 84.

<sup>149</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 472; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 660; Fatih S. Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İÜHFİM 2005**, C. 63, S. 1-2, s. 106. *Öztürk/Erdem*, bu tür durumlarda yanılmanın genel yaşam deneyimlerine göre öngörülebilirlik sınırları içerisinde kalması halinde azmettirmenin önemsiz olduğunu ifade etmiştir (*Öztürk/Erdem*, **a.g.e.**, Kn. 758). Ancak *Öztürk/Erdem*'in bu ifadelerinden azmettirenin meydana gelen netice açısından en azından olası kastla hareket etmesinin gerekli olup olmadığı, bilinçli taksirin de yeterli olup olmadığı hususlarına bir açıklık getirmediği anlaşılmaktadır.

<sup>150</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 111.

çözümü için farklı görüşler ileri sürülmüştür. Elbette bunda “Rosa-Rosahl<sup>151</sup>” ve “Çiftlik Mirası” isimleriyle iki önemli olayın mahkemenin önüne çözülmesi gerekli bir sorun olarak gelmesi etkili olmuştur. Bu olaylardan günümüze daha yakın olan ve Alman Yüksek Mahkemesi’nin “Çiftlik Mirası” kararına konu olan olay kapsamında çiftçilik yapan B, çeşitli tartışmalar nedeniyle mirasçısı olan oğlu S’yi babası olarak kendisi öldürmek istemediğinden bu işi yapmak üzere bir kimseyi belli bir miktar para karşılığında kiralamıştır. Yapılan plana göre öldürme olayı her akşam S’nin mutlaka at eğitim alanına uğraması nedeniyle yine uğrayıp eve dönerken dönüş yolunda gerçekleşecektir. İşini sağlama almak isteyen baba B, diğer kişiler bakımından bir yanlışlık olmasının önüne geçme için azmettirdiği kişiye oğlunun genel görünümü ve davranışları hakkında bilgi vermiş, bunun yanında oğlunun fotoğrafını vermiştir. Hatta bununla da kalmayıp azmettirilen kişi, S’yi öldürmek üzere kalkıştığı esnada da bizzat görmüştür. Akşam saatlerinde ahırda pusu kuran azmettirilen karanlık ortamda beklerken saat 19’a doğru ahıra çiftliğin komşusu olan N’nin adım atmasıyla ve ahırın kapısını açmasıyla birlikte bir parıltı meydana gelmiştir. Vücut yapısı itibariyle N’yi S’ye benzeten azmettirilen, elinde de tıpkı S’nin işini yaptığı torbadan görmesi üzerine S olduğu düşüncesiyle N’ye ateş etmiş ve kısa zaman içinde olay yerinden uzaklaşmıştır.<sup>152</sup>

Söz konusu olay bakımından azmettirilen kişinin tamamlanmış kasten öldürme suçu nedeniyle sorumlu tutulacağında şüphe bulunmamaktadır. Zira fail, en nihayetinde bir insana ateş ederek ölümüne neden olmak istemiş ve fakat mağdurun

<sup>151</sup> Bu olaylardan biri, 1859 yılına ait Krallık Yüksek Mahkemesinin “Rosa-Rosahl” isimli kararına konu olmuştur. “Rosa-Rosahl” ismiyle Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından 05.05.1859 tarihinde verilmiş olan karar kapsamında bir kereste dükkanı işleten Rosahl’ın alacaklısı olan Schliebe’yi öldürmesi için çalışanı Rosa’yı azmettirdiği olayda Rosa, 11 Eylül 1858 tarihinde akşama doğru alacakaranlık bir anda Schliebe’nin eve dönüş yolunda Schliebe’yi öldürmek üzere pusuya yatar. Ancak Rosa, yolda gelmekte olan lise öğrencisi Harnsich’in Schliebe olduğunu düşünerek Harnsich’e doğru iki defa ateş eder ve sonuncu kurşun kafasına isabet ederek ölümüne neden olur. Sonraki gün Rosahl’a rapor veren Rosa, Schliebe’yi öldürdüğünü belirtir. Söz konusu olayda Rose’nin hatasının kendi sorumluluğuna etkisi önemsiz görülmesi, dolayısıyla da kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması bakımından herhangi bir tartışma yapılmamıştır. Mahkeme, aynı sonuca azmettiren konumundaki Rosahl bakımından da ulaşmış, söz konusu hatanın azmettiren açısından da bir önemi bulunmadığını, bu çerçevede kasten öldürme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir (Letzger, **a.g.e.**, s. 54, 55; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 34; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 207; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 84; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 78; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 116; Otto, **AT**, § 7 Rn. 93; Hoffmann-Holland, **AT**, 5/574).

<sup>152</sup> BGHSt 37, 214 (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 118; Heinrich, **AT**, Rn. 1307; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 115; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 90).

kimliğinde hataya düşerek bir başka kişiyi öldürmüştür. Bu şekilde “şahısta hata” olarak nitelendirilen mağdurun kimliğinde düşülen hata halinde failin ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir değişiklik olmayacak, fail yine aynı suçtan, olay bağlamında kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır<sup>153</sup>. Olayda esas ele alınması gereken, sorumluluğu esas incelenmesi gereken kişi azmettiren konumundaki B’dir. **İşte bu tür şahısta hata olaylarında azmettiren kişinin ceza sorumluluğunun ne olacağı hususunda farklı teorik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, önemsizlik teorisi, önemlilik teorisi, bireyselleştirme teorisi ve nihayet hedefte sapma teorisi şeklinde ortaya çıkmıştır.**

*Konuya ilişkin ilk çözüm önerisi, önemsizlik teorisi bağlamında Prusya Federal Yüksek Mahkemesi ile Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin az da olsa bir kısım kararlarında ve literatürün bir kısmında ileri sürülmüş, adıyla müsemma olarak failin şahısta hatası failin kendisi bakımından olduğu gibi azmettiren bakımından da önemsiz addedilmiş, bu çerçevede katı bağlılıktan yola çıkılarak azmettirenin tamamlanmış fiile azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir<sup>154</sup>.*

Nitekim Prusya Federal Yüksek Mahkemesine göre bu tür şahısta hata durumlarında sınırı aşılması argümanlarına herhangi bir önem atfedilmemiş, bu gibi durumlarda gerçek anlamda bir aşmadan söz edilemeyeceği benimsenmiş, zira yanlış mağdurun öldürülmesi noktasında failin kendi kararının bulunmadığı ifade edilmiştir<sup>155</sup>. Nitekim yukarıda adı geçen “Rosa-Rosahl” kararında Prusya Federal Yüksek Mahkemesi, önemsizlik teorisinden yola çıkmış ve failin şahısta hata durumunu azmettiren bakımından da önemsiz görmüş, Rose’u kasten öldürme suçundan dolayı mahkum ederken aynı şekilde bu hatayı önemsiz görerek Rosahl’ı da kasten öldürme suçuna azmettiren olarak kabul etmiştir<sup>156</sup>. Aslında Alman Federal

<sup>153</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26.

<sup>154</sup> Gropp, **AT**, § 10 Rn. 283; Bilgi için bkz. Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 123; Heinrich, **AT**, Rn. 1308; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 79; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 88; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 208.

<sup>155</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 123.

<sup>156</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 34; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 207; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 84; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 78; Hoffmann-Holland, **AT**, 5/575.



Yüksek Mahkemesi de, her ne kadar yeni bir argüman daha eklemiş olsa da bahsi geçen olayda B'yi tamamlanmış öldürmeye azmettirmeden sorumlu tutmuştur<sup>157</sup>.

Genel olarak azmettirmenin failin fiiline bağlılığından dolayı failin hatasının azmettiren bakımından da aynı şekilde etki etmesi gerektiği, zira fiili icra eden kişinin belli bir kimsenin öldürülmesi bakımından arka plandaki kişi tarafından harekete geçirildiği ve nihayetinde bu neticenin meydana gelmesinde etkisinin bulunduğu, aksi bir kabulün azmettirene yönelik bir imtiyaz olacağı ileri sürülmüştür<sup>158</sup>. Azmettirmenin ancak failin azmettiren tarafından tevdi edilen göreve kasıtlı bir şekilde riayet etmemek suretiyle sınırı aştığı durumlarda söz konusu olmayacağı belirtilmiştir<sup>159</sup>.

Teorinin kabulü durumunda ortaya çıkacak en önemli sorunlardan biri de failin hataya düşmesi sonucunda azmettirenin bizzat kendinin mağdur konumuna düşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Zira bir kimsenin işlenen bir fiilin “*hem mağduru hem de faili olmayacağı*” anlayışının sadece faillik bakımından geçerli olduğu düşünüldüğünde kişinin kendi mağduru olduğu bir yaralama suçundan –elbette öldürme suçunda bu tür bir sorun ortaya çıkmayacaktır- dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün olabilecektir<sup>160</sup>. İşte bu tür sorunlar ve bu sorunların çözümsüz kalması nedeniyle başka ölçütlerin getirilmesi ihtiyacı zuhur etmiştir. Zaten Prusya Federal Yüksek Mahkemesinin bu şekilde *yerinde olmayan* bir karar vermiş olmasının da o dönemki Alman düzenlemelerinde “akim kalmış azmettirmenin” cezalandırılabilir olmamasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Böylelikle günümüzde akim kalmış azmettirmeyi de ceza yaptırımına altına alan Alm. CK § 30 düzenlemesinin önemi daha iyi anlaşılabilir<sup>161</sup>.

***Dolayısıyla da ilk teori kapsamında geniş ölçüde vurgu yapılan önemsizlik ölçütü, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından getirilen “esasiyet teorisi” ile sınırlandırılmıştır<sup>162</sup>. Bu çerçevede failin mağdura ilişkin olarak düştüğü hata***

<sup>157</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 51 Rn. 34; Kühn, AT, § 20 Rn. 207; Roxin, AT II, § 26 Rn. 123; Heinrich, AT, Rn. 1308.

<sup>158</sup> Heinrich, AT, Rn. 1308; Hoffmann-Holland, AT, 5/575.

<sup>159</sup> Heinrich, AT, Rn. 1308.

<sup>160</sup> Heinrich, AT, Rn. 1308.

<sup>161</sup> Kühn, AT, § 20 Rn. 207.

<sup>162</sup> Nitekim önemsizlik teorisini temel alan Prusya Yüksek Mahkemesi karşısında BGH'nın bu teoriyi esas almasıyla birlikte her ne kadar belli durumlarda hatanın önemsiz kabul edilebileceği

*ne kadar azmettiren bakımından önemsiz olsa da bu durum, sadece gerçek anlamda ortaya konulan nedensel sürecin öngörülen nedensel süreçten “esaslı olmayacak” şekilde farklılık arz etmesi halinde söz konusu olacaktır.*

Zira bu görüşe göre bu tür durumlarda birçok ihtimal ve farklı durumun varlığı düşünülebilir olduğundan sadece esaslılık kriteri ile birlikte daha esnek karar verme ölçütü tatmin edici sonuçlara yol açabilecektir. Bu durumda esaslı olmayan bir hatanın söz konusu olması halinde azmettiren kişinin gerçekleşen neticeden tam manasıyla cezalandırılabilirliğinden bahsedilebilecektir. Buna karşılık tam tersi failin fiili bakımından esaslı bir hatanın söz konusu olması halinde azmettirenin kastı ortadan kalkar ve hukuk alanının taksirli olarak ihlal edilmesi bağlamında sadece akim kalmış azmettirmeden ve gerektiğinde taksirli olarak işlenen fiilden dolayı yan faillikten söz edilebileceği ifade edilmiştir<sup>163</sup>. Bu çerçevede azmettirilen kişinin S'nin yerine N'ye kasıtlı bir şekilde ateş etmiş olması ihtimalinde de azmettirmeden bahsedilmemesini gerektirecek şekilde bir sınır aşımının mevcut olacağına hiç şüphe bulunmadığı vurgulanmış, kasıtlı sınır aşımı için kabul edilenin kasıtlı olmayan aşma bakımından da geçerli olması gerektiği, zira her iki durumda da failin işlediği fiil bakımından azmettirenin düşünce dünyasından ayrılışının aynı olduğu belirtilmiştir<sup>164</sup>. Nitekim söz konusu olayda önemli bir hata söz konusu olduğu, bu bağlamda azmettiren kişinin yalnızca kasten öldürme suçu dolayısıyla akim kalmış

---

ifade edilmiş olsa da bu kabul, hatanın esaslı olması durumu ile sınırlandırılmıştır (Kühl, **AT**, § 20 Rn. 207; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 84). Bu bağlamda doktrinde sık sık BGH'nın da bu kararı bakımından Prusya Yüksek Mahkemesinin verdiği karardan hareket ettiği belirtilse de bunun tam manasıyla doğru olduğu ifade edilemez. Nitekim BGH'nın Prusya Yüksek Mahkemesinin verdiği karardan hareket etmekle birlikte “genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilirlik” şeklinde farklı bir kriter daha eklediğine dair bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 34; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 207; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 88; dpn. 113. Bunun dışında BGH'nın Prusya Yüksek Mahkemesinin verdiği karardan hareket ettiğine dair görüşler için bkz. Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 117; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 78.

<sup>163</sup> Günter Bemann, “Die objektsverwechslung des Taters in ihrer Bedeutung für den Anstifter”, **Festschrift-Walter Stree/Johannes Wessels**, 1993, s. 397; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 4; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 119; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 84; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 117; Herinrich, **AT**, Rn. 1309; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 127. Taksirli fiilden dolayı yan fail olarak sorumlu tutulabilme, ancak fail tarafından işlenen fiilin taksirli halinin öngörülmesi halinde şayet arka plandaki kişi tarafından söz konusu neticenin gerçekleşmesi öngörülebilir durumda ise ancak bu durumda söz konusu olabilir (Gropp, **AT**, § 10 Rn. 284). Nitekim bu tür durumlarda arka plandaki kişinin tek bir fiiliyle hem failin işlemeyi düşündüğü ve fakat işleyemediği fiil bakımından akim kalmış azmettirme hem de failin gerçekte işlediği fiil bakımından taksirli olarak sorumluluk söz konusu olabilecek ve fakat fikri içtima kuralları ile bir sonuca ulaşılabilecektir.

<sup>164</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 119.

azmettirmeden ve ayrıca taksirle öldürme suçundan sorumlu olması gerektiği kabul edilmiştir<sup>165</sup>.

Hatanın esaslı olup olmamasına ilişkin olarak da farklı çözüm önerileri getirilmiş, bu kapsamda Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre failin mağduru karıştırmasının genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilirliğin sınırları dışında olması halinde esaslı hatadan bahsedilebilecek<sup>166</sup>, ancak tam tersi mağdurun karıştırılmasının hayat tecrübeleri içinde yer alması halinde bu defa esaslı bir hatanın varlığından söz edilemeyecektir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi, söz konusu olayda fiili icra eden kişinin hatasını azmettiren bakımından önemsiz görmüş, fiilin icra ediliş sürecini genel hayat tecrübeleri dışında görmemiş ve arka plandaki kişinin tamamlanmış azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiştir<sup>167</sup>.

Bu çerçevede hatanın esaslı olup olmadığının tespitine ilişkin olarak ileri sürülen ikinci çözüm önerisi bir anlamda Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin çözüm önerisinde büyük oranda benzerlik göstermektedir. Nitekim bu görüş çerçevesinde ileri sürülen öneri, arka plandaki kişinin fiili icra edecek kişiden istediği hareketin yerine getirilmesi esnasında fiilin konusunun karıştırılması tehlikesini ve ihtimalini de kapsamında barındırıyor olup olmadığına bakılması yönündedir<sup>168</sup>.

Bu konudaki üçüncü bir görüş kapsamında kişiliğe ilişkin hukuki değerlerin ihlal edilmesi bakımından failin şahısta hatasının azmettiren nezdinde “aberratio ictus” olarak görünüm arz ettiği belirtilmiş, bu bağlamda hukuki değerlerin kişiliğe ilişkin olup olmamasına göre bir ayırım yapılmış, hukuki değerlerin kişiliğe ilişkin olduğu durumlarda her daim esaslı bir hatadan söz edilebileceği ifade edilmiştir<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 90.

<sup>166</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 207; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 84; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 78; Herinrich, **AT**, Rn. 1309; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 88, dpn. 113.

<sup>167</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Objektif isnadiyet öğretisi yönünden olaya yaklaşım sergileyen görüş için bkz. Edda Weißlau, “Der Exzeß des Angestifteten”, **ZStW 104 (1992)**, s. 105-130.

<sup>168</sup> Weißlau, **ZStW 104 (1992)**, s. 105; Bilgi için bkz. Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 79; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 117.

<sup>169</sup> Otto, **JuS 1982**, s. 562; Otto, **AT**, § 22 Rn. 46; Bilgi için bkz. Herinrich, **AT**, Rn. 1309; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 208.

Arka plandaki kişinin, failin A'yı öldüreceğini düşünmesine karşılık failin gerçekte B'yi öldürmesi durumunda kastından bahsedilemeyeceğine işaret edilmiş, fiilin sosyal bakımdan taşıdığı önemin her bakımdan daha farklı olduğu, zira arka plandaki kişi fiili işlemi durumunda bulunmadığından fiilin, arka plandaki kişinin şahsına failin şahsında tezahür ettiği şekliyle bir insanın öldürülmesi olarak indirgenemeyeceği ifade edilmiştir. Nitekim arka plandaki kişi için öldürme suçu, herhangi bir insana yönelik olmayıp belirli bir kişiye yönelik olmalıdır. Bununla bağlantılı olarak arka plandaki kişinin kastı da belirli bir kişiye yöneliktir. Fail bakımından belirli bir insan, kendi önüne konulan bir insanken azmettiren bakımından kendisini öldürmesi için faili sevk ettiği somut bir kişidir. Bu çerçevede arka plandaki kişi, bu görüşe göre de sadece akim kalmış azmettirme ve duruma göre aynı anda taksirli suçtan dolayı cezalandırılabilir<sup>170</sup>. O halde yukarıda yer verilen olay bakımından öldürme suçu kapsamında şahısta hata nedeni ile korunan hukuki değer insan olması ve dolayısıyla da kişiliğe ilişkin olması hasebiyle esaslı bir hatadan bahsedilebilecek ve bu defa arka plandaki kişi sadece öldürmeye akim kalmış azmettirmeden dolayı cezalandırılabilir<sup>171</sup>.

Esaslılığı ön plana alan bu teorinin söz konusu kriterinin keyfi uygulamalara yol açacağı, bu nedenle de uygun bir ayırım kriteri olarak düşünülemediği yönünde eleştiriler getirilmiştir<sup>172</sup>.

***Esasîyet teorisinin bir adım ilerisi, "bireyselleştirme teorisi"dir<sup>173</sup>. Zira bu teoride de tıpkı esasîyet teorisinde olduğu gibi genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilirlik dikkate alınmaktadır. Ancak bu görüşü esasîyet teorisinden ayıran fark, mağdurun bireyselleştirilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>174</sup>.***

Nitekim bu teoriye göre azmettirenin mağdurun bireyselleştirilmesini faile bıraktığı her durumda failin mağdurun kişiliği üzerinde hataya düşmesi halinde bu hatanın fail bakımından olduğu gibi azmettiren bakımından da önemsiz kabul edildiği, zira bu tür durumlarda azmettirenin de fail gibi aynı şekilde mağdurun

<sup>170</sup> Otto, **AT**, § 22 Rn. 46.

<sup>171</sup> Elbette burada tek fiille birden fazla farklı suçun oluşması mümkündür. Zira arka plandaki kişinin bu tür durumlarda hem akim kalmış azmettiren olması hem de taksirli öldürmeden dolayı fail olması mümkündür.

<sup>172</sup> Herinrich, **AT**, Rn. 1309.

<sup>173</sup> Stratenwerth, **FS-Baumann**, 1992, s. 65; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 37.

<sup>174</sup> Heine/Weißer, **a.g.c.**, § 26 Rn. 26.

karıştırılması riskini üstlenmiş olduğu, her ne kadar failin mağduru karıştırması planlandığı şekilde failin işleniş sürecinden ayrılması olarak tezahür etmekteyse de kural olarak bu durum genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilirliğin sınırları içinde telakki edilir ve azmettiren de *tam manasıyla gerçekleşen neticeden sorumlu tutulur*<sup>175</sup>. Nitekim arka plandaki kişinin bir araca bomba kurmasını istediği faile mağdurun kişiliği hakkında bilgi vermediği, yani mağduru somutlaştırmadığı bir durumda bombanın patlamasıyla birlikte arka plandaki kişinin aklındaki kişiden başka bir kimsenin öldürülmesi halinde bu hata önemsiz kabul edilecek ve neticeden arka plandaki kişi de sorumlu tutulacaktır<sup>176</sup>. Aynı durum, mağdurun belirtilmesinin birçok kişiye uyacak şekilde doğru tanımlanmaması halinde de geçerlidir<sup>177</sup>.

Buna karşılık azmettiren, mağdurun şahsını failin kişiyi bireyselleştirmesi, daha doğrusu bireysel olarak ayırt edebilmesi bakımından esas alacağı belirli unsurlarla betimlense bu defa durum değişir ve azmettiren ancak *akim kalmış azmettirmeden* dolayı sorumlu tutulur<sup>178</sup>. Ancak bunun için failin arka plandaki kişi tarafından mağdurun kimliği konusunda yaptığı tanımlamaya, tasvire dikkat etmemesi halinde yahut da başka öngörülebilir olmayan durumların varlığı halinde söz konusu olması gerekir<sup>179</sup>. Bu teorinin benimsenmesi halinde B'nin azmettirenine sadece oğlunun fotoğrafını göstermiş olması değil, aynı zamanda azmettirenin bizzat kendisinin azmettirenin oğlunu görmüş olması da savunurların bu görüşünde etkili olmuştur. Karara göre onların fotoğrafı ve kişisel görünümü ortaya koymalarından daha somut bir belirlemenin mevcudiyeti mümkün olmayıp azmettirenin faile mağdurun yakınına kadar giderek fiili işlemlerini ve terk etmesini istemiş olması, keza fiili işlemeden önce bir keza daha mağdurun kimliği konusunda emin olmaya çalışması hususları dikkate alındığında azmettirilen konumundaki failin mağdurun şahsında hataya düşmüş olması kendi aleyhine olacaktır<sup>180</sup>.

<sup>175</sup> Herinrich, **AT**, Rn. 1310; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 208; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 37.

<sup>176</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26.

<sup>177</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 128.

<sup>178</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 26. Alman hukukunda ayrıca elverişsiz teşebbüsten sorumluluk da gündeme gelmektedir.

<sup>179</sup> Hoffmann-Holland, **AT**, 5/575.

<sup>180</sup> BGHSt 37, 214 (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 129); Ancak Roxin'in bu görüşü *Renzikowski*, tarafından kabul edilmemiş, *Renzikowski*, bu teorinin kabul edilmesi halinde çiftlik mirası olayında karanlık

Bu teoriye yönelik olarak bireyselleştirme unsurunun belirsiz olduğu eleştirisi getirilmiştir. Buna göre bu teorinin savunurları tarafından hangi hallerde azmettirenin mağduru kendisinin bireyselleştirdiği ve buna uygun olarak hatanın önemli olduğunun hiçbir olayda belirtilmediği, nitekim mevcut olay bakımından da oğlunun fotoğrafını teslim etmesi ve genel görünümü ile alışkanlıkları hakkında bilgi vermesinin bireyselleştirme olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun açık olmadığı ifade edilmiştir<sup>181</sup>.

*Nihayet bu teorilerin zayıf yönlerinden sakınma isteği, Alman literatüründe yer alan yazarların bir kısmını “aberratio-ictus (hedefte sapma) teorisi”ne yönlendirmiştir<sup>182</sup>. Bu çerçevede günümüzde doktrinde yaygın şekilde savunulan bu teoriye göre fail bakımından şahısta hatanın önemsiz olduğu bir durumda azmettiren açısından kural olarak hedefte sapma söz konusu olur, dolayısıyla failin hatası her durumda azmettiren için etki gösterir, nihayetinde azmettiren failin tamamlanmış fiilinden dolayı sorumlu tutulmaz<sup>183</sup>.*

Bu kapsamda bu tür durumlarda failin fiili ile azmettirme arasındaki bağılık bir anlamda yok kabul edilir. Azmettirenin düşüncesinde daima somut bir faili tuttuğundan hareket eden bu görüşe göre failin öldürmesi gereken kişi yerine bir başka kişiyi öldürmesi halinde azmettirmeden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüş içerisinde bu hatanın hukuki sonuçları bir hayli tartışılmıştır. Zira bu görüş kapsamında da azmettiren kişinin sorumluluğuna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

---

bir ortamda ateş etmesinin istenmesinin bir anlamda arka plandaki kişinin karıştırılması riskini de üstlendiğini ifade etmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 37).

<sup>181</sup> Herinrich, **AT**, Rn. 1310.

<sup>182</sup> Hedefte sapma adıyla anılan *aberratio ictus*, belirli bir mağduru hedef alan failin hedeflenen bu mağdurun yerine başka bir kişiye ateş etmesi durumunda gündeme gelmektedir. Bu anlamda fiilin yolundan sapması olarak da ifade edilebilir. *Aberratio ictus*, ceza hukukunda mümkün olan hata türlerinden biri olarak belirtilmektedir. BGH, bu tür durumlarda baskın görüş tarafından da kabul edildiği üzere faili hedeflenen mağdur bakımından teşebbüs aşamasında kalmış suç dolayısıyla ve keza karşılaşılan mağdur bakımından da taksirle işlenen suçtan dolayı sorumlu tutmaktadır (BGHSt 34, 53, 55). Buna göre söz gelimi mağdur B'ye ateş etmeyi planlayan A, bu amacını gerçekleştirmek üzere karışık bir yerde av tüfeğiyle birlikte pusu kurar. A'nın, yanında D ile birlikte yürümekte olan B'ye doğru ateş etmesi üzerine kurşunun B'ye değil de D'ye isabet etmesi durumunda A'nın D bakımından taksirle öldürme, B bakımından kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından sorumlu tutulması gerekecekti. Buna karşılık diğer bir görüş, bu gibi durumlarda objelerin eş değerliliğinden hareketle tamamlama dolayısıyla ceza verilmesi gerektiğini kabul etmektedir (<http://Kn..lexexakt.de/index.php/glossar?title=aberratioictus.php>, 14.06. 2015).

<sup>183</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 35; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 121.

Bu görüş bağlamında ilk eğilime göre, arka plandaki kişi tarafından öldürülmesi istenen “gerçek” kişi öldürülemediğinden failin azmettiren bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olması nedeniyle akim kalmış azmettirme söz konusu olacaktır<sup>184</sup>. Az da olsa bir kısım görüş tarafından savunulan bu anlayışa göre, failin konusu üzerindeki karıştırma, yani öldürme suçu bakımından şahısta hata azmettiren için söz konusu olmayıp bilakis failin karıştırması sebebiyle aslında arka plandaki kişi tarafından harekete geçirilen nedensel süreçte işaret edilen kişinin isabet ettirilemediği ve bir başka kişiye denk geldiği düşünülerek bir başka konuya veya kişiye denk gelmesine yol açan bu nedensel süreçten ayrılışın söz konusu olduğu kabul edilmiştir<sup>185</sup>. Diğer bir deyişle azmettiren mağdurun kişiliğinin tanımlanmasında hataya düşmemiş, bilakis sadece nedensel süreç üzerinde bir hataya düşmüştür<sup>186</sup>. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, olayların gelişimi için nedensellikten ayrılışın özel bir durumu olarak geliştirilen *aberratio ictus* kuralı çerçevesinde failin saldıracağı objeyi görmeden evvel onun yerine başka bir objeye zarar vermesinin söz konusu olduğunu belirtmiştir<sup>187</sup>. Bu çerçevede arka plandaki kişi, yalnızca istediği ve fakat failin hatası nedeniyle gerçekleşmeyen suç dolayısıyla “akim kalmış azmettirme”den olarak sorumlu tutulabilecektir. Bunun yanı sıra mümkün olan durumlarda şayet işlenen suçun taksirli hali söz konusu ise azmettiren bakımından bu durumun öngörülebilir olması durumunda bu suçtan dolayı da fail olarak sorumluluğun gündeme gelebileceği, bu defa her iki sorumluluk bağlamında fikri içtima kuralları uygulanmak suretiyle bir sonuca varılabileceği ifade edilmektedir<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Bemmann, **FS-Stree/Wessels**, s. 397. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 85; **MK-Joecks**, § 26 Rn. 80; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 Rn. 118; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 30 Rn. 88; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 209.

<sup>185</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 81.

<sup>186</sup> Hoffmann-Holland, **AT**, 5/575.

<sup>187</sup> Hoffmann-Holland, **AT**, 5/575; *Roxin*, bu izahatın makul olmadığını, zira nedensel sürecin fail tarafından çizilen yolu terk ettiği şeklindeki bir tespitin objektif bir bulgu olduğunu, bu suretle ilk neden olanın onu kendi gözleri ile fark edip etmediğine bağlı olamayacağını ifade etmiş, aksi durumda B'nin azmettirilen kişinin ateşini engelleme imkanı bulunmaksızın fark etmiş olması durumu arasında bir fark gözetilemeyeceğini belirtmiştir. Bir kısım yazar, *aberratio ictus*'un azmettirilenin salt mekanik bir şeklinin şart koşulması kabulünü yerinde görmemişler, azmettirilenin de daima tipik neticeye neden olması gerektiğinden nedensellikten ayrılma için geliştirilen kuralların niçin burada da uygulanamayacağını anlaşılabilir olmadığını ifade etmişlerdir (Mitsch, **Jura 1991**, s. 385).

<sup>188</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 209; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 35.

Özellikle *Binding* tarafından ifade edilen bu görüş kapsamında *Binding*, Prusya Federal Yüksek Mahkemesinin failin şahısta hatasının arka plandaki kişi bakımından da önemsiz olduğunu addeden kararına karşı “katliam-argümanı” ile karşı çıkmış ve azmettirilen kişinin yanlış yere bomba koyarak yanlış kişileri öldürdükten sonra hatasını fark etmesi ve daha sonra planlandığı şekilde doğru yere bombayı koyup öldürmesi gereken kişileri öldürmesi halinde mahkemenin kabulüne göre azmettirenin de önceki ve sonraki bütün ölüm neticelerinden sorumlu tutulması gerekecek ki bunun çok tutarlı olmadığını vurgulamıştır<sup>189</sup>. Yani bu görüşe göre somut olay bakımından failin şahısta hatayı tespit ettikten sonra ayrıca S’yi beklemiş olması ve onun da ahıra adım atmasıyla birlikte ona da ateş etmiş olmasından yola çıkarak bu durumda fail iki defa öldürme dolayısıyla, B de S’nin öldürülmesi için azmettirme dolayısıyla cezalandırılabilir olurdu. Dolayısıyla da yalnızca bir öldürmeye azmettirdiğinden dolayı N’nin ölümü de B’ye azmettirme yoluyla yüklenemez<sup>190</sup>. Keza *Renzikowski* de, önemli bir hususa işaret etmiş, arka plandaki kişinin “X’i öldür!” şeklinde fiili icra edecek kişiden talepte bulunmasının “X’i muhakkak öldür, hatta X’i öldürene kadar herkesi öldürebilirsin” anlamına gelmediğine işaret etmiş, bu suretle aslında bu iki ifade arasındaki farkın da önemine vurgu yapmıştır<sup>191</sup>.

Ancak bu görüşe karşı failin fiili işleme kararına neden olan ilk kişi olmasına rağmen bu sonuçla birlikte arka plandaki kişi olan azmettirenin bir anlamda fail karşısında imtiyazlı kılındığı eleştirisinde bulunulmuştur<sup>192</sup>. Kaldı ki dolaylı faillik bakımından doğrudan hareket eden için önemsiz kabul edilen şahısta hatanın, dolaylı fail olan kişi bakımından *aberratio ictus* olarak kabul edildiği ve bunun öngörülen nedensel süreçten kastı ortadan kaldırarak şekilde önemli bir sapma olarak değerlendirildiği, bu bağlamda da öldürme suçunda fiilin aracı konumundaki kişinin, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurken dolaylı failin sadece tek fiille kasten öldürmeye teşebbüsten ve taksirle öldürmeden sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. İşte bu görüşün de aslında dolaylı faillik bakımından ileri sürülen bu argümandan

<sup>189</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 26 Rn. 81; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 51 Rn. 35.

<sup>190</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 121;

<sup>191</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 51 Rn. 35.

<sup>192</sup> Herinrich, *AT*, Rn. 1311.



hareket ettiği ifade edilerek önemli bir hususa dikkat çekilmiş ve dolaylı faillikte olduğu gibi azmettirme bakımından da doğrudan bu sonuca ulaşamayacağına, nitekim dolaylı failden başka olarak azmettirenin faillik iradesini bünyesinde barındırmadığına, tam aksine fiil hakimiyetinin fiili icra eden ön plandaki kişide bulunduğu ve bunun da aslında fiilin icra edilmesinin büyük ölçüde faile terk edilmesi sonucunu beraberinde getirdiğinden dolaylı faillik bakımından geçerli olan kuralların kolaylıkla azmettirme bakımından da geçerli olamayacağına vurgu yapılmıştır. Bunun azmettirenin somut fiili nasıl tasavvur ettiğine ve icra edilen fiilin tasavvur edilen bu fiilden hangi yoğunlukta bir fark sergilediğine bağlı olduğu, ancak ve ancak bu yoğunluğun önemli olması durumunda bu görüşün yerinde olabileceği, aksi takdirde, yani hatanın önemsiz olması halinde ise kişinin tamamlanmış fiilden dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiş, bir anlamda esasiyet teorisine işaret edilmiştir<sup>193</sup>.

Bu teori kapsamında ileri sürülen ilk eğilime ileri sürülen bu eleştiriler bir tarafa bırakılacak olursa teori kapsamındaki diğer eğilim, arka plandaki kişiyi akim kalmış azmettirmeden sorumlu tutmamakta, *teşebbüs aşamasında kalmış suça azmettirme* olarak kabul etmektedir<sup>194</sup>. Azmettirme kastı, failin fiilinin neticesini de kapsadığından, arka plandaki kişinin fiilin tamamlanmasına yönelik kastına ilişkin bir sorun ortaya çıktığından bahisle konu bakımından ortaya çıkan hatanın azmettiren bakımından da etki edeceği, dolayısıyla da meydana gelen neticenin arka plandaki bu kişiye isnat edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>195</sup>.

Ancak bu eğilim, doktrinde azmettirilen tarafından N'ye karşı işlenen tamamlanmış öldürmenin aynı zamanda S'yi öldürmeye teşebbüs olarak anlaşılamayacağı, nitekim böyle bir kabul halinde azmettirilen tarafından çifte öldürme kastının bir şart olarak aranmış olacağı, oysa burada yalnızca bir kastın bulunduğu, diğer bir ifadeyle failin teşebbüs aşamasında kalmış fiili bakımından azmettirilenin kabul edilebilmesinin, fiilin en azından teşebbüs aşamasına geçmiş

<sup>193</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 30 Rn. 89.

<sup>194</sup> Günter Stratenwerth, "Objektsirrtum und Tatbeteiligung", FS-Baumann, 1992, s. 57, 62; Bilgi için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 51 Rn. 36; Roxin, AT II, § 26 Rn. 122; Joecks, a.g.e., § 26 Rn. 80; Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 85; Jescheck/Weigend, AT, § 64 II 4; Murmann, GrundK StrR, § 27 Rn. 118.

<sup>195</sup> Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 85; Jescheck/Weigend, AT, § 64 II 4; Murmann, GrundK StrR, § 27 Rn. 118.

olmasına bağlı olduğundan ve bu tür olaylarda da hata nedeniyle gerçekte öldürülmesi gereken kişi bakımından “icra hareketleri” başlamadığından mümkün görünmediği gerekçesiyle<sup>196</sup> genel olarak kabul görmemiştir<sup>197</sup>. Bu karşı çıkışa binaen failin yalnızca bir tamamlanmış kasten öldürme suçunu işlediği bu durumda, asgari anlamda B’nin bakış açısından S’ye yönelik teşebbüs aşamasında kalmış bir öldürme olarak değerlendirilebilmesine engel olmadığı ifade edilmiştir. Ancak bu değerlendirme, *karşı görüşe* göre “sınırlı bağlılık kuralını” ortadan kaldıracaktır. Zira bu değerlendirme, fiili icra eden kişinin arka plandaki kişinin tasavvurundaki fiil bakımından, gerçek anlamda teşebbüs aşamasında olmamasına rağmen, yani hiçbir şekilde gerçek anlamda istenen kişiye yönelik olarak icra hareketlerinin başlamasından söz edilememesine rağmen failin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulünün ve buna göre de arka plandaki kişinin teşebbüs aşamasında kalmış fiile azmettiren olarak sorumlu tutulmasının “niceliksel bağlılık kuralına” aykırılık teşkil etmesi sonucunu beraberinde getirecek olmasına dayanmaktadır.

Bu bağlamda gerçek anlamda bir teşebbüsün bulunmaması, *Stratenwerth*’in ifadesiyle sırf “B’nin bakış açısı” ile karşılanamayacaktır<sup>198</sup>. Bunun dışında N’nin ateş edilerek öldürülmesinden B’nin bakış açısının niçin oğlunun ateş edilerek öldürülmesine teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiğinin de açık olmadığı eleştirisinde bulunulmuştur<sup>199</sup>.

Bu kapsamda önemli bir tartışma daha ortaya çıkmıştır. Nitekim fiili icra eden ve şahısta hataya düşen kişinin hatasını fark ederek bu defa doğru kişiyi bularak fiilini yinelemesi halinde, diğer bir ifadeyle önce hataya düşmek suretiyle yanlış kişiye karşı suç işlemesi, daha sonra da hatasını fark ederek doğru kişiye karşı suç işlemesi durumunda arka plandaki kişinin sorumluluğunun ne olacağı konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu tür durumlarda, yani failin hatasını fark ettikten sonra ayrıca azmettiren tarafından da işaret edilen doğru kişiyi öldürmesi halinde evvela Alman Federal Yüksek Mahkemesi, kural olarak arka plandaki kişinin her iki öldürme suçu

<sup>196</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 122.

<sup>197</sup> Bemman, **FS-Stree/Wessels**, s. 399; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 122.

<sup>198</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51 Rn. 36; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 122.

<sup>199</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 122.

bakımından da azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği yönünde bir karar vermiştir<sup>200</sup>. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla beraber bir kısım görüş, tıpkı Alman Federal Yüksek Mahkemesi gibi arka plandaki kişinin her iki öldürme suçundan dolayı da azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiştir<sup>201</sup>. Esasında Prusya Federal Yüksek Mahkemesinin de esas aldığı “önemsizlik teorisi” göz önünde bulundurulduğunda ve failin ilk hatası önemsiz kabul edilip arka plandaki kişi azmettiren olarak sorumlu tutulduğunda ikinci defa gerçekleştirilen doğru fiilden kişinin evleviyetle sorumlu tutulması gerektiği ifade edilebilir olsa da özellikle de konuya bakışı “önemsizlik teorisi” olmayan görüş sahipleri bu şekilde arka plandaki kişinin her iki öldürme suçundan dolayı da azmettiren olarak sorumlu tutulmasını yadırgamışlardır<sup>202</sup>.

Nitekim ikinci görüş, failin hatasını fark etmesinin ardından S’ye de ateş etmiş olması halinde azmettirme çözümü bakımından ikinci öldürmeyi sınırı aşma olarak kabul etmekte, B’nin yalnızca N’nin ölümüne azmettirme dolayısıyla cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>203</sup>. Ancak *Roxin*, bunun da soruna bir çözüm getirmekten uzak olduğunu, zira S’nin ölümüne B tarafından sadece objektif anlamda neden olunmakla kalınmamış, aynı zamanda azmettirilen ile bu yönde bir karara da varılmıştır. Nitekim belirli bir miktar para ödenmek suretiyle belli bir kişinin öldürülmesinin istenmesi durumunda, bu kişinin öldürülmesiyle sınırın aşılmasından söz edilmesi hususu söz konusu olayda failin azmettirenin düşünce şeklindeki fiilden ayrılmış kabul edilebilmesi için gereken asgari koşulun bulunmadığı gerekçesiyle pek de mümkün görünmemektedir<sup>204</sup>.

Üçüncü görüş, kişinin yalnızca bir suçtan dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği yönündedir. Nitekim arka plandaki kişiye her iki kişinin veya daha fazla kişinin öldürülmesinin isnad edilmesinin mümkün olmadığı, zira azmettirenin kastı kapsamında yalnızca bir kişinin öldürülmesi yönünde kastın mevcut olduğu ifade edilmiştir<sup>205</sup>. Bununla birlikte bir diğer görüş de benzer bir sonuca ulaşmış arka

<sup>200</sup> Bemmann, *FS-Stree/Wessels*, 1993, s. 403; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 125.

<sup>201</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 26 Rn. 79.

<sup>202</sup> Bemmann, *FS-Stree/Wessels*, s. 403; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 125.

<sup>203</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 26 Rn. 83; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 125.

<sup>204</sup> Bemmann, *FS-Stree/Wessels*, 1993, s. 402; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 125.

<sup>205</sup> Schünemann, *a.g.e.*, § 26 Rn. 87.

plandaki kişinin işlenen suçlardan sadece birinden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiş olsa da bu sonucu, failin her iki öldürmeden hangisine azmettirilmiş olabileceğinin tespitine bağlı olmaksızın kabul etmeyi tercih etmiştir<sup>206</sup>. Ancak bu görüşün fiillerden birinin tamamlandığı, diğerinin ise teşebbüs aşamasında kaldığı her durumda sorun teşkil edeceği, bu bağlamda sadece ilk fiilin isnat edilmesinin doğru olabileceği, zira sorumluluğun mutlak bir şekilde ikinci öldürmenin de gerçekleştirilmesine bağlı tutulması ve fakat ikincinin gerçekleşmemesi durumunda azmettirenin gerçekleştirdiği harekete karşılık tam anlamıyla sorumlu tutulamayacağı vurgulanmıştır<sup>207</sup>. Bununla birlikte *Puppe*, bu çözüm bakımından da failin *aberratio ictus* durumunda ortaya çıkan sorunun aynısının meydana geleceğini ifade etmiş olmasına rağmen *Roxin*, bu iddianın yerinde olmadığını, her ne kadar fail, azmettirenin oğlunu hedeflemiş olsa da hedefi şaşırarak başka bir kişinin ölümüne neden olsa da daha sonradan ikinci kez ateş ederek azmettirenin oğlunu öldürmesi durumunda baştaki teşebbüsün sonraki gelen tamamlanmış fiile göre tali nitelikte olduğunu, bu bakımdan da tamamlanmış öldürmeye yönelik olarak yalnızca bir azmettirmeden söz edilebileceğini vurgulayarak *Puppe* 'ye karşılık vermiştir<sup>208</sup>.

**Konuya Türk hukuku bakımından bir yaklaşım sergilemek gerekirse** öncelikle Türk hukukunda ağırlık görüş olarak TCK'nın genel hükümleri dikkate alınarak bir çözüme ulaşılması gerektiği ileri sürülmek suretiyle<sup>209</sup> “önemsizlik teorisi”nin benimsendiğini belirtmek gerekir. Nitekim ön plandaki kişinin hatasının azmettirenle aralarındaki anlaşmanın sınırını aşan bir sonuç olarak telakki edilmemesi, kasten öldürme suçu için herhangi bir insanın öldürülmesi yeterli olduğundan öldürülen kişinin de farklı bir isme sahip olsa da insan olması, yani korunan hukuki değerın aynı olması, şerik sorumluluğu açısından herhangi bir değişikliğe neden olmayacağı gibi gerekçelerle azmettirilen kişinin hataya düşerek kendisinden öldürmesi istenen kişiden farklı bir kimseyi öldürmesi durumunda arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumluluğunun devam edeceği ileri

<sup>206</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 125; Joecks, *a.g.e.*, § 26 Rn. 83.

<sup>207</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 26 Rn. 83.

<sup>208</sup> Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 126.

<sup>209</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 534; Koca/Üzülmez, *a.g.e.*, s. 471.

sürülmektedir<sup>210</sup>. Zaten konuya ilişkin diğer bütün teoriler kapsamında akim kalmış azmettirme şeklindeki çözüm yoluna başvurulduğu dikkate alındığında Türk hukukunda diğer öğretilerin uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkacaktır. Nitekim akim kalmış azmettirmenin ülkemiz kanuni düzenlemesinde cezalandırılmaması, diğer öğretilerden herhangi birinin esas alınmasıyla birlikte ceza hukuku sistemimiz açısından önemli bir boşluğa neden olacak, neredeyse birçok hususta arka plandaki kişi, ceza hukuku anlamında kınanabilir bir davranış sergilemiş olmasına rağmen ya cezasız kalacak ya da sırf bu kınanabilirliği karşılamak adına yanlış uygulamalar tercih edilecektir. Nitekim daha evvel ifade edildiği üzere Prusya Yüksek mahkemesinin 1859 yılında vermiş olduğu meşhur kararında da yerinde olmayan bir karar verilmiş olmasının o dönemki Alman düzenlemelerinde “akim kalmış azmettirmenin” cezalandırılabilir olmamasından kaynaklandığına işaret edilmektedir. Yani Alman hukukunda da tıpkı Türk ceza hukukunda olduğu gibi akim kalmış azmettirmeye ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle cezalandırılabilirlik alanında söz konusu olan boşluğun bir anlamda doldurulması ihtiyacı bulunmaktaydı. Sırf bu yasal boşluğun doldurulması için de farklı uygulamalara başvurulmakta ve bu suretle ilginç kararlara imza atılmaktaydı.

Bu bakımdan bu konudaki **kanaatimiz**, tezimizin her bölümünde defatle belirttiğimiz üzere TCK’da akim kalmış azmettirmenin sınırlı da olsa cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi ve böylelikle şahısta hata hususuna ilişkin olarak da uygun bir çözüme ulaşılmıştır. Bu, Türk doktrininde benimsenen önemsizlik teorisini de yerinde görmediğimiz anlamına gelmektedir. Zira ön plandaki kişinin şahısta düştüğü hata, arka plandaki kişi bakımından her durumda önemsiz addedilemez.

### **b. Şerikler Bakımından**

TCK ve Alm. CK’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında azmettirme ve yardım etme, fail tarafından kasten işlenen fiile yönelik kasıtlı şekilde sunulan katkı suretiyle mümkündür. Dolayısıyla aslında şeriklerin kastının biri şerikin kendi katkısı bakımından (faili yönlendirmeye ilişkin kast) diğeri ise failin kasıtlı ve hukuka aykırı

<sup>210</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 366; Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 452; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoglu/Unver, **a.g.e.**, s. 404; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 471; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 660; Mahmutoglu, **İÜHFİM 2005**, s. 106; Hakeri, **a.g.e.**, s. 559.

olarak işlediği fiil bakımından (fiilin tamamlanmasına yönelik kast) olmak üzere iki mihenk taşı bulunmaktadır<sup>211</sup>. İşte şeriklerin bu iki durum bakımından da kastlarının aranması nedeniyle iştirak ettikleri failin fiili dolayısıyla sorumlulukları, “çifte kastları”nın varlığına bağlı tutulmuştur<sup>212</sup>. Bu bakımdan şeriklerin kastlarının kapsamı failinkine göre daha geniştir. Zira şerikin sadece kendi davranışı açısından kasıtlı hareket etmiş olması yeterli değildir. Şeriklerin taksirli olarak hareket etmeleri durumunda taksirli azmettirmeden veya yardım etmeden bahsedilmeyecek, daha doğru bir ifadeyle artık şeriklikten söz edilemeyecek olup hakim görüş tarafından bu tür durumlarda işlenen fiilin taksirli halinin kanunda suç olarak ihdas edilmiş olması şartıyla kişinin taksirli failliğine gidilebilecektir<sup>213</sup>.

Bu çerçevede kanuni düzenlemeler dikkate alındığı takdirde daha evvel de irdelendiği üzere evvela failin fiilini kasıtlı olarak işlemiş olması gerekir. Buna göre taksirli suçlar bakımından söz konusu olan katkıların şeriklik nezdinde cezalandırılması mümkün olmayacaktır<sup>214</sup>. Bu hususa ilişkin Türk hukukundaki düzenleme Alman hukukundaki kadar açık değildir. Zira Alm.CK’da başkası tarafından işlenecek olan kasıtlı fiile “kasten” azmettirmeden yahut da yardım etmeden söz edilmiş, böylelikle de hem failin fiilinin kasıtlı olmasına hem de şeriklik hareketinin kendisinin kasıtlı olmasına vurgu yapılmışken TCK’da bağlılık kuralı bakımından öngörülen düzenlemede suça iştirak için kasıtlı bir fiilin varlığının gerekli olduğu belirtilerek failin fiilinin mi yoksa şerikin fiilinin mi kasıtlı olması gerektiği, yoksa her ikisinin de birlikte kasıtlı mı olması gerektiği hususunda tartışmalara neden olunacak tarzda bir hüküm ihdas edilmişse de “*Suçta iştirak için...*” ifadesine yer verildiğinden dolayı hem failin fiilinin hem de şeriklerin hareketlerinin kasıtlı olarak gerçekleştirilmiş olması gerektiği anlaşılabilir

<sup>211</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57; Erdem, **HPD 2005**, S. 211; Özkan, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>212</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 401; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 50; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 132; Gropp, **AT**, § 10 Rn. 273; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 54; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 56; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 17; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 109; Hoffmann-Holland, **AT**, 5/571; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 536; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 755; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 649; Özkan, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>213</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 405; Maurach/ Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 50; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 749, Kn. 755; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468, 480. *Hakeri*’ye göre bu durumda fiili yanılma söz konusu olur ve suç ortağı kastı bulunmadığından iştiraktan sorumlu tutulmaz (Hakeri, **a.g.e.**, s. 549).

<sup>214</sup> Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 34.

niteliktedir. Zaten bu hususta Türk doktrinde herhangi bir tartışmanın ve keza farklı bir görüşün bulunmayışı da bu noktada söz konusu düzenlemenin farklı algılamaya elverişli olmadığına da bir delil teşkil edebilecek niteliktedir.

Kaldı ki söz konusu 40'ıncı maddede yer alan ifade sadece failin fiilinin kasıtlı olması gerektiğine işaret eder şekilde anlaşılmalı ve şeriklerin hareketleri noktasında bir belirlilik içermediği kabulüyle hareket edilse bile ETCK'nın 45'inci maddesinde yer alan “*Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır.*” şeklindeki hükmün dayanak gösterildiği, bu anlamda gereksiz tekrarlara düşmek istenmediğinden bu hususa ilişkin özel bir hükmün bulunmadığı<sup>215</sup> ETCK döneminde dahi Türk doktrinde her ne kadar bazı yazarlar tarafından tam manasıyla doğru anlaşıldığı kuşkuyla olsa da<sup>216</sup> çifte kast koşulunun kabul edilmiş olduğu gerçeği karşısında<sup>217</sup> günümüzde de şeriklerin sorumluluğu bakımından çifte kast koşulunun Türk hukukunda da kabul edildiği rahatlıkla belirtilebilir.

Tam bu noktada altı çizilmesi gereken husus TCK md. 40/1 hükmünde yer alan “*kast*” ifadesi dolayısıyla kastı olmaksızın bir kimsenin işlediği fiile katkı sağlayan bir kimsenin şerikliğinden söz edilemeyecek olmasıdır. Bu kapsamda her ne kadar bu kimsenin “sevk edici” yahut da “yardım etme” şeklindeki katkıları, şerikliğin maddi unsurunu oluşturacaksa da şerikliğin manevi unsuru kapsamında kast bulunmayacağından bahisle şerikliğin tipik hareketinden söz edilemeyecektir. Buna karşılık ETCK döneminde iştirak düzenlemeleri kapsamında herhangi bir şekilde “kast” ifadesine yer verilmemiş olması ve doktrinde bazı yazarlar tarafından kastın yokluğu durumları için hataya ilişkin düzenlemelere atıfta bulunulması karşısında

<sup>215</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 365.

<sup>216</sup> Nitekim Önder, iştirak iradesinin karma bir nitelik gösterdiğini belirterek suç ortağının evvela şeriklik hareketi yapmayı istemesi, devamında da failin fiilinin gerçekleşmesine yardım etme tasavvuruna sahip olarak suçun gerçekleşmesi iradesine sahip olması gerektiğine işaret etmiştir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442). Önder'e göre şerik, hem şeriklik hareketini hem de failin işlemeyi kast ettiği suça olan katkısını bilecek ve isteyecektir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442).

<sup>217</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 370. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver'e göre azmettirme kastının failde belli bir suç işleme kararı oluşturmayı, suçun bu kişi tarafından işlenmesi hususunu, azmettirilen suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsamaması gereklidir. (İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 401). Benzer şekilde İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer /Mahmutoğlu/Ünver'in yardım etmenin tanımını yaparken kullandığı “*Bir başkasının kasten işlediği bir suçun icrasının kasten desteklenmesi*” şeklindeki ifade de çifte kastı kabul edip doğru bir şekilde ortaya koyduğunu göstermektedir (İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, **a.g.e.**, s. 404).

iştirak kastının bulunmadığı bir durumda suç ortağının kastının kalkacağı belirtilmiş ve adeta bir suça iştirak edilmesi de maddi unsurlar kapsamında telakki edilmiştir<sup>218</sup>.

### **i. Azmettirme: Failde Suç İşleme Kararına Neden Olunması**

Azmettirenin kastı her şeyden önce failde suç işleme kararının oluşmasına neden olunması bakımından bulunmalıdır<sup>219</sup>. TCK'da yer alan bağlılık kuralına ilişkin düzenlemede suça iştirak için kasıtlı bir fiilin varlığının gerekli ve yeterli olduğuna işaret edilmek suretiyle faili yönlendirme hareketi bakımından azmettirenin kasıtlı bir şekilde hareket etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Alm.CK'daki azmettirme düzenlemesinde ise bir başka kişinin fiili işlemesine kasıtlı bir şekilde sevk edilmesinden bahsedilerek bu husus, TCK'daki düzenlemeye göre daha açık bir şekilde belirtilmiştir.

Tam bu noktada düzenlemelerde yer alan "kast" ifadesinin kastın bütün türlerini barındırdığı görüşünden hareketle azmettirenin olası kastla hareket etmesinin de mümkün olduğu, yani azmettirenin olası kastla (*dolus eventualis*) hareket ettiği durumlarda da kastının varlığının kabul edileceği ifade edilmiştir<sup>220</sup>. Aynı şekilde Alman mahkeme kararlarına göre de bu noktada olası kast yeterli görülmüştür<sup>221</sup>. Azmettirmenin yapısının kişinin bir suça yönlendirilmesine dayanması nedeniyle olası kastla azmettirme, muhatapta suç işleme düşüncesinin oluşabileceği hususunun göze alındığı durumlarda söz konusu olabilecektir<sup>222</sup>. Buna karşılık fiilin işlenmesine yönelik kısıktıcı hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle failde fiili işlemesine neden olmasının salt mümkün görülmesinin yeterli olmayacağı, zira azmettirme için sadece fiilin işlenmesinin istenmesinden ibaret olabilen gerekli

<sup>218</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 365. Bununla birlikte *Dönmezer/Erman*, bu durumun bazı yazarlar tarafından iştirakin manevi unsurları olarak telakki edildiğini ifade etmiştir. *Yazarların kendileri de bunu günümüzdeki haliyle algılamışlardır* (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, Kn. 1235).

<sup>219</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 130; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 58; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 530; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468, 480; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 656; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 749; Erdem, **HPD 2005**, s. 211; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 508; Hakeri, **a.g.e.**, s. 577; Özkan, **a.g.e.**, s. 111.

<sup>220</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 443; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 130; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 74; Gropp, **AT**, § 10 Rn. 285; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 109; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 58; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468, 480. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 755; Erdem, **HPD 2005**, s. 211; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 508; Hakeri, **a.g.e.**, s. 577; Özkan, **a.g.e.**, s. 121.

<sup>221</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 51, Rn. 51; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 17; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 58.

<sup>222</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468; Özkan, **a.g.e.**, s. 121.



hukuki değerlere yönelik saldırının henüz tam manasıyla mevcut olmadığı ifade edilmektedir<sup>223</sup>.

Bununla birlikte hedefe yönelik yönlendirme bakımından dikkatsiz veya tedbirsizliğin de azmettirmeyi temellendirmeyeceği, bu çerçevede kişinin düşüncelerini ifade etmesinin ardından bu düşüncelerin kişide suç işleme kararının oluşmasına neden olması halinde bu kişinin dikkatsiz davranışları, ön plandaki kişinin işlediği suç nedeniyle sorumluluğu beraberinde getirmeyecektir. Ancak kişinin taksirli faillikten sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>224</sup>. Buna göre A'nın B'yi rakibini öldürmesi için yönlendirmesi ve bu yönlendirmeye dikkatsizliği yüzünden neden olması halinde azmettirmeden bahsedilemeyeceği, bu durumda her ne kadar kasten öldürmeye azmettirme söz konusu olmayacaksa da taksirle öldürmenin söz konusu olabileceği ifade edilebilecektir<sup>225</sup>. Elbette bu durumun kabul edilebilmesi için taksirli sorumluluğun koşullarının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Öyle ki sırf latife olsun diye bir söz sarf ettiği durumlarda bu latifenin muhatapta suç işleme iradesine neden olması halinde taksirli sorumluluktan dahi bahsedilemeyecektir.

Bu kapsamda değinilmesinde yarar bulunan bir husus da arka plandaki kişinin failin fiili bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının varlığı konusunda hataya düşmesi halinde de taksirli sorumluluğu gündeme geleceğinden azmettiren olarak sorumlu tutulmasından bahsedilemeyecek olmasıdır. Nitekim aynı durum, failde mevcut olan hata bakımından da geçerli olup failin de taksirli olarak hareket ettiği durumlarda azmettirme gündeme gelmeyecektir<sup>226</sup>. Şu halde şerik, failin fiilinin tipik ve hukuka aykırı olduğunu da bilmelidir<sup>227</sup>.

<sup>223</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 130.

<sup>224</sup> Bauer, **a.g.e.**, s. 88; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 74; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 131; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 58; Özkan, **a.g.e.**, s. 124; Erdem, **HPD 2005**, s. 210. Bununla birlikte *Erem/Danışman/Artuk*, taksirli azmettirmenin mümkün olduğunu ileri sürmüş olsa da azmettirmeye ilişkin kanuni tanımın uygulanma imkanının bulunmadığından bahisle taksirli azmettirmenin cezalandırılmayacağını, kişinin kusurlu olsa bile taksirli azmettirme nedeniyle sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir (*Erem/Danışman/Artuk*, **a.g.e.**, s. 393).

<sup>225</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 131; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 17; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 110; Aydın, **a.g.e.**, s. 119.

<sup>226</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 20;

<sup>227</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468.

Azmettirme kapsamında ele alınması gereken bir diğerkonu, azmettirme kastının belirliliği bakımından hangi şartların bulunması gerektiğidir. Buna göre azmettirme kastının hangi somut şartları içermesi gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda azmettirenin kastı öncelikle belirli bir fiile yönelik olmalıdır. Bu çerçevede fail tarafından işlenen fiilden dolayı şerikin sorumlu tutulabilmesi, sadece şerikin faili yönlendirmek istediği fiil ile fail tarafından işlenen fiilin haksızlık içerikleri ve yöneldiği saldırı bağlamında birbirine uygun olmasına bağlı olup bu minvalde azmettirenin fail tarafından işlenen hareketi yeterli ve doğru bir belirlilikle göz önüne getirmiş olması gerekir. Zira yalnızca bu koşul altında kişinin kastının belirli bir fiile yönelmiş olacağı kabul edilebilecektir<sup>228</sup>.

Bu noktada bir kimsenin bir başkakişiyi bir suç işlemeye genel olarak sevk etmesi veya hırsızlık gibi bir suç tipini soyut olarak önermesi cezalandırılabilir olmayacaktır. Ancak azmettirenin cezalandırılması için kastının azmettirme anındaki tüm detayları somutlaştırılmış olan failin fiiline yöneltilmiş olmasının gerekli olmadığı da vurgulanmalıdır. Öyle ki azmettiren, hiçbir zaman failin fiili bakımından failin kendisi gibi olamaz. Failin, işleyeceği fiile yönelik belli hususları kafasında tahayyül edebilme durumu, hiç kuşkusuz ki azmettirene göre daha fazladır. Failin fiilini tanımlayan faktörlerin sayısı azmettirenin tasavvurunda daha belirsiz olmalıdır. Bu anlamda şeriklerin kastlarının kapsamının failin kastı kapsamına göre daha yüzeysel olacağında kuşku bulunmamaktadır<sup>229</sup>. Zira azmettiren, zaten failin fiiline ilişkin olay üzerinde fiil hakimiyetine sahip değildir. Hatta bazı durumlarda kiralık katilin kim olacağının belirlenmesinde olduğu gibi azmettiren, fiilin işleniş sürecine ilişkin belirlemeleri de bilinçli bir şekilde faile terk etmektedir. Ancak yine de azmettirenin düşüncesinde ne derece failin fiiline ilişkin detaylara hakim olması gerektiği de cevaplandırılması gereken bir mevzu olup bu hususta farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu minvalde azmettirenin fiile ilişkin hangi durumları bilmesi gerektiği, diğerkbir ifadeyle azmettirme için fiilin işlenmesine yönelik olarak başkai somutlaştırmaların bulunması gerekip gerekmediği ve şayet gerekli ise bunun hangi

<sup>228</sup> Heine/Weiβer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 18; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 133; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57; Koca/Üzülmez **a.g.e.**, s. 468; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 656; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 511.

<sup>229</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 401-406.

türde olması gerektiği Alman doktrinde detaylı bir şekilde ele alınmış, mahkeme kararları dikkate alınarak uzun tartışmalar yapılmıştır. Esasen Alman hukukunda da bu konunun temeli çok eskiye dayanmamakta, tartışmalar Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin önemli bir kararıyla başlamaktadır. Nitekim yurt dışına uçmak isteyen ve paraya ihtiyacı olduğunu söyleyen faile sanık tarafından ilk olarak eşyalarını satarak söz konusu parayı elde edebileceğini söylemesine karşılık failin bunu yapamayacağını ama paraya da ihtiyacı olduğu cevabını vermesi üzerine bu defa sanığın, “*O zaman bir banka veya benzin istasyonu soymalısın!*” şeklindeki ifadesinden iki gün sonra failin gerçekten de bir banka soygunu gerçekleştirerek bankadan 40.000 Mark çaldığı olayın mahkemeye yansıdığı olayda bu konu tartışılmıştır. Bahsi geçen sorulara ilk defa cevap arayan Alman Federal Yüksek Mahkemesi, fikir veren azmettiren hiçbir cevap vermeyen failin, bu sözlerden birkaç gün sonra bir bankayı soyması üzerine sanık tarafından verilen fikrin, yönlendirme karakterinin bulunmaması nedeniyle bu olayda azmettirmeden söz edilemeyeceği sonucuna ulaşmış<sup>230</sup>, her ne kadar somut olayda suç tipi ve banka veya benzin istasyonu gibi suçun işlenebileceği yer şeklinde suçun işlenmesine ilişkin genel unsurlar belli olsa da bunların fiilin belirginleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından yeterli olmadığı, obje, yer, zaman, ve fiilin işlenmesine ilişkin diğer bireysel unsurların yokluğu durumlarında fiilin belirsiz olduğunu ifade etmiş<sup>231</sup>, böylelikle de aslında bu konuda ortaya çıkan ilk görüşü de şekillendirmiştir. Bununla birlikte *fiilin belirginleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi* kriterinden hareket eden Alman Federal Yüksek Mahkemesi, fiilin bütün bu unsurlarının detaylı bir şekilde belirlenmiş olmasına ihtiyaç olmadığını kabul etmiş, bazı unsurların varlığının fiilin somutlaşmış olması için yeterli olacağını, bunun da ilgili olayın kendi müşahhas koşullarına göre belirlenebileceğinden hareket etmiştir<sup>232</sup>. Böylece banka veya benzin istasyonunun türünün de belirtilmesini gerekli gören mahkeme, bununla da yetinmeyip somutlaşan olayların bireyselleştirilmiş unsurlarının dahi azmettirenin kastı kapsamında olması gerektiğini belirtmiştir. Gerçi mahkeme kararında işlenen fiilin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak kendisini

<sup>230</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 134; Hoffmann-Holland, **AT**, 5/571.

<sup>231</sup> BGH 34, 63 (Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 39; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57).

<sup>232</sup> BGH 34, 63 (Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 39).

somutlaştıran bütün detayların azmettirenin kastı kapsamında olmadığı ifade edilmiş olsa da en azından her bir bireyselleştiren unsurların bilinmesi gerektiği, bu hususların azmettirenin kastı kapsamında anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>233</sup>. Ayrıca kararda fiili bireyselleştiren unsurların neler olduğuna ilişkin olarak her defasında kullanılacak gerekli unsurlar noktasında genel ve soyut bir belirlemenin yapılmaması gerektiğine, yalnızca münferit her bir olayın kendi özellikleri dikkate alınarak bir karar verilebileceğine işaret edilmiştir<sup>234</sup>.

Bu çerçevede azmettirenin kastının belirliliği bakımından söz konusu olan koşullardan biri de daha evvel ifade edildiği üzere muhatabın belirli bir kişi olmasıdır<sup>235</sup>. Bu konuya ilişkin olarak yönlendirme içeren davranışın bireysel anlamda belirli bir kişiye yöneltilmesine ihtiyaç duyulmaması hususunda bir uzlaşma bulunmakta olup kişinin belirlenebilir olması yahut da en azından bireysel anlamda belirlenebilir bir kişi çevresinde fail olması muhtemel kişilerin azmettirilmiş olması yeterli görülmüştür<sup>236</sup>. Buna karşılık sayısı belirlenebilir olmayan ve tanımlanabilir olmayan, tamamen geniş bir kişilik alanına karşı bu tarz bir ifadeyi kullanması, söz gelimi herhangi bir suçun işlenmesine dönük yönlendirici ifadeleri radyo ve televizyon üzerinden, kitap, gazete gibi araçlarla yayınlamış olsa kesin bir şekilde azmettiren olarak sorumlu tutulmasından söz edilemeyecek, kişi suç işlemeye tahrik suçundan (TCK md. 214) faili olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>237</sup>. Bu bağlamda belirsiz sayıda kişi topluluğuna yapılan yönlendirici hareket azmettirme hareketi olarak kabul edilemeyecektir.

Tam bu noktada “bireysel olarak belirli bir kişi çevresi”nin nasıl tanımlanacağı hususuna şüpheyle yaklaşmış, dolayısıyla da farklı görüşler ileri sürülmüştür.

<sup>233</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 135.

<sup>234</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 135; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin 1991, 22/27; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 2 b; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 19; Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 46.

<sup>235</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 530; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 508; Hakeri, **a.g.e.**, s. 548; Aydın, **a.g.e.**, s. 166; Özkan, **a.g.e.**, s. 85.

<sup>236</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 2 b; Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 54; Welzel, **Lb.**, s. 117; İçel/Sokullu-Akincı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 401; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 58; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 148; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 111; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 19.

<sup>237</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 358; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 530; İçel/Sokullu-Akincı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 402; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 508; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 469; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 654; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 148; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 58; Aydın, **a.g.e.**, s. 167; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 48; Özkan, **a.g.e.**, s. 85.

Nitekim suça yönlendiren arka plandaki kişi, faili büyük zorluklara gerek olmaksızın ortaya çıkarabilir ve mümkün mertebe fiilden alıkoyabilir durumda ise bu defa ne kadar kişi muhatap alınırsa alınsın suç işlemeye tahrik suçu reddedilmiş ve azmettirmenin varlığı kabul edilmiştir. Ancak bu görüş, kişinin faili fiilden alıkoyacak bir imkana sahip olması gibi bir koşulun azmettirmenin koşulları arasında yer almadığı gerekçesiyle eleştirilmiş, bu argümana eşini öldürtmek üzere kiralık katil tutan ve fakat bu katili tanımayan kişi örnek gösterilmiştir. Zira söz konusu olayda her ne kadar tutulan kiralık katili tanımasa ve dolayısıyla tanımadığı için faili işlenecek olan fiilden alıkoyma imkanına sahip olmasa da kişi, azmettiren olarak kabul edilecektir. Bu noktada esasında suç işlemeye tahrik ya da halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarının ceza temelinin hedef alınan hukuki değerlerin korunması olduğu gibi aynı zamanda kamusal barış da olduğuna dikkat çekilmiştir<sup>238</sup>. Gerçekten de failin arka plandaki kişi tarafından fiili işlemekten alıkonulabilecek durumda olması halinde azmettirmenin kabul edilmesi şeklindeki argüman, gerek azmettirmeye ilişkin gerekse toplumun huzur ve güvenine karşı işlenen kanuni düzenlemelerin yanında birçok tipik azmettirme örneği de dikkate alındığında çok makul görünmemektedir. Nitekim “*Sizin beşiniz arasından kim A’yi döverse, benden ona 100 TL*” şeklinde konuşan bir kişi, bu kişilerden herhangi birinin fiili işlemleri halinde kasten yaralama suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir. Zira ortada bireysel olarak belirlenebilir bir kişi çevresi söz konusu olup arka plandaki kişinin muhatapları en nihayetinde belirlenebilir durumdadır. Buna karşılık aynı durumun bir parti liderinin halkı silahlanmaya çağırır nitelikte yaptığı açıklamalar sonucunda parti sempatanlarının sokağa çıkması ve bazı kişilerin ölümüne, yaralanmalarına neden olmaları durumunda söz konusu olmayacaktır. Öyle ki bu durumda her ne kadar söz konusu parti liderinin işlenen yaralanma ve ölümlerden dolayı kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bağlamında azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün olmasa da suç işlemeye tahrik suçundan ya da halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçundan dolayı “fail” olarak sorumlu tutulması mümkün olabilecektir<sup>239</sup>. Bununla birlikte en

<sup>238</sup> Joecks, a.g.e., § 26 Rn. 59.

<sup>239</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 51 Rn. 26; Gropp, AT, § 10 Rn. 281. Bununla birlikte Joecks, geçmişte sözde dini sebeplerle toplumun belirli kişilere yönelik olarak belirli suçların işlenmesi

nihayetinde failin azmettiren kişi tarafından da birebir doğrudan tanınıyor, biliniyor olması da şart değildir<sup>240</sup>. Nitekim gerek zincirleme azmettirme durumlarında gerekse özellikle de kiralık katil tutulması olaylarında faille azmettirenin birbirlerini tanımaları söz konusu değildir<sup>241</sup>.

Mahkemenin bu şekilde fiilin belirli olduğunun kabul edilebilmesi için bireyselleştirilecek ölçüde somutlaştırılması kriteri doktrinde bir görüş tarafından desteklenirken<sup>242</sup> bir başka görüş tarafından eleştirilmiş, mahkemenin esas aldığı somutlaştırma kriterine karşı bir argüman ileri sürülmüştür<sup>243</sup>.

Bu kapsamda *Alman literatüründe hakim konumda olan ilk görüşe göre* her ne kadar işlenecek fiilin zaman, yer, konu, işlenme şekli gibi tüm koşullarının bilinmesi gerekli görülme de suçun işlenmesine yönelik genel bir yönlendirme ya da belirli bir suç tipine yönelik genel anlamda bir yönlendirmenin kişiyi azmettiren haline getirmeyeceği kabul edilmiş<sup>244</sup>, bu çerçevede de mahkeme kararına uygun şekilde azmettirme için fiilin somutlaştırılmış olması, bunun için de olayın koşullarına göre belli unsurların gerekli görülmesi savunulmuştur<sup>245</sup>. Bu görüş, Türk Yargıtay kararlarında “suçun kanuni tanımındaki unsurların kast kapsamında yer alması” şeklinde karşılık bulmuştur. Nitekim YCGK, 16.02.2010 tarih ve 2009/1-

---

şeklinde açıktan yönlendirmesi durumunda nasıl bir sonuca ulaşılacağına ceza politikası açısından şüpheli olduğunu ifade etmiştir (Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 60). Nitekim bir cemaat liderinin müritlerine yönelik olarak başka bir cemaatin mensubunun veya aleyhlerine yazı yazan bir köşe yazarının yahut da herhangi bir topluluğa mensup kişilerin katlinin vacip olduğu yönünde vaazlar vermesi halinde herhangi bir kimsenin bu fiilleri işlemesine gerek bulunmaksızın suç işlemeye tahrik ya da halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlendiğinden bahsedilebilecektir. Fakat esas önemli olan husus, bu vaazlar üzerine cemaat mensuplarından birinin vaazda da belirtildiği üzere belirli bir grubun mensubunu öldürmesi durumunda, diğer bir ifadeyle failin fiilinin tamamlama aşamasına gelmesi halinde söz konusu cemaat liderinin işlenmiş olan bu kasten öldürme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün hale gelecektir (Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 60).

<sup>240</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 395; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 404.

<sup>241</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT**, § 51 Rn. 26; Bununla birlikte *Erem/Danışman/Artuk*’un azmettirenle azmettirilen arasında bireysel bir ilişkiye ihtiyaç olduğu, azmettirenin faili tanımamasının şart olmadığı, tanışmış olanlar arasında da böyle bir ilişkinin mevcut olabileceği yönündeki ifadeleri (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 395) zincirleme azmettirmeye mümkün gözüyle baktığı yönündeki tespitleri oldukça kuşkulu hale getirmektedir.

<sup>242</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 358; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 2b; Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 46; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 18.

<sup>243</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 148.

<sup>244</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 358; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57; Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 148; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 18.

<sup>245</sup> Jakobs, **AT**, § 22 Rn. 27; Hoyer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 29; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 18; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 II 2b; Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57.

251, 2010/25 sayılı kararında azmettirenin kasten hareket etmesi gerektiğini, bu kastın, failde belli bir suç işleme hususunda karar oluşturmayı, suçun bu kişi tarafından işlenmesi hususunu ve azmettirilen suçun kanuni tanımındaki unsurlarını kapsamaması gerektiğini, eylemin yer ve zamanının veya eylemin işleniş tarzına ilişkin ayrıntıların belirlenmesine gerek olmadığını belirtmiştir<sup>246</sup>.

Buna karşılık *ikinci görüş*, mahkeme kararlarında esas alınan kriteri çok da tasvip etmemiş, azmettirme kastının gerçekleştirilen tipiklik yanında failin fiilinin haksızlık içeriğinin önemli bir kısmını kapsamamasını yeterli addetmiş, “önemli haksızlık içeriği” kriterinden yola çıkmıştır<sup>247</sup>. Buna göre azmettirenin kastı, fiilin önemli unsurlarını yansıtmalı yahut da ana hatlarıyla somutlaştırılmış bir fiili göz önünde bulundurmalıdır<sup>248</sup>. Bu görüşe göre mahkemenin esas aldığı “banka ve istasyon olayında” yönlendirmenin varlığının kabul edilmesi için örneğin failin tahmini olarak ne kadar paraya ihtiyacı olduğunun açık olması ve banka veya benzin istasyonu üzerindeki soygun bakımından planlanan saldırının yapısı ve türünün açıkça belirlenmiş olması gerektiğine işaret edilmiştir<sup>249</sup>. Bu görüş kapsamında azmettirenin düşüncesinin aşma veya failin fiilini başka bir fiile dönüştürme gibi durumlarda da fiili kapsamaması gerektiği, kişinin A banka şubesi yerine B banka şubesinin soyulmasının daha kolay olduğu veya bugün değil de bir sonraki gün soygunun gerçekleştirilmesinin daha uygun olduğu gibi ifadeleri faile söyleyerek failin düşüncesinde değişikliğe neden olması halinde azmettirmeden değil, yardım etmeden söz edilmesi gerektiği, aynı şekilde failin azmettiren ile kararlaştırdıkları

<sup>246</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 550, dpn. 1009; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 656; Özkan, **a.g.e.**, s. 111, 112.

<sup>247</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 13. Bu görüş, daha sonradan *Gropp, Ingelfinger, Herzberg, Schünemann* gibi bazı müellifler tarafından da desteklenerek savunulmuştur (Gropp, **AT**, § 10 Rn. 280; Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 111; I Hoffmann-Holland, **AT**, 5/571; Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 25; Freund, **AT**, § 10, Rn. 126; Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 40). Bu haksızlığın boyutunun önemli olması ile yöneltilen saldırı ve zararın ortalama boyutu ifade edilir Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 136). Bununla birlikte *Heine/Weißer*, bu görüş tarafından ileri sürülen bu belirlemenin, azmettiren ve fail arasındaki bağlantıyı sıkılaştıran mahkeme kararı karşısında bu bağı gevşettiği ifade edilmiştir (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 26 Rn. 18); *Joecks*, her ne kadar fiilin belirliliği bakımından fail tarafından işlenen fiilden dolayı şeriklerin sorumlu tutulabilmesini ancak şerikin failin yönlendirmek istediği fiil ile fail tarafından işlenen fiilin haksızlık içerikleri ve yöneldiği saldırı bağlamında birbirine uygun olmasına bağlı tutmuş olsa da bunu *bu görüş* gibi yeterli görmemiş, bilakis koşullardan biri olarak kabul etmek suretiyle birinci görüşe dahil olmuş, diğer koşullara da önem atfetmiştir (Joecks, **a.g.e.**, § 26 Rn. 57).

<sup>248</sup> Gropp, **AT**, § 10 Rn. 280; Hoffmann-Holland, **AT**, 5/571.

<sup>249</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 136.

banka şubelerini değil de bir başka banka şubelerini soyması yahut da soygun zamanını ertelemesi ve bunu bizzat kendi kararıyla vermiş olması halinde de bu kararın amaca uygun olması kaydıyla azmettirenin durumunda herhangi bir değişikliğin olmayacağı, yani böyle bir durumda azmettirmeyi ortadan kaldıran bir aşmadan söz edilemeyeceği<sup>250</sup> karşısında detaylı bir vasıflandırma olmaksızın yalnızca hırsızlık suçuna, dolandırıcılık suçuna veya yağma suçuna yönelik bir azmettirmenin söz konusu olması halinde doğrudan azmettirme kurumuna gidilemeyeceği, zira bir sigara paketinin izinsiz bulunduğu yerden alınması suretiyle hırsızlık suçu ile hesap ödenmeksizin kaçmak suretiyle dolandırıcılık suçu yahut da el çantasının zorla alınması suretiyle yağma suçu arasında hareket türlerinin aynı fiil olarak anlaşılacak olması nedeniyle bir fark bulunmadığı, bu suretle azmettiren tarafından bu suçlardan hangisinin işlenmesinin istendiği, yani kişinin hangi suça yönlendirildiğinin belirsiz kalması halinde fiiller arasında ince çizginin olduğu durumlarda bu çizginin tam anlamıyla çekilemediği durumlarda fiile yönelik azmettirme kastının da hiçbir şekilde tespit edilemeyeceği, dolayısıyla da azmettirenin haksızlığın önemli boyutunu tasavvur etmemiş olmasından hareketle kendisine yönelik bir cezanın da belirlenemeyeceği, bu çerçevede de azmettirmenin kabulünün reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>251</sup>. Bunun yanı sıra bu görüşe göre bazı suçlar bakımından haksızlığın esaslı boyutu, tıpkı malvarlığına karşı işlenen hırsızlık, dolandırıcılık, yağma, güveni kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi kademeli olarak derecelendirilebilir olmayıp böyle bir derecelendirmenin yapılması da mümkün değildir. İşte bu tür suçlarda genel olarak tipiklik, kendi haksızlık boyutunu failin fiili gerçekleştirmesine neden olmayı azmettirme için yeterli görecektir şekilde ortaya koyar. Nitekim söz gelimi cesaretini veya erkekliğini bir kişiyi öldürerek veya bir kadına cinsel saldırıda bulunarak ispat edebileceği şeklinde B'yi zorlayan A'nın söz konusu fiilin işlenmesi halinde azmettiren olduğunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Zira haksızlığın esaslı boyutu tipik neticenin kendisinde yer almaktadır<sup>252</sup>.

<sup>250</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 136.

<sup>251</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 137.

<sup>252</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 138.



Türk doktrininde de bu görüşün hakim olduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede arka plandaki kişilerin birbirini tanımaları ya da failin kimliği hakkında tam olarak bir bilgi sahibi olmaları gerekli görülmemiş, önem arz eden husus olarak mağdurun arka plandaki kişilerin azmettirme hareketleri nazarında belirlenebilir olması ve en önemlisi de işlenecek olan suç bakımından azmettirenlerin tasavvurlarının somutlaşmış olması görülmüştür<sup>253</sup>. Bu somutlaştırmadan anlaşılması gereken ise arka plandaki kişinin fiilin işleneceği yer, zaman gibi detaylarını bilmesi de esaslı ve ana unsurlarını bilmesinin yeterli ve gerekli olmasıdır<sup>254</sup>. Yargıtay kararlarında da bu görüşün kabul edildiği görülmektedir<sup>255</sup>.

Doktrindeki bu iki görüş arasında var olan ayrımın önemi, söz gelimi illegal bir grubun liderinin üyelerin bir kısmını gruplarının para ihtiyaçlarının sağlanması için banka soygunu yapmak üzere görevlendirmesi durumunda olayın diğer detaylarını üyelerin kendilerine bırakmış olması ya da çalıntı mal alıp satan bir kimsenin bir hırsız kendisine halıcı dükkanından bir şark halısı temin etmesini isteyerek yönlendirmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Bu örnekler ele alındığında ikinci görüş tarafından açık bir şekilde yönlendiren kişilerin, azmettiren olarak sorumlu

<sup>253</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 404.

<sup>254</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 401-406; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 530; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 480; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 565; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 656; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 756. Şerikin hangi suça iştirak ettiğini bilmesinin yeterli olduğunu, fiilin bütün detaylarını bilmesinin şart olmadığını belirten Önder, suça iştirak eden kimsenin failin hangi suçu işlediğinin bilinmesinin yeterli olduğunu ifade ederek Türk öğretisindeki hakim görüşten ayrılmış, sorunu salt suç tipinin bilinmesi ya da bilinmemesine indirmiştir (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442). Benzer yaklaşımın Erem/Danışman/Artuk tarafından da sergilendiği görülmektedir. Nitekim İştirak iradelerinin belirli bir suç üzerinde birleşmesi gerektiğini ifade eden Erem/Danışman/Artuk'a göre suç ortaklarından birinin öldürme diğerinin yaralama iradesiyle hareket etmesi durumunda iştiraktan söz edilemez (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 365). Bununla birlikte 6. Ceza Dairesi'nin ...hırsızlığın yapılacağından daha önce haberdar olduğu kendi beyan ve şahadetinden anlaşılan sanığın, bu kolaylıktan yararlanarak siyanetine terk ve tevdi edilen emvalin tespit olunamayan kişilerce çalınmasına yardım etmekten ibaret eyleminin TCK'nın 65/son delaletiyle 491/3 maddesine uyacağı şeklindeki kararından (KN.. 6. CD., 17.03.1983, 11033/2181 - Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442, 443) hareketle Önder, tasavvurların somutlaşan olaya ve bunun önemli noktalarına uygun olduğunun bilinmesinin yeterli addedileceğini ifade etmiş (Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 443) görüşünün tam olarak ne yönde olduğu hususunda tereddütlere neden olmuştur.

<sup>255</sup> "İştirak iradesi için icra edilen hareketlerin eşit dönemde ve icra hareketi niteliğinde olması gerekmemekte olup her şerikin diğer faillerle birlikte belirli bir suçun işlenmesine katıldığını bilmesi yeterlidir. Yağma suçunu hükümlüyle doğruya birlikte işlemeseler de olay yerinden ayrılmayarak hükümlünün eylemini gerçekleştirme kararlılığına katkıda bulunan sanıkların herhangi bir zorlama olmaksızın hükümlünün gasp yapma teklifini kabul edip ardından da olay yerinde bulunarak suça katılma iradelerini ortaya koyduklarının anlaşılması karşısında sanıkların suça yardım etme anlamında atılı suçtan sorumlu oldukları gözetilmelidir (KN.. 6. CD., 05.12.2012, E. 2011/21373, K. 2012/27718 - Kn..kazanci.com.tr)."

tutulmaları gerektiği, bu tür bir durumda ayrıca belirli olan suçun nerede, ne zaman, nasıl yapılacağı, mağdurun kim olduğunun belirtilmiş olmasına gerek bulunmadığı vurgulanmıştır<sup>256</sup>. Bu görüş çerçevesinde yukarıdaki olay bakımından tipikliğin belirtildiği ve hatta fiilin üzerinde gerçekleştirileceği objenin de tür olarak ayırt edilebilir şekilde telaffuz edilmiş olması halinde azmettirimin varlığı kabul edilebilecektir<sup>257</sup>. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu görüşü kabul etmemiş, bu durumda fiilin somut olarak bireyselleştirilebilir bir fiil olmadığını, bilakis azmettirimin bağlantı sağlayan unsurları bakımından haksızlık oranının da genel ve soyut olduğunu, azmettirenin gerçek anlamda cezayı hak edip etmediği hususunun muallak olduğu durumlarda ve keza azmettirenin fail ile eş değer tutulmasının haklı görülemeyeceği durumlarda da azmettirenin ceza sorumluluğunu ele alarak azmettirme ile faillik arasındaki ilişkiyi çok genişleteceği gerekçesiyle haksızlığın boyutunu esas alan bu çözüme karşı çıkmıştır<sup>258</sup>.

Buna karşılık Yüksek Mahkeme'nin bu gerekçesini yerinde görmeyen ikinci görüş savunurları, mahkemenin bu argümanını ikna edici bulmamışlar, Mahkemenin azmettirmeye karşı genel ve soyut haksızlık boyutunun esas alınamayacağı, bunun yerine somut tipikliğin tesis edilmesi gerektiğini ifade etmesine karşılık kendi ortaya koyduğu bireyselleştiren unsurların da azmettirenin cezalandırılabilirliği bakımından önemsiz olduğu şeklinde eleştiride bulunmuşlar, bunun için de banka şubelerinden A veya B'nin soyulması yahut da soygunun bugün veya yarın gerçekleştirilmesinin azmettirenin cezasının belirlenmesinde herhangi bir etkisi olmayacağına, yani hırsızlık suçuna azmettirimin cezaya layık olmasının failin hangi şubeye saldırı gerçekleştireceği yahut da saldırıyı bugün mü yoksa yarın mı yapacağı ile olmadığına işaret etmişlerdir<sup>259</sup>. Bununla birlikte Mahkemenin ulaştığı bu sonucun ceza politikası açısından da katlanılmaz sonuçları beraberinde getireceği, fiilin belirliliği bakımından bu denli detayın aranmasının azmettirimin kabulünü zorlaştırdığının, hatta bir çok durumda cezalandırılması gereken kişilerin cezasız kalmaları sonucunun ortaya çıkabileceği, bu noktada da bu tarz bir çözümün belirsiz

<sup>256</sup> LK-Roxin, § 26 Rn. 9; Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 40; Gropp, AT, § 10 Rn. 280.

<sup>257</sup> Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 41.

<sup>258</sup> Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 41; Roxin, AT II, § 26 Rn. 139.

<sup>259</sup> Ingelfinger, a.g.e., s. 496; Roxin, AT II, § 26 Rn. 139; Schünemann, a.g.e., § 26 Rn. 41.

kalacağına altı çizilmiştir<sup>260</sup>. Kaldı ki daha da önemlisinin Mahkemenin bu uygulaması ile birlikte tipiklik ve haksızlık oranı üzerinde bireyselleştirmeyi sağlayan unsurların neler olması gerektiği açık kalmış, bu defa her bir olayın tüm koşulları dikkate alınacağından bir anlamda cezalandırılabilirlik üzerindeki karar hakimin kararına teslim edilmiş, kararların nihayeti kaderine terk edilmiş, azmettirmenin sınırları belirsiz bir şekilde muğlaklaştırılmıştır<sup>261</sup> ki bu da belirlilik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkaracaktır<sup>262</sup>.

Bu konudaki **üçüncü bir görüş**, farklı çözümler ortaya koymaya çalışmış, her ne kadar birinci görüş gibi fiilin konusu, hukuki değerin ait olduğu kişi gibi saldırının yöneldiği hususların tam anlamıyla somutlaştırılmış olması, önceden belirlenmiş olması gerektiğini belirtmişse de ilk görüşten farklı olarak bu unsurların belirlenmesi suretiyle azmettiren kişinin fail üzerinde adeta manevi anlamda kontrol mekanizması oluşturabileceğini, bu çerçevede de çeşitlilik arz edecek şekilde saldırının yöneleceği kişi veya şeylerin dolaylı ifadesinin azmettirme bakımından yeterli olmayacağını ifade etmiştir. İşte tam bu noktada üçüncü görüş, ileri sürdüğü bu kurala bir istisna getirmiş, somutlaştırılan amacın daha dar, daha kestirilebilir bir alanda

<sup>260</sup> Nitekim *Roxin*, BGH'nın esas aldığı bireyselleştirilen unsurlar çerçevesinde azmettirenin cezalandırılabilmesi için neredeyse bütün detayların belirtilmiş olması gerektiğini, aksi takdirde fiilin azmettirilen failin hakimiyetine teslim edilmiş kabul edileceğini ve sırf bu nedenle azmettirenin sorumlu tutulmaması gibi çok tuhaf bir sonucun ortaya çıkabileceğini vurgulamıştır. Buna göre söz gelimi bir örgütün başında bulunan bir kişinin örgüt üyelerini gerekli miktarda parayı X bankasından çalmaları konusunda görevlendirmesi halinde bireyselleştirilen hususlar çerçevesinde azmettirenin fiilin unsurlarını detaylandırıp detaylandırmadığı, hangi banka, ne zaman, nerede gibi soruların cevapları aranarak örgüt liderinin fiilin işlenişini üyelere bırakıp bırakmadığının tespit edilmesi gerekliliğini beraberinde getireceğini belirtmiştir (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 140). Böylece hem *Roxin* hem de *Ingelfinger*, belirlilik ilkesiyle tam olarak uyummadığı, dolayısıyla da hukuk güvenliğini ortadan kaldıran sonuçları beraberinde getireceği gerekçesiyle BGH'nın söz konusu çözümünü yerinde bulmamışlardır (Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 46).

<sup>261</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 46.

<sup>262</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 43; *Schünemann* da özellikle Krallık dönemi yüksek mahkeme kararlarına yer vererek BGH'nın yukarıdaki kararıyla birlikte başka bir sorunu daha ortaya çıkardığına işaret etmiş, Alman hukuku bakımından Krallık dönemi mahkeme kararlarına bakıldığında da bu kadar geniş ölçüde bireyselleştirme şartlarının aranmadığına vurgu yapmıştır. Bu konuda mahkemenin içtihat niteliğindeki kararında da gelecekte kürtajı isteyebilecek tüm kadınlara kürtaj işlemini gerçekleştirmeye azmettirme kabul edilmiş, zamana, yere, fiilin işleme türüne önem verilmeyerek bütün kürtaj işlemleri bakımından azmettirmenin varlığı sonucuna ulaşılmıştır. Öyle ki bu kararlar birlikte kişilere de bir önem atfedilmemiş, tek dikkat edilen husus, konu bakımından belirli bir vasa, niteliğe ulaşılması olmuştur (RGSt 34, 327 - Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 42). Hatta o kadar ki mütemadi bir şekilde işlenen dolandırıcılık suçu bakımından RGSt, işlenen dolandırıcılık fiillerinin yeri ve zamanı ile mağdur edilen kişilerin azmettiren tarafından bilinmesine gerek olmadığına hükmetmiştir (RGSt 26, 361 - Schünemann, **a.g.e.**, § 26 Rn. 42).

değerlendirilebilir olması halinde saldırının yöneldiği hedefin de tespit edilebilir olacağını, burada söz konusu olabilecek manevi kontrolde ve fiilin belirliliğindeki eksikliğin arka plandaki kişinin “*isteğe dayalı hakimiyeti (voluntative Dominanz)*” suretiyle telafi edilebileceğini, bir anlamda denkleştirilebileceğini ifade etmiş, bunu özellikle de zorunlu olarak başka kurumlarla benzeyen durumlarda (dolaylı faillik gibi) ve mesleki olarak suç işleyen, fail olan kişilerden ilgili suçun işlenmesi yönünde talepte bulunulduğu durumlarda kabul etmiş, bu durumlarda arka plandaki kişinin yalnızca gerçekleştirilen tipikliği işaret etmesinin yeterli görülebileceğini belirtmiştir<sup>263</sup>. Ancak failin düşüncesini temel alması bakımından bir kimse tarafından gerçekleştirilen hareketin bir başka kişinin suç işleme kararına ulaşmasına neden olabilmesi için sadece kullanılan araçlara bağlı olmasının kabul edilmeyeceği, bu durumun yorum imkanını kısıtlayacak ölçüde kavram karışıklığına yol açacağı, azmettiren konumunda olabilecek neden olan kişinin söz konusu fiilin işlenmesine yönelik yönelmediği, bu fiilin işlenmesi için bir kimseye para ödeyip ödemediğine bağlı olmayacağı belirtilerek söz konusu öğretiyeye sert bir eleştiri yöneltilmiştir<sup>264</sup>. Bu suretle azmettirenin sadece manevi kontrolünün ve isteğe bağlı hakimiyetinin bulunduğu hallerde faille eş değer ölçüde cezaya layık olabileceği şeklindeki çözümü uygulama bakımından tam olarak yeterli görülmemiştir.

Bu kapsamda ileri sürülen ***bir diğer görüş***, azmettirenin sadece hukuken izin verilen riski artırması halinde cezalandırılacağını ileri sürmüş ve esasen failin fiilinin neticesinin azmettirene objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği sorusunun cevabının aranması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre sadece failde fiili işleme yönünde bir kararın oluşturulması azmettirene objektif olarak isnat edilebilir. En nihayetinde failin fiili azmettirenin kendi çalışması değil, failin çalışması olarak görülür<sup>265</sup>. Bu nedenle bu görüş, failin fiilinin somutlaştırılması hususunu subjektif tipiklik kapsamında ele almaz<sup>266</sup>. Ancak bu görüş de en nihayetinde kişinin iradesinin değerlendirilmeye alınmak zorunda kalması, bunun da objektif isnadiyet kapsamında yapılmak zorunda kalacak olması, dolayısıyla subjektif bir

<sup>263</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 221; s. 234.

<sup>264</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 145.

<sup>265</sup> Herzberg, **JuS 1987**, s. 617, 620.

<sup>266</sup> Helmut Satzger, “Teilnehmerstrafbarkeit und “Doppelvorsatz””, **Jura 2008**, s. 520.

değerlendirmenin objektif bir unsur kapsamında ele alınması gerekliliğini ortaya çıkarması nedeniyle bir sıkıntıya yol açacaktır. Bu açıdan azmettirme kastının belirliliğinin objektif isnadiyet kriteriyle çözüme kavuşturulmaya çalışılması en başta konunun kendisiyle uyumlu olmayacaktır.

Bu kapsamda “haksızlık boyutu” kriterinin daha uygun olabileceğini ifade etmek gerekir. Buna göre yabancı düşmanı olan bir kişinin “*kiralık katil*” olan bir kimseye “*herhangi bir*” yabancıyı öldürmesi karşılığında önemli miktarda “*para ödemesi*” halinde üçüncü görüşün kabul ettiği düşünceye göre “ödenen para” dolayısıyla isteğe bağlı hakimiyetin söz konusu olması nedeniyle herhangi bir yabancının öldürülmesi isteğinde bulunan kişinin azmettiren olduğu kabul edilebilecektir. Buna karşılık Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve öğretinin hakim bir kısmının yer aldığı birinci görüşe göre ise söz konusu olay bakımından hedef kişilerin yanı sıra diğer somut koşullar belli olmadığından kişi hakkında azmettiren olamayacağı gerekçesiyle beraat kararına hükmolunması gerekecektir. Bu kapsamda ilk görüşün yerinde olmadığı açıktır. Dolayısıyla Mahkemenin “*fiilin belirginleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi*” kriterinin birçok durumda uygun sonuçlar vermeyebileceği ortaya çıkmaktadır.

Kiralık katil örneği üzerinden üçüncü görüş değerlendirildiğinde her ne kadar anlayışın ulaştığı sonuç yerinde olsa da gerekçesinin makul olmadığı ifade edilebilir. Nitekim bu görüşün gerekçesine karşı çıkmış, kişinin bir başka kimseye bir işin yapılması için para ödemiş olmasının hiçbir surette zorunlu olarak, yani doğrudan isteğe bağlı hakimiyete neden olmayacağı belirtilerek bu görüşün gerekçesi ikna edici bulunmamıştır. Öyle ki para ödemesi olmadan da hakimiyetten söz edilebileceği belirtilmiş, suçu meslek haline getirmiş olan fail konumundaki kişinin bir uzman olarak kendisine söz konusu suçu işlemesi hususunda talepte bulunan kişiyi ücret ve koşullar konusunda zorlayabileceği ifade edilmiş, bilakis bunun kesinlikle paranın ödenmiş olmasına bağlı olmadığı, nitekim bir kişinin hiçbir para ödemesi olmaksızın sırf tahrik yoluyla yabancıların ölümüne neden olabileceği, bu düşünceden hareket edildiği takdirde bu örnek bakımından tıpkı Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve hakim görüşün (birinci görüşün) belirttiği gibi tahrik eden kişi hakkında beraat kararı verilmesinin gerekeceği, zira burada yalnızca saldırının gerçekleştirileceği kişilerin belirsiz, muğlak olduğu, dolayısıyla da arka plandaki

kişide isteğe bağlı hakimiyetin bulunmadığı vurgulanmış, bu sonucun hukuk politikası açısından yerinde olmayan sonuçlara neden olabileceğine işaret edilmiştir. Yine üçüncü görüş tarafından SS-Elemanlarının ve Nazi-Dönemi askerlerinin amirleri tarafından insanların işaretlenmeleri ve Yahudi olanların öldürülmeleri yönünde azmettirilmeleri bakımından azmettirmenin ve amirlerin hiyerarşik ilişkilerinden kaynaklı olarak isteğe bağlı hakimiyetin söz konusu olduğunun kabul edildiği, ancak ulaşılan bu sonuç doğru olmasına rağmen yine de gerekçesinin yerinde olmadığı, zira söz konusu fiillerin işlenmesi emrini veren kişilerin amir olmayıp sıradan kişiler olmaları, söz gelimi failin bir tanıdığı olmaları, dolayısıyla da hiyerarşik ilişkisinin bulunmaması halinde arka plandaki bu kişilerin bir anlamda cezasız kalmalarına neden olacağı ifade edilmiştir<sup>267</sup>.

Her ne kadar haksızlık boyutu kriterinin yerinde olmadığı, zira “boyut” kavramının zararın yüksekliği söz konusu olduğunda oldukça değişken bir kavram olduğu, ne zaman bir ve aynı zarar boyutundan söz edileceği sorusuyla karşılaşılacağı, 100 TL zararla 10.000 TL zararın aynı kabul edilip edilmeyeceği, bunların aynı kabul edilmesi durumunda bu defa 1.000 TL zararın da aynı kabul edileceği hususlarına dikkat çekilmiş, nihayetinde de BGH’nın görüşünün esas alınması gerektiği belirtilmişse de 100 TL zararla 10.000 TL zararın hiçbir şekilde aynı kabul edilemeyeceği, bunun üçüncü bir kişi tarafından tespitinin rahatlıkla yapılabileceği ifade edilmiştir. Zaten haksızlığın, zararın boyutu kriterinin pek çok malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından uygun olduğu bu görüş tarafından da kabul edilmiş, bu ölçütün esas olarak yaralama, tehdit, hakaret gibi zararın boyutu kademesel olarak anlaşılabilir olmayan diğer suç tipleri bakımından uygulanabilir olup olmadığı sorgulanmıştır. Bu durumun özellikle de yaşam hakkı gibi hukuki değer bakımından geçerli olduğunun altı çizilmiş, gerçekten azmettirme kastının somut haksızlık oranına bağlı tutulması halinde azmettirmenin sabit bir fiile sevk etmeyi değil, düzensiz bir fiile sevk etme sonucunu ortaya çıkaracağından hareketle şerikliğin cezalandırma temelini belli ölçüde sulandırdığı, bu açıdan da tehlikeye yol açtığı gerekçesiyle bu görüş eleştirilmiştir. Nihayetinde azmettirme kastının mesafesinin failin somut fiiline subjektif bağlantısı sadece haksızlık boyutu köprüsü

---

<sup>267</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 147.

üzerine yerleştirilebilecek şekilde bu denli geniş olması durumunda azmettirenin faille eşit şekilde cezalandırılmasının yerinde olup olmadığı sorusunun ortaya çıkacağına işaret edilmiştir<sup>268</sup>. Ancak bu eleştiriye birçok açıdan cevap verilebilir. Bir defa BGH'nın içeriği belirsiz ölçütündense haksızlık boyutu kriterinin azmettirenin faille eşit şekilde cezalandırılmasına daha uygun olduğu belirtilebilir. Zira azmettirenin cezasının belirlenmesinde sunulan aralık, haksızlık boyutuna göre de cezanın belirlenmesine imkan verir niteliktedir. Bununla birlikte ölçütü eleştiride belirtildiği gibi sadece zararın boyutu olarak ele almamak, haksızlık boyutu olarak kabul etmek gerekir. Gerçekten de zararın boyutu esas alındığı takdirde malvarlığına karşı işlenen suçlar haricindeki suçlar bakımından uygulanabilirlik sorunu çıkacakken haksızlığın boyutu göz önünde bulundurulduğunda yaralama, öldürme gibi suçlarda da uygulanabilirliği mümkün olan bir ölçüt hasıl olacaktır.

## ii. Yardım Etme: Yardım Etme Hareketi

Yukarıda da yer verildiği üzere gerek Alm. CK § 27 düzenlemesi gerekse TCK md. 40/1 hükümleri gereğince yardım edenin de azmettiren gibi kastı bakımından çifte kast söz konusu olup yardım etme kastının azmettirme kastında olduğu gibi iki hareket noktası bulunmaktadır. Her ne kadar Türk mahkeme kararlarında çifte kast ölçütüne fazla dikkat edilmese de<sup>269</sup> yardım eden kişinin kastı, öncelikle failin kasıtlı olarak gerçekleştirdiği hukuka aykırı hareketine ve fail suretiyle tipik olarak korunan hukuki değerlerin ihlal edilmesine yönelik olmalı, ikinci olarak failin fiili üzerinde

<sup>268</sup> Satzger, **Jura 2008**, s. 519.

<sup>269</sup> Nitekim Yargıtay, kararlarında hiçbir şekilde çifte kast ifadesine yer vermediği gibi şerikin hem kendi fiili hem de failin fiili bakımından kastının bulunup bulunmadığını da ayrı ayrı irdeleme yoluna gitmemektedir: “*Sanık Doğan'ın olay tarihinde yanında arkadaşı Mutlu olduğu halde eğlenmek amacıyla gittikleri barda maktulle çarpışma nedeniyle tartışmaya başladığı, bar görevlilerinin sanıkları dışarı çıkarttıkları, maktulün çıkarı çıkan sanıkların arkasından gelerek “burası Beyoğlu ben adamı keserim” şeklinde tehdit ederek Mutlu'nun yakasından tuttuğu, Mutlu'nun maktulün suratına vurduğu, maktulle sanık Mutlu arasında itişme yaşandığı, Mutlu'nun ayağından yaralandığını gören sanık Doğan'ın bıçakla gelerek maktule doğru bıçağı savurduğu, sanığın maktulün bacağına bıçakla vurduğunu söylemesine rağmen ölü muayene tutanağı ve Adli Tıp Morg İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen otopsi raporuna göre maktulün vücudunda sadece göğüs bölgesinde bir bıçak darbesi olup bu bıçak darbesinin de sanık Mutlu tarafından vurulduğunun sabit olduğu, gece karanlığında ani gelişen olay sırasında sanık Mutlu ile sanık Doğan'ın fikir ve irade birliği içerisinde hareket ettiklerini kabule yeterli delil bulunmadığı, olayda kullanılan bıçağın sanık Doğan'a ait olmasına rağmen bıçağın Doğan'ın iradesi dışında diğer sanık Mutlu tarafından alındıktan sonra olayda kullanıldığı anlaşıldığından, sanık Doğan'ın eylemi yardım eden olarak da nitelendirilmeyeceğinden, sanığın silahlı yaralamaya teşebbüs suçundan cezalandırılması gerekirken, fail olarak cezalandırılması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi...*” (KN.. 1. CD., 20.06.2011, 2010/2269, 2011/3949 - Artuk/Gökçen/Yenidünya, **TCK Şerhi**, C. 1, s. 1334).

ihlal edilecek olan hukuki değerler açısından riski artırıcı bir niteliği haiz olan kendi hareketine yönelik olmalıdır<sup>270</sup>. Bu bakımdan yardım etmenin sübjektif koşulları büyük ölçüde azmettirmenin sübjektif koşulları ile aynı görülmektedir.

Bu kast, doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir. Yani kişinin kendi yardım etme hareketi açısından en azından olası kastın varlığı ile birlikte failin fiiline yönelik olarak bir katkıda bulunulmuş olması gerek mahkeme kararlarında<sup>271</sup> gerekse doktrinde<sup>272</sup> yeterli addedilmektedir. Bu çerçevede kişinin hareketinin bir suçun işlenmesine destek olacağını, suçun işlenmesini kolaylaştıracağını bilmesi ve istemesi yahut da bunu en azından mümkün görmesi durumunda yardım etme kastının varlığından söz edilebilecektir. Bununla birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre günlük, mesleki hareketler bakımından olası kastla yardım etmenin mümkün olmadığına da bir kez daha dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır. Bu anlamda günlük, doğal hareketler ancak kişinin hareketlerinin suç amacına hizmet ettiğini bilmesi ve istemesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi halinde yardım etme hareketi olarak telakki edilecektir<sup>273</sup>. Elbette doktrinde yardım etmenin olası kastla da olabileceğine dair görüşün doğru olmadığını, bunun günlük, doğal hareketlerle de sınırlı olmadığını belirten bazı yazarların varlığı da inkar edilemez. Bu yazarlar görüşlerini yardım etme kavramının yeterli derecede somutlaşmamasına

<sup>270</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 III 2 d; Geppert, **Jura 1999**, s. 273; Uwe Murmann, “Zum Tatbestand der Beihilfe”, **JuS 1999**, s. 552; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 404; RGSt 59, 246; BGHSt 2, 281 (Frister, **AT**, 28/51); Satzger, **Jura 2008**, s. 518; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 53; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 270; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 241; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 28; Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 54; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 530; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468, 480; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 656; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 749; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 508; Hakeri, **a.g.e.**, s. 577. Failin kasıtlı ve hukuka aykırı fiilinin mevcudiyeti, yardım etme bakımından objektif tipiklik unsuru olduğundan yardım eden kişinin kastı failin hareketinin kasıtlı olmasına dayanmalıdır. Bu açıdan doktrinde bir kısım görüş, yardım edenin çifte kastı ifadesinin kullanılmasını gereksiz görmektedir (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 37 I 2 b; Bilgi için Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 90).

<sup>271</sup> RGSt 72, 24 (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 27); RGSt 59, 246; BGHSt 2, 281 (LK-Schünemann, § 27 Rn. 54); BGH NSTZ 1985, s. 318; BGH NSTZ 2011, s. 399 (Kühl, **AT**, § 20 Rn. 241); BGHSt 2, 280; BGH NJW 1966, s. 677 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 53); RGSt 59, 246; BGHSt 2, 281; BGH NJW 1966, s. 676 (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 268); BGHSt 2, 281; BGHSt 42, 137 (Heinrich, **AT**, Rn. 1335).

<sup>272</sup> Geppert, **Jura 1999**, s. 273; Satzger, **Jura 2008**, s. 518; Rengier, **AT**, § 45 Rn. 114; MK-Joecks, § 27 Rn. 90; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 468, 480. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 755; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 508; Hakeri, **a.g.e.**, s. 577. Bununla birlikte doğal hareketler bakımından olası kast da yeterli görülmemektedir (Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 90).

<sup>273</sup> Satzger, **Jura 2008**, s. 518.



ve failin fiilinin kasıtlı olmasına dair gereklilikler nedeniyle yardım etmenin uygun bir şekilde sınırlandırılmasına dayandırmaktadır. Bunun yanında bu tür bir davranışın düşünsel olarak da mümkün olmadığı, failin fiilinin, kastın, özellikle de bilme unsurunun kendisine dayalı olamayacağı gelecekteki muhtemel bir olayı göstermeyeceği, zira sadece mevcut durum ve olayların bilinebileceği ifade edilmiştir<sup>274</sup>. Buna göre kast, sadece belirli bir tehlikenin oluşmasına, yani belirli bir yardım etme hareketine dayanabilir. Bu defa failin fiilinde söz konusu olan riskin hukuken izin verilmeyecek ölçüde artırılması olarak nitelendirilmesi durumunda buna dayalı olan kast fiilin özel haksızlığını belirleyen tüm durumları kapsamında bulundurulmalıdır. Zira riskin yükseltilmesi her daim failin fiilinin belirli bir riskine dayalı bir şekilde riskin yükseltilmesi olup failin hukuken izin verilmeyen fiili işleme düşüncesini taşıyan durumları biliyor ve bunların mevcudiyetinden yola çıkıyorsa kasıtlı hareketi mevzu bahistir. Bu görüşten hareket edildiğinde olası kastla şerikliğin mümkün olmadığı gibi bir sonuca ulaşılmamakta, bilakis olası kastı ifade eden öngörme ve kabullenmenin dışına çıkılmakta ve şeriklik ihtimalinin kapsamı genişletilmektedir. Öyle ki hırsızlık suçunu işleyecek olan bir kimseye sadece mağduru tehdit etmesi amacıyla silah temin eden bir kişinin, failin ateş etmesi sonucu mağdurun hayatını kaybetmesi durumunda bu ölüm neticesini öngörmediği, öngörse bile kabullenmediği, en fazla istemediği, yani taksirli olarak hareket ettiği bir durumda dahi bu görüşe göre silah temin edilmesi ölüm neticesi açısından da riski artırdığından sorumluluğu beraberinde getirecektir. Bu bakımdan bu görüşün sorumluluğun kapsamını genişletici bir işlevi haiz olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla sadece “nedensellik” ölçütünden hareket edilen taksirli fiillerde neticeye yönelik olarak nedensel katkıda bulunan her bir kişinin fail olarak nitelendirildiği bir durumda sırf risk oluşturduğu için öngörüp kabullenmediği bir suçtan dolayı kişinin kasıtlı suçtan yardım eden olarak sorumlu tutulması çok da makul görünmemekte, taksirli sorumluluğun da yapısına aykırılık teşkil etmektedir.

Bununla birlikte failin fiiline yönelik olarak yardımcı katkıda bulunan kişinin failin fiili işlemini özel olarak istemesi, arzu etmesi şart değildir. Bu bağlamda önemli olan husus, taksirli isnadiyette olduğu gibi failin fiile eğiliminin fark

---

<sup>274</sup> Murmann, *JuS* 1999, s. 552.

edilebilir bir nitelikte olmasıdır. Fakat bu fark edilebilirlik, yardımcı katkının dışı yansımış somut hareketlerle görülebilir olması anlamına gelmemektedir. Yardım etme, dışsal olarak fark edilebilir niteliği haiz olmayabileceği gibi failin fiiline yardımcı katkıda bulunan kişinin fiili içsel olarak da uygun görmesi gerekli değildir. Dolayısıyla failin fiiline yönelik olarak katkıda bulunması ve failin fiilinin tamamlanması bakımından en azından olası kastla hareket etmesi şartıyla fiilin işlenmesini esasında iç dünyasında tasvip etmemesine yahut da bu fiilin işlenmesine yönelik olarak katkıda bulunma noktasında bir takım çekincelere sahip olmasına, gönülsüz olarak hareket etmesine rağmen katkıda bulunduğu durumlarda da yardım etme nedeniyle cezalandırılabilirlik gündeme gelebilecek<sup>275</sup>, kişinin içsel olarak gizli olan düşüncesinin, tutumunun yahut da failin fiiline katkı sağlamış olmasına rağmen faile karşı işlenen bu fiili tasvip etmediğine dair sözler sarf etmiş olması yardım etme bakımından herhangi bir değişikliğe neden olmayacaktır<sup>276</sup>.

Tüm bu ifadelerden sonra kişinin taksirli olarak yahut düşüncesiz bir şekilde yardımda bulunması halinde şerikliğin mümkün olmadığı hususunda yaygın bir kanaatin söz konusu olduğu belirtilebilir. Bu tür durumlarda taksirli faillikten söz edilebilecek, işlenen fiilin taksirli halinin kanunda suç olarak ihdas edilmiş olması halinde söz konusu taksirli olarak sağlanan katkıyı ortaya koyan kişinin yardım eden olmasından değil, failliğinden bahsedilebilecektir<sup>277</sup>. Dolayısıyla taksirli olarak gerçekleştirilen yardım etme hareketi ancak taksirli bir suç tipi bakımından failliği temellendirebilir ve cezalandırılabilir. O halde sevgilisi olan arkadaşına zehir temin eden ve bu zehirle eşini öldürebileceğini aklına gelen bir ihtimal olarak düşünmeyen kişinin sorumluluğu ancak taksirle öldürme suçuna faillik dolayısıyla söz konusu olabilir<sup>278</sup>. Keza herhangi bir şekilde suç teşkil eden bir fiili işlemeye eğilimi olduğu görülen bir kimseye silah teslim edilmesi halinde her ne kadar yardım etmeden

<sup>275</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 53; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 28; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 III 2 d; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 268; Schönemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 55.

<sup>276</sup> RGSt 56, 170 (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 268; Schönemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 55; Heine/Weißer, § **a.g.e.**, 27 Rn. 29).

<sup>277</sup> Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 370; Geppert, **Jura 1999**, s. 273; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 405; Köhl, **AT**, § 20 Rn. 241; Murmann, **GrundKStrR**, § 27 Rn. 141; Jescheck/Weigend, **AT**, § 64 III 2 d; Schönemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 55; Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 90; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 27.

<sup>278</sup> RGSt 64, 370 (Murmann, **GrundK StrR**, § 27 Rn. 141).

bahsedilemeyecek olsa da taksirli faillikten söz edilebilecektir<sup>279</sup>. Türk Yargıtay'ının da ETCK döneminden bu yana taksirli şerikliği kabul etmediğine yönelik kararları dikkat çekmektedir. Bilhassa ETCK döneminde Yargıtay, sanığın şerik olarak sorumlu tutulabilmesi için failin işlediği fiili en azından sezinlemiş olması gerektiğine işaret etmiş, bu durumun belirlenmesine yönelik bir koşul ileri sürmüştür<sup>280</sup>.

Kasıtlı olarak işlenen fiile taksirli iştirakin kabul edilmesi ve azmettirme ya da yardım etmenin mümkün olduğunun belirtilmesi, iki açıdan sakıncalı sonuçlar doğuracaktır. Birincisi bu şekilde bir sonucun toplum yaşamını katlanılmaz hale getirecek olmasıdır<sup>281</sup>. Zira hırsızlık yapmayı düşünen bir kimseyle muhabbet ederken özensiz davranışı nedeniyle masaya komşusunun anahtarını koyan bir kimsenin işlenen hırsızlık suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulması, failin girdiği evde işlediği suçun yağmaya dönüşmesi halinde arka plandaki kişinin de yağma bakımından sorumluluğunun değerlendirilmesini zorunlu hale getirecektir. Bununla birlikte ikinci sakıncalı sonuç ise bu tür durumlarda failin fiiline özensiz hareketi nedeniyle katkıda bulunan kişinin failin işlediği fiile taksirli yardım eden olarak iştirak ettiğinin kabul edilmesinin bağlılık kuralının gereklerini bertaraf edici bir özellik taşıması noktasındadır. Zira bu ihtimalde sorumluluğu ön plandaki fiili icra eden faile bağlı olan arka plandaki kişinin, taksirli bir suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi gündeme gelebilecek, ön plandaki kişinin fiili kasıtlı bir suç oluşturmuş olacak, bu da bir anlamda ön plandaki kişiyle arka plandaki kişinin arasında birbirine bağlı olmadığı, dolaylı faillik benzeri bir durumu ortaya çıkaracaktır. İşte bu kapsamda arka plandaki kişinin taksirli fail olarak ön plandaki

<sup>279</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 268.

<sup>280</sup> “Araçta muavin olan sanık 14 yaşındadır. Aracı sevk ve idare eden sanık ise kadın kaçırmaya yönelik düşüncesini başlangıçtan itibaren anılana açıklamadığı gibi bu husus sezinlediğini ve dolayısıyla suça katıldığıının belirlenmediği, nitekim araç seyir halindeyken müdahilin kapıyı açıp atlamaya yeltenmesi üzerine düşerek yaralanmasını önlemek amacıyla kapıyı bir kez kapadığı ve aksinin kanıtlanmamış bulunmasına göre beraat yerine mahkumiyet hükmü verilmesi yasaya aykırıdır (KN.. 5. CD., 30.11.1983, 3350/4040 – Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442)”. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 28.05.1973 tarih ve 5-202/447 sayılı kararı da benzer kabulden hareket edildiğini göstermektedir: “*Otel resepsiyon memuru olan sanığın otele gelen Ö. ile S.’nin evli olmadıklarını ve Ö’nün S ile cinsi münasebette bulunmak maksadıyla otele götürmüş olduğunu bildiğine dair inandırıcı delillerin neler olduğu karar yerinde açıklanmaksızın sanığın suça fer’i fail olarak iştirak ettiğinin kabulü ile mahkumiyet kararı verilmesi kanuna aykırıdır (YCGK., 28.05.1973, 5-202/447 – Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 442)”.*

<sup>281</sup> Önder, **a.g.e.**, C.II, s. 444.

kişinin işlediği fiilden adeta sökülerek çıkartılıp münferit bir şekilde değerlendirilmesi daha uygun görünmektedir.

Bu bağlamda yardım edenin çifte kastının ilk başvuru noktasının failin kasıtlı ve hukuka aykırı fiili olduğu dikkate alınarak failin fiili bakımından yardım edenin kastı kapsamında hangi hususların bulunduğu ortaya konulmalıdır. *Bilhassa eski Alman mahkeme kararlarında rastlanan, Alman literatüründe neredeyse rastlanmayan ilk görüş*<sup>282</sup>, azmettirme kastı bakımından gerekli görülen hususların yardım etme kastı bakımından da geçerli olduğunu kabul etmektedir. Buna göre yardım edenin kastı da failin fiilin içerdiği haksızlık oranını önemli ölçüde kapsamaması gerekir. Bu görüşe göre azmettirme kastı ile yardım etme kastı birbirine eş tutulmakta, azmettirme kastı için ne aranıyorsa yardım etme kastı için de aynı şartlar aranmaktadır.

Buna karşılık *diğer görüş*, azmettirme kastıyla yardım etme kastını birbirine denk görmemekte, yardım etmede somutlaştırmaya dair gereklilikler azmettirmeye göre daha az kabul edilmektedir. Buna göre yardım edenin kastının yalnızca failin fiilinin önemli unsurlarını kapsamaması yardım etme için yeterli addedilmektedir<sup>283</sup>. Bu görüş kapsamında yardım etme için sadece fail tarafından işlenen fiilin içerdiği haksızlık oranının yaklaşık ölçüsüne ve planlanan saldırının tür ve yapısına detaylı bir şekilde mazhar olunması gerek görülmeksizin bizatihi gerçekleştirilen tipikliğin bilinmesi yeterli addedilmektedir<sup>284</sup>. Bunun nedeni ise azmettirme ile yardım etme arasındaki yapısal farklılıktır. Nitekim azmettiren, failde fiili işleme kararını oluşturmak suretiyle fiilin işlenişine katkıda bulunurken yardım eden, gerek fiile ilişkin planın oluşturulması esnasında gerek fiilin işlenmesi esnasında gerekse fiil işlendikten sonra da sadece fiile katkıda bulunmakta, böylelikle farklı zamansal süreçler içerisinde suça dahil olmaktadır. Azmettiren sevk edici bir etki gösterirken yardım etme çoğu durumda katkısıyla faile eşlik edici bir etki göstermektedir. Daha doğrusu yardım eden öncesinde planlanan bir fiile yönelik olarak fiilden ayrılabilen

<sup>282</sup> Geppert, *Jura* 1999, s. 273; Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 27 Rn. 29.

<sup>283</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 27 Rn. 91; Schünemann, *a.g.e.*, § 27 Rn. 56; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 272; Murmann, *GrundKStrR*, § 27 Rn. 142; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 31 Rn. 29; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 52 Rn. 58; Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 27 Rn. 29; Satzger, *Jura* 2008, s. 520.

<sup>284</sup> Schünemann, *a.g.e.*, § 27 Rn. 56; Roxin, *AT II*, § 26 Rn. 272; Kühl, *AT*, § 20 Rn. 242.

bir katkıda sağlarken azmettiren doğrudan fiili belirleyici bir konumda bulunmaktadır<sup>285</sup>. Dolayısıyla fiilin işlenmesine sevk edebilecek olan azmettiren faile fiili işaret etmesi gerektiğinden azmettirenin fiilin doğru bir şekilde tasavvuruna sahip olmalıdır. Buna karşılık aynı durum yardım eden bakımından geçerli değildir. Yardım eden bakımından ise kişi zaten belirli bir fiili işleme kararı oluşmuş olan bir kimseyle ve keza planlanmış bir fiille karşı karşıya olduğundan diğer belirlemelere sahip olunmasına azmettiren kadar gerek bulunmamaktadır. Zaten her iki şeriklik türü arasındaki farklılık, öngörülen cezalar açısından da kendisini göstermektedir. Azmettiren faile eş değer şekilde cezalandırılacakken yardım eden için zorunlu ceza indirimi öngörülmüştür<sup>286</sup>.

Ancak bu, herhangi bir olayın gerçekleşebileceği konusundaki genel bir düşünüşün yeterli olacağı anlamına da gelmeyecektir<sup>287</sup>. Buna göre tabancasını masanın üzerinde bırakan ve A'nın tabanca ile herhangi bir uygunsuz davranışta bulunabileceğini bilen bir kimse, A'nın bu tabanca ile B'yi öldürmesi halinde B'nin ölümü nedeniyle yardım eden olarak sorumlu tutulamayacak, yalnızca taksirle öldürme suçu nedeniyle fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak silahı masada bırakan kişinin, A'nın bu silahla bir kimseyi öldürmek istediğini bilmiş olsaydı bu defa silahı masada bıraktığı için kasten öldürme suçuna yardım eden olarak sorumluluğundan söz edilebilecektir<sup>288</sup>. Keza yardım edenin bir başka kişiye silahı teslim ederken bununla herhangi bir zamanda bir defa öldürme, banka soygunu veya tehdit gibi herhangi bir suç tipinin işleneceğini bilmesi yeterli görülmemektedir<sup>289</sup>. Somut olayın şartlarına göre yardım eden kişinin failin kimliğini bilmesine de gerek olmayabilir. Nitekim A, B'ye ait olan kamyoneti, B tarafından tanınmayan X'in çaldığı eşyaları taşımasına yardım etme için B'den istemesi durumunda durumdan haberdar olması karşısında kamyonetini teslim eden B'nin faili tanımamasına rağmen yardım eden olarak sorumluluğundan söz edilebilecektir<sup>290</sup>.

<sup>285</sup> BGHSt 42, 138 (Murmans, **GrundKStrR**, § 27 Rn. 142; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 29); Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 58; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 272.

<sup>286</sup> Satzger, **Jura 2008**, s. 520.

<sup>287</sup> RGSt 59, 246; BGHSt 11, 66 (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 28).

<sup>288</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 28.

<sup>289</sup> Heinrich, **AT**, Rn. 1336.

<sup>290</sup> BGH 3, 65; BGH NStZ 2002, 146 (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 29); Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 57.

Bunun yanında yardım edenin failin birden fazla fiiline destek olması halinde bu fiillerin sayısını ve zamansal olarak süresini tahmini olarak düşüncesinde bulunduruyor olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>291</sup>. Bu açıdan yardım edenin fiilin işlenişine ilişkin detayları bilmesine gerek olmayıp fiilin seyrini, zamanını, yerini ve mağdurunu tam manasıyla bilmeyen bir kimsenin de yardım eden olarak sorumlu tutulmasından bahsedilebilir<sup>292</sup>. Bu durumda B'ye hırsızlık suçunu işlemesi için tabancayı ödünç veren A'nın, B tarafından işlenecek olan hırsızlık suçunun hangi şartlarda, nerede, kime karşı, ne zaman işleneceğini bilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>293</sup>. Keza suç tipinin belli olması halinde yağma suçunun işlenmesi için silahı teslim eden ve failin başka planları hakkında bilgi sahibi olmayan kişinin, fiilin icra edilmesi halinde yardım eden olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir<sup>294</sup>.

Alman mahkeme kararlarında her ne kadar başlangıçta yardım etme kastı bakımından da azmettirme kastında olduğu gibi her daim yardım etme kastının tipikliği aşan somut haksızlık oranını kapsaması şart olarak telakki edilirken<sup>295</sup>, yani azmettirme ile yardım etme birbirine denk görülürken son dönem kararlarda tek ve açık bir konsept belirlendiği de ifade edilemezse de<sup>296</sup> genel olarak bu görüşten vazgeçilip yardım etme kastı için azmettirmeye göre daha az koşul aranmaya başlandığı görülmektedir. Buna göre azmettirme için somut olayın bireyselleştirici unsurlarının azmettirenin kastı kapsamında yer almasını gerekli gören Alman Federal Yüksek Mahkemesi, yardım etme kastı bakımından daha az ölçüt aramakta, tam anlamıyla açık bir konsepti gerekli görmese bile somutlaştırma için sanığın tasavvurunda bulunan şeklin önemli haksızlık oranını ve kendisi tarafından desteklenen fiilin yöneldiği saldırıyı kapsaması gerektiğini ileri sürmüştü, böylelikle Mahkeme, ilginç bir şekilde azmettirme için gerekli görmediği haksızlık oranındaki önemlilik ölçütünü yardım etme açısından gerekli olarak telakki etmiştir. Şu halde

<sup>291</sup> BGH NStZ 2002, s. 201 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 58).

<sup>292</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 29; Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 91.

<sup>293</sup> RGSt 1, 110; BGHSt 11, 66 (Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 57).

<sup>294</sup> Ingelfinger, **a.g.e.**, s. 156.

<sup>295</sup> BGH NStZ 1990, s. 501 (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 28); BGH 56, 219; BGH NStZ 90, 501 (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 29). Mahkemenin bu kabulüne yönelik eleştiriler için bkz. Hans Theile, **Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz**, Peter Lang, Frankfurt 1999, s. 121.

<sup>296</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 57; Theile, **a.g.e.**, s. 108; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 274.

Mahkemenin kararlarına göre mağdur, fiilin işleneceği zaman veya fiilin somut işlenme şekline ilişkin yakın detayların yardım eden tarafından bilinmesine gerek bulunmamaktadır<sup>297</sup>. Daha açık ifadeyle yardım edenin kastının fiilin işlenmesine ilişkin detaylar üzerine uzanması gerekli görülmemiş, bu suretle yardım edenin ne fiilin işlendiği yeri, ne fiilin işlendiği zamanı, ne de mağduru bilmesi şart görülmüştür<sup>298</sup>. Aynı şekilde yardım edenin failin insanlar üzerinde bir saldırı planı olduğunu bilmesi halinde yardım etme, bu olaydaki somut mağdur sayısına bağlı görülmemektedir<sup>299</sup>.

Nitekim Köln'de bulunan havaalanı binasında devrimci hücreler tarafından saniye geciktirici olarak bombalı saldırıda kullanılmak üzere bir çalar saat satan sanığın hareketinin esas alındığı bir başka Alman mahkeme kararında saati satmak suretiyle politik hasımlarına karşı bombalı saldırıyı gerçekleştiren kişilere destek olduğunu bilen satıcının saldırının gerçekleştirilmesi için kullanılan objenin ve fiilin işlenmesi için gerekli olan diğer bireyselleştiren durumları bilmediği tespit edilmesine rağmen Alman Federal Yüksek Mahkemesi, söz konusu satıcıyı Alm. CK § 308 hükmünde düzenlenen "Patlayıcı Maddenin İnfalak Ettirilmesi" suçuna yardım eden olarak kabul etmiş, önceki kararlarında azmettirmedeki gibi varlığını aradığı koşullardan bir anlamda vazgeçmiştir<sup>300</sup>. Bu kararla birlikte sorulan sorulardan biri, yardım etme için sadece fail tarafından gerçekleştirilen tipikliğin bilinmesinin yeterli olup olmayacağıdır<sup>301</sup>. Kararda ulaşılan sonucun yardım edenin olayı, olayın seyrini, yeri, zamanı ve mağduru doğru bir şekilde bilmesinin zorunlu görülmediği eski mahkeme kararları ile uyumlu olabileceğinin altını çizilmiştir<sup>302</sup>.

<sup>297</sup> Bunun için bkz. BGHSt 42, 135.

<sup>298</sup> BGHSt 42, 135 (Murrmann, **GrundKStrR**, § 27 Rn. 142); BGH NJW 1982, s. 2454 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 57); BGH NJW 2007, s. 389 (Frister, **AT**, 28/52); RGSt 67, 344; BGHSt 42, 138 (Heinrich, **AT**, Rn. 1337).

<sup>299</sup> Kudlich, **JA 2007**, s. 311; Eleştiri için Satzger, **Jura 2008**, s. 797.

<sup>300</sup> Karar için bkz. Satzger, **Jura 2008**, s. 521.

<sup>301</sup> Bu çerçevede sorulan sorulardan bir diğeri de Alman mahkemesinin yardım etme kastı bakımından koşullardan vazgeçişinin azmettirme için de geçerli olup olmayacağıdır. Kararda yer alan "...sanığın düşünüş şeklinin önemli haksızlık kapsamını ve kendisi tarafından desteklenen fiilin bir saldırıya yöneldiğini kapsıyor olması ve bu somutlaştırmanın yardım etme kastı için yeterli olduğu..." şeklindeki cümlenin azmettirme için aranan koşullarda herhangi bir vazgeçişin olmadığı anlamına geldiği, bu vazgeçişin sadece yardım etme açısından geçerli olduğu belirtilmiştir (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 274).

<sup>302</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 274.

Bu konudaki en önemli kararlardan biri ise *Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 42, 135 sayılı kararı* olup kararın konusu, değerini büyük ölçüde kaybeden, fakat üzerinde bir takım işlemler yapılarak yeni gibi gösterilen, işlemten sonraki gerçek değeri 36.538,59 Alman Markı olan ve basit niteliği dolayısıyla piyasada satışa çıkarılamaz nitelikteki mücevher, elmas ve incilerin daha fazla değere sahip olduğunu göstermek için A'nın adına bir uzman mütalaası hazırlaması istenen yeminli uzman B'nin, yükseltilmiş değer olarak 294.998,20 Alman Markı değeri içeren raporu sonrasında A'nın hileli davranışlarına temel teşkil edebileceği, bu yanlış değerlendirme sayesinde satılabileceği veya ödünç verilebileceği hususlarını fark etmesine rağmen her iki durumu da göze alarak mütalaayı onaylaması, A'nın ise söz konusu mütalaayı göstermek suretiyle mücevherleri rehin ederek bankadan yaklaşık 270.000 Alman Markı kredi temin etmesi, bankanın söz konusu mücevherleri elinden çıkarmaması nedeniyle oluşan borcunu geri ödeyememesidir. A'nın fail olduğu kararda B'nin, söz konusu mütalaayı dolandırıcılık niteliğini haiz satışlarda ya da ödünç işlemlerinde kullanıp kullanmayacağını bilmemesine yahut da bu tür bir hareketin kime, nerede ve ne zaman gerçekleştirileceğinden de haberdar olmamasına rağmen işlenen dolandırıcılık suçu bakımından kastının olduğu ve yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>303</sup>.

Bu kararla birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi, daha önceki çalar saat kararıyla da tam anlamıyla uyumlu bir şekilde sanığın failin dolandırıcılık suçunu dikkate aldığı, yardım etme kastı için bu tipikliğe ilişkin soyut düşünme şeklinin planlanan fiilin gerçekleştirilme şeklinin de detaylarına büyük ölçüde bilgi sahibi olunması gerekmeksizin yeterli olduğu sonucuna ulaşmış, kararda kullandığı ifadelerle<sup>304</sup> her iki şeriklik türünün farklı yapıda olmalarını, farklı ceza tehdidine

<sup>303</sup> BGHSt 42, 139 (Geppert, **Jura 1999**, s. 273; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 56; Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 275; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 29; Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 91; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 29).

<sup>304</sup> Mahkeme kararda azmettirenin sevk edilen belirli bir fiili, özellikle de neticesini göz önünde bulundurduğu, buna karşılık yardım edenin, failin fiilinden ayrılabilir nitelikte olan katkıyı sağladığı, (...) faile eliyle fiilin işlenebileceği aracı teslim eden yardım edenin bu teslimi ile birlikte bu aracın kullanılması suretiyle failin fiilinin işlenmesini sağlamak üzere bilerek riski yükselttiği, fiilin somut olarak işleme yapısının daha yakın detaylarını veya mağduru ve fiilin işleneceği zamanın kendisi tarafından bilinir olmasına gerek olmadığı yönünde ifadeler kullanmıştır (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 276).



sahip olmalarını ve failin fiiline olan yakınlıklarının farklılığını dikkat almış ve azmettirme kastıyla yardım etme kastının kapsamını birbirinden ayırmıştır. Bu noktada mahkemenin özellikle de yardım etmenin objektif isnadiyet kuralına dayandığı şeklindeki ifadesi tam anlamıyla yerinde görülmüştür<sup>305</sup>. Buna karşılık BGH'nın yardım etme kastı için kullandığı bu ifadelerin kararın başka kısımlarında üzerinin örtüldüğüne dikkat çekilmiştir. Nitekim Mahkeme, şerik konumundaki kişinin öncesinde fiile ilişkin planın önemli detaylarını biliyor olacak şekilde fiilin işlenmesini göz önünde bulunduruyor olmasının temel alınacağını, fiilin işlenmesini yeterli ölçüde, *akla yatkın şekilde* ortaya koyacak nitelikteki bilgileri kapsamında barındıran fiile ilişkin ilgili durumların şerikin kastı için önemli görülebileceğini ifade etmiştir<sup>306</sup>.

Kararda yer alan bu son ifadelerin mahkemenin esas tezine uygun olmadığı, hatta yardım etme kastına dair kabul ettiği düşünceleri açıkça reddettiği sonucunu ortaya koyabileceği, zira yardım eden olarak sorumlu tutulan uzman mütalaası veren kişinin fiilin önemli bir kısmını bilmemek bir tarafa fiile ilişkin planın detaylarını dahi hiçbir şekilde bilmediği, buna rağmen yardım etme kastının yeterli addedildiği vurgulanmıştır. Böylelikle yardım edenin düşüncesinde fiilin işlenme olasılığının yeterli derecede somutlaşıp somutlaşmadığı konusunda fiile ilişkin planın hangi detaylarının yardımsal katkıda bulunan kişi tarafından bilindiğine bağlı tutulmasının yerinde olmadığına işaret edilmiş, bunun fiilin daha kolay ve daha zor gerçekleştirilebilir olduğuna ve failin planın uygulanmasını sağlama gücüne bağlı olduğuna vurgu yapılmıştır. Yardım edenin faille hiçbir şekilde suç planı üzerine konuşmamış olduğu ve sadece planı tahmin ettiği, dolayısıyla suçun detayları üzerinde bilgi sahibi olamayacağı bir durumda bu mütalaayı hazırlayan kişi fiilin işlenmesine dair plan hakkında başka bir şey bilmese dahi bu kişinin bu hareketi ile değeri olduğundan daha yüksek gösterilmesinin söz konusu olduğu mütalaa ile hileli bir satış veya ödünç verme işleminin icra edilebilir olduğunun beklenebilir olduğu ve hatta beklenmesi gerektiği hususunun açık olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle

---

<sup>305</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 276.

<sup>306</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 278.

yardım etme kastı için fiilin işlenmesine dair planın önemli detaylarının bilinmesine gerek olmadığı söylenebilir<sup>307</sup>.

Bu çerçevede Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında her ne kadar temel eğilim yerinde olsa da birçok bakımdan karışıklıkların söz konusu olduğu ve bu şekilde kaldığı ifade edilebilir<sup>308</sup>. Zira biraz önceki karardan az bir zaman sonra 5. Senatonun yayımlanan bir başka kararında kullandığı ifadelerle kararın içeriğini belirsiz hale getirdiğine ve ne tür bir sonuca ulaştığının ortaya konulamaz hale geldiğine dikkat çekilmektedir<sup>309</sup>.

Nihayet bu tür belirsizlikler içeren kararlara rağmen Alman Federal Yüksek Mahkemesi, ABD'de gerçekleştirilen 11 Eylül (2001) saldırısına dair vermiş olduğu *Motassadeq* kararında teröristlerin pilotluk eğitimi için sermaye temin etmek suretiyle yardımda bulunan sanığı, pilotların 11 Eylül 2001 tarihinde gerçekleştirdikleri saldırı nedeniyle kaçırılan ve saldırıda kullanılan uçağın 246 yolcu ve mürettebatına yönelik olarak gerçekleştirilen öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutmuş, açıkça “*somut haksızlık anlayışı*”nı reddederek sanığı detayları bilmemesine rağmen yardım eden olarak kabul etme yoluna gitmiştir<sup>310</sup>. Yani bir kez daha gerçekleştirilen tipikliği aşan somut haksızlık oranına dair bilginin varlığı şart

<sup>307</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 279.

<sup>308</sup> Nitekim *Loos* da söz konusu kararda mahkemenin esas aldığı düşüncenin özellikle açık olmadığına işaret etmiştir (Fritz Loos, “BGH v. 18.04.1996 - 1 StR 14/96”, **JR 1997**, s. 298).

<sup>309</sup> Nitekim *şeriklerin –azmettiren de yardım eden de olabilir- kastlarının fiilin tüm detaylarına ilişkin bir yönelme olmasına gerek olmadığı, ancak yaklaşık olarak somut fiilin temel yahut önemli unsurlarına yönelmesi gerektiği, şeriklerin kastları için önemli olarak her durumda ilgili durumları failin fiilini işlemesi için muhtemel olarak yeterli derecede bilmesinin anlaşılabilirliğini, bunun yanında şeriklik için düşüncesi içinde fiilin işleneceği yer, zaman veya mağdur gibi detayların kabul edilmesi ve her birinin doğrudan elde bulunduran kişi tarafından somut olayda bireysel olarak bilinmesinin gerekli olmadığı* şeklinde ifadelerle yer vermesi ile farklı bir sonuca ulaşmamış olan BGH, bu kararda özellikle de “...şeriklik için düşüncesi içinde fiilin işleneceği yer, zaman veya mağdur gibi detayların kabul edilmesi ve her birinin doğrudan elde bulunduran kişi tarafından somut olayda bireysel olarak bilinmesinin gerekli olmadığı...” şeklindeki ifadeleri kullanmıştır. Bu ifadelerin yerinde olduğunu belirten *Roxin*, failden, mağdurdan, fiilin işleneceği yer ve zamandan bihaber olan bir kimsenin hem somut fiilin işlenmesine ilişkin önemli unsurları nasıl bilebileceği sorusunu sorarak uygun gördüğü ifadenin kendisinden önceki cümleyle çeliştiğine işaret etmiş ve bu suretle en önemlisi de aynı kararda yer alan bu ifadelerin kararın esasını belirsiz hale getirdiğine vurgu yapmıştır (Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 281).

<sup>310</sup> BGHSt 51, 133 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 57; Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 92; Satzger, **Jura 2008**, s. 521).

olarak aranmamış, yer, zaman, kime karşı ve hangi koşullar altında gerçekleştirildiği gibi fiilin detaylarının bilinmesi gerekli görülmemiştir<sup>311</sup>.

Buna göre kendisine katkı sunmak suretiyle faydalı bir şekilde etki edilen failin fiilini bilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir. Nitekim kararda sanığın uçakla bir saldırı gerçekleştirileceği yönündeki planı bildiği, aynı şekilde uçak kabin ekibinin ve yolcuların da öleceğinden haberdar olduğu ifade edilmiştir<sup>312</sup>. Ancak bu noktada azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de uygulanabilecek bir kriterin yokluğu dikkat çekmektedir. İşte bunun önüne geçmek adına *varsayımsal mevcudiyet testi* şeklindeki kriter ileri sürülmüştür. Buna göre yardım edenin gerçekten de olay yerinde bulunması halinde somutlaştırma sorunu olmayacaktır. Zira yardım eden kişi, hangi fiile yardım ettiğini doğru şekilde görecektir ve kastı zorunlu olarak fiili kapsayacaktır. Ancak failin fiili evvelinde bir yardım hareketinde bulunulması halinde yardım zamanında yardım edenin hangi bilgilere vakıf olduğunun esas alınması gerekir. Bu bilgilerin, yardım edenin fiile olan katkısının gerekli şekilde etki edecek şekilde hareket ettiğini fark edebilmesi için yeterli olması halinde yeterli somutlaştırmadan söz edilecektir. Bu nedenle de yardım edenin bilgisinin yardım hareketini gerçekleştirdiği esnada zaman, yer ve fiilin konusuna dayanması gerekmemektedir<sup>313</sup>.

Nitekim bu kıstas kendisine başka kararlarda da yer bulmuştur. Buna göre faile kumarhanede bulunan oyun makinasındaki paraları boşaltması için iki özel tel satışı yapan sanık, söz konusu failin bu tellerle söz konusu makinalardan 21 defa hırsızlık suçunu işlediği olayda yardım eden olduğu iddiasına karşılık yerel mahkeme tarafından “*fiilin işlenmesine ilişkin olarak yer, zaman ve başka durumlar gibi başka bireyselleştiren unsurların bulunmaması nedeniyle düşüncesinin belirsiz kaldığı*” gerekçesiyle beraat etmiştir. Ancak Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından bu kararın bozulması ve sanığın yardım eden olarak cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaması ile birlikte failin fiili için sunulan yardımsal katkının hırsızlık suçu için

<sup>311</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 242. *Joecks*’e göre haklı olarak kararda yardım edenin yardımda bulunduğu andaki bilgisi esas alınmıştır (*Joecks*, **a.g.e.**, § 27 Rn. 92).

<sup>312</sup> Satzger, **Jura 2008**, s. 522; *Joecks*, **a.g.e.**, § 27 Rn. 92.

<sup>313</sup> Satzger, **Jura 2008**, s. 522.

kullanılabilir olduğu düşüncesi yeterli görülüş, başka somutlaştırıcı unsurların yardım eden tarafından bilinmesine gerek olmadığı sonucuna erişilmiştir<sup>314</sup>.

Yardım etme kastı kapsamında yer alan hususlardan biri de tipiklik kapsamında belli amaçsal unsurların yer aldığı suçlar açısından yardım edenin cezalandırılabilmesi için failin sahip olması gereken amaç veya niyettir<sup>315</sup>. Keza kast kapsamında yer alan en önemli hususlardan biri de azmettirmede olduğu gibi yardım etme bakımından da yardım edenin kastının, failin fiilinin tamamlanmasına yönelik olması gerekliliğidir. Yardım etmenin haksızlığının, kast edilen failin fiilinin, yani failin fiili üzerinden hukuki değerlerin ihlal edilmesinden kaynaklanıyor olmasını ifade eden yardım etmenin bağlılığı kuralı gereğince failin fiiline belli bir katkıda bulunan herhangi bir kimse, sadece failin belirli bir fiilini işlemesi ihtimalini bilmekle yetinmemeli, bunun yanında azmettirmede olduğu gibi aynı zamanda failin fiilinin tamamlanmasını istemelidir<sup>316</sup>. Yahut da yardım edenin, fiilde kullanılan aracın elverişsiz olması veya öncesinde polis alarmı nedeniyle daha ilk baştan failin fiilinin teşebbüs aşamasını geçmeyeceği düşüncesinden hareket etmesi halinde gerekli olan yardım etme kastının varlığından söz edilemeyecektir<sup>317</sup>. Böylece hırsızlık suçunu işlemesi için bir kimseye yedek anahtarı teslim eden bir kimsenin, failin olay yerinde polis tarafından beklendiğinden yola çıkması halinde cezalandırılmasından söz edilemeyecektir. O halde bir kimsenin faile esasında fiili işlerken yakalanması amacıyla yardım etmesi halinde ajan provokatöre ilişkin kuralların uygulanacağı ifade edilmektedir<sup>318</sup>. Dolayısıyla uyuşturucu satıcısını uygun bir şekilde yakalatmak ve suçunu ispatlamak amacıyla uyuşturucu madde ticaretine yardım eden kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulmasından bahsedilemeyecektir<sup>319</sup>. Tüm bu hususlara rağmen neticenin gerçekleşmeyeceği beklentisiyle katkıda bulunulan bir fiilin neticesinin meydana gelmesi, söz gelimi

<sup>314</sup> Roxin, **AT II**, § 26 Rn. 282.

<sup>315</sup> Frister, **AT**, 28/51; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 54.

<sup>316</sup> RGSt 15, 315; 17, 377 (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 Rn. 30); Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 59; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 55; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 28, 33; Heinrich, **AT**, Rn. 1336; Kühl, **AT**, § 20 Rn. 241, 242a.

<sup>317</sup> RGSt 60, 23 (Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 99); RGSt 56, 168 (Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 59); Kühl, **AT**, § 20 Rn. 241; Maurach/Gössel/Zipf, **AT**, § 52 Rn. 55; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 33.

<sup>318</sup> BGH NStZ 1988, s. 558, 559 (Murrmann, **GrundKStrR**, § 27 Rn. 143).

<sup>319</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 27 Rn. 99.

sağlanan zehrin etki göstermeyeceği düşünülmesine rağmen etki etmesi halinde kişinin taksirli sorumluluğu gündeme gelir<sup>320</sup>.

Nihayet yardım edenin sorumluluğu, sadece failin fiiline ilişkin olarak bilgisi oranında söz konusu olabilir. Failin çok fiilin söz konusu olduğu durumlarda yardım edenin en azından “belirli” sayıda ve süredeki fiiller bakımından bir tasavvura sahip olması gerekmekte olup<sup>321</sup> kişinin bu fiillerden sadece bir kısmı bakımından kasıtlı olarak hareket ettiği durumlarda kendisi tarafından bilinmeyen kısma yaptığı destekten dolayı cezalandırılmasından bahsedilemez<sup>322</sup>.

### **B. Hukuka Aykırı Fiilin Varlığı**

Tüm bu incelemelerden sonra fiilin hukuka aykırılığı kapsamında da bir irdeleme yapılması gerekmektedir. Nitekim işlenmiş bir suçun varlığından söz edilebilmesi için tipik fiili gerçekleştiren failin bu davranışı bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması da gerekir. Zira kişinin tipik fiili açısından hukuka uygunluk nedenlerinden herhangi birinin mevcut olması durumunda artık işlenmiş bir suçtan ve hatta failin varlığından bahsedilemeyecektir<sup>323</sup>. Böylelikle bu fiile azmettirme ya da yardım etme şeklinde katkılar ortaya koyan suç ortaklarının da failin fiilin hukuka uygunluğundan yararlanıp yararlanamayacakları özellikle üzerinde durulması gereken bir husus olarak karşımıza çıkacaktır. İşte tam bu noktada ortada suç teşkil eden bir davranıştan bahsedilmemesine rağmen cezaya layık bir şeriklik hareketinden söz edilip edilmeyeceği netliğe kavuşturulmalıdır.

Buna göre B’yi öldürmek istediğini belirten A’ya bu fiilini işlemesi için silah veren C’nin, A’nın B’yi meşru savunma hali içerisinde öldürmesi durumunda

<sup>320</sup> Schünemann, **a.g.e.**, § 27 Rn. 59. Bunun da ötesinde hakim görüş tarafından yardım etmenin hukuki değerlerin maddi anlamda ihlal edilmesine yönelmiş olması gerekli görülmektedir. Bu sınırlandırma, her şeyden evvel hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak suç kabul edildiği ve keza teşebbüs suçlarının söz konusu olduğu hallerde geçerlidir (NSTZ 2007, s. 532 - Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 55). Bu sorun, öncelikle uyuşturucu madde ticareti bakımından Alman Uyuşturucu Madde İle Mücadele Kanununda yer alan düzenleme (§ 29 Parag. 1 Nr. 1 BtMG) kapsamındaki “ticaret yapma” ifadesinin geniş yorumlanması nedeniyle ortaya çıktığı belirtilmektedir. Ayrıca soyut tehlike suçlarında istisnai bir durum olarak tipikliğin reddedilmesi halinde tehlikenin gerçekleşmesinin güvence altına alınmasının söz konusu olmaması durumunda bu sınırlandırmanın yardım etme bakımından uygulanabilirliğinin çözüm getirici olmadığı belirtilmektedir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 55).

<sup>321</sup> BGH NSTZ 2002, s. 201 (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 27 Rn. 29).

<sup>322</sup> BGH NSTZ 1997, s. 80 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 Rn. 54).

<sup>323</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 531; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 460; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 199; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 504.

sorumluluğunun ne olacağına ortaya konulması gerekir. Bununla birlikte tam tersi failin fiili hukuka aykırı olmasına rağmen şeriklerin bu fiilin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle hareket etmeleri de söz konusu olabilir. Şu halde davranışı üzerinde suçun maddi ve manevi unsurların gerçekleştiği tespiti yapılan bir kimsenin bu fiili açısından hukuka aykırılık unsuru bakımından da bir inceleme yapılması gerekecek ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

Hukuka aykırılık kapsamında oldukça farklı ihtimaller ortaya çıkabilecektir. Buna göre 1. Failin fiilinin hukuka aykırı olduğu bir ihtimal kapsamında; *a.* Hem failin hem de şerikin bu hukuka aykırılığı bilmesi, *b.* Hem failin hem de şerikin bu hukuka aykırılığı bilmemesi, *c.* Failin bu hukuka aykırılığı bilmemesi, fakat şerikin bilmesi, *d.* Failin bu hukuka aykırılığı bilmesi, fakat şerikin bilmemesi durumları söz konusu olabilir. Bununla birlikte 2. Failin fiilinin hukuka uygun olduğu bir ihtimal kapsamında; *a.* Hem failin hem de şerikin bu hukuka uygunluğu bilmesi, *b.* Hem failin hem de şerikin bu hukuka uygunluğu bilmemesi, *c.* Failin bu hukuka uygunluğu bilmemesi, fakat şerikin bilmesi, *d.* Failin bu hukuka uygunluğu bilmesi, fakat şerikin bilmemesi durumları da söz konusu olabilir. Şu halde bu ihtimallerin tamamının üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır:

***1. Failin fiilinin hukuka aykırı olduğu bir ihtimal kapsamında;***

***a. Hem failin hem de şerikin bu hukuka aykırılığı bilmesi halinde*** zaten pek fazla tartışılacak bir husus bulunmamaktadır. Buna göre failin fiili hukuka aykırı olduğundan işlediği fiil suç teşkil edecek, sınırlı bağlılık kuralı gereğince bu durumdan haberdar olan şerik açısından da sorumluluk gündeme gelecektir. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, şerikin kastı kapsamında yer alacak hususların failin kastına göre farklılık göstermesidir. Nitekim bir fiilin hukuka aykırılığının her durumda failin kastı kapsamında yer alması gerekmezken şerikin kastı kapsamında failin fiilinin hukuka aykırı olarak işlenmesi de yer almaktadır. Yani şerik, faili kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiili işletmeye sevk ettiğini veya bu şekilde bir fiile destek olduğunu bilmelidir<sup>324</sup>. Zaten bu ihtimalde bu konuya dair

<sup>324</sup> Krey/Esser, AT, § 31 Kn. 1033; Frister, AT, 28/28.

herhangi bir sorun bulunmadığından hem failin hem de şerikin işlenen fiilden tam anlamıyla sorumlulukları söz konusu olacaktır.

**b. Hem failin hem de şerikin bu hukuka aykırılığı bilmemesi halinde** hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatadan bahsedilir. Zira bir fiilin hukuka aykırılığını bilmemek, fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğunu zannetmekten başka bir şey değildir. Bu da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata haline karşılık gelmektedir. Ancak bu ihtimalde önem arz eden husus, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin fiiline şerik olarak iştirakin mümkün olup olmadığı hususudur. Bu sorunu cevabı, bu tür bir hata halinde failin fiilinin kasıtlı olarak işlenmiş hukuka aykırı bir fiil olarak addedilip addedilmeyeceğinin yanıtlanmasına, yani bu hatanın failin fiiline olan etkisinin ne olacağına bağlıdır.

Bu hata, hakim görüş olan **sınırlı kusur teorisine** göre failin kastını kaldıran bir hata olarak görülmektedir. Daha doğrusu hukuka uygunluk nedeninde hataya düşen fail, her ne kadar kasıtlı olarak hareket etse de failin kastı hukuka aykırı değildir. Böylelikle fail, kasıtlı bir haksızlık gerçekleştirmemektedir. Şu halde de kasıtlı ve hukuk aykırı bir fiilden söz edilemeyecektir<sup>325</sup>. Bu nedenle de sınırlı kusur teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın söz konusu olması halinde şeriklik mümkün görülmeyecektir. Ancak bu ihtimal kapsamında şerik de hukuka aykırılığı bilmediğinden taksirli olarak işlenen suçta taksirli yan fail olarak sorumlu tutulması sonucu gündeme gelecektir.

Bu görüş, bazı durumlarda sıkıntılı sonuçlara yol açabilmektedir. Nitekim bir yazar, hekimin saklamakla yükümlü olduğu bilgileri öğrenmek için hekimi hastanın rızasının olduğu konusunda hataya düşürse ve bilgileri hekimden öğrense hekimin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşmesinden söz edilecek, bu anlamda yazarın azmettiren olarak sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu durumda yazarın bu bilgileri saklama yükümlülüğü olmadığından kendisinin dolaylı fail olarak sorumluluğundan da söz edilemeyecektir. Şu halde arka plandaki kişinin bu ihtimal kapsamında olduğu gibi hukuka aykırılığı bilmediği değil de bildiği bu

<sup>325</sup> Hoyer, **a.g.e.**, vor § 26 Kn. 36; Frister, **AT**, 28/6; Heine/Weißer, **a.g.e.**, vor §§ 25 ff. Kn. 32; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50, Rn. 37.

durumda cezalandırılabilirlik açısından önemli bir boşluk ortaya çıkmaktadır<sup>326</sup>. Hatta bu boşluktan sakınmak adına bu görüşteki bazı yazarlar, daha evvel de üzerinde durulduğu üzere azmettirme için salt azmettiren de kastın bulunması ile yetinilmesi, bu anlamda failin de kasten hareket etmesinin bir şart olarak aranmaması şeklinde öneride bulunmuşlardır<sup>327</sup>.

Tam bu noktada **hukuki sonuçları itibariyle kusur teorisine işaret eden bir diğer görüş** ortaya çıkmaktadır. Bu görüşe göre her ne kadar bu hata kastı kaldıran bir hata olarak kabul edilse de bu kastın sadece kusur kastını ortadan kaldırdığından hareket edilir ve böylelikle şeriklik imkanı yine varlığını devam ettirir<sup>328</sup>.

Buna rağmen üçüncü görüş kapsamında bu hatayı yalnızca yasak hatası kapsamında telakki eden **katı kusur teorisine göre** bu hata, failin yalnızca kusurunu ortadan kaldırır. Böylelikle de failin bu fiiline şeriklik her durumda mümkün kabul edilir. Yani bu görüş kapsamında failin kastı etkilenmediğinden şerik açısından kendisine iştirak edilebilecek kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığından söz edilmeye devam edilebilecektir<sup>329</sup>. Böylelikle faille şerikin bu konudaki hataları sınırlı bağlılık kuralı gereğince birbirinden münferit olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla bu hata, biri bakımından kaçınılabilir olarak kabul edilebilecekken diğeri açısından kaçınılamaz olarak değerlendirilebilecektir.

*c. Failin bu hukuka aykırılığı bilmemesi, fakat şerikin bilmesi halinde* failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düştüğü, şerikin ise bu tür bir hata içerisinde olmadığı bir durum söz konusu olacaktır.

Bu noktada **sınırlı kusur teorisine** göre failin kasıtlı olarak işlediği bir fiilden bahsedilemeyeceğinden, yani fail fiili taksirli işlemiş olduğundan bu fiile şeriklikten söz edilemeyecektir. Bununla birlikte failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu, failin fiili açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı bilinciyle kasıtlı olarak faile katkı sağlayan arka plandaki kişi, fiile ilişkin tüm koşullardan haberdar konumda biri olarak ön plandaki kişi karşısında işlenen fiile hakim konumda olacak, en önemlisi de ön plandaki kişinin herhangi bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde

<sup>326</sup> Frister, **AT**, 28/7.

<sup>327</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50, Rn. 38.

<sup>328</sup> Frister, **AT**, 28/5.

<sup>329</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 50, Rn. 39.



olmadığını bildiği halde bu duruma hiçbir şekilde müdahale etmediğinden ve fiilin işlenmesinde ön plandaki kişiyi kullandığından işlenen fiilden dolayı fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Bir diğer ihtimal olarak arka plandaki kişinin failin fiili açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını bilse ve failin de bu bilinçle hareket ettiğini düşünerek faile katkı sağlamış olsa bu durumda bir önceki ihtimalden farklı olarak fiilin işleniş sürecine hakimiyetinden söz edilemeyecek, failin fiili kasıtlı olarak işlediği zanıyla hareket ettiğinden çifte kastından bahsedilemeyecek ve işlenen fiilden ancak taksirli fail olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

**Katı kusur teorisinin** kabul edilmesi halinde ise bu hatanın kusura etki ettiği sonucuna ulaşılacak, bu defa sınırlı bağıllık kuralı gereğince failin işlediği fiile şeriklik mümkün hale gelecektir. Failin içinde bulunduğu hata dikkate alınacak ve hatasının kaçınılmaz olması durumunda hiç ceza verilemeyecekken failin işlediği fiil bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı bilinciyle hareket eden ve bu fiile katkı sağlayan arka plandaki kişinin somut olayın şartlarına göre azmettiren ya da dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gündeme gelebilecektir. Buna göre arka plandaki kişinin failin içerisinde bulunduğu hatadan haberdar olması halinde fiilin işleniş sürecine hakimiyetinden bahsedilecek ve işlenen fiilden dolayı fail olarak sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

**d. Failin bu hukuka aykırılığı bilmesi, fakat şerikin bilmemesi halinde** fail açısından zaten herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Zira fail, işlediği fiil bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığının bilincindedir. Buna karşılık şerikin fiilin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması nedeniyle bu ihtimalde özellikle de şerikin durumunun irdelenmesi gerekli olacaktır.

Bu ihtimalde önem arz eden husus, failin fiilinin hukuka aykırı olmasının da şeriklik kastı kapsamında yer aldığıdır. Eğer şerik, failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor, bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu düşüncesiyle hareket ediyorsa artık şerikin kasıtlı hareketinden söz edilemeyecek, bu defa olsa olsa taksirli sorumluluğuna gidilebilecektir<sup>330</sup>.

## **2. Failin fiilinin hukuka uygun olduğu bir ihtimal kapsamında;**

<sup>330</sup> Kleszczewski, **FS-Puppe**, s. 623.

*a. Hem failin hem de şerikin bu hukuka uygunluğu bilmesi ihtimalinde* zaten bir suçtan söz edilemeyecek ve sınırlı bağlılık kuralı gereğince hem failin hem de şerikin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Yani bu ihtimalde tartışmaya değer herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

*b. Hem failin hem de şerikin bu hukuka uygunluğu bilmemesi ihtimalinde* hukuka uygunluk sebebinin bilinmesinin gerekli olup olmadığı şeklinde yukarıdaki değerlendirmelerden tamamen ayrı bir tartışma daha ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede objektif ve sübjektif görüşler ileri sürülmüş, objektif görüşe göre hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu fail tarafından bilinmesine gerek bulunmayıp objektif olarak bu şekilde bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması yeterli görülürken<sup>331</sup> sübjektif görüşe göre hukuka uygunluk nedeninin varlığının fail tarafından bilinmesi aranmakta, objektif olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığı failin fiilinin hukuka uygun olması için kafi görülmemektedir. Bu kapsamda sübjektif görüş nezdinde failin hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmemesi halinde ne tür bir sorumluluğunun olacağına dair de iki farklı görüş ileri sürülmüş, ilk görüşe göre failin fiilin tamamlanmış halinden sorumluluğu<sup>332</sup>, ikinci görüşe göre ise hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları, fiilin neticesinin haksızlığını ortadan kaldıracak olsa da fiilin hareketinin haksızlığı devam edeceğinden fiilin teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>333</sup>. Nihayet failin fiilinin hukuka uygun olduğu ve fakat hem failin hem de şerikin bu hukuka uygunluğu bilmedikleri ihtimalde bu üç farklı olasılık da dikkate alınarak bir sonuç ortaya konacaktır.

*i. Objektif görüşün benimsenmesi halinde* hem failin hem de şerikin fiilin hukuka uygun olduğunu bilmelerine gerek bulunmamaktadır. O halde gerek tipik fiili gerçekleştiren kimse gerekse bu kimseyi fille sevk eden veya bu kimseye destekte bulunan kişi hukuka uygunluk nedeninden haberdar olsa da olmasa da işlenen fiil hukuka uygun kabul edilecektir.

<sup>331</sup> Selman Dursun/Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF** 2015, S. 1, C. LXXIII, s. 85-87.

<sup>332</sup> BGH ve Alman öğretisinin bir kısmı bu görüşten yanadır: BGHSt 2, 111; BGH NStZ 2005, 332 – Krey/Esser, **AT**, § 13 Kn. 467. Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 172; Schmidhauser, **AT**, 9/17.

<sup>333</sup> Gropp, **AT**, § 6 Kn. 32; Herzberg, **JA** 1986, s. 190 vd.; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**, 9/151; Jakobs, **AT**, 11/23.

**ii. Sübjektif görüşün benimsenmesi halinde** failin fiilinin hukuka uygun olduğunun hem fail hem de şerik tarafından bilinmesi gerekmektedir. Hem fail hem de şerik hukuka uygunluk nedeni olduğunu bilmiyorsa bu defa sübjektif görüş kapsamındaki ilk görüşe göre fail tamamlanmış suçtan, şerik de bağlılık kuralı gereğince yine tamamlanmış suçtan sorumlu tutulacaktır. Sübjektif görüş kapsamındaki ikinci görüşe göre ise fail, fiilin teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu tutulacakken şerik de failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına ilerlemiş olması gerektiğini ifade eden niceliksel bağlılık kuralı gereğince fiilin teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu tutulacaktır.

**c. Failin bu hukuka uygunluğu bilmemesi, fakat şerikin bilmesi halinde;**

**i. Objektif görüş benimsenecek olursa** yukarıdaki ihtimal kapsamında objektif teorinin benimsenmesi halinde ne tür bir sonucun olduğuna dair açıklamaların burada da aynen geçerli olduğu rahatlıkla belirtilebilir.

**ii. Sübjektif görüş benimsenecek olursa** failin hukuka uygun nedeninden haberdar olması gerektiğinden bu ihtimalde işlenen fiil hukuka uygun görülmeyecek, fail işlenen fiilin ya tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu tutulacaktır. İşte tam bu noktada önem arz eden husus, hukuka uygunluk nedeninden haberdar olan şerikin sorumluluğunun ne olacağıdır.

Birlikte hareket eden A ve B'den kendilerine yönelik olarak X tarafından bir saldırı gerçekleştirileceğini fark eden A'nın, bu durumdan habersiz olan B'yi saldırıyı def etmek amacıyla X'e saldırması yönünde azmettirmesi üzerine X'e ateş eden B'nin X'i öldürmesi ve bu suretle X'in A ve B'yi öldürmeye yönelik saldırısının ortadan kaldırıldığına dair bir örnek üzerinden konuya açıklamaya getirmeye çalışalım. Bu ihtimalde *Schmidhauser*, meşru savunma içerisinde bulunduğu habersiz olan failin fiilini hukuka aykırı kabul etmesine rağmen meşru savunmadan haberdar olan azmettirenin fiilini, failin fiilinden ayrı olarak hukuka uygun telakki etmekte, arka plandaki kişiyi tamamen sorumsuz tutmaktadır<sup>334</sup>. Yani *yazar*, failin fiilinin hukuka aykırı olduğu durumlarda şerikin fiilinin hukuka uygun olabileceğine işaret etmiştir. Ancak *yazarın* bu görüşünün şeriklik hareketinin failin fiilinden bağımsız olduğu, haksızlığının da kusurunun da

<sup>334</sup> Schmidhauser, AT, 14/117.

bizatihi kendisinden kaynaklandığı şeklindeki saf neden olma teorisini şekillendiren fikrinden kaynaklandığı da önemle ifade edilmelidir. Dolayısıyla buradan anlaşılmaktadır ki şerikin sorumluluğunun ne ölçüde olacağı, şeriklerin cezalandırma temeline ilişkin olarak ileri sürülen görüşlere göre farklılık arz edecektir.

O halde esas üzerinde durulması gereken bu ihtimalde şeriklerin cezalandırma temeline ilişkin olarak TCK'da esas alınmış olan bağlılığa yönlendirilmiş neden olma ve bizim kabul etmiş olduğumuz hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorilerinde ne tür sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu kapsamda bir değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken esas husus, sübjektif görüş kapsamında failin ister tamamlanmış sorumluluğu isterse teşebbüs sorumluluğu kabul edilsin her halükarda failin hareketinin haksız kabul edilmesi, şerikin de bu haksız harekete bağlı telakki edilmesidir. Burada iki teori arasındaki temel fark, şerikin cezalandırılmasında kendi haksızlığının da etkili olup olmadığı, cezalandırma temelinin bütünüyle faile bağlı olmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır.

Şu halde bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinde şerikin cezalandırılmasına temel teşkil eden haksızlık tamamen failden kaynaklandığından şerikin kendi hareketinin haksız olup olmadığı bir önem arz etmeyecek, bu defa sadece failin bu hukuka uygunluk nedenini bilip bilmediğinin tespit edilmesi yeterli addedilecektir. Dolayısıyla bu teoride şerik, hukuka uygunluk nedenini bilerek hareket etse bile 'failin bu hukuka uygunluk nedeninden haberdar olmayarak hareket ettiğini bildiğinden' suçun tamamlanmış halinden veya failin hareketinin haksızlığına bağlı olarak teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu tutulabilecektir.

Bu sonuç, bizim de benimsemiş olduğumuz hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisinde de değişmeyecek, şerikin kendi hareketi hukuka uygun olsa dahi cezalandırma temeli hem kendi haksızlığına hem de failin haksızlığına dayandığından faile bağlılığından kaynaklı olarak belli bir oranda cezalandırılması gerekecektir. Ancak bunun için failin bu hukuka uygunluk nedeninden haberdar olmadığını da bilmesi, yani failin hareketinin haksız olduğu bilinciyle hareket etmesi şarttır.

Tüm bu ifadelerden anlaşıldığı üzere bu ihtimalde şerikin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı öğretisi bağıllığı hiçbir şekilde kabul etmeyen şerik suçları öğretisidir. Zira bu öğretiye göre şeriklik, faillikten bağımsız bir haksızlığı haiz olup tek başına kendisi dikkate alınan bir kurumdur. Bu kapsamda failin fiilinin hukuka aykırı olmasının şerik açısından herhangi bir önemi olmayacak ve hukuka uygunluk nedeninden haberdar olduğu için kendisi açısından herhangi bir sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Ancak bu teoride de şerik, failin hukuka uygunluk nedeninden haberdar olmaksızın, sırf saldırı amacıyla hareket ettiğini bilmesine rağmen cezasız kalmaktadır.

Nihayetinde **şeriklerin cezalandırma temeline ilişkin olarak benimsediğimiz teori gereğince** de şerik her ne kadar kendisi failin işlediği fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olduğu bilinciyle hareket etmekte ve bu anlamda meşru bir hareket ortaya koymaktaysa da fiiline katkıda bulunduğu failin hukuka uygunluk nedeni olduğunu bilmeden hareket ettiğini görerek yaptığı katkı, bağıllık dolayısıyla kendi hareketinin meşruiyetine bir nebze olsun hanel getirecektir. Elbette şerikin failin hukuka uygunluk nedeninin varlığının bilincinde olmadığı farkında olmadığı, bu durumu bilmediği bir durumda çifte kastından söz edilemeyecek ve bu defa sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu anlamda failin hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmadığı ve hareketinin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olan arka plandaki kişi, işlenen fiil açısından bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu bilse dahi failin hareketinin haksızlığından etkilenen ve sorumlu tutulacaktır. Buna rağmen buradaki sorumluluk belirlenirken şerikin kendi hareketinin meşruluğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Hatta sadece şerikin kendi hareketinin meşruluğu değil, aynı zamanda failin haksızlık teşkil eden hareketi sonucunda meydana gelen meşru netice de dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede arka plandaki kişi, failin teşebbüs aşamasında kalmış fiiline şerik olarak cezanın en alt seviyesi ile cezalandırılmalı, böylelikle failin fiiline olan bağıllığı da görmezden gelinmemelidir.

Tüm bu sonuçlar nedeniyle hukuka uygunluk nedeninin bilinip bilinmemesi konusunda doktrinde sübjektif görüş eleştirilmekte, bu görüşün şerikler açısından

uygun olmayan bir neticeye yol açtığı vurgulanmaktadır<sup>335</sup>. Ancak kanaatimize göre hukuka uygunluk nedeninin varlığının bilincinde olsa bile şerikin, failin hukuka uygunluk nedeninin bilincinde olmayarak, saldırı amacıyla hareket ettiğini bilerek failin fiile işlemesine sevk etme ya da faile destek olma hareketlerinin görmezden gelinmemesi de bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

**d. Failin bu hukuka uygunluğu bilmesi, şerikin bilmemesi halinde;**

**i. Objektif görüş benimsenecek olursa** zaten hukuka uygunluk nedeninin var olduğunun bilinmesine gerek olmayacak, failin fiili de hukuka uygun olduğundan arka plandaki kişi açısından da herhangi bir sorumluluk gündeme gelmeyecektir.

**ii. Sübjektif görüş benimsenecek olursa** her ne kadar fail açısından bir sorun ortaya çıkmayacaksa da şerik açısından bir problem tezahür edecektir. Öyle ki işlenen fiilin hukuka uygun olduğu bilincine sahip olmayan şerikin hareketindeki haksızlık kendisinin cezalandırılmasına sebebiyet verecek, failin fiili açısından hukuka uygunluk nedeni olsa da şerikin kendisi teşebbüs aşamasında kalacaktır. Yani böyle bir durumda bağlılık kuralı gereğince şerikin tamamlanmış şeriklik nedeniyle cezalandırılması hiçbir şekilde gündeme gelmeyecektir.

## **II. Cezaya Etki Eden Hallerin ve Bu Kapsamda Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Sirayeti**

### **A. Genel Olarak**

TCK'da gerek "...bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda..." şeklindeki md. 61/4 hükmü gerekse "Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinde hataya..." şeklindeki md. 30/2 hükmüyle suçların temel hallerine ve nitelikli hallerine işaret edilmiştir. Bu da göstermektedir ki suçların temel şekillerine bazı unsurlar eklenmek suretiyle suçlar basit şekilden daha fazla veya daha az cezalandırılmayı gerektirecek surette *düşük veya yüksek* nitelikli şekle dönüştürülmektedir.

Şu halde kanun koyucu tarafından kanunda açıkça "nitelikli haller" olarak ifade edilen bu nedenler, TCK'da suçların birçoğunun temel şekilleri düzenlenip bir ceza belirlemesi yapıldıktan sonra bu temel şeklin ardından suçun niteliğini

<sup>335</sup> Jakobs, AT, § 11/22; Dursun/Bozbayındır, a.g.m., s. 79, dpn. 91.

değiştirmeyen ve fakat faile daha az ya da fazla ceza verilmesini gerektiren nedenlerdir<sup>336</sup>. Bununla birlikte doktrinde *Zafer*, sadece pozitif bir anlam vereceğinden bu unsurlara “nitelikli” şeklindeki ifadenin tartışmaya açık olduğunu, bu çerçevede “suçu nitelikli kılan unsurlar” ya da “suça etki eden nedenler” ifadelerinin kullanılabilmesini belirtmiştir<sup>337</sup>.

Elbette nitelikli hallerin suça etki etmesinden söz edilebilir. Zira bütün nitelikli hallerin haksızlık oranında bir artmaya ya da azalmaya neden olmalarından bahsedilebilir. Ancak “suça etki eden nedenler” ifadesinin nitelikli unsurları aşacağını, nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin de suça etki eden nedenler altında telakki edilebileceğini vurgulamak gerekir. Bu bakımdan nitelikli unsurlar yerine suça etki eden nedenler ifadesinin kullanılmasının yerinde olmayacağı, en azından kuşkuları beraberinde getirebileceği belirtilmelidir<sup>338</sup>. Dolayısıyla *Ekici Şahin*’in ifadesiyle “suça etki eden ağırlatıcı ve hafifletici nedenler<sup>339</sup>” daha makul görünmektedir. Zira bu ifade, hukuka uygunluk nedenlerini kapsam dışında bırakmaktadır. Ancak bu şekilde bir ifadenin de hiçbir şekilde kanuni düzenlemelere uygun olmaması ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

Bununla birlikte nitelikli hallerin cezaya etki eden nedenler olduklarından da bahsedilebilir. Öyle ki nitelikli haller, cezada bir azalmaya ya da artmaya yol açmaktadır. Yani bu haller, “suç üzerinde etkili olmakla birlikte sonuçları tayin edilecek cezanın miktarı üzerinde ortaya çıkar.”<sup>340</sup> Ancak tam bu noktada cezaya etki eden nedenlerin tamamının da nitelikli hal olarak addedilemeyeceğine özellikle dikkat edilmelidir. Nitekim kusuru azaltan veya kaldıran nedenler de her ne kadar suça etki eden nedenler olarak görülemese de cezaya etki eden nedenler olarak kabul edilebilir<sup>341</sup>. Buna rağmen suça etki eden nedenlerdense cezaya etki eden nedenler

<sup>336</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 522; Akbulut, *GÜHFD* 2010, s. 204; Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 652.

<sup>337</sup> Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 522.

<sup>338</sup> *Zafer*’in önerdiği bir diğer alternatif olan “suçu nitelikli kılan unsurlar” ifadesinin de *Zafer*’in ileri sürdüğü eleştiriyi ortadan kaldırmayacağı, zira suçu nitelikli kılan unsurların da sadece pozitif, cezayı artırıcı olarak anlaşılabilmesi belirtilebilir.

<sup>339</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 651. Zaten *Ekici Şahin*’in bizzat kendisi de TCK md. 61/4’te yer alan “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.” şeklindeki hükme işaret etmiştir. Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 652.

<sup>340</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 652.

<sup>341</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 653.

ifadesi daha doğru olacaktır. Zira özellikle şahsa bağlı nitelikli hallerin etkisinin haksızlık boyutunun yanında kusura etki eden bir yönü de bulunabilir. Bu bakımdan bu nedenlere illa ki nitelikli haller dışında bir isim verilecekse bunun suça etki eden nedenler yerine cezaya etki eden nedenler olması daha doğru olacaktır. Tüm bu açıklamalar karşısında kanaatimize göre “*cezaya etki eden (artıran veya azaltan) nitelikli haller*” ya da kanun koyucunun tercih ettiği gibi (TCK dm. 30/2) “*suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri*” ifadeleri, nitelikli hallerin hem haksızlığa hem de kusura etki eden nedenler olmalarından da hareketle cezaya etkileri de göz önünde bulundurulduğunda daha makul görünmektedir. İncelememizin bundan sonraki kısımlarında “*cezaya etki eden nitelikli haller*” ifadesine yer verilecektir.

Suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK md. 81 hükmünün hemen devamında “*nitelikli haller*” başlığıyla kasten öldürmenin nitelikli halleri örneğinde olduğu gibi kanunda bazen açıkça düzenlenmiş olabileceği gibi bazı durumlarda da kasten yaralama suçunun TCK md. 86/2 ve 86/3’te yer verilen hallerinde olduğu gibi madde gerekçesinde de gösterilmiş olabilir. Öyle ki TCK md. 86 hükmünün gerekçesinde ikinci fıkraya atıf yapılarak “*Maddede kasten yaralama suçunun daha az cezayı gerektiren hali düzenlenmiştir.*” ifadesine yer verilmiş, ikinci fıkra düzenlemesinin birinci fıkranın nitelikli hali olduğu belirtilmiştir.

Bu noktada önem arz eden esas husus, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin temel suç tipinin niteliğini değiştirmemesidir. Zira suçun niteliğini değiştiren bir nedenin söz konusu olması halinde artık burada nitelikli unsurdan söz edilemez<sup>342</sup>. Bu anlamda kendisine muhafaza etmek üzere zilyetliği devredilmiş bir malı elinde bulunduran ve söz konusu maldan devri amacı dışında tasarrufta bulunan kişinin, aynı zamanda “*kamu görevlisi olması*” halinde artık güveni kötüye kullanma suçundan (TCK md. 155) değil, zimmet suçundan (TCK md. 247) söz edilecektir. İşte herkes tarafından işlenebilen bir suça eklenerek bu suçu yükümlülük suçu haline dönüştüren, kurucu olan “*kamu görevliliği*”

---

<sup>342</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 522.



şeklindeki özel unsur, “nitelikli unsur” olarak nitelendirilemeyecektir<sup>343</sup>. Zaten suçun niteliğinde değişikliğe giden bu unsurlar, Alman hukukunda da “suçu temellendiren unsur” olarak isimlendirilmiş, buna da doğrudan özel kişisel unsurların sirayetinin düzenlendiği Alm. CK § 28 hükmünün ilk paragrafında yer verilmiş, herkes tarafından işlenebilen bir suçta yükümlülük suçu haline dönüştüren nedenlere işaret edilmiştir. Nitekim TCK md. 204/1 hükmünde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında maddi sahtecilik teşkil eden hareketler, herkes tarafından işlenebilen fiillerken md. 204/2 hükmünde birinci fıkraya kamu görevliliği sıfatı eklenerek sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçu ihdas edilmiş, görünüşte bir yükümlülük suçu temellendirilmiştir.

Esasında Alman hukukunda özel unsurlara dair düzenlemeler üç farklı duruma ilişkindir. Buna göre “Özel Kişisel Unsurlar” başlıklı Alm. CK § 28 düzenlemesinin ilk bendinde, “*Failin cezalandırılabilmesinin sebebini oluşturan özel kişisel unsurlar (m. 14 fıkra 1) şerikte (azmettiren veya yardım eden) yoksa, bu kişinin cezası 49 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir.*” şeklinde bir hükme yer verilmek suretiyle **cezalandırılabilirliği temellendiren özel kişisel nedenlere** işaret edilmiştir. Aynı paragrafın ikinci bendinde, “*Kanun, özel kişisel unsurlar nedeniyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığına karar vermeyi öngörmüşse, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı (fail veya şerik) hakkında uygulanır.*” şeklindeki hükümle birlikte **cezayı azaltan, artıran veya cezaya mani olan özel kişisel nedenlerden** bahsedilmiştir<sup>344</sup>. Bununla birlikte nitelikli unsurlar dışında cezaya etki eden başka nedenlerin de varlığına işaret etmektedir. Buna göre “Suç Ortağının Bağımsız Olarak Cezalandırılabilmesi” başlıklı Alm. CK § 29 düzenlemesinde “*Her suç ortağı, diğerinin kusuru göz önünde tutulmaksızın, kendi kusuruna göre cezalandırılır.*” hükmüne yer verilmek suretiyle **kusura ilişkin nedenlere** atıf

<sup>343</sup> Ekici Şahin, AÜHFD 64 (3) 2015, s. 652.

<sup>344</sup> Joecks, a.g.e., § 28 Rn. 3, 47; Roxin, AT II, § 27 Rn. 1. Söz konusu kişisel unsurlara ilişkin düzenleme, Krallık ceza hukuku döneminde yürürlükte bulunan kanunun § 50 düzenlemesine dayanmaktadır. Söz konusu düzenlemede kanunda suç teşkil eden fiilin işlenişine katılan kişilerin cezalarının azalmasına veya artırılmasına neden olan kişisel özelliklere veya ilişkilere yer verilmiş olması halinde fiile ilişkin bu özel durumların faile veya şeriklere yüklenebilmesinin ancak kendilerinde de bu özelliğin ve ilişkinin mevcut olması halinde mümkün olabileceği öngörülmüştür (Joecks, a.g.e., § 28 Rn. 2).

yapılmıştır ki zaten kusurun kişinin şahsi anlamda kınanabilirliğini ifade etmesi babında bu nedenlerin de özel kişisel nedenler olduklarında şüphe bulunmamaktadır.

*Cezada değişikliğe neden olan veya cezaya mani olan özel kişisel unsurlar* suçun fail olarak işlenmesi imkanının unsurların varlığına bağlı olmadığı durumlarda söz konusu olur. Yani bazı unsurlar vardır ki yokluklarında da suç tipi gerçekleşecek olmasına rağmen sadece ceza kapsamı bakımından dikkate alınır, daha az veya daha fazla ceza verilmesine yahut da suç ortağına hiç ceza verilmemesine neden olur<sup>345</sup>. Bu unsurların suç tipinde yer alması, temel suçun cezasının artmasına veya azalmasına ya da faile hiçbir şekilde ceza verilmemesine neden olur<sup>346</sup>. Şu halde bu düzenleme kapsamında; **1. Cezada artırmayı öngören özel kişisel nedenler, 2. Cezada azalmayı öngören özel kişisel nedenler, 3. Cezaya mani olan özel kişisel nedenler** yer almaktadır<sup>347</sup>.

Her ne kadar bu nedenlerden cezaya mani olan özel kişisel nedenlerin olmasa da cezada artırmayı ya da azalmayı öngören özel kişisel nedenlerin Türk hukukundaki suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerine karşılık geldiği belirtilebilir. Bu bakımdan Türk doktrininde Alm. CK'daki bu ifadelerin klasik dönem ifadelerini yansıttığı, nitelikli hallere karşılık gelemeyeceği yönündeki ifadelere<sup>348</sup> karşı şüpheyle yaklaşılması gerekir. Nitekim görev esnasında kasten yaralama suçu (Alm. CK § 340), kasten yaralama suçunun temel şekli karşısında (Alm. CK § 223) cezayı artıran nitelikli halidir. Buna göre suçun temel şeklinde tanımlanan “yaralama” hareketi, kamu görevlisinin görevi esnasında gerçekleştirilmesi durumunda artık suçun temel şekli olan Alm. CK § 223 hükmünden değil, nitelikli hali olan Alm. CK § 340 hükmünden sorumluluk gündeme gelecektir. O halde kamu görevliliği, yaralama suçundan dolayı cezalandırılma için bir temel oluşturmaz, bilakis sadece kasten yaralama suçunun

<sup>345</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 28 Rn. 48; Otto, **AT**, § 22 Rn. 13; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 82.

<sup>346</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 162.

<sup>347</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 552.

<sup>348</sup> Özgenç, Alman hukukundaki bu düzenleme üzerinden yorumlar yapılmasına karşılık Türk doktrininde şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerle daha fazla veya az ceza verilmesini gerektiren nitelikli unsurlar arasındaki farkın göz ardı edildiğini, bu nedenle de görüşlerde ciddi tutarsızlıkların bulunduğunu ifade etmiştir (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 552).

temel şekline karşılık daha ağır ceza verilmesine olanak sağlar<sup>349</sup>. Öyle ki bu düzenlemeler arasındaki ilişki, TCK md. 86/1’de düzenlenen kasten yaralama suçunun temel şekli ile TCK md. 86/3 hükmünün (c) bendinde yer alan kasten yaralamanın kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi hali arasındaki ilişkiye benzemektedir. Zira TCK md. 86/3-c düzenlemesi de TCK md. 86/1 düzenlemesinin cezada artırım öngören özel kişisel bir neden olarak nitelikli halini teşkil etmektedir. Benzer duruma TCK md. 204/1 hükmüyle 204/2 hükmü arasındaki ilişkide de rastlanmaktadır.

Şu halde önemle ifade etmek gerekir ki Alm. CK § 28/2 hükmünde yer alan cezayı artıran, azaltan ve cezaya mani olan özel kişisel unsurlardan sadece şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler anlaşılabilir. Daha açık bir ifadeyle bu hüküm, şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri kapsamında bulundurmaktaysa da bunların yanında Türk hukukunda suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerine karşılık gelen unsurları da kapsamaktadır.

Ancak burada vurgulanması gereken esas husus, Alm. CK § 28 hükmü sadece şahsa bağlı unsurları kapsamında bulundururken Türk hukukunda nitelikli unsurların bazısının şahsa bağlı olması bazısının ise fiile bağlı olmasıdır. Bu anlamda Türk hukukundaki temel sorun, *Özgenç*’in belirttiği gibi şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin haksızlığa etki etmeyeceği, bu anlamda suç ortaklarının bu nedenler açısından münferit kabul edileceği hususlarının görmezden gelinmesi değil, bilakis nitelikli unsurların bir kısmının sadece fiile ilişkin olması ve bu anlamda sadece haksızlığa etki etmesi, bir kısmının ise failin şahsına ilişkin olması ve bu nedenle de haksızlığın yanında kusura da etki etmesi hususunun göz ardı edilmesidir. Zaten failin şahsına ait bir durumun suçun haksızlık muhtevasına etki ettiği kabul edilmektedir<sup>350</sup>. Ancak burada ihmal edilen, incelemenin ilerleyen kısımlarında detaylandırılacağı gibi failin şahsına ait nitelikli unsurların failin haksızlığının yanında failin kusuruna da etki etmesinin muhakkak olmasıdır.

<sup>349</sup> Heinrich, *AT*, Rn. 1355; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 32 Rn. 21; Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 51; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 82, 90.

<sup>350</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 553.

Şimdilik en nihayetinde adından da anlaşıldığı üzere suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri, cezayı artırmak veya azaltmak suretiyle etki gösteren nedenlerdir. Bununla birlikte gerek TCK'nın genel ve özel hükümlerinde yer alan düzenlemeler bir bütün halinde dikkate alındığında gerekse Türk hukuk doktrini göz önünde bulundurulduğunda failin cezalandırılabilirliğine herhangi bir şekilde etki eden başka nedenlerden de söz edilebilir. Nitekim hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde ceza hukuku anlamında tipik olan fiil bakımından suç teşkil etmeyecek ve dolayısıyla ceza uygulanması gündeme gelmeyecektir. Benzer şekilde kusuru azaltan veya kaldıran nedenlerin de cezaya etki eden nedenler olduğu ifade edilebilir. Şu halde cezaya etki eden nedenler bakımından **hukuka uygunluk nedenleri, kusuru kaldıran ya da azaltan nedenler, şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler** ve nihayet (**cezayı artırdığı mı yoksa azalttığı mı ve keza şahsa mı yoksa fiile mi bağlı olduğuna önem verilmeksizin**) **nitelikli unsurlar** şeklinde bir ayırım yapılabileceği belirtilebilir.

## **B. Cezaya Etki Eden Hallerin Etkisi**

### **1. Genel Olarak**

*i. Sadece haksızlığa (hukuka uygunluk nedenleri) veya sadece kusura etki eden nedenler (kusuru kaldıran veya azaltan nedenler):* Haksızlık, fiille ilgili olup suç ortaklarının fiile iştirak etmeleri nedeniyle bütün suç ortaklarını ilgilendirirken kusur, faille (her bir suç ortağıyla) ilgili olup 'kusur ilkesi' gereğince her bir suç ortağının bizatihi kendi şahsını ilgilendirmektedir. Bu kapsamda hukuka uygunluk nedenleri, sadece haksızlığa etki eden nedenler olup fiilin bütünüyle hukuka uygun olmasına ve bu anlamda haksızlığın ortadan kalkmasına sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla meşru savunma halinde bulunan bir kimsenin hareketinin haksızlığından bahsedilemeyecektir. Öyle ki meşru savunma hali içerisinde bulunan kimsenin gerçekleştirdiği bir haksızlıktan söz edilemeyeceğinden kendisi bakımından beraat kararına hükmolunacak, özel hukuk anlamında da bir yaptırım gündeme gelmeyecektir.

Bununla birlikte TCK'da düzenlenmiş olan bazı nitelikli hallerin haksızlığa etkisinden de söz edilebilir. Nitekim öldürme suçunu canavarca bir hisle işleyen failin kasten öldürme suçunun temel şeklinden müebbet hapis cezası ile değil de,

kasten öldürme suçunun nitelikli şeklinden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasının altında yatan en temel sebep fiilin canavarca hisle işlenmesinin fiilin haksızlık oranını artırmış olmasından başka bir şey olmayacaktır. Bu minvalde kanundaki nitelikli unsurların da her halde işlenen fiilin haksızlık oranında bir artışa yol açtığı belirtilebilirse de bazı nitelikli hallerin fiilin haksızlık oranının yanı sıra failin kusurunun da artmasına sebebiyet vermesinden dolayı, yani çift taraflı yönünün olması nedeniyle nitelikli unsurların ayrı bir başlık altında irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Nitelikli unsurlar bir tarafa bırakıldığında ve yalnızca kusura etki eden nedenlere bakıldığında failin işlediği fiilin haksızlık boyutunda herhangi bir değişiklikten bahsedilemeyecektir. Buna göre yaş küçüklüğünde kişinin işlediği fiilin haksızlığı ortadan kalkmayacak, yani işlediği fiil aynı şekilde haksızlık teşkil etmeye devam edecek ve fakat tamamen kişinin kendi durumuyla ilgili olarak kınanabilirliği mümkün görülmeyebilecek ve dolayısıyla da hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Bu anlamda kişinin kusuruna etki eden nedenin işlediği fiilin haksızlığı üzerinde herhangi bir etkisinden söz edilemeyecektir. Bu çerçevede söz gelimi kusuru olmayan, tamamen kendi münhasır durumu nedeniyle kınanabilir görülmeyen bir kimsenin işlediği fiilin içerdiği haksızlık, varsa diğer suç ortaklarına sirayet edebilecek ve fail, kusuru olmadığı için cezalandırılmamasına rağmen diğer suç ortakları failin fiilinin sahip olduğu haksızlık derecesi kadar kendi kusurları da dikkat alınmak kaydıyla cezalandırılabilir.

Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleriyle kusur etkileyen nedenlerin cezayı etkileyen nedenler olarak telakki edilmesinin yerindeliği üzerinde durulabilir. Her şeyden evvel hukuka uygunluk nedenleriyle kusuru etkileyen nedenlerin “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiş olduğunu dikkate almak gerekir. Her ne kadar komisyon çalışmaları esnasında bu başlık eleştirilmiş olsa da nihayetinde bu ifadenin kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olduğu, kanuni düzenlemelerin de buna göre şekillendiği görülmektedir. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedenleriyle kusuru etkileyen nedenlerin cezaya etki nedenler başlığı altında incelenmesinde bir mahsur olmayacağı ifade edilebilir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere cezaya etki eden nedenlerin hukuka

uygunluk nedenleriyle kusura etki nedenlerden ibaret olmadıkları da vurgulanmalıdır.

**ii. Haksızlık ve kusura etki etmeyen nedenler (şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler):** İşlenen fiilin haksızlık boyutuna hiçbir şekilde etki etmeyen, bununla birlikte belirli bir oranda haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren failin doğrudan kendi şahsıyla ilgili olsa da esasında kınanabilirliğine de bir etkisinden bahsedilemeyecek olan, yalnızca bu özel konumu nedeniyle kanunda bazı suç tipleri açısından müşahhas olarak ihdas edilen nedenler, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler olarak nitelendirilebilir.

Nitekim bu nedenlerin en bilinen örneklerinden biri olarak düzenlenen malvarlığına karşı işlenen suçlarda şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin yer aldığı TCK md. 167 hükmünün madde gerekçesinde “...Şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezai sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir.” ve “İzlenen suç politikası nedeniyle aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş buldukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir.” ifadelerine yer verilmesi suretiyle bu nedenlerin suç kapsamındaki haksızlığa ve keza failin kusuruna etki etmediği vurgusu yapılmış, doğrudan failin mağdurla olan özel ilişkisine işaret edilmiştir. Bu hükme göre failin mağdurla arasındaki özel yakınlık dolayısıyla kendisi bakımından cezanın tamamen ortadan kaldırılmasına imkan tanınmıştır. Yine hükmün devamında cezada belli bir oranda indirim yapılabilmesine olanak sağlanmıştır.

Benzer şekilde etkin pişmanlık hükümleri de haksızlığa ve kusura hiçbir şekilde etki etmeyen nedenler arasında sayılabilir. Nitekim malvarlığına karşı işlenen suçların önemli bir kısmı için geçerli olan TCK md. 168 hükmündeki etkin pişmanlık düzenlemesinin gerekçesinde “Suç tamamlandıktan sonra kişi pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, işlenmiş ve tamamlanmış olan suç işlenmemiş hale artık döndürülemez. Ancak suç tamamlandıktan sonra pişmanlık duyarak gerçekleştirilen haksızlığın neticeleri mümkün olduğunca ortadan kaldırılabilir.” şeklindeki ifadeler yer

verilmek suretiyle haksızlığa etki etmediği, buna rağmen belli bir aşamaya kadar haksızlığın ortaya çıkardığı sonuçları ortadan kaldırdığı belirtilmiştir.

Buna göre işlediği fiil bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmayan ve dolayısıyla suçu işlemiş olan bir failin, kusurunu etkileyen herhangi bir nedenin bulunup bulunmadığından münferit olarak işlediği suç tipi açısından kanunda öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinden yararlanması söz konusu olabilecektir.

**iii. Daha ağır veya daha hafif ceza verilmesine neden olan nitelikli unsurlar (Sadece haksızlığa veya hem haksızlığa hem de kusura etki eden nedenler):** Daha evvel de ifade edildiği üzere nitelikli unsurların bir kısmı, sadece fiilin haksızlığına etki edecekken büyük bir kısmı hem fiilin haksızlığına hem de failin kusuruna etki edecektir. Yani her ne kadar nitelikli unsurların tamamının kusura ilişkin olmasından bahsedilemeyecek olsa da önemli bir kısmının sahip olduğu özellik gereğince haksızlığa etki etmesinin yanında kusura da etkisinden bahsedilebilecektir. İşte bu durumlarda ilgili nedenin haksızlığa ve kusura dair olmak üzere çift taraflı bir etkisi olacaktır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere nitelikli unsurlar kapsamındaki bir nedenin haksızlığın yanında kusura da etkisinin olup olmadığı yönünde bir tespit yapılması gerektiğine yönelik ifade, nitelikli unsurların mutlak surette işlenen fiilin haksızlık oranına etki edeceği anlamına gelmektedir. Nitekim *Dönmezer/Erman* tarafından nitelikli hallere ilişkin olarak “*Suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren (...) sebeplerdir.*” şeklindeki ifade de<sup>351</sup> nitelikli hallerin cezanın artırılmasını gerekli kılacak şekilde haksızlık oranında bir artışa ya da azalmaya yol açacağını göstermektedir. Zira kasten yaralama suçunun silahla işlenmesinin, keza kasten öldürme suçunun alt soy veya üst soya karşı işlenmesinin, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin, hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesinin söz konusu suçların haksızlık oranlarını artıracığında hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim artan

<sup>351</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e., C. II, Kn. 1072.

haksızlık oranlarına mukabil ceza oranlarının da artırıldığı söz konusu kanuni düzenlemelerden de açıkça görülmektedir.

Cezaya etki eden tüm nitelikli unsurların haksızlığa etki varsa o halde bu çerçevede esas tespit edilmesi gereken bu nitelikli unsurlardan hangilerinin haksızlığın yanında kusura da etki ettiği. Öyle ki cezaya etki eden nedenlerin yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde sebep oldukları etkinin, failin işlediği fiille birlikte kendisi dışındaki suçun işlenişine katılan diğer suç ortaklarına etki edip etmeyeceği, etki ederse ne ölçüde etki edeceği de bu tespite bağlı olarak değişecektir. Zira esas itibarıyla konunun sirayet olması ve sınırlı, katı, aşırı bağlılık gibi farklı bağlılık dereceleri de dikkate alındığında bu nedenlerin her birinin en azından teorik olarak failden şerike sirayet etmesi imkan dahilindedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından esas alınan sınırlı bağlılık kuralına göre şeriklerin failin sadece haksızlığına bağlı olması, kusurundan bağımsız kılınmış olması karşısında nitelikli unsurların ne ölçüde kusura da etki ettiğinin belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

## **2. Suçun Daha Ağır veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hallerin Tasnifi**

### **a. Genel Olarak**

Her ne kadar Türk doktrinde cezaya etki eden nitelikli hallerin farklı şekillerde tasnif edildiği görülmekteyse de<sup>352</sup> mutlaka bir ayırım yapılmak isteniyorsa bunun bu nedenlerin fiile mi yoksa faile mi ilişkin olduğu yönünde olması gerekmektedir. Bu konuda Türk doktrinde hakim görüş, nitelikli halleri fiile bağlı ve şahsa bağlı nedenler şeklinde ayırmaktayken<sup>353</sup> diğer görüş, nitelikli unsurlar arasında bu şekilde fiile ve şahsa bağlı nedenler ayırımı yapmamıştır<sup>354</sup>.

<sup>352</sup> Nitekim bu nedenleri, ceza sorumluluğunu etkileyen haller olarak nitelendiren *Demirbaş*, bunları kendi arasında gerçek ve gerçek olmayan şeklinde tasnif etmiştir. *Demirbaş*, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri gerçek haller, cezasızlık hallerini ise gerçek olmayan haller olarak kabul etmiştir (Demirbaş, **a.g.e.**, s. 521). Bununla birlikte *Akbulut*, bütün nitelikli unsurların maddi unsurlar kapsamında olduğunu belirtmiş, amaç ve saik gibi manevi unsur kapsamındaki nitelikli unsurları görmezden gelmiştir (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 208).

<sup>353</sup> Aydın, **a.g.e.**, s. 231; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 642, 654; Hakeri, **a.g.e.**, s. 589; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 570; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 777.

<sup>354</sup> İnel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 410; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 544, 545; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 678; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 461. Nitekim *Koca/Üzülmez*, bu ayırımı doğru bulmadığını özel olarak da vurgulamıştır. Bkz. *Koca/Üzülmez*, s. 462, dnp. 1577. Bununla birlikte *Akbulut*, nitelikli



Yargıtay'ın genel olarak nitelikli hallerin sirayeti açısından fiile ve şahsa bağlı nedenler arasında bir ayırım yapmadığı, bütün nedenleri bir kabul ettiği, bu bakımdan ikinci görüşten yana olduğu ifade edilebilir<sup>355</sup>. Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında bu tür ayrımlar yaptığı ve kan gütme saiki, töre saiki ve tasarlama gibi fiile bağlı nedenlerin şeriklerden faillere sirayet edebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Nitekim Y. 1. Ceza Dairesi, 01.07.2009 tarih 5808/4145 sayılı kararında azmettiren kaynaklı olan kan gütme saikine ilişkin nitelikli halin fail hakkında da uygulanmasını hukuka aykırı bulmamıştır<sup>356</sup>.

İkinci görüşteki yazarların bu şekilde bir ayırımı kabul etmemelerinde ileri sürdükleri en önemli argüman kanun koyucunun madde gerekçesinde belirttiği "... ağırlatıcı nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır." şeklindeki ifadedir. Gerek doktrindeki bu yazarlar, gerekse kanun koyucu, ETCK döneminde bizatihi bu konudaki değerlendirme ve ölçütlerin bir takım istisnalarla birlikte uygulamaya bırakılması nedeniyle faile ve fiile ilişkin neden ayırımının tam manasıyla yapılamadığına işaret etmişlerdir. Buradan hareketle de bu ayırımı kaldıran kanun koyucu, neredeyse bütün nedenleri, nitelikli unsurlar başlığı altında toplamış, tartışmaların ve karmaşanın da önüne geçmeye çalışmıştır.

---

unsurların fiile ve şahsa bağlı şeklinde bir ayırma tabi tutulmasını yerinde görmemekte, bu ayırımın kanuni düzenlemeye uygun olmadığını belirtmektedir (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 211).

<sup>355</sup> Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 sayılı kararında "...Buna karşılık şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir. Şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiiden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler." ifadelerine yer verilmiştir (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 460, dpn. 1573). Benzer şekildeki kararlar için bkz: "*Sanık Faysal'ın babaannesini öldürmeye azmettirme, sanık Kemal'in babaannesini öldürme, sanıklar Ömer ve Serkan'ın bu suça yardım suçlarından kurulan hükümlerde; sanıkların eylemi olay tarihinden haftalar önce kararlaştırdıkları, yaptıkları planı sebatla ve ısrarla uygulamaya koydukları, tasarlanan eylem ile icrası arasında geçen sürede kararlarından vazgeçemedikleri anlaşılmalı, suç vasfından kazanılmış hak olmayacağı da gözetilerek, eylemlerine uyan '5237 sayılı TCK'nın 82/1-d' maddesine, aynı maddenin 'a' bendinin de eklenmesine karar verilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına...*" KN.. 1. CD., 21.10.2009, 6225/6198 – Seydi Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 2, Nisan 2012, s. 144. Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 23.02.2010 tarih ve 2009-3865/2010-1054 sayılı kararında Sanık Ramazan yönünden; sanığın maktulle akrabalık bağının bulunmadığı anlaşılmalı TCK'nın 82/1-d maddesinin uygulanmasını kanuna aykırı bulmuştur. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 462.

<sup>356</sup> Kaymaz, **GÜHFM 2012**, s. 145, 146.

Gerçekten de gerek ETCK döneminde gerekse halen Alman hukukunda cezaya etki eden bazı nedenlere ilişkin doktrinsel tartışmalar dikkate alındığında kanun koyucunun bu tercihi haklı görülebilir. Nitekim ETCK döneminde öldürmenin tasarlanarak işlenmesinin şahsa mı yoksa fiile mi bağlı olduğu hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Buna göre bir kısım görüş, subjektif niteliği haiz olduğundan bahisle tasarlamayı şahsa bağlı bir neden olarak görürken<sup>357</sup> diğer bir görüş fiile bağlı neden olarak telakki etmiştir<sup>358</sup>. Yargıtay ise tasarlamayı fiile ilişkin bir nitelikli hal olarak addetmiştir<sup>359</sup>. Benzer şekilde öldürme suçunda faille mağdur arasındaki alt soy-üst soy ilişkisi cezayı artıran nedenin şahsa mı yoksa fiile mi bağlı olduğu hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır<sup>360</sup>. Keza öldürme suçunun taammüden işlenmesi, canavarca bir hisle işlenmesi, bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak, işlenmiş bir suçu gizlemek gibi bir maksatla işlenmesi halinde bu subjektif unsurların şahsa mı yoksa fiile mi bağlı nedenler oldukları hususunda bir tartışmanın ortaya çıktığı görülmektedir. O kadar ilginçtir ki bu sorunun cevabı bakımından *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*, herhangi bir cevap verilebilmesinin mümkün olmadığına dikkat çekerken<sup>361</sup> *Dönmezer/Erman* tasarlama ve canavarca hissin şahsa bağlı ağırlatıcı bir neden olduğunu ifade etmiştir<sup>362</sup>.

Benzer tartışmaların Alman hukukunda da ortaya çıktığı görülmektedir. Öyle ki Alman mahkeme kararlarında da sıklıkla esas alınan bu şekilde bir ayırım yapılması yönündeki görüş, sonu görünmeyecek ölçüde kazuistik bir yapıya sahip olduğu, özel ve genel unsurlar şeklindeki ayırım için kalıcı kriterler ortaya konmasına

<sup>357</sup> Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, Kn. 1284; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 413.

<sup>358</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 658.

<sup>359</sup> “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.KN..Ö.'e 66'ncı maddenin uygulanması suretiyle noksan ceza verilmesi yasaya aykırıdır.” KN.. 1. CD., 23.12.1994, 4121/4640 – Kaymaz, **GÜHFM 2012**, s. 129, dpn. 32.

<sup>360</sup> Kaymaz, **GÜHFD 2012**, s. 126. Buna göre bir görüş, bu nedeni şahsa bağlı bir neden olarak telakki ederken (İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 407) diğer görüş fiile bağlı bir neden olarak nitelendirmiştir (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, 1284). Hatta *Erem/Danışman/Artuk*, bu unsurun karma nitelik taşıdığını, bu gibi hallerde fiili nitelik taşımasının daha hakim görüldüğünü ifade etmiştir (Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 414).

<sup>361</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 408.

<sup>362</sup> Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, n. 1280.

imkan vermediği gerekçesiyle eleştirilmiş<sup>363</sup>, faile ve fiile ilişkin kavramların yeteri kadar aydınlatıcı bir şekilde açıklanmasının mümkün kılınmadığına dikkat çekilmiş<sup>364</sup>, gerek yargı uygulamasında gerekse öğretide bir takım zorluklar ortaya çıktığına işaret edilmiştir<sup>365</sup>. Nitekim bir suçun örgüt kapsamında işlenmesi önceki mahkeme kararlarında fiile bağlı bir unsur olarak anlaşılrsa da daha güncel mahkeme kararlarında özel kişisel unsur olarak kabul edilerek Alm. CK § 28 düzenlemesi kapsamına tabi kılınmaktadır<sup>366</sup>. Benzer şekilde Alman hukuku bakımından nitelikli unsur olmasa bile ilgili niteliğin faile mi fiile mi ilişkin olduğu yönündeki ayrım için Alm. CK § 183 düzenlemesinde yer alan “Teşhircilik Suçu” örnek gösterilmektedir. Nitekim “*Teşhircilik suretiyle başka birini taciz eden bir erkek, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki tanımla suç tipi kapsamında fail bakımından “erkek” olması şeklinde özel bir belirleme yapılmış olmasına rağmen bu unsurun faile ilişkin olarak değil, fiile ilişkin bir unsur şeklinde kabul edilmesi bu konuda tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuş, bu ayrım üzerindeki soru işaretlerinin artmasına yol açmıştır<sup>367</sup>.

Tüm bu hususlar bir tarafa bu konudaki kabullerin zaman içerisinde değişebilmesi ihtimali karşısında söz gelimi faile ilişkin olarak telakki edilen bir unsurun zaman içerisinde fiile ilişkin addedilmesi gibi sonuçlar da ortaya çıkabilmektedir<sup>368</sup>. Bu da faile ilişkin unsurlarla fiile ilişkin unsurlar şeklindeki ayrımın yapılması konusunda bazı soru işaretlerini ve belirsizlikleri beraberinde getirmiş, bir unsurun özel kişisel unsur olup olmadığı konusunda bir kriter olarak

<sup>363</sup> Herzberg, **ZStW 88 (1976)**, s. 76; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 65.

<sup>364</sup> Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 33; Herzberg, **ZStW 88 (1976)**, s. 78; Otto, **AT**, § 22 Rn. 16; Joecks, **a.g.e.**, § 28 Rn. 22.

<sup>365</sup> Otto, **AT**, § 22 Rn. 14.

<sup>366</sup> Bu çerçevede *Roxin*, önceki mahkeme kararlarının yerinde olduğuna dikkat çekmiştir. Zira *Roxin*, suçun örgüt kapsamında işlenmesinin fiilin özel tehlike oluşturacak şekilde işlenmesine işaret ettiğini ve failin kişisel durumu ile bir ilgisinin bulunmadığını, fiilin işlenişine katılan kişinin örgütün üyesi olmadığı durumlarda hakkında Alm. CK § 28 düzenlemesi kapsamında indirim yapılmaması gerektiğini belirtmiştir (Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 26).

<sup>367</sup> Kühl, **AT**, § 20 Rn. 158.

<sup>368</sup> Öyle ki öldürme suçunda yer alan “sair ilkel saikler” evvela fiile ilişkin unsurlar olarak nitelendirilmiş, her ne kadar bazı durumlarda BGH’nin kararlarında fiile ilişkin unsur olmasının yanı sıra failin karakteri de görünüm arz etse de ilk olarak fiil özel bir ağırlık taşımaktadır. Ancak daha sonra ve günümüzde ortaya çıkan BGH’nin daha güncel kararında (BGHSt 22, 375) “sair ilkel saikler”, öldürme suçunun birinci ve üçüncü bendinde yer alan diğer unsurlarda olduğu gibi failin iç dünyası ile ilgili görerek faile ilişkin kabul edilmiştir. Nitekim failin saikin failin şahsında bulunduğu ve başka hiçbir yerde söz konusu olmadığı ifade edilmiştir (Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 28; Rn. 37).

kabul gören faile ilişkin-fiile ilişkin unsur ayrımını bir tarafa bırakıp başka kriterleri esas alan birbirinden farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Öyle ki bu konuda mahkeme kararlarında fiile ve faile ilişkin olmak üzere unsurların ayrımının yapılmasının çoğu durumda mahkemelerin kendi hislerini esas alarak sözde hangisine (fiile mi faile mi) üstünlük tanıdıklarına göre karar verdikleri, bu konuda rasyonel bir kararın olmadığı şeklinde bir izlenimin ortaya çıktığına işaret edilmiştir<sup>369</sup>. Hatta bu ayrıma ilişkin zorluğun anayasada yer verilen belirlilik ilkesi bağlamında önem taşıdığına dikkat çekilmiştir<sup>370</sup>.

**Tüm bu görüşlere rağmen bu konudaki kanaatimiz, bir nedenin cezaya etki etme sebebinin haksızlığa ve/veya kusura mı etki ettiğinin büyük bir önemi haiz olmasından hareketle nitelikli hallerin fiile mi yoksa şahsa mı bağlı olduğunun belirlenmesinin zorunlu olduğu yönündedir.** Bu nedenlerden hangisinin ya da hangilerinin haksızlığın yanında kusura etki edeceğinin ortaya konması için bir defa bu nedenler arasında fiile mi yoksa şahsa mı ilişkin olduklarının tespit edilmesi gerekli hale gelmektedir. Zira fiile bağlı nedenlerin sadece haksızlığa, şahsa bağlı nedenlerin ise hem haksızlığa hem de kusura etki edecek olmaları bu tespiti gerekli hale getirmektedir.

Öyle ki şahsi bir neden, kişinin şahsi durumundan kaynaklı olduğundan kusuruna etki edecekken söz konusu şahsi nedene sahip olan suç ortağının bu şahsi özelliğinin fiile özel bir haksızlık daha katması nedeniyle haksızlığa da etkisinden söz edilebilecektir. Buradaki esas sorun, bir şahsi nedenin ne ölçüde haksızlığa, ne ölçüde kusura etki ettiğinin tespitinin kolay olmamasıdır. Dolayısıyla da TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları esnasında gündeme getirildiği, ancak kabul görmediği belirtilen Alman hukukuna benzer şekilde failin şahsında bulunan şahsi nedene sahip olmayan şerikin cezasında belirli bir oranda indirim yapılması bir gereklilik arz

---

<sup>369</sup> Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 32. *Renzikowski* de faile ve fiile ilişkin olarak kavramsal anlamda bir ayırım yapılmasının şüpheli olduğunu belirterek konuya kamu görevliliği özelliğinden yaklaşmış, Alm. CK § 28 düzenlemesi kapsamında görülen bu özelliğin aslında tüm gerçek anlamda görev suçlarında tipikliğin bir şartı olduğunu, kamu görevlisi olmayan bir kimsenin suçu işleyemeyeceğini, dolayısıyla da faile ilişkin olarak görülen kamu görevliliği unsurunun aynı zamanda fiile ilişkin olarak da görüldüğünü belirtmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 66).

<sup>370</sup> Joecks, **a.g.e.**, § 28 Rn. 14.

edecektir<sup>371</sup>. Elbette bu tür bir indirimin fiile ilişkin nedenlerde değil de şahsa ilişkin nedenlerde söz konusu olması gerektiğinden her ne kadar TCK md. 40 hükmünün madde gerekçesinde yer alan “...Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra bu hükümlerin korumasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki ‘ağırlatıcı neden’lerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabii tutulması bilimsel olmadığı için uygulamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır.” şeklindeki ifadelerden hareketle fiile-faile ilişkin nedenler ayırımının Türk hukukunda yerinin olmadığı belirtilmiş olsa da yukarıda bahsini ettiğimiz adil olmayan sonuçların ortaya çıkması nedeniyle Türk hukukunda da Alman hukukundakine benzer bir çözümün bulunması adına bu ayırım üzerinden bir irdelemenin yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Yani sınırlı bağlılık kuralının tam anlamıyla uygulama bulabilmesi ve sadece failin işlediği fiilin haksızlığının şeriklere sirayet edebilmesi, bilakis failin şahsına ait unsurların diğer suç ortaklarına etki etmemesi ya da bu şahsi niteliği kendisinde bulundurmeyen şerikin cezasında indirim yapılması suretiyle bu etkinin en azından minimize edilmesi için bu tür bir ayırımın sürdürülmesi gerektiği, bunun bir zorunluluk olduğu yönünde bir düşünceye sahip olduğumuzu belirtmek gerekir. Zaten TCK md. 40 hükmünde yer alan “...diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler...” ifadesine yer verilmiş ve bir anlamda şahsi nedenlere işaret edilmiş<sup>372</sup>, bu suretle fiili nedenlerin de olduğu yönünde bir intiba uyandırılmış olduğu da dikkate alındığında bu ayırım esas alınarak yapılacak bir inceleme kanaatimizce izah edilebilir görünmektedir.

#### **b. Fiile ve Faile İlişkin Suçun Daha Ağır Veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Halleri**

Cezaya etki eden bir nedenin fiile mi yoksa faile mi ilişkin olduğu hususunda Alman doktrininde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmede dikkate alınması, en azından bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulması önemli bir fayda sağlayacaktır.

*Bu çerçevede ilk görüş, doktrinde hakim olmamakla birlikte “bir unsurun korunan hukuki değerlere dayanıp dayanmadığını” esas almıştır.* Buna göre kişisel unsurların tipiklik kapsamında korunan hukuki değerlere dayanması halinde artık

<sup>371</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 532.

<sup>372</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 642.

fiile ilişkin nedenlerden söz edilecektir. Yani kişisel unsurun hukuki değerlerin korunmasına ilişkin olması halinde şeriklerin faile bağıllığında bir gevşemeye gidilmez, bağıllık kuralı sert bir şekilde varlığını sürdürür. Dolayısıyla da hukuki değerlerin korunmasına ilişkin olan kişisel unsur, ancak failde mevcut olması halinde şerike yüklenebilir, ayrıca şerikin kendisinin de bu unsura sahip olup olmadığına bakılmaz<sup>373</sup>. Diğer bir ifadeyle hukuki değerlerin ihlal edilmesine dayalı olmayan unsurların şeriklere yüklenmesi, ancak bu unsura kendisinin de sahip olduğu durumlarda mümkün kabul edilir. Buna göre hırsızlık suçunda yer alan yarar sağlama amacının kişisel bir unsur olmadığı belirtilmiştir<sup>374</sup>.

Zira her ne kadar taşınır malın bulunduğu yerden izinsiz bir şekilde alınması kapsamında malikin tasarruf yetkisi ihlal edilmiş olsa da hırsızlık suçunun özel haksızlığı malike karşı malikin söz konusu eşya üzerindeki hakimiyetini ortadan kaldıracak şekilde amaçlanan yarar sağlama amacı çerçevesinde suç olarak mevcudiyetini ortaya koyar. Buna karşılık nitelikli unsurlar kapsamında bir suç gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme suçuna azmettiren kişinin amaç kapsamında yer alan suçun öldürme dışında bir suç olması kaydıyla cezasında belli bir oranda indirime gidilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira sırf bir suç gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacının yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi korunan bir hukuki değere dayanmadığı, bilakis amaç kapsamında hangi suç varsa o suç nezdinde korunan hukuki değere, örneğin hırsızlıkta malvarlığına işaret ettiği ifade edilmektedir<sup>375</sup>.

Nitekim Alm. CK § 28 hükmünün de buna uygun bir düzenleme olduğunun altı çizilmelidir. Ancak sırf Alm. CK'da azmettirenin cezasında indirime gidilmesine imkan veren bu düzenlemenin varlığı, özellikle de "Görev Sırasında İşlenen Suçlar" kapsamındaki kamu görevliliği özelliği durumlarında bu sığata sahip olmayan bir kimsenin de failin işlediği suçtan cezalandırılıp cezasında indirime gidilmesine yol açması sebebiyle bu görüşün Alman doktrininde pek kabul görmemesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Zira bu görüşe göre söz konusu görev sırasında işlenen suçlarda

<sup>373</sup> Heine/Weißer, a.g.e., § 28 Rn. 16, 20.

<sup>374</sup> Roxin, AT II, § 27 Rn. 34.

<sup>375</sup> Roxin, AT II, § 27 Rn. 34.

failin kamu görevliliği özelliği olmaksızın hukuki değerlerin ihlal edilmesinin hiçbir şekilde söz konusu olamayacağından hareketle bu özelliğin hukuki değerlere dayalı olduğundan hareket edilmekte ve kamu görevliliği özelliği şeklindeki bu unsur, fiile ilişkin bir unsur olarak telakki edilmektedir<sup>376</sup>. Oysa ki bizzat Alman kanun koyucunun faile ilişkin kişisel unsurlara esas örnek olarak kamu görevliliği özelliği gösterilirken ve açıklamalar bunun üzerinden yapılırken kanunen yapılan bu düzenleme ve açıklamalara uygun olmayacak şekilde öngörülen bu tür istisnaların doğru olmamak bir tarafa ikna edici de olmadığı ifade edilmiştir<sup>377</sup>.

***Bu konudaki diğer bir görüş ise “tekleştirme görüşü”dür. Bu görüş, dolaylı fail üzerinden yüklenemeyecek bütün unsurları hangi türde olurlarsa olsunlar bir kabul edip bu nitelik kendisine mevcut olmayan şerikin cezasında indirim yapılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>378</sup>. Buna göre kendisi töre saikine sahip olmayan ve fakat töre saikiyle hareket ettiğini bildiği arkadaşını, bir kimseyi öldürmeye azmettiren arka plandaki kişi, sırf ön plandaki kişideki töre saikiyle öldürme niyetini bildiği için kendisi de kasten öldürmenin nitelikli halinden cezalandırılacaktır. Halbuki arka plandaki töre saiki olmayan kişinin öldürme suçunu bizzat kendisinin işlemesi durumunda öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulabilecek, cezası fail olmasına rağmen daha az olabilecektir. İşte bu görüş, adaletsizlik olarak nitelendirdiği bu durumu ortadan kaldırmak için azmettirenin cezasında bir miktar indirim imkanı verilmiş olsa bile faile tabi olduğu bir sistemi kabul etmemiş, faille şerikin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, bu suretle söz konusu saike sahip olmayan arka plandaki kişinin faildeki bu saikten haberdar olmasına rağmen kasten öldürmenin temel şekline azmettiren olarak sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir<sup>379</sup>. Ancak bu görüş, doktrinde pek kabul görmemiştir<sup>380</sup>.***

<sup>376</sup> Rolf Dietrich Herzberg, “Akzessorietat der Teilnahme und personliche Merkmale”, **ZStW 1976**, s. 81; Klaus Geppert, “Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt”, **ZStW 82 (1970)**, s. 72.

<sup>377</sup> Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 36.

<sup>378</sup> Schünemann, **Jura 1980**, s. 354, 365; *Schünemann*’ın bu görüşüne yakın bir görüş ileri süren *Langer*, genel haksızlıktan farklı olarak özel haksızlığı temellendiren tüm unsurların § 28 Alm. CK düzenlemesine altına tabi olması gerektiğini ifade etmiş, bunun yanında kusura ilişkin özel unsurları da bağlılık kuralından bir çıkarım yapmak suretiyle § 29 Alm. CK düzenlemesine tabi kılmıştır (Winrich Langer, “Zum Begriff der “besonderen persönlichen Merkmale””, **Festschrift-Lange**, s. 261).

<sup>379</sup> Schünemann, **GA 1986**, s. 340.

<sup>380</sup> **LK-Roxin**, § 28 Rn. 33; **Otto**, **AT**, § 22 Rn. 17.

*Nihayet üçüncü görüş, nitelikli unsurların yalnızca iki türü bakımından bağlılık kuralına istisna getirilebileceği, bu hallerin sirayet ettirilmeyeceği yönündedir. Bu unsurlardan ilk grup, haksızlıktan bağımsız, haksızlığın ötesinde olan kusura ilişkin unsurlar ve özel önleme bakımından bir anlam taşıyan objektif cezalandırılabilirlik unsurlarıdır<sup>381</sup>. Bağlılığa istisna getirilmek istenen ikinci grup unsurlar ise özel kişisel haksızlık unsurları olarak nitelikli hale getirilmiş yükümlülük unsurlarıdır.*

Öyle ki özellikle de görev suçları kapsamında faile tam manasıyla bağlı addedilen şeriklerin de fail gibi cezalandırılmalarının yerinde olmadığı, sırf faile bağlı kişisel haksızlık unsuru olarak tezahür eden bu tür nitelikli hale getirilmiş olan yükümlülüğün azmettiren ve yardım eden hakkında da etki etmesi karşısında yine de bu kişilerin daha az cezaya layık oldukları, buna göre bu sıkı bağlılığa bir istisna getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim Alman hukuku dikkate alındığında Alm. CK § 28 hükmünün bu şekilde bir düzenleme olduğu açıkça görülmektedir. Buna göre bir kişinin sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi için azmettirmesi durumunda bu kişinin ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bağlamında önemli sayılabilecek derecede sosyal düzene olumsuz anlamda etkide bulunduğu ve genel bağlılık kurallarına göre haklı olarak azmettiren kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu görüşe göre sağlık mesleği mensubu tarafından mesleğinin özel sorumluluğu üzerindeki ihlali bakımından hareketin değersizliğinin artmasına yönelik olarak şerikin bir payının olmadığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda sağlık mesleği mensubunun görevinin gereklerini yerine getirmemesi, suçun karakterini ve ceza oranının belirlenmesini sağlayacak şekilde özel haksızlığı temellendirecektir ve bu özel haksızlığa temel teşkil eden durumun şerikin kendisinde bulunmaması durumunda şerikin cezasında indirim yapılması haklı olacaktır<sup>382</sup>.

### **c. Görüşümüz**

Tüm bu görüşler dikkate alındığında en makul görüşün son görüş olduğu belirtilebilirse de bu görüşün de nitelikli unsurları hangisinin fiile hangisinin faile ilişkin olduğu konusunda bir fikir beyan etmekten ziyade hangi unsurların sirayet

<sup>381</sup> Roxin, AT II, § 27 Rn. 51; Bilgi için Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 53, Rn. 68.

<sup>382</sup> Roxin, AT II, § 27 Rn. 55.



etmesinin gerekip gerekmediğine dair düşünceler olduğu görülmektedir. Yoksa hiç şüphesiz ki sirayet konusunda son görüş oldukça makul görünmektedir.

Buna rağmen son görüş de dahil tüm bu görüş sahiplerinin görmezden geldikleri husus, daha evvel de üzerinde durulduğu üzere cezada artırma veya azalmaya neden olan faile ilişkin bir unsurun, failin kusurunun yanında işlenen fiilin haksızlığına da etki edecek olmasıdır. Şu halde ister fiile ister faile ilişkin olsun bütün nitelikli unsurlar haksızlığa etki edeceğinden ve sınırlı bağlilik kuralı gereğince haksızlık da sirayet edeceğinden bir nitelikli unsurun fiile mi faile mi ilişkin olduğu, bu nitelikli halin sirayet edip etmeyeceğinin tespiti için önem taşımayacak, yani bütün nitelikli unsurlar her halükarda sirayet edecek, ancak nitelikli halin şahsa bağlı olması, cezanın belirlenmesi bakımından önem arz edecektir.

**Kanaatimize göre fiile bağlı nedenler**, failin kişiliği ile hiçbir şekilde ilgisi bulunmayan, bilakis sadece failin hareketinin tehlikeliliğini, bu çerçevede fiilin dışsal anlamda seyrini ifade eden unsurlar olup Alman hukukunda objektif tipiklik unsurları olarak nitelendirilmektedir<sup>383</sup>. Zira fiile ilişkin unsurlar, fiilin işlenme şekli ve fiilin işlenişi esnasında kullanılan araç, yöntem gibi tipe uygun hareketin ve neticenin tanımlanması şeklinde fiilin gerçek anlamda haksızlık içeriği üzerinde etki gösteren haksızlık unsurları olarak nitelendirilebilir<sup>384</sup>. Bu unsurlar bakımından şerikler tam anlamıyla faile bağlı kabul edilmekte, diğer bir ifadeyle faile ilişkin unsurlarda olduğu gibi bağlilik kuralından ödün verilmemektedir<sup>385</sup>. Bu açıdan Alman hukukunda fiile ilişkin nedenler bağlilik kuralının bir anlamda istisnasını teşkil eden bir düzenleme olan Alm. CK § 28 hükmü kapsamında kabul edilmemektedir<sup>386</sup>. Yani Alman hukukunda gerek mahkeme kararlarında gerekse literatürde hakim görüşün kişisel unsurlar arasında faile ve fiile ilişkin unsurlar

<sup>383</sup> Heinrich, **AT**, Rn. 1350; Bilgi için Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 25.

<sup>384</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 570; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 654, 655.

<sup>385</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 4 a; Jakobs, **AT**, 23/11; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 65; Otto, **AT**, § 22 Rn. 15; Heinrich, **AT**, Rn. 1350; Joecks, **a.g.e.**, § 28 Rn. 17.

<sup>386</sup> Alman doktrininde bu konuda da farklı görüşler ileri sürülmüş, tam anlamıyla bir birlik sağlanamamış, bir takım tereddüt ve tartışmalar ortaya çıkmıştır. Öyle ki bu tartışma konunun içeriğine bile girmeden daha isimlendirmeye birlikte başlamıştır. Nitekim Alman doktrininde özel kişisel unsurlar ifadesi yaygın olmakla birlikte sadece kişisel durumları tercih edenler yahut da özel kişisel haksızlık unsurları ifadesini kullananların bulunduğu ifade edilmektedir (Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 4 a, dpn. 52).

şeklinde bir ayırım yapılması, bunlardan da sadece faile ilişkin olan unsurların özel kişisel unsur olarak telakki edilmesi ve Alm. CK § 28 düzenlemesi altında kabul edilmesi yönünde olduğu ifade edilebilir<sup>387</sup>. Bu kabulün nedeni, daha evvel de yer verdiğimiz üzere fiile ilişkin nedenlerin tamamen haksızlığa ilişkin olmasından mütevellit hiçbir istisna olmaksızın sirayet etmesinin kabul edilmesi, Alm. CK § 28 hükmünün ise şahsa bağlı nedenler açısından bazı istisnalara yer vermiş olmasıdır.

Türk hukukunda hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı gibi nedenler fiile ilişkin sebeplerdir<sup>388</sup>. Alman hukukunda da fiile ilişkin unsurların en bilinen örneği Alm. CK § 211 düzenlemesi kapsamında yer alan “toplum için genel tehlike oluşturan araçlar” ifadesidir. Bir kimseyi bombalı suikasta sevk eden kişi, Alm. CK § 212 düzenlemesinin nitelikli hali olarak görülen Alm. CK § 211 düzenlemesine göre azmettirmeden sorumlu tutulacak, cezasında da Alm. CK § 28 hükmüne göre bir indirim yapılmayacaktır<sup>389</sup>. Zira daha evvel de altını çizdiğimiz üzere Alm. CK § 28 düzenlemesinin fiile ilişkin unsurlar bakımından uygulanması söz konusu olup yalnızca faile ilişkin unsurlar üzerinde uygulanabilir<sup>390</sup>.

**Faile, yani şahsa bağlı nedenler ise fiilin işlenmesine yönelik unsurlar olmayıp iştirak edilen fiil kapsamında kişileri tanımlayan, yalnızca bu tanıma uygun**

<sup>387</sup> Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 VII 4 a; Jakobs, *AT*, 23/11; Heinrich, *AT*, Rn. 1350; Gropp, *AT*, § 10 Rn. 239; Otto, *AT*, § 22 Rn. 15; Bilgi için Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 65; Kühl, *AT*, § 20 Rn. 158.

<sup>388</sup> Erem/Danışman/Artuk, *a.g.e.*, s. 414; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 570.

<sup>389</sup> Roxin, *AT II*, § 27 Rn. 25; Ancak aynı düzenleme (§ 211 Alm. CK) altında yer alan fiilin “canavarca bir şekilde” işlenmesi bakımından aynı şekilde kolay karar verilmemekte, bazı zorlukları ortaya çıkmaktadır. Yargı kararlarında fiilin canavarca işlenmesi, objektif bir unsur olarak ele alınmış ve buna tam olarak bağlı kalmıştır. Buna göre kendisi canavarca bir şekilde hareket ediyormuş gibi tanımlanmaksızın canavarca işlenen bir fiile iştirak eden kişinin § 211 Alm. CK hükmüne göre azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılması söz konusu olacak ve hakkında § 28 Alm. CK hükmüne göre de herhangi bir indirim yapılmayacaktır. Mahkeme kararları ile canavarca bir şekilde hareket etmenin tanımı bu unsurun gerçek anlamda objektif olduğu konusunda kuşku uyandırmıştır. Zira Yüksek Mahkeme, bir kararında canavarca hisle öldüren kişinin, mağdura merhametsiz, acımasız bir düşünceyle... özel bir acı veya eziyet çektiren kişi olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda her ne kadar mağdura acı çektirmek objektif olsa da bu acı çektirme esnasında muhakkak kişinin merhametsiz, acımasız bir düşünceyle de hareket etmesi gerekli görüldüğünden bu düşüncenin de kişisel bir kriter olduğuna vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla buradaki bu canavarca hisle hareket etme unsurunun kısmen objektif kısmen kişisel bir unsur olduğu ve bu bağlamda unsurların kişisel yönü bakımından § 28 Alm. CK düzenlemesinin uygulanmasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir (Roxin, *AT II*, § 27 Rn. 25).

<sup>390</sup> Geppert, *Jura 1997*, s. 301.

kişilerin söz konusu suçtan dolayı fail olabilmelerinin mümkün olduğu unsurlardır. Diğer bir deyişle suç tanımında yer alan ve suça katılan “kişinin kendisinde, yani kişiliğinde” bulunması gerekli görülen herhangi bir unsura *kişisel unsur, şahsa bağlı neden* adı verilir<sup>391</sup>. Bununla birlikte şahsa bağlı nedenlerin failin fiilinin haksızlığına hiçbir şekilde etki etmeyen, haksızlıktan münferit tamamen sübjektif niteliği haiz nedenler olduğuna yönelik görüşler<sup>392</sup> yerinde değildir.

TCK’da şahsa bağlı nedenlere ilişkin bir hükme yer verilmiş olmasa da Alm. CK § 14 hükmünde özel kişisel unsurlar olarak özel kişisel nitelik, ilişki ve durumlara işaret edilmiştir<sup>393</sup>. Böylece Alman doktrininde söz konusu düzenlemeden hareketle *nitelik, ilişki ve durumlar* olarak ayrılan üç durum arasındaki farklılaştırmaya dair ortaya konulan kriterler bakımından bazı tereddütler ortaya çıkmış olsa da büyük oranda bir belirleme yapılmaya çalışılmıştır<sup>394</sup>.

Bazı unsurların fikirsel, vücut ya da hukuki vasıf anlamında insanların kişiliği ile ayrılmaz bir şekilde şahsiyetlerine bağlılık ilişkisi söz konusudur. Yani bu unsurların insanların kişiliklerinden ayrılması söz konusu olamaz<sup>395</sup>. İşte bu unsurlara “nitelik” adı verilir. Bu unsurların değiştirilmesi normal şartlarda mümkün

<sup>391</sup> Bockelmann, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, s. 11; Heinrich, *AT*, Rn. 1350; Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 22; Aydın, *a.g.e.*, s. 232.

<sup>392</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 570.

<sup>393</sup> Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 VII 4 a; Jakobs, *AT*, 23/11; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 62, 64; Roxin, *AT II*, § 27 Rn. 23; Gropp, *AT*, § 10 Rn. 240; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 32 Rn. 8; Heinrich, *AT*, Rn. 1353; Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 19; Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28 Rn. 11; Bununla birlikte temsilcilerin özel statülerine dayalı olan § 14 Parag. 1 Alm. CK düzenlemesinin söz konusu kavramların açıklanması bakımından doğrudan bir imkan tanımayacağı, söz konusu unsurların § 14 Parag. 1 Alm. CK kapsamında yorumlanmasıyla ulaşılan neticelerin § 28 Alm. CK düzenlemesi için uyarlanması çok da ikna edici olmayacağı belirtilmektedir (Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 19; Gropp, *AT*, § 10 Rn. 240; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 64). Gerçekten de her iki düzenlemenin de temel çıkış noktasına bakıldığında aralarında çok önemli bir farklılığın olduğu görülmekte, § 14 Alm. CK düzenlemesi, özel kişisel unsurların üçüncü kişilere yüklenmesini sağlarken § 28 Alm. CK düzenlemesi, tam aksine bağlılık kuralının sınırlarını gevşetici bir rol oynamaktadır.

<sup>394</sup> Roxin, *AT II*, § 27 Rn. 25; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 64; *Baumann/Weber/Mitsch*, kişisel nitelikler, ilişkiler ve durumlar arasında tam anlamıyla bir ayırım yapılabilmesinin pek mümkün olmadığını ifade etmiş, bu çerçevede evvela kanuni unsurlarda bu tür bir özel kişisel yapı olup olmadığı sorusuna odaklanılması gerektiğini ifade ederken (Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 32 Rn. 14) *Heinrich*, bu sorunun cevabının her bir durumda normun amacı ve kapsamı dikkate alınarak bir sonuca ulaşılabileceğini belirtmiş, buna rağmen bazı zorlukların olabileceğine dikkat çekmiştir (Heinrich, *AT*, Rn. 1353).

<sup>395</sup> Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28 Rn. 12; Hoyer, *a.g.e.*, § 28 Rn. 16; Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 20; Schünemann, *a.g.e.*, § 28 Rn. 52; Roxin, *AT II*, § 27 Rn. 23.

olmadığı gibi insanın şahsında geçici bir süre bulunmaları da söz konusu değildir<sup>396</sup>. Bu nedenler akrabalık durumu gibi süreklilik arz eder<sup>397</sup>. Bu çerçevede çocukların cinsel istismarı suçunun (TCK md. 103) üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmesi şeklindeki nitelikli hal (TCK md. 103/3-c) bu niteliği haizdir. Nitekim Türk hukukunda uygulamada en fazla gündeme gelen şahsa bağlı neden, kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi şeklindeki faille mağdur arasındaki şahsi ilişkiden kaynaklı nedenlerdir<sup>398</sup>. Bu örnekte olduğu gibi mağdurun şahsından kaynaklı durumun kasten öldürmenin alt soy veya üst soya, eş veya kardeşe karşı işlenmesinde olduğu gibi failin de şahsıyla ilişkili olması durumunda artık failin de şahsından kaynaklı bir nedenden söz edilebilecektir. Bu bakımdan salt mağdurun şahsından kaynaklanan nedenlerin varlığı, somut olayda failin de şahsına bağlı bir nedenin mevcut olduğu anlamına gelmez. Mağdurun şahsından kaynaklı bir durumun failin şahsından bağımsız olarak mevzu bahis olması halinde bu nedenin fiile ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Buna göre örneğin mağdurun kamu görevlisi olması, ya da kasten yaralamanın gebe bir kadına karşı işlenmesi gibi hususlar, failin şahsından bağımsız olduğundan şahsa bağlı nedenler olarak değil, fiile ilişkin nedenler olarak nitelendirilecektir<sup>399</sup>.

Kişilerin başka insanlarla, kurumlarla veya şeylerle olan dışsal irtibatlarını ortaya koyan, insanların dış dünya ile olan ilişkilerini tasvir eden kamu görevliliği, asker, hakim veya kamu hizmeti için özel görevli gibi unsurlar ise “ilişki” olarak ifade edilmektedir<sup>400</sup>. Kişisel ilişkilere garantör yükümlülüğü de örnek gösterilmektedir<sup>401</sup>. Keza kamu görevinin yerine getirilmesinden kaynaklı

<sup>396</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 32 Rn. 15; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 64.

<sup>397</sup> Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28 Rn. 12; Hoyer, **a.g.e.**, § 28 Rn. 16; Joecks, **a.g.e.**, § 28 Rn. 20; Schünemann, **a.g.e.**, § 28 Rn. 52

<sup>398</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 570.

<sup>399</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 656.

<sup>400</sup> Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 23; Joecks, **a.g.e.**, § 28 Rn. 18; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 64.

<sup>401</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 32 Rn. 18; Otto, **AT**, § 22 Rn. 14, 22; Bununla birlikte garantörlüğün kişinin kendi ön gelen tehlikeli hareketinden kaynaklı olduğu durumlarda bu garantörlüğün özel kişisel unsur olarak kabul edilmediği, zira ön gelen tehlikeli hareketi gerçekleştirmek suretiyle fail olan kişinin, özel bir güven ilişkisi ile bu konuma erişmesine gerek bulunmayan bir kimsenin de olabileceği ifade edilmiştir (Otto, **AT**, § 22 Rn. 22; Herzberg, **GA 1991**, s. 161). *Jakobs*, tehlikeyi önleme yükümlülüğünü bu anlamda özel bir yükümlülük olarak kabul etmemektedir (Jakobs, **AT**, 23/24).

yükümlülüğe neden olan özellik de bu kapsamda değerlendirilecektir<sup>402</sup>. Kısacası kişiler nezdinde öngörülen yükümlülükler de her ne kadar aksi görüş bulunmaktaysa da<sup>403</sup> birer şahsi neden olarak görülebilecektir. Bununla birlikte garantör yükümlülüğünün de sadece bu durumda ortaya çıktığının belirtilmiş olması karşısında bağlılık kuralının tam anlamıyla geçerli olduğu yönündeki görüşten yana olduğumuzu özellikle belirtmek gerekir. Yani yükümlülükler şahsi neden olmakla birlikte hem kusura hem de haksızlığa, hatta haksızlığa çift yönlü bir etki göstermesi nedeniyle en azından fiile tesir eden haksızlığın sirayet etmesi gerekecek ve fakat ilerleyen kısımlarda da detaylı bir şekilde irdelenecek olduğu üzere bu yükümlülük kendisi açısından da öngörülmüş olmayan şerikin cezasında bir indirim yapılacaktır.

Nihayet özel kişisel “durumlar”, özel kişisel nitelik ve ilişkilere dair olmayan diğer kişisel unsurlar olarak ifade edilmektedir<sup>404</sup>. Bu durumlar içinde Alman hukukunda geçici de olsa<sup>405</sup> “sırf maddi menfaat elde etme”, “kaba şekilde”, “özensiz” gibi manevi düşünüş biçimleri olarak tezahür edecek şekilde failin ruhsal dünyasına ilişkin düşünce veya dürtülerin de yer alabileceği belirtilmektedir. Nitekim daha evvel değinilen “kötü niyetlilik” yahut da teşebbüsten vazgeçme özel kişisel durumlar olarak kabul edilmektedir<sup>406</sup>. Böylelikle faile bağlı nitelikli bir unsur, faili suça sevk eden amaç veya saik olabileceği gibi failin mağdurla arasındaki ilişkinin niteliğinden de kaynaklanabilir<sup>407</sup>. Dolayısıyla amaç, niyet gibi unsurların tipikliğin subjektif alanda gerçekleştiriliş şekillerini gösteren unsurlar oldukları ifade edilerek kişisel unsurlar dışında bırakılmış olması şeklindeki tezi kabul etmediğimizi ifade etmek gerekir<sup>408</sup>. Bu noktada amaç, niyet gibi unsurların hırsızlık suçunda olduğu gibi tipiklik kapsamında yer almaları, bu unsurların şahsa bağlı bir neden olmadıkları anlamına gelmeyecektir. Şu halde doktrindeki suçun temel şeklinde yer alan ve kurucu niteliği haiz olan amaç, saik gibi unsurların şahsa bağlı neden olmadığı, buna

<sup>402</sup> Heinrich, *AT*, Rn. 1353; Otto, *AT*, § 22 Rn. 14.

<sup>403</sup> Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 VII 4 a; Jakobs, *AT*, 23/25; Herzberg, *ZStW* 88 (1976), s. 108; Langer, *FS-Lange*, s. 262; Roxin, *TuT*, s. 515.

<sup>404</sup> Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 14; Bilgi için bkz. Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28 Rn. 14.

<sup>405</sup> Hoyer, *a.g.e.*, § 28 Rn. 16; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 32 Rn. 16, 17, 18; Joecks, gebeliğin belli bir süreliğine olmasına rağmen “nitelik” olarak da kabul edilebileceğini ifade etmektedir (Joecks, *a.g.e.*, § 28 Rn. 20)

<sup>406</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, § 53, Rn. 64; Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28 Rn. 14.

<sup>407</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 654.

<sup>408</sup> Jescheck/Weigend, *AT*, § 61 VII 4 a; Jakobs, *AT*, 23/11.

karşılık nitelikli hallerde yer verilen bu tür unsurların şahsa bağlı neden oldukları yönündeki görüşleri<sup>409</sup> doğru kabul etmemekteyiz. Bu tür sübjektif niteliği haiz unsurlar, ister suçun temel şeklinde isterse nitelikli halinde yer alsın her şekilde şahsa bağlı bir neden olarak kabul edilebilir. Bu anlamda TCK md. 82’de yer alan faili suç işlemeye sevk eden canavarca his, kan gütme, bir başka suçu gizleme veya töre saiki şahsa bağlı nitelikli haller olarak görülebilir<sup>410</sup>. Alman hukukunda da Alm. CK § 90a kapsamında yer alan “kötü niyetlilik”, Alm. CK § 315c kapsamında yer alan “başkalarının durumunu dikkate almama” gibi unsurlar faile ilişkin nedenler olarak kabul edilmekte olup bu konuda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır<sup>411</sup>.

Bu arada haksız tahrikin de şahsa bağlı bir neden olduğu ifade edilmektedir<sup>412</sup>. Hiç kuşkusuz ki haksız tahrik, kusurla da ilgili olmasından mütevellit şahsa bağlı bir neden olarak görülebilir. Ancak TCK kapsamında haksız tahrikin bir nitelikli hal olduğunun söylenmesi<sup>413</sup> haksız tahrikin “ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenler” başlığı altında düzenlenmiş olması karşısında hiçbir şekilde yerinde olmayacaktır<sup>414</sup>.

<sup>409</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 659.

<sup>410</sup> Kaymaz, **GÜHFM 2012**, s. 150; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 662.

<sup>411</sup> Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 53; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 52, 54. Alman hukukunda meslek veya sanat haline getirme ya da itiyadilik veyahut da suçun örgüt üyesi olarak işlenmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim söz gelimi “Fuhuş Yapan Kişilerin Sömürülmesi” başlıklı § 180a Parag. 1 Alm. CK hükmünde, “*Her kim içinde meslek veya sanat haline getirerek fuhuş yaptıkları ve fuhuş yapan kişilerin kişisel ve ekonomik yönden birine bağlı durumda bulunduruldukları bir işletme yürütür veya yönetirse... cezalandırılır.*” ifadelerine yer vermek suretiyle söz konusu fuhuşun meslek veya sanat haline getirilmiş olması şartına yer verilmiştir. Keza “Meslek veya Sanat Haline Getirerek veya Örgüt Üyesi Sıfatıyla Suç Eşyasının Satın Alınması, Satılması veya Temin Edilmesi” başlıklı § 260 Alm. CK hükmünde, “*Her kim, suç eşyasını satın alma suçunu, meslek veya sanat haline getirerek veya yağma, hırsızlık veya suç eşyasını satın alma suçlarını temadi edecek bir şekilde oluşturulmuş olan bir örgütün üyesi sıfatıyla işlerse... cezalandırılır.*” hükmüne yer vermek suretiyle işlenmiş olması bu tür durumlara örnek verilebilir (Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 4 a, aa).

<sup>412</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 570.

<sup>413</sup> Salih Zeki İskender, “Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 37, S. 3, Temmuz 2011, Ankara 2011, s. 51.

<sup>414</sup> Bu bakımdan *İskender*’in haksız tahrikin şahsa ilişkin bir neden olduğu yönündeki tespiti kabul edilebilirse de bunun suç ortaklarına sirayeti hususunun TCK’da düzenlenmediği yönündeki ifadesi (İskender, **Yargıtay Dergisi 2011**, s. 51) doğru değildir. Halbuki TCK md. 40/1 hükmünde her bir suç ortağının kendi kusurundan sorumlu olduğu belirtilmiş, bu anlamda suç ortaklarından birinde mevcut olan kusuru etkileyen bir neden olarak haksız tahrikin diğer suç ortaklarına etkisinin ne olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan bu düşünce, 765 sayılı TCK döneminden kalma düşüncelerin bir yansıması olarak görünmektedir.

Şu halde daha evvel de değinildiği üzere şahsa bağlı nedenleri sadece nitelikli unsurlar kapsamındaki bazı unsurlardan ibaret görmemek gerekir. Zira kusuru azaltan veya kaldıran ve keza gönüllü vazgeçme, etkin pişmanlık gibi şahsi cezasızlık sebepleri de şahsa bağlı nedenler olarak görülebilir<sup>415</sup>. Nitekim TCK md. 167/2 hükmü de şahsa bağlı bir neden olup bir nitelikli unsur olmasa da bu kapsamda telakki edilebilir<sup>416</sup>. Öyle ki 40'ıncı maddenin gerekçesinde “...cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğurur.” ifadesine yer verilerek zaten esas itibarıyla kusuru azaltan veya kaldıran ve keza gönüllü vazgeçme, etkin pişmanlık gibi şahsi cezasızlık sebepleri gibi nedenlere işaret edilmiştir.

İşte buradan hareketle faile ilişkin nedenler, özel kişisel ve genel kişisel nedenler şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir, cezaya etki eden nedenlere ilişkin bir başka ayırım daha yapılabilir. Nitekim Alman hukukunda kişisel nedenler bakımından bu şekilde “özel kişisel nedenler-genel kişisel nedenler” ayrımı yapılmış, hakim görüşe göre Alm. CK § 28 hükmünde de yalnızca özel kişisel unsurlar düzenlenmiş, dolayısıyla da Alm. CK § 28 hükmünün herhangi bir kişisel neden bakımından uygulanabilmesi, bu kişisel unsurların mutlaka “özel” kişisel unsur olmasına bağlı tutulmuştur<sup>417</sup>. Nitekim yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusur yeteneğini ortadan kaldıran durumlar veya zorunluluk hali gibi mazeret nedenleri özel olmayan, genel kişisel unsurlardır. Bu unsurlar, her ne kadar failin şahsında vuku bulsalar da özel kişisel unsur olarak değil, genel kişisel unsur olarak kabul edilmekte ve bu tür genel kişisel unsurlar bakımından Alm. CK § 28 düzenlemesi değil, Alm. CK § 29 düzenlemesi uygulanmaktadır<sup>418</sup>. Bu durumda Alman hukukunda kusura ilişkin genel unsurlar, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi genel hükümlerde düzenlenen, kusuru kaldıran veya etkileyen unsurlardan ibaretken kusura ilişkin özel unsurlar, özel hükümlerde yer alan suç tipleri kapsamında görünüm arz etmektedir. Zaten yukarıda yer verilen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi

<sup>415</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn. 18.

<sup>416</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 573.

<sup>417</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn. 11; Joecks, a.g.e., § 28 Rn. 23; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 53, Rn. 63.

<sup>418</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn. 12; Hoyer, a.g.e., § 29 Rn. 2; Heine/Weier, a.g.e., § 28 Rn. 3.

kusur yeteneğini ortadan kaldıran durumlar kanunun genel hükümlerinde düzenlenirken özel kişisel unsurlar, söz gelimi Çocuk Düşürme ve Düşürtme (§ 218 Alm. CK) suçunda olduğu gibi suç tipleri kapsamında ihdas edilmektedir. Bu ayrımın önemi, kusura etki eden genel kişisel nedenlerin salt kusura etki etmeleri ve sınırlı bağıllık kuralı gereğince hiçbir şekilde sirayet etmeyeceği kabul edilecekken kusura etki eden özel kişisel nedenlerin hem haksızlığa hem kusura etki etmeleri nedeniyle en azından haksızlık boyutunun sirayet ettirilmesine müsaade edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Esasında kanaatimizce suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin fiile mi yoksa faile mi ilişkin olduğuna dair tespitte zorluk olduğu, dolayısıyla da bu ayrımın toptan kaldırılması gerektiği yönündeki öneri yerinde değildir. Zira bu görüşler, fiile veya şahsa ilişkin nedenlerin mutlak surette sadece haksızlığa ya da sadece kusura etki ettiğinin düşünülmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim aslında faile ilişkin nedenler olarak görülen failin düşünüş şekli, tavrı, zihniyetini ortaya koyan nedenlerin Alman hukukunda kusura ilişkin özel unsurlar olarak kabul edilmesi<sup>419</sup> de bundan kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde Alman hukukunda failin düşünüş şekline ilişkin olan bu tür unsurların haksızlığa mı yoksa kusura mı etki eden unsurlar olduğu noktasında metodik olarak tam bir belirliliğin sağlanamamış olması ve bunun hukuk devleti açısından kuşkulu sonuçları beraberinde getireceğine inanılması da<sup>420</sup> bizim görüşümüzün ne denli yerinde olduğunu göstermektedir. Zira fiile ilişkin nedenler sadece haksızlığa etki etmekteyse de faile ilişkin nedenlerin tek taraflı olarak salt haksızlığa ya da salt kusura etkisinden söz edilemeyecektir. Böylelikle de cezaya etki eden nitelikli bir halin faile mi yoksa fiile mi ilişkin olduğuna yönelik tespit zorluğuna dair iddia oldukça önemsiz hale gelmektedir. Benimsemiş olduğumuz görüşün Alman hukukunda da esas alınması halinde Alman doktrininde Alm. CK § 211 düzenlemesinde yer alan ve kasten öldürme suçunun “bir suçun gizlenmesi veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla” işlenmesi şeklindeki unsurun haksızlığa mı yoksa kusura mı etki ettiğine dair bir tartışmanın da<sup>421</sup> bir anlamı kalmayacaktır.

<sup>419</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 54.

<sup>420</sup> Stratenwerth/Kuhlen, **AT**, § 8 Rn. 151; Bilgi için Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 54.

<sup>421</sup> Bilgi için bkz. Heinrich, **AT**, Rn. 1353; Roxin, **AT II**, § 27 Rn. 52.



### 3. Nitelikli Hallerin Etkisi

#### a. Bağlılık Kuralının Sirayete İlişkin Belirleyiciliği

Şeriklerin sorumluluğunun kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığına bağlı tutulması, yani niteliksel bağlılık anlamında sınırlı bağlılık kuralının öngörülmesi, failin fiilinin şerik bakımından etkisinin ancak tipiklik ve hukuka aykırılık alanı bakımından söz konusu olması, bu alan dışında fail bakımından gündeme gelen ve yaptırım açısından lehe ya da aleyhe durumlara sebebiyet veren durumların şeriklere etkisinden bahsedilememesi anlamına gelmektedir. Bu minvalde sınırlı bağlılık kuralı, failden şerike etki edecek hususların haksızlık alanıyla sınırlı olmasına yol açacak, şerikin sorumluluğunun kendi davranışından ve şahsından kaynaklı durumların yanında büyük ölçüde failin haksızlığı üzerinden belirlenmesine sebep olacaktır<sup>422</sup>. Yani sınırlı bağlılık kuralının kabul edildiği TCK’da sadece haksızlığa etki eden nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet etmesine müsaade edilmiş, bunun dışındaki nedenlerin etki etmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Bu bakımdan daha evvel de ifade edildiği üzere sınırlı bağlılık kuralı, failin işlediği suça ve failin şahsına ait unsurlardan hangilerinin şerike etki edeceğinin belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir<sup>423</sup>. Bu bağlamda şerik, failin fiilinin haksızlığına etki eden belirli unsurlar bakımından “çifte kastın bir gereği olarak” kasıtlı bir şekilde hareket ediyorsa söz konusu unsur kendi işlediği fiil üzerinde gerçekleşmemesine rağmen bu unsurun failin fiiline yönelik olarak meydana getirdiği sonuçtan aleyhine olsa dahi etkilenecektir<sup>424</sup>. Bu bakımdan nitelikli hallerin sirayetinin bağlılıkla ilgili bir konu olduğu da açıkça ifade edilebilir<sup>425</sup>. Bununla birlikte tam bu noktada üzerinde durulması gereken husus, nitelikli hallerin sirayetinin bu niteliği haiz olmayan ve fakat suça katkı sağlayan kişinin bu suçtan fail olarak sorumlu tutulmasını sağlamayacak olması, sadece şerikin de bu nitelikli halden sorumluluğunu sağlayacak olmasıdır. Dolayısıyla doktrinde özgü suçlarda arka plandaki bu özel niteliği haiz olmayan kişinin suçun nitelikli halinden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmasının, fail olarak sorumlu

<sup>422</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 30; Jescheck/Weigend, **AT**, § 61 VII 4.

<sup>423</sup> Geppert, **Jura 1997**, s. 300.

<sup>424</sup> Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 53, Rn. 31.

<sup>425</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 677.

tutulamamasının bu nitelikli hallerin sirayet etmediği anlamına geleceği yönündeki ifade<sup>426</sup> yerinde değildir. Zira özel faillik niteliğini haiz olmasa bile bu kişilerin söz konusu özgü suça şerik olarak sorumlu tutulabilmeleri de bu özel niteliğin arka plandaki bu kişilere sirayet ettiği anlamına gelecektir. Eğer bu nitelikli hal, arka plandaki kişiye sirayet etmiyor olsaydı arka plandaki kişi, nitelikli hale şeriklikten değil, suçun temel şekline şeriklikten sorumlu tutulurdu.

Bu çerçevede hukuka uygunluk nedenlerinin işlenen fiilin haksızlık derecesine, kusuru azaltan veya kaldıran nedenlerin de failin kusuruna etki ettiği daha evvel belirtilmişti. Bu anlamda sınırlı bağıllık kuralı gereğince hukuka uygunluk nedenleri sirayet ederken kusuru azaltan veya kaldıran nedenler sirayet etmeyecek, bütün suç ortakları kendi kusurundan sorumlu tutulacaktır. Bu kapsamda esas sorun nitelikli hallerin haksızlıkla ya da kusurla ilgili oldukları şeriklerin faile bağlı olduklarıyla birlikte dikkate alındığında bu nitelikli hallerin ne ölçüde şeriklere sirayet edeceği, etmesi gerektiği üzerinde özellikle durulması gereken bir mevzudur. Bu nedenlerin iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarından birisi ya da birkaçı açısından söz konusu olması halinde diğer suç ortaklarına etki edip etmeyeceğinin belirlenmesi bir gereklilik arz etmektedir.

#### **b. Sirayetin Kapsamı: TCK md. 40**

ETCK'da bağıllık kuralına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşılık cezaya etki eden nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayetine ilişkin genel kurallar ortaya koyan düzenlemelere yer verilmişti. Kısmen de olsa ETCK'da da *klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olarak*<sup>427</sup> cezanın azalmasına, artmasına yahut da ortadan kalkmasına neden olabilecek bazı unsurlar ağırlatıcı ve hafifletici nedenler olarak öngörülmüş, Alman hukukundan farklı şekilde kanuna fiile ve şahsa bağlı olmalarına göre yapılan ayırım yansıtılmış, yani bu farklılaştırma kanunda da özel olarak belirtilerek buna önemli sonuçlar bağlanmıştır<sup>428</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere Alman hukukunda da şahsa ve fiile bağlı nedenler ayırımına yer verilmiş olsa da<sup>429</sup> kanunda sadece şahsa bağlı nedenler düzenlenmiş, fiile ilişkin nedenlere dair

<sup>426</sup> Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 664.

<sup>427</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 407.

<sup>428</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 407; Kaymaz, **GÜHFD 2012**, s. 125.

<sup>429</sup> Kaymaz, **GÜHFD 2012**, s. 125.

bir hüküm ihdas edilmesine gerek duyulmamıştır. Buna karşılık ETCK'da iki tür nedene ilişkin olarak da münhasır hükümler ihdas edilmiştir. Nitekim ETCK md. 66'da “*Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmaya yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder...*” hükmüne yer verilmiş ve **cezada artırma gidilmesine yol açan şahsa bağlı nedenler** yer verilmişken “*Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere sarıdır.*” şeklindeki 67'nci madde düzenlemesinde de **cezada artırma gidilmesine yol açan fiile bağlı nedenler** öngörülmüştür.

Bu noktada önem arz eden hususlardan biri, Alm.CK'da fiile ilişkin nedenlerin düzenlenmemiş olması ve sadece şahsa bağlı nedenlerle ilgili bir düzenlemeyle yetinilmesiyle ETCK'da da sadece cezada artırma gidilmesine neden olan fiile ve şahsa bağlı nedenlerin düzenlenmiş olması ve fakat cezada indirimde yahut da cezanın tamamen ortadan kaldırılmasına sebebiyet verecek nedenlerin bu düzenlemeler kapsamında zikredilmiş olmamasıdır. En ilginç olan durum ise ETCK'da suç ortaklarının kusurlarına ilişkin nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceğine ilişkin de bir düzenlemenin bulunmamasıdır ki bu husus, doktrinde sıklıkla sınırlı bağlılık kuralının kabul edildiğinin vurgulanması karşısında özellikle dikkat çekicidir. Doktrinde yaş küçüklüğü, haksız tahrik gibi kusura ilişkin bazı durumların cezayı azaltan nedenler olarak kabul edilmesi karşısında daha da büyük bir önem taşımaktadır. Bu bakımdan gerek Alm.CK'da gerekse ETCK'da belirli noktalarda boşluklar bırakılmıştır ki bunlar, doktrinde oldukça fazla görüşün ortaya çıkmasına ve karışıklıkların artmasına yol açmıştır.

İşte ortaya çıkan bu sorunları sona erdirmek adına TCK'da “Bağlılık Kuralı” başlıklı TCK md. 40 hükmü ihdas edilmiştir. Ancak Türk doktrininde bir kısım görüş, cezaya etki eden nedenlerin sirayetine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda bu noktadaki boşlukların doldurulmuş olduğunun ve belirsizliklerin giderilerek daha belirgin bir

durum oluşturulmuş olduğunun belirtilemeyeceğini iddia etmektedir<sup>430</sup>. Bu görüş, argümanına gerekçe olarak TCK’da bu hususa ilişkin olarak 40’inci maddede yer alan “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” hükmü dışında bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasını, yani sadece bu hükümle yetinilmiş olmasını göstermektedir. Hatta bu görüş kapsamında yer alan bir görüş, bağlılık kuralına ilişkin düzenlemenin bu sonucun ortaya çıkması için yeterli olmadığını, bu durumun kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür<sup>431</sup>.

Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüş, kanundaki bağlılık düzenlemesinin nitelikli hallerin sirayeti açısından yeterli olduğunu kabul etmiştir<sup>432</sup>. *Öztürk/Erdem*, hükmün yeterli olduğunu belirtmiş olsa da TCK md. 40 hükmünü Alm. CK § 28 hükmü üzerinden yorumlamış ve bir sonuca ulaşmaya çalışmıştır<sup>433</sup>. Ancak *Öztürk/Erdem*’in bu yönteminin TCK md. 40 hükmünün gerekçesinde yer alan ifadelerden de anlaşıldığı üzere cezayı ağırlaştırıcı nedenler bakımından fiile ve şahsa bağlı şeklindeki ayrıma son verilmiş olması karşısında ne derece yerinde olduğu oldukça tartışmalıdır. Zira 5237 sayılı TCK’da, belki de ETCK döneminde bu konuya ilişkin olarak ortaya çıkan belirsizliklerin de etkisiyle faile-fiile bağlı

<sup>430</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 776; Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 209. Kaymaz, **GÜHFM 2012**, s. 148; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 575; Yener Ünver, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kusurluluk”, **CHD Ekim 2006**, s. 75; Aydın, **a.g.e.**, s. 321; İskender, **Yargıtay Dergisi 2011**, s. 5 vd.; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (2015)**, s. 639. *Hakeri*, bu konuda TCK md 40 hükmünün bir çözüm getirmediğini düşündüğünden olsa gerek genel kurallardan hareketle bir çözüme ulaşılması gerektiğini belirtmiştir (*Hakeri*, **a.g.e.**, s. 589). *Aydın* ilginç bir şekilde TCK’da yer verilen 40’inci madde hükmünün bağlılık kuralını yansıtmadığını, bu kuralla ilgili olmayan hükümleri barındırdığını iddia etmiş, buradan hareketle nitelikli hallerin sirayetine ilişkin bir çözüm getirmekten uzak olduğunu ileri sürmüştür (*Aydın*, **a.g.e.**, s. 231, 232). Yine *Ekici Şahin*, doktrinde bu denli farklı görüşün ortaya çıkmasının kanuni düzenlemenin çözüm getirme açısından yeterli olmadığını gösterdiğini ifade etmiştir (*Ekici Şahin*, **AÜHFD 64 (2015)**, s. 639).

<sup>431</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 569, 570, 575.

<sup>432</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 542; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 463; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 677; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 776; *Koca/Üzülmez*, TCK’daki düzenlemenin mevcut haliyle herhangi bir hata içermediğini belirtmiştir (*Koca/Üzülmez*, **a.g.e.**, s. 463, dpn. 1579). Zaten kanunda nitelikli hallerin sirayetine ilişkin özel bir hükme yer verilmemesinin nedeni de bu görüş kapsamında yer alan bazı yazarların kanuni düzenlemenin şekillenmesinde önemli bir rol üstlenmiş olmalarıdır. Öyle ki bu yazarlar, 765 sayılı TCK’da nitelikli hallerin diğer suç ortaklarına ilişkin düzenlemelerin ortaya çıkardığı karmaşanın da etkisiyle bu düzenlemelerin bütünüyle kanundan çıkarılmaları gerektiğini savunmuşlar (*İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*, **a.g.e.**, s. 409) ve 5237 sayılı TCK’da yer alan hükmü de kendi görüşleri doğrultusunda şekillendirmişlerdir.

<sup>433</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, Kn. 776.

nedenler ayrımı yapılmamış, bütün nitelikli haller bir çatı altında addedilmiştir<sup>434</sup>. Oysa ki *Öztürk/Erdem*'in TCK md. 40'ı yorumlarken esas aldıkları Alm.CK § 28 hükmü, cezaya etki eden fiile ilişkin nedenleri düzenlememekte, yalnızca şahsa bağlı nedenlere dair kurallar ihdas etmektedir. Kaldı ki TCK md. 40 hükmü bağlılığa ilişkin genel kuralları da düzenlerken Alm.CK § 28 hükmü yalnızca özgü suçları ve nitelikli hallerle şahsi cezasızlık sebeplerinin sirayetini düzenlenmiştir. Dolayısıyla cezaya etki eden özel şahsa bağlı nedenlerin müşterek failer de dahil diğer suç ortaklarına sirayet etmeyeceğine dair Alm.CK § 28/2 hükmü üzerinden TCK md. 40/1 hükmünün okunması ve TCK md. 40/1 hükmünün azmettiren ve yardım eden dışında müşterek failer açısından da geçerli olduğunun ifade edilmesi<sup>435</sup> bu defa bağlılık kuralının şerikler dışında müşterek failer açısından da geçerli olduğu gibi hatalı bir düşüncüyü beraberinde getirebilir. Şu halde *Öztürk/Erdem*'in düşüncesindense *Demirbaş*'ın madde gerekçesinde yer alan bu ifadelerin kabulünün mümkün olmadığı, Alm.CK'da yer alan düzenlemedeki ayrıma dikkat çekerek Türk hukukunda da bu ayrımın sürdürülmesi gerektiği yönündeki fikrine<sup>436</sup> daha yakın durduğumuz belirtilebilir.

### c. Hangi Suç Ortağından Hangi Suç Ortağına Sirayet Mümkündür?

Sirayetin hangi suç ortağından hangi suç ortağına mümkün olduğuna dair bağlılık kuralı gereğince kesin bir durum söz konusu olup incelememizin ikinci bölümünde de altı çizildiği üzere yalnızca şerikin faile bağlılığı mevzu bahis olduğundan cezaya etki eden nedenlerin failden faile yahut da şerikten faile sirayet etmesinden bahsedilemeyecektir<sup>437</sup>.

Buna karşılık ilginç bir şekilde Türk doktrininde bazı yazarlar failden faile<sup>438</sup> ya da şerikten de faile<sup>439</sup> sirayetin mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş

<sup>434</sup> Kaymaz, *GÜHFD 2012*, s. 125.

<sup>435</sup> *Öztürk/Erdem*, **a.g.e.**, Kn. 774. Bununla birlikte *Öztürk/Erdem*, TCK md. 40/1 hükmünün yan failik açısından uygulanabilir olmadığına da dikkat çekmiştir (*Öztürk/Erdem*, **a.g.e.**, Kn. 775).

<sup>436</sup> *Demirbaş*, **a.g.e.**, s. 523.

<sup>437</sup> *Koca/Üzülmez*, **a.g.e.**, s. 462. Buna rağmen *Koca/Üzülmez*'in azmettiren bulunan kast dışında amaç veya saikin manevi unsur olarak arandığı nitelikli hallerden bu saikle hareket etmeyen failin sorumlu tutulamayacağını özel olarak niçin belirtme ihtiyacı duyduğu da (*Koca/Üzülmez*, **a.g.e.**, s. 464) özellikle üzerinde durulması gereken bir husustur.

<sup>438</sup> Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 211; Hakeri, **a.g.e.**, s. 589; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1175; *Ekici Şahin*, fiile ilişkin olması şartıyla bu nedenlerin failden faile sirayetini de kabul etmiştir (*Ekici Şahin*, *AÜHFD 64 (3) 2015*, s. 666).

kapsamında yer alan *Demirbaş*'ın görüşlerinde dikkat çeken husus, sadece failden şerike sirayeti değil, failden veya şerikten bütün suç ortaklarına sirayetini de ilgili unsurun bilinmesi kaydıyla mümkün görmesidir<sup>440</sup>. Bu çerçevede *yazara* göre A, B isimli kiralık katile karısını öldürtmesi durumunda eğer B, A'nın karısını öldürdüğünü biliyorsa eşi öldürme şeklindeki öldürmenin nitelikli halinden etkilenecek ve nitelikli halden cezalandırılacaktır. *Yazarın* bu değerlendirmeleri TCK'da benimsenen bağlılık kuralı düzenlemesiyle uyumlu değildir. Bundan daha da önemlisi, *yazarın* bağlılıkla ilgili düşüncelerinin şeriklerin bağlı yapısına da aykırı olmasıdır. Zira bu kabulle birlikte bütün faillerin de birbirine bağlı olduğu, hatta ilginç bir şekilde failin de şerike bağlı olabileceği gibi bağlılık kuralına uygun olmayan bir neticeye varılabilecektir. Benzer bir görüşe *Hakeri* ve *Özkan*'da da rastlanmaktadır. Nitekim *yazarlar*, bağlılık kuralı gereğince failden faile sirayetin olmayacağını belirtmişse de ilginç bir şekilde şerikten faile sirayetin olabileceğini ileri sürmüş<sup>441</sup>, yalnızca şerikin faile bağlı olduğunu göz ardı etmişlerdir. Bu görüşlerden en ilginç olanı ise *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye aittir. Zira *yazarların* şeriklerde mevcut olan nedenlerin diğer şeriklere etkisi mevzusuna girmeleri ve benzer açıklamaların şeriklerden şeriklere sirayette de mümkün olduğuna dair açıklamalarda bulunmaları, şeriklerin dahi birbirine bağlı addedildiği düşüncesini beraberinde getirmektedir.

Yargıtay, müşterek faillikte cezaya etki eden nedenlerin failden faile sirayetinin mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>442</sup>. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nın ilk dönemlerinde Yargıtay, her ne kadar nitelikli halin müşterek faillerden sadece kendinde bulunan suç ortağı hakkında uygulanacağına dair yerinde bir karar vermiş olsa da buna gerekçe olarak bağlılık kuralı dışında başka nedenler ileri sürmüş, bağlılık kuralını geri plana itmiş ve nitelikli haller bakımından her bir müşterek failin birbirinden münferit addedilmesinin başkasına bağlı olmaksızın fiil hakimiyetinden

<sup>439</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s. 523; Özkan, **a.g.e.**, s. 165. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'nin şeriklere mevcut olan fiile bağlı sebeplerin diğer suç ortaklarına uygulanabileceği yönünde bir anlam ortaya çıkmasına sebep olan ifadeleri de dikkat çekmektedir. Bunun için bkz. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, **a.g.e.**, s. 574.

<sup>440</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s. 484.

<sup>441</sup> Hakeri, **a.g.e.**, s. 589; Özkan, **a.g.e.**, s. 165.

<sup>442</sup> KN.. 1. CD., 30.04.2012, 1264/3369 – Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1130.

kaynaklı bir haksızlığa sahip olduğuna hiçbir şekilde değinmemiş<sup>443</sup>, adeta 765 sayılı TCK döneminin etkisiyle şahsa bağlı nedenlerin sirayet etmeyeceği düşüncesinden yola çıkmıştır<sup>444</sup>. Buna rağmen Yargıtay, son dönem kararlarında bağlılık kuralına dikkat etmeye başlamış, bunu kararlarına da yansıtmıştır<sup>445</sup>. İki müşterek failden biri bakımından cezaya etki eden nitelikli hal söz konusu olduğunda ve fakat diğer failde bulunmadığında biri nitelikli halden fail olarak sorumlu olacakken diğeri nitelikli hale yardım eden, suçun temel şekline ise fail olarak sorumlu tutulur. Bununla birlikte bu suç ortağı, failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince yalnızca suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olacaktır<sup>446</sup>.

Suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin müşterek failerde sirayetine ilişkin olarak tutarlı olarak yerinde kararlar veren Yargıtay'ın aynı tavrı şeriklerden faile sirayet noktasında yerine getirdiği söylenemez. Zira her ne kadar birçok kararında şeriklerden kaynaklanan kişisel nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet etmesi hususunu kabul etmemiş olsa da<sup>447</sup> Yargıtay'ın bazen farklı

<sup>443</sup> Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 463, dpn. 1582.

<sup>444</sup> Nitekim Yargıtay, "...sanık Gökhan'ın, sanık Zeliha'nın eşi olan maktulü Zeliha ile birlikte tasarlayarak öldürdükleri anlaşılma, 5237 sayılı TCK'nın 40/2 maddesi de dikkate alındığında Gökhan'ın aynı yasanın 37/1 maddesi delaletiyle 82/1-a maddesi uyarınca tasarlayarak adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken 82. maddenin 1-d bendinin de uygulanması yasaya aykırı..." şeklindeki kararında KN.. 1. CD., 25.11.2009, 5242/7257 - Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 463, dpn. 1582.

<sup>445</sup> Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 sayılı kararında "Suça iştirak ile ilgili olarak; uygulamada ortaya çıkan sorunların en önemlilerinden birisi şeriklerin sorumluluklarının kapsamının belirlenmesi ile ilgilidir: **Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failer, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira müşterek failerin her birinin işlediği fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle müşterek failerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez.**" şeklindeki ifadelerle yer vererek açıkça bağlılık kuralının müşterek faillikte geçerli olmadığını belirtmiş, böylelikle de failden faile sirayetinin olmayacağına açıkça yer vermiştir (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 463, dpn. 1581).

<sup>446</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 545; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 464; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 678; Hakeri, **a.g.e.**, s. 590; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1175.

<sup>447</sup> "...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'yi azmettirdiğinde suçun gerçekleşmesi halinde her ikisi de 81. madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü failin işlediği suç basit kasten öldürme suçudur. Aksine F'nin A'yı, A'nın babasını öldürmesine azmettirdiği durumda ise hem A'nın hem de F'nin 82/1-d maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan 'yakın akrabayı kasten öldürme suçundan' sorumlu tutulması gerekir. Zira failin işlediği suç 'nitelikli öldürme'dir. Azmettiren ise azmettirirken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir. A'nın babasını A ile F birlikte öldürmeleri haline gelince bu durumda ikisi de müşterek fail olacaklarından A

kararlar da verdiği görülmektedir. Nitekim Y. 1. Ceza Dairesi, 01.07.2009 tarih 5808/4145 sayılı kararında azmettiren kaynaklı olan kan gütme saikine ilişkin nitelikli halin fail hakkında da uygulanmasını hukuka aykırı bulmamıştır<sup>448</sup>. Oysa ki Yargıtay'ın aynı dairesi tarafından neredeyse aynı tarihte verilen bir kararda şerikin şahsında bulunan nitelikli halin faile sirayet etmeyeceği ifade edilmiştir<sup>449</sup>.

Yukarıda da önemle işaret edildiği üzere cezaya etki eden nedenlerin failden faile ve keza şerikten faile sirayetinin kabul edilmesi, bu neden ister fiile isterse şahsa bağlı olsun bağlılık kuralının yapısına kesin olarak aykırılık teşkil eder<sup>450</sup>. Bu noktada söz konusu cezaya etki eden nedenin fiile mi yoksa şahsa mı ait olduğunun bir önemi olmayacağı gibi fail konumundaki diğer suç ortağı tarafından bilinip

---

*nitelikli kasten öldürmeden, B basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır. Buna göre somut olayda sanık G'nin, kızı olan C'yi, kardeşi olan A'yı öldürmeye azmettirdiği anlaşılmalı ve sanık G hakkında basit kasten öldürmeye azmettirmeden TCK'nın 38 ve 81. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilmek suretiyle nitelikli kasten öldürmeye azmettirmeden, TCK'nın 38 ve 82/1-d maddeleri uyarınca hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.*" KN.. 1. CD., 25.06.2014, 2014-1428/2014-3654 – Koca/Üzülmez, s. 462, dpn. 1578. "Sanık Saim M'nin öz babasını tasarlayarak öldürmeye azmettirme, sanık Semai B'nin tasarlayarak öldürme, sanıklar Yakup ve Nurdoğan'ın tasarlayarak öz babanın öldürülmesi suçuna yardımcı fail olarak katılma suçlarından mahkumiyetlerine dair hükümlerin CMUK'un 322. maddesi gereğince; a) 5237 sayılı TCK'nın 40/1-2 maddeleri gereğince şahsa bağlı ağırlaştırıcı nedenler müşterek faile sirayet etmeyeceğinden sanık Semai B'nin hüküm fıkrasında 82/1 maddenin d bendinden çıkartılmasına..." KN.. 1. CD., 12.06.2008, 489/4996 – Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., C. I, s. 1179.

<sup>448</sup> KN.. 1. CD., 01.07.2009, 5808/4145 – Koca/Üzülmez, s. 464; Kaymaz, s. 145, 146. Benzer şekilde "Sanık Halil İbrahim'in, eşi olan maktuleye fuhuş yaptırdığı, maktulenin buna karşı çıktığı ve sanığı şikayet ettiği, daha sonra müşterek evi terk ederek başkasıyla yaşamaya başladığı, olay günü boşanma konusunu konuşmak üzere sanıkların oturduğu eve geldiği, burada sanıklarla tartıştığı, evi terk edip gitmek istemesi üzerine, sanık Halil İbrahim'in yaşı küçük kardeşi olan sanık Adem'i azmettirmesi sonucu sanık Adem'in tabanca ile yanında sanık Halil İbrahim olduğu halde maktuleyi kovalayarak sığındığı marangoz dükkanında tabanca ile ateş ederek öldürdüğü olayda; Sanık Halil İbrahim'in, eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık Adem'i azmettirdiği, sanık Adem'in de, maktulenin sanık Halil İbrahim'in eşi olduğunu bildiği anlaşılmalı ve, azmettiren kaynaklı şahsi ağırlaştırıcı sebebin sirayetinin kabulü ile, sanık Adem hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine... iştirak edilmemiştir." KN.. 1. CD., 01.02.2010, 438/493 – Artuk/Gökcan/Yenidünya, a.g.e., s. 678; Öztürk/Erdem, a.g.e., Kn. 776, dpn. 1660.

<sup>449</sup> "Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktule Besime'nin, sanık Orkide'nin babaannesi olduğu, olay tarihinde sanıklar Gökhan ve Orkide'nin maktule Besime'nin evinde gizlice buluştuğu, birlikte esrar içtikten sonra maktulenin sanıkları uygunsuz vaziyette gördüğü, maktule tarafından olayın ailesine anlatılacağı endişesiyle sanık Orkide'nin korktuğu ve sanık Gökhan'ı, maktuleyi öldürmesi için azmettirdiği, bunun üzerine her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; 5237 sayılı TCK'nın 40/1-2. maddesi göz önüne alındığında, sanık Orkide'den kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık Gökhan'a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 81/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulması..." bozma sebebi sayılmıştır (KN.. 1. CD., 10.02.2010, 2844/758 – İskender, **Yargıtay Dergisi 2011**, s. 18).

<sup>450</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 211.



bilinmemesinin herhangi bir önemi olmayacaktır<sup>451</sup>. Şu halde kesin olarak belirtmek gerekir ki cezaya etki eden nedenlerin sirayeti, ancak failden şerike mümkündür. Bu bakımdan Yargıtay'ın azmettiren kaynaklı olan kan gütme saikine ilişkin nitelikli halin fail hakkında da uygulanmasını uygun gördüğü kararlar kesinlikle bağluluk kuralına aykırıdır.

#### **d. Sirayetin Koşulu: Suçun Daha Ağır Veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hale Yönelik Kastın Varlığı**

Suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin her halükarda haksızlığa ya da haksızlığın yanında kusura etki ettikleri göz önünde bulundurulduğunda her ne kadar kusura etki eden kısmın kast kapsamında yer almayacaksa da haksızlığa etki eden boyutuna yönelik kastın bulunması gerektiği rahatlıkla ifade edilebilir<sup>452</sup>. Aksi takdirde ilgili nitelikli unsurun arka plandaki kimseye uygulanmasından söz edilemeyecek, şerik suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır<sup>453</sup>. Şu halde bütün nitelikli hallerin her durumda haksızlığa etki eden bir yönünün bulunduğu da dikkate alındığında şerike sirayet etmesi için şerikin bu nedene yönelik olarak kastının bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Türk doktrinindeki hakim görüş de bu yöndedir<sup>454</sup>.

Bununla birlikte dotkrinde bir görüş, cezaya etki eden nedenin bilinmesi dışında bu nedenin ayrıca suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu çerçevede failin eşini arkadaşından aldığı tabancayla öldürmesi ve kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda bu nitelikli halin şerike de uygulanabilmesi için şerik, failin eşini kendisinin teslim ettiği tabancayla öldürüleceğini biliyor olmalı

<sup>451</sup> Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 211; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 463; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **a.g.e.**, s. 678.

<sup>452</sup> Özkan, **a.g.e.**, s. 164. Bununla birlikte *Akbulut*, nitelikli unsurların varlığına ilişkin kastın aranmasını, bu nedenlerin maddi unsurlar kapsamında yer aldığı yönündeki görüşüne dayandırmıştır (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 209). Oysa ki *Akbulut*, amaç, saik gibi manevi unsurlar altında yer alan nitelikli unsurları görmezden gelmiştir (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 209). Bu bakımdan cezaya etki eden nitelikli hallerin bu şekilde maddi unsur kapsamında ya da manevi unsur kapsamında olduğuna dair sınıflandırılması, karışıklık dışında bir işlev görmeyecektir.

<sup>453</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **a.g.e.**, s. 411.

<sup>454</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 544; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 461; Hakeri, **a.g.e.**, s. 589; Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, C. I, s. 1174; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 572; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 667.

ve bununla da kalmayıp verdiği tabanca suçun işlenmesinde etkili olmalı, suçun işlenmesini kolaylaştırmalıdır<sup>455</sup>. Burada arka plandaki kişinin işlenen suçtan dolayı şerik olarak sorumlu tutulmasına esas sebep olan hususun sağladığı katkının suçun işlenmesinde etki etmesi olduğu dikkate alındığında *yazarlar* tarafından ileri sürülen etkililik kriterinin ayrı bir şart olarak telakki edilmesinin ne tür bir anlam ifade ettiği içerisinde soru işaretlerini barındırmaktadır.

En nihayetinde bağlılık kuralı gereğince<sup>456</sup> şeriklerin kastları, en geç icra hareketlerinin gerçekleştirildiği aşamada mevcut olması koşuluyla<sup>457</sup> cezaya etki eden nitelikli halin sirayeti açısından yeterli olacak, bunun dışında ek başka bir unsura gerek bulunmayacaktır. Dolayısıyla mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle onu yaralamak isteyen A'ya bu durumu bilerek yardım eden K'nin de nitelikli yaralama suçundan (TCK md. 86/3) cezalandırılması gerekir. Buna karşılık K'nin mağdurun kamu görevini yerine getirdiği için yaralanmak istendiğini bilmeksizin suça katıldığı takdirde fail TCK md. 86/3 hükmünden, yardım eden ise TCK md. 86/1 hükmünden bahisle sorumlu tutulacaktır<sup>458</sup>. Benzer şekilde kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi durumunda nitelikli halin şerike de uygulanabilmesi için şerikin bu durumdan haberdar olması gerekli görülmektedir<sup>459</sup>. Yargıtay da hakim görüşle uyumlu olarak bu tür durumlarda ilgili nedenin şerike sirayet etmesi için haklı olarak sadece bilme koşulunu yeterli görmektedir<sup>460</sup>.

<sup>455</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 573.

<sup>456</sup> Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, buna gerekçe olarak bağlılık kuralı ifadesi yerine kast kuralı ifadesini tercih etmiştir. *Ekici Şahin* de bu yazarların farklı bir gerekçeye dayandıklarını belirtmiştir (Ekici Şahin, **AÜHF** **64 (3) 2015**, s. 667). Aslında bunları farklı görüşler olarak nitelendirmek çok da doğru olmayacaktır. Zira her iki grup yazarlara göre de esasında şerikin kastı dikkate alınacaktır. İlk grup yazar bağlılık kuralına gerekli önemi vermediğinden bunu kast kuralı olarak ifade ederken kanunda şeriklerin failin fiili bakımından kasıtlı olarak hareket etmesi gerektiği bağlılık kuralı düzenlemesi altında yer aldığından diğer grup bağlılık kuralına vurgu yapmıştır.

<sup>457</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 569.

<sup>458</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, C. I, s. 1174.

<sup>459</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 573.

<sup>460</sup> Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 25.06.2014 tarih ve 2013/3531, 2014/3655 sayılı kararına göre *sanıklar Murat ve Kenan'ın, maktule ile sanık Muhammet'in evli olduğunu bildikleri halde sanık Muhammet'in eşini kasten öldürme suçuna yardım ettikleri anlaşılmalı, TCK'nun 82/1-d, 39 maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine bağlılık kuralına yanlış anlam suretiyle TCK'nun 81, 39 maddeleri uyarınca hüküm kurulması yasaya aykırı bulunmuştur* (YKD, Ekim 2014, s. 10, s. 2215). Keza Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 25.06.2014 tarih ve 2013-3531/2014-3655 sayılı kararında "...somut olayda; sanıklar M ve K'nin maktule ile sanık Z'nin evli olduğunu bildikleri halde sanık Z'nin 'eşini kasten öldürme' suçuna yardım ettikleri anlaşılmalı, TCK'nun 82/1-d, 39 maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine bağlılık kuralına yanlış anlam

Tüm bunlara rağmen şahsa bağlı nitelikli unsurların hiçbir şekilde sirayet etmeyeceğini kabul eden görüşler dikkate alınmayacak olursa Türk doktrininde daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli unsurların sirayet edebilmesi, bu unsurların şerik tarafından bilinmesine bağlı tutulmamış, bilme koşulu sadece daha ağır ceza verilmesini gerektiren unsurlar açısından bir şart olarak telakki edilmiştir. Bununla birlikte bazı yazarlar, daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli unsurlar açısından fiili ve şahsi olup olmadığına yönelik bir ayırım yapmış, kişisel ise sadece ilgili suç ortağının, fiili ise bütün suç ortaklarının bundan yararlanacağını belirtmişler, daha ağır bir ceza verilmesini gerektiren nitelikli unsurlar bakımından ise bu şekilde fiile-şahsa bağlı neden ayırımı yapmamışlar ve bu unsuru bilen suç ortağına söz konusu unsurun uygulanacağını kabul etmişlerdir<sup>461</sup>. Bunun gerekçesi olarak fiile ilişkin nedenlerin objektifliği gösterilmektedir. Bu çerçevede hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı fiile ilişkin daha az ceza verilmesini gerektiren bir neden olarak görüldüğünden şerik malın değerinin azlığından haberdar olmasa bile bu nitelikli halden yararlanacaktır<sup>462</sup>.

### C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Bu konudaki kanaatimiz, madde gerekçesinde yer alan bazı ifadeler görmezden gelindiğinde TCK md. 40 hükmünün suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin sirayeti konusunda yeterli olduğu şeklindedir. Nitekim TCK md. 40 hükmünden hareketle şeriklere kusura ilişkin hususların ve şahsi cezasızlık sebeplerinin sirayet etmeyeceği, bunların dışında kalan suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin sirayetinin mümkün olduğu kabul edilmiştir<sup>463</sup>. Şu halde ister fiile ilişkin olması hasebiyle sadece haksızlığa etki etsin isterse faile ilişkin olmasından bahisle haksızlığın yanında kusura etki etsin bütün nitelikli haller, belirli şartlarla sirayet edebilecektir. İşte tam bu noktada çözüm bulunması gereken husus, fiile ilişkin değil de failin şahsına ilişkin olan ve bu anlamda haksızlığın

---

*verilmek suretiyle kasten öldürme suçuna yardımdan, TCK'nın 81, 39 maddeleri uyarınca hüküm kurulması, yasaya aykırı olup sanık M müdafii, sanık K müdafii ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu nedenle tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak bozulmasına...*" hükmetmiştir (Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 462, dñn. 1576).

<sup>461</sup> Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 336; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 572; Ekici Şahin, **AÜHFĐD 64 (3) 2015**, s. 666.

<sup>462</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 572.

<sup>463</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 569.

yanında kusura da etki eden nitelikli unsurun kusura etki eden bu yönünün ilgili suç ortağına sirayet etmesinin önüne geçilebilmesidir. Bunun için belki de söz konusu nitelikli unsurun failin ya da şerikin şahsına ilişkin olması şeklinde bir ayırımın yapılması ve incelemenin buna göre yapılması daha uygun olacaktır.

Şahsa bağlı olup haksızlığın yanında kusura da etki eden nitelikli halin fail bakımından mevcut olması ve fakat şerik açısından söz konusu olmaması durumunda şerikin bu nitelikli halden sadece haksızlık boyutuyla etkilenmesi gerekmektedir. Yani Türk doktrininde “...kanunda açıkça yazılmadığı sürece cezaların artırılıp eksilmeyeceği...” şeklindeki TCK md. 61/10 hükmüne dayanılarak şahsa bağlı nitelikli hallerin failden şerike sirayet etmemesi, bütün suç ortaklarının yalnızca kendilerinde bulunan şahsa bağlı nitelikli halden sorumlu tutulmaları yönündeki görüşlerle<sup>464</sup> bu fikirlere temel teşkil eden Alm.CK § 28/2 hükmünde yer alan ve cezada artırma ya da azaltmayı gerektiren nitelikli hallerin sadece kendinde bulunan suç ortakları açısından uygulanmasını öngören düzenlemeyi yerinde bulmamaktayız. Zira failin şahsında bulunan bu nitelikli halden haberdar bir şekilde faili fiili işlemeye sevk eden ya da failin fiiline destek olan şerikin de bu artan haksızlıktan etkilenmesi mutlak şekilde olması gerektirir. Bununla birlikte A’yı, A’nın babası B’yi öldürmesi için azmettiren C’nin de kasten öldürmenin nitelikli haline azmettiren olarak sorumlu tutulacak olması, bu anlamda söz konusu nitelikli halin bütünüyle C’ye de sirayet edecek olmasında şüphe bulunmamaktadır. İşte bu örnekte A’nın işlediği fiilin haksızlık kapsamında meydana gelen artışın C’ye sirayet etmesi hiç kuşkusuz ki olması gereken bir durumdur. Ancak A’nın babasını öldürmesinden kaynaklı öldürmenin bu nitelikli halinin öngörülmesi ve cezasının müebbetten ağırlaştırılmış müebbetle dönüştürülmesinde kusurundaki artışın, dolayısıyla kınanabilirliğindeki yükselmenin de etkili olduğu inkar edilemez bir gerçektir. Şu halde A’nın babasını öldürmesi konusunda azmettiren C’nin, A’nın işlediği fiilin artan haksızlık oranından etkilenmesi, sınırlı bağlılık kuralı gereğince mümkün olsa

<sup>464</sup> Kaymaz, **GÜHFD 2012**, s. 148; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 575; Öztürk/Erdem, v Kn. 776; Ekici Şahin, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 669. *Akbulut*, kanuni düzenlemede bir değişikliğe gidilmesi gerektiğini, Alm.CK § 28 hükmünde olduğu gibi kişisel nedenlerde suç ortaklarının her birinin münferit olmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir (Akbulut, **GÜHFD 2010**, s. 213). Ancak *Akbulut*, failin fiiline ve şahsına bağlı olan nitelikli halin şerike mutlaka etki edecek olmasını görmezden gelmiştir.

da kusurundaki artıştan kaynaklı olarak öldürme suçunun cezasındaki artıştan etkilenmesi mümkün olmamalıdır.

Şahsa bağlı nitelikli hallerin failden şerike sirayet etmemesi, bütün suç ortaklarının yalnızca kendilerinde bulunan şahsa bağlı nitelikli halden sorumlu tutulmaları yönündeki görüşten yana olan *Kaymaz*, gerekçe olarak TCK md. 40/1 hükmünü göstermiştir. Zira *Kaymaz*'a göre her suç ortağının kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacak olması bu sonucu gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede *Kaymaz*'a göre A, eşi B'yi öldüren C'ye yardım eder veya onu azmettirirse C'nin kasten öldürmenin temel şeklinden, A'nın ise nitelikli şeklinden sorumlu tutulması gerekir. Bu kapsamda esas önem arz eden durum ise A'nın eşi B'yi C'nin temin ettiği silahla kendisi öldürmesi halidir. Zira bu ihtimalde *Kaymaz*'a göre A, kasten öldürmenin nitelikli halinden, C ise temel şekline yardım etmeden sorumlu tutulacaktır<sup>465</sup>. Bu görüşün yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Zira daha evvel de ifade ettiğimiz üzere nitelikli hallerin hem haksızlığa hem de kusura etkileri muhakkaktır ve bu yönüyle haksızlığa etki eden kısımlarının diğer suç ortaklarına etki edeceği, kusura etkisinin sirayet etmemesinden çıkartılmalıdır. Keza her ne kadar madde gerekçesindeki “...cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğurur.” ifadeden daha az ceza verilmesini gerektiren şahsa bağlı nitelikli hallerin de anlaşılabilirliği ileri sürülse de<sup>466</sup> bu ifadeden anlaşılması gereken şahsi cezasızlık sebepleri ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerdir.

İşte Türk hukukunun mevcut sisteminde bunun önüne geçebilmek adına bazı formüller geliştirilebilir. Bu çerçevede evvela hiçbir şekilde kanun değişikliğine gerek kalmaksızın cezanın belirlenmesi esnasında söz konusu nitelikli hali şahsında bulundurmayan şerikin cezasında belirli bir oranda indirim yapılması suretiyle gerçekleştirilmesi düşünülebilir. Ancak TCK md. 61 hükmünde hakim somut olayda; (...) f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını... göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceği belirtilmiş ve cezasının müebbet olduğu, bu anlamda cezanın alt ve üst sınırının bulunmadığı öldürme suçları açısından en

<sup>465</sup> Kaymaz, *GÜHFD* 2012, s. 150-152, 161-162.

<sup>466</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 669.

azından arka plandaki kişinin kendi babasını öldürmeye azmettirmediği gerekçesiyle alt sınırdan ceza belirlenmesi yoluna gidilebilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Bu bakımdan bir başka formül olarak TCK md. 62 hükmünden bahisle şerikin cezasında bir indirim yapılması yoluna gidilebilir. Nitekim söz konusu hükümde *fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis cezasının verileceği* belirtilmiştir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri olarak failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de bu takdiri indirim nedenlerinin sınırlı olmamak üzere örnekler şeklinde belirlendiğine yer verilmiştir. Ancak hükümde özellikle *fail* vurgusunun yapılmış olması, düzenlemenin şerikler açısından ne ölçüde uygulanabilir olduğu sorununu beraberinde getirebilecek, en nihayetinde bir çözüm önerisinde bulunulsa da bunu oldukça kuşku hale getirecektir.

Bu açıdan bu konudaki en elverişli çözüm önerisi, kanundaki özgü suçlara ilişkin düzenlemede söz konusu özel niteliği haiz olmayan şeriklerin cezasında **765 s. TCK'da olduğu gibi** belli bir oranda indirim yapılmasına ilişkin imkanın öngörülmesi yönündeki değişikliğe benzer şekilde bir düzenlemenin şahsa ilişkin olan nitelikli unsura sahip olmayan şerik bakımından da yer verilmesidir. Bu, aslında nitelikli hallerin sirayetine ilişkin olarak Alman hukukunda olduğu gibi kanunda özel bir düzenlemenin ihdas edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Öyle ki A'yı babası B'yi öldürtmeye azmettiren C'nin, kasten öldürmenin nitelikli haline azmettirmeden müebbet hapis cezasından bahisle yargılanması, B'nin C ile hiçbir irtibatının bulunmaması, yani söz konusu kişisel ilişkinin C'de hiçbir şekilde tezahür etmemesi karşısında oldukça adaletsiz olacaktır. Hiç şüphesiz ki A'yı babasını öldürtmeye azmettirme ile A'yı arasında hiçbir ilişki bulunmayan alelade bir kimseyi öldürtmeye azmettirme arasındaki haksızlık oranı ve kusurluluk birbirinden farklıdır. Ancak bu fark, hiçbir şekilde C'nin de öz babasını kendi elleriyle öldüren A gibi müebbet hapis cezası yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasını gerekli kılacak nitelikte olamaz. Bu açıdan da A'nın artan haksızlığının C'ye sirayet etmesine müsaade edilebilecek olsa da kendi babasından kaynaklı olarak kusurluluğunda meydana gelen artışın C'ye sirayeti nedeniyle

oluşabilecek haksızlığın önüne geçilebilmesi adına mutlaka cezada belli bir oranda indirim yapılmasına imkan sağlanmalı, hakime bu konuda takdir yetkisi verilmelidir<sup>467</sup>.

Daha evvel de ifade edildiği üzere Yargıtay'ın failde bulunan, ancak şerikte mevcut olmayan şahsa bağlı bir nitelikli hali şerike uygulamama yönünde bir kabulden hareket ettiği görülmektedir<sup>468</sup>. Halbuki kanaatimize göre bu hususta adaletin sağlanabilmesi için failde bulunan bu nedenden haberdar olan şerikin bu nitelikli halden etkilenmesi, yani “tasarlayarak öldürme” şeklindeki nitelikli halin şerike de sirayet etmesi, ancak bu neden şerikin kendisinde mevcut olmadığı için cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerekir. Öyle ki bir annenin oğlunu öldürmesiyle normal alelade bir kimseyi öldürmesi fiillerinin teşkil ettiği haksızlık oranı açısından bir farkın bulunduğu açıktır. Bu bakımdan kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesinin şahsa bağlı bir neden olarak telakki edilip şeriklere sirayet etmeyeceğinin iddia edilmesi, bu nedenin fiilin haksızlık oranını yaptığı etkinin de gözden kaçırılması sonucunu doğuracak, bu da sınırlı bağlılık kuralına aykırılık teşkil edecek, minimal bağlılık kuralının benimsendiği gibi bir izlem ortaya çıkaracaktır. Dolayısıyla kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesinin şahsa bağlı bir neden olduğu görüşünü kabul etmiş olsak da bu nedenin sadece kendisinde mevcut olan suç ortağı bakımından uygulanabileceği, diğer suç ortağına sirayet etmeyeceği görüşünü benimsemediğimizi, şahsa bağlı nedenlerin de sirayet edebileceği ve fakat haksızlığın yanında kusura da olan etkileri dikkate alınarak Alman hukukunda olduğu gibi bu neden kendisinde mevcut olmayan şeriklerin cezasında belli bir oranda indirim yapılmasının daha doğru olacağı görüşünde olduğumuzu özellikle belirtmek gerekir. Bu nedenle Y. 1. Ceza Dairesi'nin 25.06.2014 tarih ve E. 2013/3531, K. 2014/3655 sayılı kararıyla faildeki şahsa bağlı nitelikli halin şerike

<sup>467</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 575.

<sup>468</sup> Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 24.09.2014 tarih ve 1769/4149 sayılı kararında *sanığın, kardeşinin öldürülmesi üzerine karşı taraftan birinin öldürülmesi için diğer failleri azmettirdiği olayda; diğer faillerin tasarlayarak öldürme suçunu işledikleri anlaşılınca, şerik olan sanığın 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesi uyarınca bağlılık kuralı gereği “TCK'nın 38/1. maddesi yollamasıyla 82/1-a maddesi uyarınca” cezalandırılması gerektiği, ayrıca kan gütmeye saikinden sorumlu tutulamayacağı* belirtilmiştir (YKD Aralık 2014, S. 12, s. 2686).

sirayet ettirilmesi yönündeki görüş yerinde olsa da bu nitelikli halin şerikin kendisinde bulunmamasının da mutlaka bir şekilde dikkate alınması gerekirdi<sup>469</sup>.

Nihayet şahsa bağlı nitelikli halin failde değil de şerikte mevcut olması halinde mevcut sistemde fail bakımından uygulanmasından bahsedilmeyen herhangi bir nitelikli halin şerikte mevcut olsa bile uygulanması mevzu bahis olmayacaktır. Bu tür bir sonuç, şeriklerin kendi haksızlıklarının görmezden gelindiği *bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisi* benimsenerek ihdas edilen TCK'nın iştirak düzenlemeleri karşısında uygun görülebilir. Zira şeriklerin cezalandırma temelinin tamamen failin işlediği fiilin haksızlık olduğu görüşünden hareket eden *bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinde* failde değil de şerikin kendisinde mevcut olan bir nitelikli halin şerikin cezalandırılmasında dikkate alınması söz konusu olamaz. Dolayısıyla mevcut TCK sistemi karşısında şeriklerin kendi şahısları açısından mevcut olan bir nitelikli halin kendileri açısından uygulanması gerektiğini ileri süren görüşlerin bu argümanlarının bir geçerliliği olmayacaktır.

<sup>469</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 25.06.2014 tarih ve E. 2013/3531, K. 2014/3655 sayılı karara konu olan olayda *Muhammet ile evli olan Elem müşterek ikamet ettikleri evi terk edip Önder ile birlikte gayri ahlaki bir hayat sürmeye başlar. Bunun üzerine Muhammet, Murat'ın sevk ve idaresindeki araçla yanlarında Kenan ve Sinan olduğu halde Önder'in sevk ve idaresindeki aracı takip ederler. Önder'in aracında Elem ve Leyla da bulunmaktadır. Önder'in aracının durduğu bir anda Muhammet ve arkadaşları araçtan inerek Önder'in aracına yönelirler. Muhammet elindeki tabancayla Önder'i önce tehdit ederek ve bilahare yaralayarak karşı koyamaz hale getirir. Murat, Kenan ve Sinan ise, Elem'i sürükleyerek kendi araçlarına bindirirler. Bu sırada Leyla, bağırarak yardım ister. Muhammet, ses çıkarmaması için Leyla'yı önce tehdit eder ve bilahare tabancasıyla yaralar. Olay yerinden ayrılan ve Murat'ın sevk ve idaresindeki araç yolda seyir halindeyken Elem, Muhammet'e hakaret eder. Bunun üzerine Muhammet, tabancayla ateş ederek Elem'i öldürür (...)* Sonuç olarak; **ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin 'nitelikli kasten öldürme' suçunu oluşturup oluşturmadığı failde göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir.** Bu durum, TCK'nın 82. maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için de 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'nın kendi babasını öldürmesine yardım ettiği durumda ise, hem A'nın hem de F'nin 82/1-d maddesi 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. A'nın babasını, A ile F'nin birlikte öldürmeleri haline gelince; *bağlılık kuralı uyarınca değil, bizzat 37. madde uyarınca her ikisi de müşterek fail olacaklarından A, nitelikli kasten öldürmeden B ise basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır. Buna göre somut olayda Murat ve Kenan'ın, maktule ile sanık Muhammet'in evli olduklarını bildikleri halde sanık Muhammet'in 'eşini kasten öldürme' suçuna yardım ettikleri anlaşılınca TCK'nın 82/1-d ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilerek suretiyle kasten öldürme suçuna yardımdan, TCK'nın 81, 39 maddeleri uyarınca hüküm kurulması, .... yasaya aykırıdır* (Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 554, dpn. 1074).



Bununla birlikte akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini belirtip azmettirmenin haksızlığına da önem arz eden görüşlerin şeriklerin kendi şahısları açısından geçerli olan nitelikli halin sırf failde bulunmadığından bahisle görmezden gelmeleri bazı soru işaretlerini içerisinde barındırmaktadır. Zira azmettirenin haksızlığına bir dereceden sonra önem atfedip ardından da azmettirenin şahsı açısından söz konusu olan nitelikli hale sırf failde bulunmadığı için hiçbir önem atfetmemek pek isabetli görünmemektedir<sup>470</sup>.

Şu halde mevcut TCK sistemi açısından değil de olması gereken açısından, yani şeriklerin cezalandırma temeli bakımından *hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisinin* kabul edilmesi ve böylelikle şeriklerin failden bağımsız olarak kendi davranışlarının meydana getirdiği haksızlığa da önem atfedilmesi suretiyle belirli bir dereceden itibaren cezalandırılabilir görülmesi halinde bir değerlendirme yapıldığında şerikler açısından mevzu olan bir nitelikli halin görmezden gelinmemesi, mutlaka dikkate alınması gerekecektir<sup>471</sup>. Bu açıdan babası B'den miras payını almak isteyen C'nin, A'yı B'yi öldürmesi yönünde azmettirmesi halinde sırf A açısından bu nitelikli halin bulunmamasından hareketle öldürmenin temel şeklinde azmettiren olarak sorumlu tutulması, alelade bir kimseyi öldürtmek üzere bir kimseyi azmettirmesiyle babasını öldürtmek için bir başka kişiyi azmettirmesi arasındaki haksızlık oranı ve kusurluluk bakımından farklılığın tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelecek, haksız yere daha az şekilde cezalandırılması gibi bir sonucu beraberinde getirecektir. İşte bunun önüne geçmek adına önerimiz, şeriklerin sadece kendileri açısından söz konusu olan nitelikli halin kendileri bakımından dikkate alınması, ancak bağlılık kuralı gereğince yalnızca şerikin faile bağlı olması nedeniyle bunun şerikin kendisiyle sınırlı kalması gerektiği yönündedir. Bu durumda yukarıdaki örnekte C, kasten öldürmenin nitelikli haline azmettirmeden sorumlu tutulacakken A, kasten öldürmenin temel şekliyle sorumlu tutulacaktır. Bu sonucun bağlılık kuralına aykırı bir yönünün bulunmadığını da

<sup>470</sup> Bu anlamda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini belirtip azmettirenin belli hallerde davranışlarının sahip olduğu haksızlığa önem atfeden *Koca/Üzülmez*'in şeriklerin hareketinin ceza hukuku anlamında tek başına bir anlam ifade etmediği, şerikin sadece kendi şahsında bulunan nedenin kendisi için uygulanmasının yerinde olmayacağı yönündeki eleştirileri (*Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 461, dpn. 1574*) soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.

<sup>471</sup> Akbulut, *GÜHFD 2010*, s. 212.

vurgulamak gerekir. Zira bağıllık kuralının bir gereği olarak C, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulmanın temelini A'nın işlediği fiilden almaktadır. Bununla birlikte C, kendisi bakımından söz konusu olan öldürmenin üst soya karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli hal dolayısıyla da ayrıca sorumlu tutulabilir ki bu, failin fiilinden bağımsız şekilde kendi davranışının korunan hukuki değer üzerinde oluşturduğu ihlalden kaynaklanmaktadır. Elbette bu argümana karşı *bir kişinin öldürme suçunu kendi babasına karşı bizzat kendisinin işlemesiyle bir başka kimseye işletmesi arasındaki farkın ortadan kalkacağı* yönünde bir itiraz ileri sürülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki bu itiraza karşı da *kişinin babasını bizzat kendisinin öldürmesinin birçok durumda babasını başkasına öldürtmekten daha zor olacağı, bu açıdan bir başkasına işletmenin verdiği rahatlatıcı yolu tercih etmenin haksızlığı azaltıcı bir etkiden ziyade artırıcı bir etkisinden dahi söz edilebileceği* yönünde bir düşünce ile karşı konulabilir. Daha doğrusu birçok kişinin kendisiyle bu derece yakınlık ilişkisi içerisinde olan kişileri doğrudan kendisinin öldürmesindeki kararlılıkla bir başka kişiye işletmedeki kararlılık arasındaki fark mutlak şekilde ortaya çıkacaktır. Nitekim bir kişinin annesini kendi elleriyle öldürme kararı noktasındaki kararlılığı, bir başka kişiye işletme noktasındaki kararlılığından daha düşük olacak, fiili kendi elleriyle gerçekleştirme açısından yaşayacağı tereddüt hiç şüphesiz ki akıl sağlığı yerinde olan bir kimse bakımından daha fazla olacaktır. Bu vesileyle bir kimsenin fiili kendisinin işlemesinden bir başka kişiye işletmesi, kendisinin daha alt derecede sorumlu tutulmasına bir temel teşkil etmesi pek de makul görünmemektedir. Bu açıdan şerikin sadece kendisi bakımından var olan nitelikli unsur nedeniyle yalnızca kendisinin sorumlu tutulmasına imkan verecek bir kabulden hareket edilmesi, suç ortaklarının gerçekleştirdikleri hareketin neticesinin haksızlığının yanı sıra hareketlerinin de haksızlığının dikkate alınması sonucunu beraberinde getirecektir. Nitekim her ne kadar bir başka kişinin annesini öldüren kişinin hareketinin meydana getireceği neticenin haksızlığının kendisine annesini öldürmesini isteyen kişinin sorumluluk temelini bir kısmını teşkil etse de hareketlerinin haksızlığı da dikkate alındığında annesini öldürten kişinin hareketindeki haksızlık oranının bir başka kişinin annesini öldüren kişinin hareketindeki haksızlık oranından daha fazla olacağına, en azından eşitleneceğinde şüphe bulunmamaktadır.

Bununla birlikte bir başka kimsenin annesini öldürme hareketini gerçekleştiren kişinin kasten öldürme suçunun temel şeklinden fail, arka plandaki kişinin ise kasten öldürmenin nitelikli halinden şerik olarak sorumlu tutulması şeklindeki bir sonuçta bir başka kimsenin annesini bilerek öldüren, yani bu şekilde bir neticeyi kabullenerek gerçekleştiren, bir anlamda arka plandaki kişinin hareketinin haksızlığının artışına neden olan etkenin ortaya çıkmasına yol açan kişinin bir ihtimal olarak öldürdüğü kişinin bir başkasının annesi olduğunu bilmemesi, öngörememesi arasında da bir farkın bulunması gerekmektedir. Yani yukarıdaki denkleme bir ekleme yapılması kaçınılmazdır. Buna göre kendi annesini öldürten kişinin yükümlülüğüne aykırı davranışını gerçekte gerçekleştirmesine katkıda bulunan kişinin de bu haksızlık oranından en fazla bu haksızlık oranı kadar etkilenmesi gerekir. Böylelikle suç ortaklarının birbirilerinden bağımsız kabul edilmesi ve arka plandaki kişinin kasten öldürmenin nitelikli haline azmettiren, ön plandaki kişinin ise kasten öldürmenin temel şekline fail olarak sorumlu tutulması da failin, azmettirenin haksızlık oranındaki artışa yönelik nedensel katkısının görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu durum, ilginç bir şekilde sanki fail de şerike bağılıymışçasına arka plandaki kişinin haksızlık oranındaki artışın ön plandaki kişiye de sirayet etmesi sonucunu beraberinde getirecektir ki bu, bağıllık kuralının ve şerikliğin yapısına hiçbir şekilde uygun değildir. Bu açıdan da en makul çözüm, şerikin şahsından kaynaklı bir nitelikli halin bulunması durumunda bu nitelikli halden kaynaklı haksızlık ya da kusurluluktaki artışın cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması, bu durumun mutlaka göz önünde bulundurulmasıdır.

En nihayetinde Alm.CK'da kabul gören bu sistemle birlikte Türk doktrininde sıklıkla bir sorun olarak gündeme gelen kişinin babasını bizzat kendisi öldürüp öldürmenin nitelikli halinden sorumlu tutulmak yerine başkasına öldürtüp öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulması ve böylelikle fiili başkasına işletmeyi bir kurtuluş yolu olarak görmesinin<sup>472</sup> önüne geçilmiş olacaktır. Öyle ki yargı

<sup>472</sup> Ekici Şahin, *AÜHFD* 64 (3) 2015, s. 671; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 576; Akbulut, *GÜHFD* 2010, s. 204, 212; Özkan, *a.g.e.*, s. 166. Nitekim *Koca/Üzülmez* de TCK'daki düzenlemenin mevcut haliyle herhangi bir hata içermediği yönündeki ifadelerine (*Koca/Üzülmez*, *a.g.e.*, s. 463, d.pn. 1579) rağmen bir başkasını kendi alt soy veya üst soyunu öldürmeye azmettiren yahut da bu tür bir fiile yardım eden kimsenin kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulacak olmasının adalet duygusunu zedelediğine dikkat çekmişlerdir (*Koca/Üzülmez*, *a.g.e.*, s. 463, d.pn. 1579). Gerçekten de bu tür bir fiilin işlenmesine azmettiren

kararlarıyla birlikte tartışılan ve bir türlü çözüme kavuşturulamayan bu sorun, Türk doktrininde de önemli bir yer işgal etmeye, tartışmaların odak noktasını oluşturmaya başlamıştır.

Nitekim Y. 1. Ceza Dairesi'nin 25.06.2014 tarih ve E. 1428, K. 2014/3654 sayılı kararına konu olan miras paylaşımından kaynaklanan uyuşmazlık sebebiyle Güler'in kardeşi Ali Kemal'i kast ederek vur deyip elindeki av tüfeğini kızı Cemile'ye verdiği, Cemile'nin de dayısı Ali Kemal'i hedef alarak ateş ettiği ve dayısını öldürdüğü olayda **yerel mahkeme, bizim görüşümüze uygun olarak** Cemile'yi kasten öldürmenin temel şeklinden fail olarak sorumlu tutarken Güler'i Ali Kemal'in kardeşi olması nedeniyle kasten öldürmenin nitelikli halinden azmettiren olarak sorumlu tutmuştur.

**Y. 1. Ceza Dairesi,** Cemile'ye ilişkin kasten öldürmenin temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulması yönündeki kararı onarken Güler'e ilişkin kasten öldürmenin nitelikli halinden azmettiren olarak sorumlu tutulması yönündeki kararı bozmuş ve Güler'in kasten öldürmenin temel şekline azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Kararın gerekçesinde “...***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'yi azmettirdiğinde suçun gerçekleşmesi halinde her ikisi de 81. madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü failin işlediği suç ‘basit kasten öldürme’ suçudur. Aksine F'nin, A'yı A'nın babasının öldürülmesine azmettirdiği durumda ise hem A'nın hem de F'nin 82/1-d maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan ‘yakın akrabayı kasten öldürme suçundan’ sorumlu tutulması gerekir. Zira failin işlediği suç ‘nitelikli öldürme’dir. Azmettiren ise azmettirirken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir. A'nın babasını, A ile F'nin birlikte öldürmeleri haline gelince, bu durumda ikisi de müşterek fail olacaklarından A nitelikli kasten öldürmeden, B ise basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır.***” ifadelerine yer verilmiştir. Esasında Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin bu kararı, TCK'nın bağlılık konusunda esas aldığı bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisi

---

ya da yardım eden kimse, bu haliyle suçun temel şeklinden sorumlu tutulacakken fiili bizzat kendisi gerçekleştirmiş olsaydı kendisi öldürmüş olsaydı suçun nitelikli halinden sorumlu tutulacaktı. Dolayısıyla alt soy ya da üst soyunu öldürme planı içerisinde bulunan bilinçli bir kimse, fiili bizzat kendisi işlemek yerine fiili bir başka kimseye işletme yolunu tercih edecektir.

çerçevesinde oldukça yerinde bir karardır. Yani akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmadığı, dolayısıyla da azmettirenin failden bağımsız olarak sırf kendi davranışının bir önem arz etmediği TCK sisteminde şerikin failden bağımsız olarak sahip olduğu nitelikli halin de bir önem arz etmesi söz konusu olamaz. Bu bakımdan Y. 1. Ceza Dairesi'nin kararı mevcut düzenlemeler çerçevesinde oldukça yerinde bir karardır.

Buna rağmen **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı**, dairenin bozma kararına itiraz etmiş ve ***bizim kabul ettiğimiz gibi adeta hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisini kabul etmişçesine, mevcut TCK düzenlemeleriyle de uyumlu olmayarak*** Güler hakkında kasten öldürmenin nitelikli haline azmettirmeden hüküm verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Başsavcılık, bağlılık kuralının kişisel nedenlerin sirayetine ilişkin olarak bir çözüm getirmediği, bu çerçevede Alman kanun koyucu tarafından kanunda kişisel hallerin sirayetine dair özel bir hüküm ihdas ettiği, bu hüküm gereğince cezanın indirilmesini, ağırlaştırılmasını veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel unsurların yalnızca bu unsurlar kendisinde bulunan suç ortakları bakımından uygulanacağı, **TCK'da bu tür bir hüküm bulunmadığından bu sorunun genel hükümlere göre çözülmesi gerektiği**, bu yapılırken de herkesin kendi kusuruna göre sorumlu tutulacağı, cezayı artıran şahsa bağlı nitelikli hallerin sirayetinin kanunilik ilkesi gereğince kanunda yer alması gerektiği, mağdurla arasında kişisel bir ilişki bulunan **azmettiren konumundaki kimsenin hakkında bu kişisel ilişkiden kaynaklı nitelikli halin uygulanmamasının kusur ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir. TCK md. 40/1 hükmünde yer alan her bir suç ortağının kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı yönündeki hükmün daha ağır veya daha hafif ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller açısından da geçerli olacağı şeklindeki ifade, Başsavcılığın en önemli ifadesi olarak gösterilebilir.** Bu ifade, kısmen doğru, kısmen yanlıştır. Daha evvel de belirttiğimiz üzere şahsa bağlı nitelikli hallerin sadece kusura etki edeceğinden hareket edilmesi doğru olmayacak, haksızlığa da etkisinin muhakkak olduğu göz ardı edilmiş olacaktır. Dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu görüşü doğru ancak eksiktir. Ancak tüm bunlardan daha önemli olanı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ulaştığı sonucun her ne kadar kanun koyucunun iradesiyle uyumlu olmasa da doğru bir sonuç olmasıdır.

Bunun dışında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu itiraz gerekçesi üzerinde duran *Özgenç*, Alm.CK'daki kişisel unsurların sirayetine ilişkin hükümlerin 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışının bir yansıması olduğuna, ETCK'da yer alan düzenlemelerle de benzer olduğuna vurgu yapmıştır. Buna gerekçe olarak ise Alm.CK § 28/2 hükmünde yer alan “cezanın artırılmasını, cezada indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini gerektiren özel kişisel unsurlar” ibaresinin hem gerçek özgü suçlardaki özel faillik vasfı hem failin şahsından kaynaklanan ve suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli unsurları, hem de şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri değerlendirme konusu yaptığını, bu kavramların içerik ve mahiyetleri arasında önemli farklar bulunduğunu belirtmiştir<sup>473</sup>. Ancak daha önce de üzerinde durulduğu üzere kanaatimizce *Özgenç*'in bu düşüncesi üzerinde özellikle durulması gerekmektedir. Zira TCK md. 82 hükmünde yer alan öldürmenin alt soy, üst soy, eş veya kardeşe karşı işlenmesi şeklindeki failin şahsından kaynaklanan ve suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli unsurların Alm.CK'daki düzenlemede yer alan cezanın artırılmasını, cezada indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini gerektiren özel kişisel unsurlardan farklı olup olmadığı, fark varsa da bu farkın ne tür bir fark olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim Alm.CK'ya göre bir kamu görevlisini bir kimseyi görevi esnasındayken yaralamaya sevk eden arka plandaki kişinin kasten yaralamanın temel şekline azmettirmeden, kamu görevlisinin ise kasten yaralamanın görev başında gerçekleştirilmesi şeklindeki nitelikli halinden fail olarak sorumlu tutulmasına temel teşkil eden düzenleme Alm. CK § 28/2 hükmü olup hükümde yer alan “cezanın artırılmasını, cezada indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini gerektiren özel kişisel unsurlar” ifadeleri bu sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bizim kanuni düzenlemelerimize göre ise benzer örnekte şerik de kamu görevlisi gibi yaralamanın kamu görevlinin yerine getirilmesi esnasında gerçekleştirilmesi şeklindeki nitelikli hale azmettirmeden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Ne var ki sadece şerikin kendisi bakımından söz konusu olan nitelikli hal hiçbir şekilde uygulanmamakta, tamamen

---

<sup>473</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 551-552.

failin kendisine bağı kalınmaktadır. İşte tüm bunlar uygulamada çelişkilere yol açmaktadır.

Gerçek şu ki failden şerike sirayet her halde kabul edilmelidir. Ancak nitelikli halin şahsa bağı bir nitelikli hal olması durumunda bu nitelikli halin hem haksızlığa hem de kusura etki edecek olmasından dolayı şerikin bu nitelikli hali kendi şahsında gerçekleştirmediği durumda cezasında belli bir oranda indirim yapılabilirdir. Bunun dışında failde bulunmasa da sadece şerikin kendisine mevcut olan bir nitelikli hal, şerikin kendisi bakımından etki etmelidir. Fakat bu nitelikli hal, sadece şerik faile bağı olduğundan şerikten faile sirayet etmeyecektir. Ancak şerikteki bu nitelikli halden haberdar şekilde fiili işlemesi nedeniyle her ne kadar bu nitelikli hal kendisine uygulanmayacaksa da en azından cezası belirlenirken mutlaka bu husus dikkate alınacak, böylelikle nitelikli hali bilmesine rağmen arka plandaki kişinin işlediği fiile şerik olarak iştirak etmesine müsaade etmiş olması ya da bu duruma doğrudan kendisinin onay göstermiş olması da karşılıksız kalmamış olacaktır.

İşte mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde bu sonuçlara ulaşmanın verdiği zorluğun, kişilerin fiili bizzat işleyip suçun nitelikli halinden sorumlu tutulmaktansa başka bir kimseye işletip suçun temel şekline azmettiren olarak sorumlu tutulup daha fazla sorumluluktan kurtulma yolunu seçmeleri şeklindeki zorlukla birleşmesi, Türk doktrininde farklı arayışların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Nitekim bu sorundan kaynaklı olsa gerek Özgenç, yukarıdaki Yargıtay kararına konu olayda Güler'in olay mahallinde olduğunu ve Cemile'yi yönlendirdiğini belirterek Güler'le Cemile'nin müşterek fail oldukları sonucuna ulaşmış, Güler'in kasten öldürmenin nitelikli halinin faili, Cemile'nin ise kasten öldürmenin temel şeklinin faili, nitelikli şeklinin ise yardım edeni olduğunu, nihayetinde Cemile'nin failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulacağını ifade etmiştir<sup>474</sup>. Halbuki incelememizin bu başlığı altında ileri sürdüğümüz görüşlerin esas alınması halinde sorun, bu tür çözüm arayışlarına gerek kalmaksızın büyük ölçüde aşılmış olacaktır.

---

<sup>474</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 554.

## SONUÇ

“Suça iştirakte bağıllık kuralı” konulu üç bölüm halinde yapılan çalışmamızın **“Bağıllık Kuralının Temeli: Faillik-Şeriklik Ayrımı” başlıklı ilk bölümü kapsamında** genel suçlarda faillik-şeriklik ayrımının fiil hakimiyeti prensibine göre belirlendiği, bu ölçütün ETCK’dan farklı olarak 5237 sayılı TCK’da da benimsendiği ifade edilmiştir.

Bu bilgilerden evvel bölüm kapsamında tipikliğin gerçekleştirilmesi bakımından nedensel anlamda katkı sağlayan her suç ortağının gerçekleşen olay üzerindeki etkisine bakılmaksızın fail olarak kabul edildiği tek faillik sisteminin bazı sorunlar sebebiyle kabulünün mümkün olmadığı, söz konusu sorunlara yer verilerek izah edilmiştir. Bu noktada fiilin işlenişine katkı sağlayan suç ortaklarının her birinin katkısı birbiri ile aynı oranda olmamasına rağmen bu sistemde tamamının aynı şekilde değerlendirilmesinin, her bir hareketin içerdiği özel haksızlığın kaybolması sonucunu beraberinde getireceği vurgulanmış, bununla birlikte suç ortaklarının katkılarının ağırlığına göre cezalarının belirlenmesinde ne derece başarılı olunacağı, hakimin bu değerlendirmeyi hangi ölçütlere göre gerçekleştireceği sorularının gündeme geleceği, bu çerçevede de bir belirsizliğin ortaya çıkacağı, bunun da hukuk devleti ilkesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği üzerinde durulmuştur.

Bu açıklamaların hemen ardından failliği suça katkı sağlayan kişilerin iradelerini dikkate alarak belirleyen sübjektif teorinin sorunlu yanları ortaya konmuş, böylelikle faillik-şeriklik ayrımının niçin bu teoriye göre yapılmaması gerektiği izah edilmeye çalışılmıştır. Buna göre öncelikle teori kapsamında yer alan “*yararın derecesi*” ve “*iradeye tabi olma*” gibi içsel durumlara işaret eden sübjektif kriterlerin içeriklerinin belirlenmesinin oldukça zor olduğuna değinilmiş, bu belirsizliğin keyfi uygulamalara yol açacağı, bunun da hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan belirlilik ilkesine ve hukuk güvenliğine aykırı sonuçları beraberinde getireceği vurgulanmıştır. Bundan daha önemlisi teorinin kabul edilmesiyle birlikte başkasının yararına göre hareket eden kişinin fiili kendi elleriyle gerçekleştirmiş olsa bile fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulacak olması, bunun tam tersi fiili bizzat icra etmese bile sırf kendi yararına göre hareket ettiği için bir başkasının işlediği fiile yardımsal



katkı sağlamış olması halinde dahi fail olarak sorumlu tutulacak olması şeklindeki sonuçların meydana geleceğine dikkat çekilmiştir.

Yine failin sadece suç tipi kapsamında tanımlanan hareketi bizzat gerçekleştiren kişi olup hareketi gerçekleştiren kişi dışında suçun işlenişine katkı sağlayan diğer suç ortaklarının faillik kapsamında görülmediği şekli-objektif teoriye karşı olarak da ileri sürülen eleştiriler üzerinde durulmuş, bu teorinin de faillik-şeriklik ayrımının yapılmasında yetersizliği ortaya konmuştur. Bu çerçevede icra hareketlerinin esas alınması nedeniyle kanuni suç tipinde hiçbir zaman tipik hareketlerinin tanımlanmadığı, sadece neticenin belirtildiği serbest hareketli suçlarda hareketin icrasından ne anlaşılması gerektiği sorununun ortaya çıkacağı, buna göre öldürmeye sevk edici hareketlerin hareketin icrası olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği şeklinde bir sorunun gündeme geleceği ifade edilmiştir. Elbette bundan daha önemlisi teori kapsamında kanuni tanımdaki ifadelere sıkı sıkıya bağlılığın dolaylı faillik ve müşterek faillik kurumları açısından sorunlara neden olduğu yönündeki tespittir. Nitekim iştirak türleri arasındaki ayrımın faillik için esas alınan “icra hareketlerinin yerine getirilmesi” şeklindeki koşul ile birlikte izah edilebilir olmadığı belirtilmiş, bu bakımdan özellikle de dolaylı faillik ve müşterek faillik kurumlarının açıklanabilmesi için de yeterli bir kriter üzerinde durulduğu belirtilmiştir.

Buradan hareketle tüm bu teorilere karşılık fiil hakimiyeti teorisiyle suçun işlenmesinde olaylar üzerindeki esaslı etkisi suretiyle anahtar konumunda olan, merkezde yer alan, objektif olarak hakimiyete sahip olan kimsenin fail olduğu sonucuna ulaşılmış, bu hakimiyetin de doğrudan failliğe işaret eden “*harekete hakimiyet*”, dolaylı failliğe işaret eden “*iradeye hakimiyet*” ve nihayet müşterek failliğe işaret eden “*fonksiyonel hakimiyet*” şeklinde üç türünün olduğu üzerinde durulmuştur. Bu hakimiyet şekillerinin nasıl olacağına değinildikten sonra tam bu noktada kişinin sadece fiil hakimiyetine sahip olmasının faillik için yeterli olmadığı, aynı zamanda fiil hakimiyetine yönelik bir iradeye sahip olmasının da gerekli olduğu hususuna özellikle vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla kusur yeteneği olmayan bir kimseyi suçun işlenmesine sevk eden arka plandaki kişinin, işlenen suç üzerinde hakimiyet sahibi olması ve işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması sevk

ettiği kişinin kusur yeteneğine sahip olmadığını da bilmesine, yani fiil hakimiyetine sahip olmaya yönelik iradeye sahip olmasına bağlıdır.

Bu açıklamalardan sonra gerek ETCK gerekse TCK'da failliğin belirlenmesinde hangi teorinin kabul edilmiş olduğu üzerinde durulmuştur. Bu konuda TCK'nın md. 37/1 hükmünün gerekçesinde yer alan “*Yeni yapılan düzenlemeyle iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir.*” şeklindeki ifadelerden açıkça fiil hakimiyeti teorisinin benimsendiğinin anlaşıldığı, ancak aynı rahatlığın ETCK açısından söylenmesinin zor olduğu hususlarının altı çizilmiş, ETCK dönemindeki doktrinsel görüşlerden hareketle zor da olsa bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu zorluğun ise ETCK'nın faillik-şeriklik ayrımı bakımından belirli bir ölçüt ortaya koymamasından kaynaklandığı, iki iştirak türü arasındaki ayrımın suç ortağı hakkında öngörülecek olan cezaya göre takdir edildiği, tam bu noktada bu değerlendirmenin neye göre, hangi ölçüte göre yapılacağı belirsiz kaldığı yönündeki sonuçlara ulaşılmıştır. En nihayetinde her ne kadar farklı görüşler dikkate alınarak belirli teoriler çerçevesinde bir neticeye ulaşılmaya çalışılsa da kesin bir ifade ortaya konulamamıştır.

Tüm bunlardan sonra yine birinci bölüm kapsamında bazı suç tiplerinin yapısından kaynaklı olarak fiil hakimiyetinin ya yeterli olmadığını yahut da kapsamının daraltıldığının ya da hiçbir şekilde gerekli olmadığını kabul edilmesi, istisnai durumların dikkate alınması gerektiğinden hareket edilerek yükümlülük suçları, bizzat işlenebilen suçlar ve amaç suçlarında faillik-şeriklik ayrımına dair özel bir inceleme yapılmış ve bu suç türlerinde belirli bir faillik kriteri belirlenmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda ilk olarak yükümlülük suçları üzerinde durulmuş, yükümlülük suçlarının esasına değinilerek çerçevesi çizilmiş, özellikle de özgü suçlarla ilişkisi ele alınmıştır. Yükümlülük suçları, her daim ve sadece hukuki değerlerin korunmasının amaçlandığı suç tipleri kapsamında belli bir konuda özel olarak hukuki anlamda hareket etme yükümlülüğünün öngörüldüğü ve kural olarak bizatihi bu yükümlülüğün ihlalinin bir saldırı olarak yaptırım altına alındığı suç tipleri olarak ifade edilebilir. Bu yükümlülük, suç tipi kapsamında “Kasten öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi” suçunda (TCK md. 83) olduğu gibi açıkça zikredilebileceği gibi zimmet suçundaki (TCK md. 247) gibi zımni olarak da öngörülmüş olabilir.

Keza bu yükümlülük, rüşvet suçundaki (TCK md. 247) gibi kamu hukuku kaynaklı olabileceği gibi bazı hallerde güveni kötüye kullanma suçunda (TCK md. 155) olduğu gibi özel hukuk kaynaklı da olabilir. Bununla birlikte TCK md. 83 kapsamındaki yükümlülük de özel hukuk ilişkisine dayalı bir sözleşmeden ve keza özel hukuk alanına dahil olan bir kanundan kaynaklanabilir. Keza kasten öldürme suçunun nitelikli halini gündeme getiren öldürme suçunun “*alt soy, üst soy, eş ve kardeşe*” karşı işlenmesi de (TCK md. 82/1-d) bu kapsamda değerlendirilebilir. Nitekim her şeyden önce eşlerin birbirlerine karşı evlilik birliğinden kaynaklı yükümlülükleri dikkate alınmalıdır. Yine alt soya karşı da velayet hakkından kaynaklı bir yükümlülüğün söz edilebilir. Öyle ki çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda kararlar alıp uygulamakla yükümlü kılınan ebeveynlerin çocuklarının hayatlarına kast etmeleri bu yükümlülüklerine bir aykırılık teşkil edecektir.

Bu tanımsal bilgilerden sonra yükümlülük suçları, sırf yükümlülük suçları ve görünüşte yükümlülük suçları şeklinde tasnif edilmiştir. Buna göre suç tiplerinde yükümlülüğü ortaya çıkaran özel faillik niteliğinin, suçu temellendiren, suçun işlenmesi için olmazsa olmaz niteliği haiz unsur olduğu, faillik için bu unsurların gerekli olduğu suçlarda bu unsuru bünyesinde bulundurmayan suç ortağının fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı suçlar *sırf yükümlülük suçları* iken suçun yalnızca nitelikli hali bakımından özel niteliği haiz olan kişi üzerinde bir yükümlülük öngörüldüğü, dolayısıyla suçun temel şekli bakımından fail üzerinde herhangi bir yükümlülüğün öngörülmediği suçlar *görünüşte yükümlülük suçlarıdır*. Buna göre askeri suçlarda askerlik özelliği ve görev suçlarında kamu görevliliği gibi durumlar, sırf yükümlülük suçları kapsamında ele alınacakken cinsel istismar suçunun üst soy tarafından işlenmesi şeklindeki nitelikli hali bakımından fail üzerinde özel bir yükümlülük öngörülmüş olduğundan buradaki yükümlülük, görünüşte yükümlülük suçları kapsamında irdelenecektir. Görünüşte yükümlülük suçlarının temel özelliği, temel şekli herkes tarafından işlenebilen, failliğin tespitinde fiil hakimiyetini gerekli kılan suç tipleri üzerine inşa edilen suçun faili bakımından özel bir yükümlülüğün öngörülmesi suretiyle nitelikli hal şeklinde öngörülmüş olmasıdır. Zira bir suçun nitelikli halinde öngörülen özel yükümlülük, aslında suçun temel şeklinde öngörüldüğü şeklindeki gibi gerçek anlamda bir yükümlülük olmayıp görünüşte bir nitelik taşımaktadır.

Yükümlülük suçlarına ilişkin bu tanımlamalardan sonra faillik alanının kanun koyucu tarafından objektif koşullarla belirli bir kişilik alanı ile sınırlandırıldığı, tipiklik kapsamında korunan hukuki değer fail konumunda sadece bu sınırlandırılmış alanda yer alan kişi tarafından ihlal edilebildiği suçların “özgü suçlar” olduğu belirtilmiş ve bu suçlarla yükümlülük suçları arasındaki ilişkiye değinilmiş, özgü suçlarla yükümlülük suçlarının birbirinin aynısı olduğuna vurgu yapılmıştır. Zira özgü suçlar kapsamında her durumda özel faillik niteliğinden kaynaklı olarak bir yükümlülüğün öngörüldüğü, yani bu suçlarda özel yükümlülüğe neden olanın da bizatihi özel faillik niteliğinin kendisi olduğu ifade edilmiştir.

Yükümlülük suçlarına ilişkin tüm bu bilgilerden sonra yükümlülük suçlarında failliğin nasıl tespit edileceğine yer verilmiş, bu konudaki farklı görüşler ele alınarak nihayet bu görüşlerden biri tercih edilerek bir sonuca ulaşılmıştır. Bu çerçevede ilk görüş, dolaylı faillik açısından ön plandaki kişinin yükümlülük sahibi olmasını ve bu yükümlülüğünü ihlal etmesini arka plandaki suçun tipiklik kapsamı dışında kalan kişinin dolaylı fail olabilmesi için yeterli görmekteyken ikinci görüş, yükümlülük suçlarında fiil hakimiyeti kriterini hiçbir şekilde önemsememekte, bu kriterin üzerini tamamen çizmekte ve bunun yerine sadece “yükümlülüğe sahip olan kişinin yükümlülüğünü ihlal etmesi” şartını koymaktadır. TCK’da benimsenen ve Türk ceza hukuku doktrininde de baskın olan üçüncü görüş ise özel niteliği haiz olsa bile faillik için fiil hakimiyetini gerek görerek fiil hakimiyeti kıstasından yükümlülük suçu da olsa hiçbir şekilde ödün vermemiş, fiil hakimiyetinin yanı sıra ayrıca yükümlülüğün de ihlalini ek bir koşul olarak gerekli görmüştür.

Nihayet bizim de kabul etmiş olduğumuz son görüş, suçun sırf yükümlülük suçu olması durumunda fiil hakimiyetine gerek olmaksızın sadece yükümlü kılınan kişinin söz konusu yükümlülüğe aykırı herhangi bir hareketini faillik için yeterli addederken görünüşte yükümlülük suçlarında mutlaka fiil hakimiyetini gerekli görmüş, dolayısıyla da faillik için “*fiil hakimiyeti + yükümlülük sahibi kişinin yükümlülüğü ihlal etmesini*” aramıştır.

Tam bu noktada bütün suçların zaten birer yükümlülük suçu olduğu yönündeki en temel eleştiriye karşılık yükümlülük suçları olarak ifade ettiğimiz suçlardaki yükümlülüğün, bütün suçlarda var olan yükümlülüğün üzerine ek bir yükümlülük

olduğu, herkes açısından mevzu bahis olan emredici ve yasaklayıcı normların ihlal edilmemesi şeklinde bir yükümlülükten bahsedilmediği, bu tür bir yükümlülüğün haricinde, yani ceza hukuku dışındaki alanlarla ilgili olarak suç tipinde özel bir kişilik alanı nezdinde oluşturulan ayrı bir yükümlülüğün mevzu bahis olduğu belirtilmiş, başka eleştirilere de cevap aranmıştır. Devamında Yargıtay'ın da yükümlülük suçlarına ilişkin kararları üzerine bir değerlendirme yapılmıştır.

Esasında Yargıtay kararlarında görev suçları açısından fiil hakimiyeti kriterine çok da dikkat edilmediği, en azından fiil hakimiyetinin oldukça geniş yorumlandığı, bunun da yükümlülük sahibi olunmasına ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesine bakılması anlamını taşıdığı tespiti yapılmış ve çeşitli kararlar üzerinden bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte Yargıtay'ın özel faillik niteliğini haiz olmasa bile fiil hakimiyeti bulunan kişilerin korunan hukuki değer üzerinde dolaylı da olsa ihlal gerçekleştirdikleri ve bu nedenle şerik olarak da olsa cezaya layık olduklarından hareket ettiğine, buna rağmen özellikle yerel mahkemelerin yaygın bir şekilde bu konuda hatalı kararlar verdiklerine, özel faillik niteliğini haiz olmayan kimseleri hiçbir şekilde sorumlu tutmama sonucuna ulaştıklarına vurgu yapılmış, en nihayetinde Yargıtay'ın da yükümlülük suçları teorisini kabul etmesinin uygulamayı oldukça kolaylaştıracağı ve zaten şu anda birçok kararında ulaştığı sonuca en azından teorik anlamda da bir izah getirilmiş olacağı hususları altı çizilerek belirtilmiştir.

Suç tanımında yer alan hareketin sadece doğrudan faillik şeklinde, bizzat icra edilmesi suretiyle işlenebileceği, dolaylı yahut da müşterek faillik şeklinde işlenmesi mümkün olmayan bizzat işlenebilen suçlarda bu tür katkıları sağlayan suç ortaklarının suçun işlenişine ancak şerik olarak iştirak etmiş olacakları ifade edilmiştir. Yine kişinin fail olabilmesi için suç tipinde belirtilen özel amaç, saik veya niyet gibi kast dışında öngörülen sübjektif unsurlara da sahip olmasının gerekli görüldüğü amaç suçlarında bu amaca sahip olmayan kişinin fail olamayacağı, ancak bu amaca sahip şekilde hareket ettiğini bildiği suç ortağına katkı sağlaması kaydıyla suçun işlenişine şerik olarak iştirak etmiş olacağı hususuna da değinilmiştir.

Çalışmamızın “**Şeriklik ve Bağlılık Kuralı**” başlıklı ikinci bölümü kapsamında öncelikle şerikliğin cezalandırma temeli üzerine bir inceleme yapılmış, bu kapsamda ileri sürülen teoriler, yöneltelen eleştirilerle birlikte detaylı bir şekilde

ele alınmış, nihayet TCK'da ve Türk doktrininde bu teorilerden hangisinin benimsendiği üzerinde durulmuştur.

Bu çerçevede *kusura iştirak teorisi*, şerikin failin kişiliği üzerinden suç işlediği, dolayısıyla da faili kusura ve cezaya yöneltmiş olması nedeniyle cezaya layık görüldüğü fikrine dayanmaktayken *haksızlığa iştirak teorisi*, azmettirenin faili sosyal düzenden saptırdığı ve bu suretle kendisindeki kötülüğü faile bulaştırdığı görüşünden hareket etmektedir. *Haksızlığa yönelik dayanışma teorisine* göre şerikin kendi kasıtlı hareketiyle ortaya koyduğu katkı, başkasının kasıtlı haksızlığı ile bir dayanışma gösterir ve bu şekilde şerik, başkasının fiili üzerinde ortak bir anlaşmaya varır. Nedenselliği temele alan *saf neden olma teorisine* göre ise şerikliğin tek başına bir haksızlık teşkil ettiği kabul edilmiş, şerikin haksızlığının failin fiilinden kaynaklanmadığı, bilakis tam anlamıyla failin fiilinden bağımsız olduğu, bu çerçevede de şerikin haksızlığının, failin haksızlığı karşısında neden olunan bağımsız bir haksızlık üzerinden mevcut olduğu ileri sürülmüştür.

Bu teorilerden en önemlisi *bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi* olup bu teoriye göre şerik, fiilin işlenmesine yönelik kastı harekete geçirmek suretiyle yahut da fiiliyle veya sözleriyle bu tür bir hareketi destekleyerek failin tipik ve hukuka aykırı olan hareketine sebebiyet vermesi bağlamında cezaya layık addedilir. Bu teori kapsamında azmettiren, faili fiilin işlenmesine yönlendirerek birlikte neden olmak suretiyle failin fiiline bağlanır. Yardım eden ise failin fiili işlenmesini katkı sağlayıcı nitelikteki destekleme hareketleri ile birlikte neden olmak suretiyle failin fiiline bağlanır. Azmettirenin failde suç işleme kararını oluşturmak, yardım edenin ise fiilin işlenmesine yönelik bir takım kolaylaştırıcı katkılarda bulunmak suretiyle fail üzerinden hukuki değerlere yönelik olarak (dolaylı da olsa) nedensel bir saldırı gerçekleştirdikleri kabul edilmiştir.

Nihayet son teori olan *hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisine* göre şerikin haksızlığının çifte bir yapıyı haiz olduğu kabul edilmiş, bu çifte yapı içerisinde şerikin haksızlığının bir kısmı failin fiiline bağlı tutulmak suretiyle failin fiilinin haksızlığından, diğer bir kısmı ise ihlal edilen hukuki değerlerin şerikin kendisine karşı da korunuyor olması durumunda şerikin kendi hareketinin meydana getirdiği ihlalden kaynaklı görülmüştür. Bu çerçevede failin fiiline bağlı neden

olmanın yanı sıra şeriklerin hukuki değerlere yönelik bağımsız saldırıda bulunmaları da gerekli görülmüş, şerikliğin cezalandırma temeli sadece suç tipinin dolaylı-bağlı bir şekilde gerçekleştirilmesinde görülmemiş, şerike karşı da korunan hukuki değerler üzerinde söz konusu olan saldırının şeriklik haksızlığının bağımsız bir unsuru olarak eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan sonra şeriklerin hareketlerinin de suç tipinde korunan hukuki değeri ihlal edici bir davranış olduğu, bu anlamda her şekilde haksızlık teşkil ettiği, buna rağmen bu ihlalin failinki gibi doğrudan değil, fail üzerinden dolaylı olduğu, bununla birlikte şerikliğin cezalandırılabilmesi için haksızlık teşkil eden bu dolaylı ihlalin mutlaka cezaya layık olması gerektiği, bunun da ancak şerikin hukuki değer üzerinde cezalandırılabilir nitelikte bir ihlal gerçekleştirmesi, ancak bu ihlalin suçun konusunu zarara uğratması veya suçun konusu üzerinde en azından önemli bir tehlikeye neden olması halinde gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle de şerikin failden bağımsız olan kendi davranışının haksızlığını görmezden gelerek şerikin bütün haksızlığının failin haksızlığından kaynaklandığını kabul etmesi nedeniyle bağılılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinden yana olmadığımız, “*hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisi*”ni desteklediğimiz detaylı bir şekilde açıklanmıştır.

Tam bu noktada azmettirenle yardım edenin hareketlerinin haksızlığı ile hareketleri sonucu gerçekleşen neticenin haksızlığı arasındaki farkın dikkate alınmasına ilişkin gereklilik vurgulanmış, şeriklerin failin haksızlığından bağımsız olarak kendi hareketlerinin kapsamının değerlendirilmesinin ayrı bir önem arz ettiğine, böylece şeriklerin fail üzerinden hukuki değerlere yönelik dolaylı olarak gerçekleştirdikleri ihlalin ikinci planda kaldığına dikkat çekilmiştir.

Buradan hareketle azmettirme ve yardım etmenin yapısal boyutları ele alınmış, hangi boyuttan itibaren hangi koşullarda cezaya layık bir haksızlık teşkil edebilecekleri üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede azmettirmede ilk aşamada failde fiili işleme kararını oluşturmaya yönelik bir çaba içerisine girme, ikinci aşamada faili ikna ederek kararın oluşmasını sağlama ve nihayet üçüncü aşamada failin icra hareketlerine başlaması şeklinde üç aşamalı bir gelişim sürecinin bulunduğu, yardım

etmede ise zaten karar vermiş olan faile yardım etme hareketinin gerçekleştirilmesi ve nihayet failin icra hareketlerine başlamasının söz konusu olduğu belirtilmiştir.

Detaylı incelemenin ardından azmettirenin suç işleme kararı bulunmayan failde bir suç işleme kararı verdirerek fiili fail gibi bizzat icra etmese de korunan hukuki değer bakımından önemli bir haksızlık ortaya koyduğuna işaret edilmiş, fiili işlememesine rağmen faille eşdeğer şekilde cezalandırılmasının gerekçesi aranmış, bunda faile suç işleme kararını verdirerek azmettirenin, failin mağduru öldürmesine sebebiyet vererek hem failin hem de mağdurun ortaya çıkmasının müsebbibi haline gelmesinin etkili olduğuna değinilmiştir. Daha da önemlisi karar verdirilen suçun içerdiği haksızlık oranı da dikkate alınmak kaydıyla ön plandaki kişide bizatihi bu suçun işlenmesi yönünde bir kararın verdirilmesinin bazı koşulların varlığı halinde bizatihi tek başına *cezaya layık bir haksızlık teşkil edebilecek* olmasına yönelik bir sonuca ulaşılmıştır. Bununla birlikte yardım etme hareketinin de tek başına bir haksızlık teşkil ettiği, ancak sahip olduğu haksızlık içeriğinin azmettirmeye göre daha az olduğu, bunun failin fiili olmaksızın yardım etme hareketinin tek başına cezalandırılabilir olmaması sonucunu beraberinde getirdiği hususlarına dikkat çekilmiştir.

Bu izahattan sonra TCK'da ve Türk doktrininde şerikliğin cezalandırma temeli bakımından hangi teorinin kabul edildiği tespit edilmeye çalışılmıştır. TCK'da özel olarak bağlılık kuralına dair bir hükmün ihdas edilmiş olması, kanun koyucu tarafından ya bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin ya da hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinin dikkate alındığını göstermektedir. Bu kapsamda belki de göz önünde bulundurulması gereken ilk husus, akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilir olarak görülmemesidir. Zira kanunda akim kalmış azmettirme cezaya layık görülmemekle azmettirmenin failden bağımsız olarak sahip olduğu haksızlık ya tamamen göz ardı edilmiş yahut da görmezden gelinmiş olmasa da cezalandırılabilir nitelikte görülmemiştir. Buna rağmen Türk öğretisinin önemli bir kısmının hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisini benimsediği göze çarpmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan sonra bağlılık kuralının esasına ve fonksiyonlarına değinilmiş, bu kapsamda ilk fonksiyonun fiil hakimiyetine sahip olmayan ve fakat



fiilin işlenişine katkı sağlayan suç ortaklarının cezalandırılmasının sağlanmasına yönelik olduğu, ikinci fonksiyonun ise hukuki değere yönelik olarak bir saldırı gerçekleştiren ve fakat kanuni tipteki yükümlülüğe sahip olmayan kişinin yükümlülüğe sahip fail konumundaki kişi üzerinden şerik olarak cezalandırılmasının sağlanmasına yönelik olduğu ifade edilmiştir.

Yine bu bölüm kapsamında şerikin sorumlu tutulabilmesi için failin fiilinin nitelik itibariyle hangi özelliklere sahip olması gerektiğini ortaya koyan niteliksel bağlılık ve şerikliğin cezalandırılabilmesi için failin fiilinin hangi aşamaya ulaşması gerektiğini tespit eden niceliksel bağlılık şeklindeki “*bağlılığın çifte gerekleri*” üzerinde durulmuştur.

Niteliksel bağlılık kapsamında şerikliğin failiğe olan derecesel olarak farklılaşmış bağlılığı ele alınmış, “bağlılık kuralının dereceleri” ortaya konmuştur. Buna göre bu dereceler, failin fiilinin objektif tipikliği gerçekleştirecek şekilde hareket etmiş olmasının yeterli kabul edildiği minimal bağlılık, failin fiilinin objektif tipikliğinin yanı sıra hukuka aykırı olmasının da arandığı sınırlı bağlılık, failin bunlara ek olarak kusurlu (ve kasıtlı) olarak hareket ettiği durumlarda katı bağlılık ve nihayet cezayı etkileyen özel kişisel unsurların da bir şart olarak arandığı aşırı bağlılık şeklindedir.

Bu bölümde özellikle niceliksel bağlılık üzerinde durulmuş, bu çerçevede akim kalmış azmettirme ve akim kalmış yardım etmenin cezalandırılabilirliği sorunu bir çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Tam bu noktada daha önce değinilen azmettirme ve yardım etmenin yapısal boyutlarına ilişkin bilgiler dikkate alınmış, bu bilgiler çerçevesinde bir sonuca erişilmiştir.

Bu çerçevede akim kalmış azmettirmenin ilk boyutu olan muhatapta belirli bir fiili işlemesi konusunda bir karar vermeye yönelik çabaların tek başına cezalandırılabilir olmadığı, cezalandırılabilirlik sınırının ancak muhtemel failde bir kararın verdirilmesi ile aşılmış olacağı belirtilmiştir. Buna gerekçe olarak da bağımsız ve hakim olunamaz şekilde süren bir etki ortaya koyan nedensel sürecin harekete geçirilmesi ve bir veya iki taraflı olarak hukuki değerlere yönelik söz konusu olan tehdidin özel bir şekilde yükseltilmesine dair iradelerin bağlanması gösterilmiştir. Dolayısıyla azmettirmenin ikinci boyutu, yani bir kimseye bir suç

işlemesi teklif, öneri, talep veya talimatında bulunan kişinin bu sevk etme hareketine karşılık muhatabın söz konusu suçu işleme kararına varması halinde sevk etme hareketini gerçekleştirme, her ne kadar doktrinde aksi görüşler bulunsa da kanaatimize göre Türk doktrinde hakim görüşün de belirttiği üzere cezalandırılmalıdır. Yani muhatapta belirli bir suçun işlenmesi konusunda kesin bir kararın oluşmasına neden olmayan sevk etme hareketleri, azmettiren açısından cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinden öteye geçmeyecekken kararın oluşumuna sebep olması halinde artık cezalandırılabilirlik sınırını geçmiş kabul edilecektir. Ancak bunun yalnızca belirli ağırlıktaki suçlar için mümkün olabileceği de vurgulanmıştır.

Bununla birlikte akim kalmış yardım etmenin cezaya layık olmadığı, zira failin cezalandırılabilir hareketi ile hiçbir şekilde nedensel ilişki içinde bulunmayan, salt faile yardımcı olma düşüncesinin *yardım etme hareketi adı altında* failin cezalandırılabilir fiili bulunmaksızın cezalandırılabilirliğinin söz konusu olmasıyla birlikte ceza hukukunun görevinin tamamen dışına çıkılacağı, subjektif kıstaslardan hareket edilmesi ve cezasız kalacak hareketlerle cezalandırılabilir hareketler arasındaki ayrımın net bir şekilde ortaya konması imkanının zorlaşmasına yol açması şeklindeki sonuçların beraberinde geleceği, bunun da hukuk devleti prensibi kapsamında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır.

Çalışmamızın “**Sınırlı Bağlılık Kuralı Kapsamında Niteliksel Bağlılığın Gerekliliği**” başlıklı üçüncü bölümü kapsamında Türk hukukunda sınırlı bağlılık kuralının benimsenmesi nedeniyle ortaya çıkan gereklilikler irdelenmiş, bu çerçevede ortaya çıkan farklı görüşler üzerinden tartışmalar yapılmıştır. Buna göre şeriklerin sorumluluğu için failin fiilinin hangi nitelikleri haiz olması gerektiği ve de hangi niteliklerin bulunmasına gerek olmadığı, ikinci olaraksa fail ve/veya şerik açısından söz konusu olan nitelikli hallerin diğer suç ortaklarına etkisi detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Bu kapsamda öncelikle TCK md. 40 hükmünden bahisle şeriklik için kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı şart görülmüş, bununla birlikte kusur ve cezalandırılabilirliğin diğer şartları gerekli görülmemiştir. Bu inceleme, failin fiili ve şerikin fiili bakımından ayrı ayrı yapılmıştır. Zira failin fiilinin kasıtlı ve hukuka

aykırı olması gerekirken şerik açısından suç işleme kararı bulunmayan bir kimseyi suça sevk etme ya da bir kimseye suçu işlemesi konusunda yardımda bulunma şeklinde hem şeriklik hareketinin bulunması, hem gerek kendi hareketi gerekse failin hareketi açısından çifte kastının bulunması, hem de şerikin kendi hareketinin hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Bu inceleme esnasında birçok konuda tartışma yapılmış olsa da bu başlık altında yalnızca bu tartışmalardan önem arz edenlerine yer verilecektir. Bu çerçevede en önemli tartışmalardan biri failin sınırı aşması veya şahısta hataya düşmesi durumunda şerikin sorumluluğunun belirlenmesine ilişkindir. Sınırın aşılması konusunda gerek Türk gerekse Alman doktrininde hakim görüşün niteliksel-niceliksel sınır aşımı şeklinde bir ayırım yapılması yönünde olduğu, niteliksel sınır aşımında şerikin hiçbir şekilde sorumlu tutulmadığı, niceliksel sınır aşımında ise şerikin genellikle kastının var olduğunun kabul edildiği ve sorumlu tutulduğu belirtilmiş, halbuki sorumluluk tespitinin doğrudan bu ayırmadan hareketle yapılamayacağına, esas dikkat edilmesi gereken ölçütün her halükarda “kast kriteri” olduğuna, bu kriterin niceliksel aşım açısından da niteliksel sınır aşımı açısından da geçerli olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu noktada hakim görüşün kabul ettiği gibi niteliksel sınır aşımında da azmettirenin sorumluluğunun direkt reddedilmesinden yana olmadığımızın altı önemle çizilmiş, bunda bazı durumlarda niceliksel sınır aşımının mı yoksa niteliksel sınır aşımının mı olduğu tespitinin yapılmasındaki güçlük ve keza niteliksel sınır aşımı dahi olsa “özellikle kademeli geçişlerde” aşılan kısmın da azmettirenin kastı kapsamında yer alabilecek olması etkili olmuştur.

Tam bu noktada temel suça azmettirilenin suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini işlemiş olması durumu irdelenmiş, hakim görüşün arka plandaki kişinin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi bakımından TCK md. 23 düzenlemesinin geçerli olduğu, dolayısıyla şeriklerin de ağır netice açısından taksirli olarak hareket etmelerinin yeterli addedildiği yönünde olduğu şeklindeki bilgilerin ardından bu konudaki kanaatimizin bu görüşün Alman düzenlemesinden kaynaklandığı, oysa ki TCK md. 23 hükmünün sadece faili kapsamında barındırabileceği, dolayısıyla da bu görüşün uygun olmayan sonuçlara ulaşılmasına yol açabileceği şeklinde olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda şeriklerin ağır netice açısından sorumluluklarının ne olacağının düzenlenmediği Türk hukukunda

azmettirenin fiilinin temel suç bakımından kasıtlı azmettirme, ağır netice bakımından da taksirli yan faillik şeklinde tezahür edeceği sonucuna ulaşılabilir. Yani ağır netice bakımından arka plandaki kişinin taksirli hareketi, şerik olarak sorumlu tutulması için yeterli görülmeyecek, bu defa ağır netice açısından kişinin ancak taksirli failliği gündeme gelebilecektir. Diğer bir ifadeyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda şerikin ağır neticeden sorumlu tutulması, bu ağır netice açısından şerikin en azından olası kastla hareket etmesine bağlı tutulmuştur.

Şahısta hata konusunda ise ileri sürülen farklı teoriler ele alınmış, nihayet Türk hukukunda kabul edilen görüş çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmıştır. Bu kapsamda ileri sürülen ilk teori olan önemsizlik teorisine göre failin şahısta hatası failin kendisi bakımından olduğu gibi azmettiren bakımından da önemsiz addedilmiş, bu çerçevede tamamlanmış fiile azmettirme kabul edilmiştir. İkinci teori, önemsizlik ölçütünü esasiyet teorisi ile sınırlandırmıştır. Bu çerçevede failin mağdura ilişkin olarak düştüğü hata her ne kadar azmettiren bakımından önemsiz olsa da bu durum, sadece gerçek anlamda ortaya konulan nedensel sürecin öngörülen nedensel süreçten “esaslı olmayacak” şekilde farklılık arz etmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu durumda esaslı olmayan bir hatanın söz konusu olması halinde azmettirenin gerçekleşen neticeden tam manasıyla cezalandırılabilirliğinden bahsedilebilecektir. Buna karşılık tam tersi failin fiili bakımından esaslı bir hatanın söz konusu olması halinde azmettirenin kastının ortadan kalkacağı ve hukuk alanının taksirli olarak ihlal edilmesi bağlamında sadece akim kalmış azmettirmeden ve gerektiğinde taksirli olarak işlenen fiilden dolayı yan faillikten söz edilebileceği ifade edilmiştir. Esasiyet teorisinin bir adım ilerisi, bireyselleştirme teorisidir. Zira bu teoride de tıpkı esasiyet teorisinde olduğu gibi genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilirlik dikkate alınmaktadır. Ancak bu görüşü esasiyet teorisinden ayıran fark, mağdurun bireyselleştirilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu tür durumlarda azmettiren de fail gibi aynı şekilde mağdurun karıştırılması riskini üstlenir, her ne kadar failin mağduru karıştırması, planlandığı şekilde fiilin işleniş sürecinden ayrılması olarak tezahür etmekteyse de kural olarak bu durum genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilirliğin sınırları içinde telakki edilir ve azmettiren de tam manasıyla gerçekleşen neticeden sorumlu tutulur. Buna karşılık azmettiren, mağdurun şahsını failin kişiyi bireyselleştirmesi, daha doğrusu bireysel olarak ayırt

edebilmesi bakımından esas alacağı belirli unsurlarla betimlerse bu defa durum değişir ve azmettiren ancak akim kalmış azmettirmeden dolayı sorumlu tutulur. Nihayet bu teorilerin zayıf yönlerinden sakınma isteği, aberratio-ictus (hedefte sapma) teorisini gündeme getirmiştir. Bu çerçevede günümüzde doktrinde yaygın şekilde savunulan bu teoriye göre fail bakımından şahısta hatanın önemsiz olduğu bir durumda azmettiren açısından kural olarak hedefte sapma söz konusu olur, dolayısıyla failin hatası her durumda azmettiren için etki gösterir, nihayetinde azmettiren failin tamamlanmış fiilinden dolayı sorumlu tutulmaz.

Türk doktrininde ağırlık görüşün TCK'nın genel hükümleri dikkate alınarak bir çözüme ulaşılması gerektiği ileri sürülmek suretiyle önemsizlik teorisinden yana olduğu tespit edilmiş, konu kasten öldürme suçu üzerinden açıklanmaya çalışılmış, korunan hukuki değer aynı olması, şerik sorumluluğu açısından herhangi bir değişikliğe neden olmayacağı gibi gerekçelerle azmettirilen kişinin hataya düşerek kendisinden öldürmesi istenen kişiden farklı bir kimseyi öldürmesi durumunda arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumluluğunun devam edeceği ileri sürülmüştür. Tam bu kapsamda konuya ilişkin diğer bütün teorilerde akim kalmış azmettirme şeklindeki çözüm yoluna başvurulduğu dikkate alındığında Türk hukukunda diğer öğretilerin uygulanabilirliği sorununun ortaya çıkacağı, akim kalmış azmettirmenin ülkemiz kanuni düzenlemesinde cezalandırılmaması nedeniyle diğer öğretilerden herhangi birinin esas alınmasıyla birlikte ceza hukuku sistemimiz açısından önemli bir boşluğa sebebiyet verileceği, neredeyse birçok hususta arka plandaki kişinin ceza hukuku anlamında kınanabilir bir davranış sergilemiş olmasına rağmen ya cezasız kalacağı ya da sırf bu kınanabilirliği karşılamak adına yanlış uygulamaların tercih edileceği ifade edilmiştir. Kanaatimiz, tezimizin her bölümünde sürekli olarak belirttiğimiz üzere şudur: Türk doktrininde şahısta hata konusunda benimsenen önemsizlik teorisi yerinde olmayıp TCK'da akim kalmış azmettirmenin sınırlı da olsa cezalandırılabilirliği kabul edilmeli ve böylelikle şahısta hata hususuna ilişkin de uygun bir çözüme ulaşılmalıdır.

Yine üçüncü bölüm kapsamında cezaya etki eden hallerin ve bu kapsamda nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti irdelenmiş, her şeyden evvel cezaya etki eden hallerin etkisi bakımından sadece haksızlığa (hukuka uygunluk nedenleri) veya sadece kusura etki eden nedenler (kusuru kaldıran veya azaltan nedenler), haksızlık

ve kusura etki etmeyen nedenler (şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler) ve nihayet daha ağır veya daha hafif ceza verilmesine neden olan nitelikli unsurlar (sadece haksızlığa veya hem haksızlığa hem de kusura etki eden nedenler) şeklinde üçlü bir tasnif yapılmıştır. Tam bu noktada nitelikli hallerin cezaya etki etme sebebinin haksızlığa ve/veya kusura mı etki ettiğinin büyük bir önemi haiz olmasından hareketle fiile mi yoksa şahsa mı bağlı olduğunun belirlenmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna gerekçe olarak da fiile bağlı nedenlerin sadece haksızlığa, şahsa bağlı nedenlerin ise hem haksızlığa hem de kusura etki edecek olmaları gösterilmiştir. Öyle ki şahsi bir neden, kişinin şahsi durumundan kaynaklı olduğundan kusuruna etki edecekken söz konusu şahsi nedene sahip olan suç ortağının bu şahsi özelliğinin fiile özel bir haksızlık daha katması nedeniyle haksızlığa da etkisinden söz edilebilecektir. Buradaki esas sorun, bir şahsi nedenin ne ölçüde haksızlığa, ne ölçüde kusura etki ettiğinin tespitinin kolay olmamasıdır. Bununla birlikte sınırlı bağlılık kuralının tam anlamıyla uygulama bulabilmesi ve sadece failin işlediği fiilin haksızlığının şeriklere sirayet edebilmesi, bilakis failin şahsına ait unsurların diğer suç ortaklarına etki etmemesi ya da bu şahsi niteliği kendisinde bulundurmeyen şerikin cezasında indirim yapılması suretiyle bu etkinin en azından minimize edilmesi için bu tür bir ayırımın sürdürülmesi gerektiği, bunun bir zorunluluk olduğu yönünde bir düşünceye sahip olduğumuzu da belirtmek gerekir.

Bir nitelikli hal, ister fiile ilişkin olması hasebiyle sadece haksızlığa etki etsin isterse faile ilişkin olmasından bahisle haksızlığın yanında kusura da etki etsin her durumda belirli şartlarla yalnızca şeriklere sirayet edebilecektir. İşte tam bu noktada çözüm bulunması gereken husus, fiile ilişkin değil de failin şahsına ilişkin olan ve bu anlamda haksızlığın yanında kusura da etki eden nitelikli unsurun kusura etki eden bu yönünün sınırlı bağlılık kuralı gereğince ilgili suç ortağına sirayet etmesinin önüne geçilebilmesidir. Bunun için belki de söz konusu nitelikli unsurun failin ya da şerikin şahsına ilişkin olması şeklinde bir ayırımın yapılması ve bun göre bir inceleme yoluna gidilmesi daha uygun olacaktır. Zira şahsa bağlı olup haksızlığın yanında kusura da etki eden nitelikli halin fail bakımından mevcut olması ve fakat şerik açısından söz konusu olmaması durumunda şerikin bu nitelikli halden sadece haksızlık boyutuyla etkilenmesi gerekmektedir.

Şu halde bu açıklamalarla şahsa bağlı nitelikli hallerin failden şerike sirayet etmemesi, bütün suç ortaklarının yalnızca kendilerinde bulunan şahsa bağlı nitelikli halden sorumlu tutulmaları yönündeki görüşlerle bu fikirlere temel teşkil eden Alm.CK § 28/2 hükmünde yer alan ve cezada artırma ya da azaltmayı gerektiren nitelikli hallerin sadece kendinde bulunan suç ortakları açısından uygulanmasını öngören düzenleme tarafımızca yerinde görülmemiştir. Zira failin şahsında bulunan bu nitelikli halden haberdar bir şekilde faili fiili işlemeye sevk eden ya da failin fiiline destek olan şerikin de bu artan haksızlıktan etkilenmesi mutlak şekilde olması gerektirir.

İşte Türk hukukunun mevcut sisteminde bu düşüncenin uygulama bulabilmesi adına bazı formüller geliştirilebilir. Bu çerçevede öncelikle cezanın belirlenmesi esnasında söz konusu nitelikli hali şahsında bulundurmayan şerikin cezasında belirli bir oranda indirim yapılması suretiyle gerçekleştirilmesi düşünülebilir. Ancak TCK md. 61 hükmünde hakim somut olayda; (...) f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını... göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceği belirtilmiş ve cezasının müebbet olduğu, bu anlamda cezanın alt ve üst sınırının bulunmadığı öldürme suçları açısından en azından arka plandaki kişinin kendi babasını öldürmeye azmettirmeye gerekçesiyle alt sınırdan ceza belirlenmesi yoluna gidilebilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Bu bakımdan bir başka formül olarak TCK md. 62 hükmünden bahisle şerikin cezasında bir indirim yapılması yoluna gidilebilir. Nitekim söz konusu hükümde *fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis cezasının verileceği* belirtilmiştir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri olarak failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de bu takdiri indirim nedenlerinin sınırlı olmamak üzere örnekler şeklinde belirlendiğine yer verilmiştir. Ancak hükümde özellikle *fail* vurgusunun yapılmış olması, düzenlemenin şerikler açısından ne ölçüde uygulanabilir olduğu sorununu beraberinde getirebilecek, en nihayetinde bir çözüm önerisinde bulunulsa da bunu oldukça kuşkulu hale getirecektir.

Bu açıdan bu konudaki en isabetli çözüm önerisi, kanundaki özgü suçlara ilişkin düzenlemede söz konusu özel niteliği haiz olmayan şeriklerin cezasında 765 s. TCK'da olduğu gibi belli bir oranda indirim yapılmasına ilişkin imkanın öngörülmesi yönündeki değişikliğe benzer şekilde bir düzenlemeye şahsa ilişkin olan nitelikli unsura sahip olmayan şerik bakımından da yer verilmesidir. Bu, aslında nitelikli hallerin sirayetine ilişkin olarak Alman hukukunda olduğu gibi kanunda özel bir düzenlemenin ihdas edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Daha evvel de ifade edildiği üzere Yargıtay'ın failde bulunan, ancak şerikte mevcut olmayan şahsa bağlı bir nitelikli hali şerike uygulamama yönünde bir kabulden hareket ettiği görülmektedir. Halbuki kanaatimize göre bu hususta adaletin sağlanabilmesi için failde bulunan bu nedenden haberdar olan şerikin bu nitelikli halden etkilenmesi, bu nitelikli halin şerike de sirayet etmesi, ancak bu neden şerikin kendisinde mevcut olmadığı için cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerekir. Dolayısıyla kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesinin şahsa bağlı bir neden olduğu görüşünü kabul etmiş olsak da bu nedenin sadece kendisinde mevcut olan suç ortağı bakımından uygulanabileceği, diğer suç ortağına sirayet etmeyeceği görüşünü benimsemediğimizi, şahsa bağlı nedenlerin de sirayet edebileceği ve fakat haksızlığın yanında kusura da olan etkileri dikkate alınarak Alman hukukunda olduğu gibi bu neden kendisinde mevcut olmayan şeriklerin cezasında belli bir oranda indirim yapılmasının daha doğru olacağı görüşünde olduğumuzu özellikle belirtmek gerekir.

Nihayet şahsa bağlı nitelikli halin failde değil de şerikte mevcut olması halinde mevcut sistemde fail bakımından uygulanmasından bahsedilmeyen herhangi bir nitelikli halin şerikte mevcut olsa bile uygulanması mevzu bahis olmayacaktır. Bu tür bir sonuç, şeriklerin kendi haksızlıklarının görmezden gelindiği *bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisi* benimsenerek ihdas edilen TCK'nın iştirak düzenlemeleri karşısında uygun görülebilir. Zira şeriklerin cezalandırma temelini tamamen failin işlediği fiilin haksızlık olduğu görüşünden hareket eden *bağlılığa yönlendirilmiş neden olma öğretisinde* failde değil de şerikin kendisinde mevcut olan bir nitelikli halin şerikin cezalandırılmasında dikkate alınması söz konusu olamaz. Dolayısıyla mevcut TCK sistemi karşısında şeriklerin kendi şahısları açısından



mevcut olan bir nitelikli halin kendileri açısından uygulanması gerektiğini ileri süren görüşlerin bu argümanlarının bir geçerliliği olmayacaktır.

Bununla birlikte akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğini belirtip azmettirmenin haksızlığına da önem arz eden görüşlerin şeriklerin kendi şahısları açısından geçerli olan nitelikli halin sırf failde bulunmadığından bahisle görmezden gelmeleri bazı soru işaretlerini içerisinde barındırmaktadır. Zira azmettirenin haksızlığına bir dereceden sonra önem atfedip ardından da azmettirenin şahsı açısından söz konusu olan nitelikli hale sırf failde bulunmadığı için hiçbir önem atfetmemek pek isabetli görünmemektedir.

Şu halde mevcut TCK sistemi açısından değil de olması gereken açısından, yani şeriklerin cezalandırma temeli bakımından *hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik öğretisinin* kabul edilmesi ve böylelikle şeriklerin failden bağımsız olarak kendi davranışlarının meydana getirdiği haksızlığa da önem atfedilmesi suretiyle belirli bir dereceden itibaren cezalandırılabilir görülmesi halinde bir değerlendirme yapıldığında şerikler açısından mevzu olan bir nitelikli halin görmezden gelinmemesi, mutlaka dikkate alınması gerekecektir. Bu konuda şeriklerin sadece kendileri açısından söz konusu olan nitelikli halin kendileri bakımından dikkate alınması, ancak bağıllık kuralı gereğince yalnızca şerikin faile bağlı olması nedeniyle bunun şerikin kendisiyle sınırlı kalması gerektiği yönünde bir öneride bulunulmuştur. Elbette bu argümana karşı *bir kişinin öldürme suçunu kendi babasına karşı bizzat kendisinin işlemesiyle bir başka kimseye işletmesi arasındaki farkın ortadan kalkacağı* yönünde bir itiraz ileri sürülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki bu itiraza *kişinin babasını bizzat kendisinin öldürmesinin birçok durumda babasını başkasına öldürtmekten daha zor olacağı, bu açıdan bir başkasına işletmenin verdiği rahatlatıcı yolu tercih etmenin haksızlığı azaltıcı bir etkiden ziyade artırıcı bir etkisinden dahi söz edilebileceği* yönünde bir düşünce ile karşı konulabilir. Daha doğrusu birçok kişinin kendisiyle bu derece yakınlık ilişkisi içerisinde olan kişileri doğrudan kendisinin öldürmesindeki kararlılıkla bir başka kişiye işletmedeki kararlılık arasındaki fark mutlak şekilde ortaya çıkacaktır. Nitekim bir kişinin annesini kendi elleriyle öldürme kararı noktasındaki kararlılığı, bir başka kişiye işletme noktasındaki kararlılığından daha düşük olacak, fiili kendi elleriyle gerçekleştirme açısından yaşayacağı tereddüt hiç şüphesiz ki akıl sağlığı yerinde olan

bir kimse bakımından daha fazla olacaktır. Bu vesileyle bir kimsenin fiili kendisinin işlemedense bir başka kişiye işletmesi, kendisinin daha alt derecede sorumlu tutulmasına bir temel teşkil etmesi pek de makul görünmemektedir. Bu açıdan şerikin sadece kendisi bakımından var olan nitelikli unsur nedeniyle yalnızca kendisinin sorumlu tutulmasına imkan verecek bir kabulden hareket edilmesi, suç ortaklarının gerçekleştirdikleri hareketin neticesinin haksızlığının yanı sıra hareketlerinin de haksızlığının dikkate alınması sonucunu beraberinde getirecektir. Nitekim her ne kadar bir başka kişinin annesini öldüren kişinin hareketinin meydana getireceği neticenin haksızlığının kendisine annesini öldürmesini isteyen kişinin sorumluluk temelini bir kısmını teşkil etse de hareketlerinin haksızlığı da dikkate alındığında annesini öldürten kişinin hareketindeki haksızlık oranının bir başka kişinin annesini öldüren kişinin hareketindeki haksızlık oranından daha fazla olacağına, en azından eşitleneceğinde şüphe bulunmamaktadır.

Bununla birlikte bir başka kimsenin annesini öldürme hareketini gerçekleştiren kişinin kasten öldürme suçunun temel şeklinden fail, arka plandaki kişinin ise kasten öldürmenin nitelikli halinden şerik olarak sorumlu tutulması şeklindeki bir sonuçta bir başka kimsenin annesini bilerek öldüren, yani bu şekilde bir neticeyi kabullenerek gerçekleştiren, bir anlamda arka plandaki kişinin hareketinin haksızlığının artışına neden olan etkenin ortaya çıkmasına yol açan kişinin bir ihtimal olarak öldürdüğü kişinin bir başkasının annesi olduğunu bilmemesi, öngörememesi arasında da bir farkın bulunması gerekmektedir. Yani yukarıdaki denkleme bir ekleme yapılması kaçınılmazdır. Buna göre kendi annesini öldürten kişinin yükümlülüğüne aykırı davranışını gerçekte gerçekleştirmesine katkıda bulunan kişinin de bu haksızlık oranından en fazla bu haksızlık oranı kadar etkilenmesi gerekir. Böylelikle suç ortaklarının birbirilerinden bağımsız kabul edilmesi ve arka plandaki kişinin kasten öldürmenin nitelikli haline azmettiren, ön plandaki kişinin ise kasten öldürmenin temel şekline fail olarak sorumu tutulması da failin, azmettirenin haksızlık oranındaki artışa yönelik nedensel katkısının görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu durum, ilginç bir şekilde sanki fail de şerike bağılıymışçasına arka plandaki kişinin haksızlık oranındaki artışın ön plandaki kişiye de sirayet etmesi sonucunu beraberinde getirecektir ki bu, bağlılık kuralının ve şerikliğin yapısına hiçbir şekilde uygun değildir. Bu açıdan da en makul çözüm,

şerikin şahsından kaynaklı bir nitelikli halin bulunması durumunda bu nitelikli halden kaynaklı haksızlık ya da kusurluluktaki artışın cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması, bu durumun mutlaka göz önünde bulundurulmasıdır.

Tüm bu açıklamalardan sonra en nihayetinde tezimizde ulaştığımız temel sonuçlar şu şekilde sıralanabilir: (1) Suç tipinde özel bir yükümlülüğün öngörüldüğü yükümlülük suçlarında faillik-şeriklik ayrımı açısından münhasır bir durum söz konusudur. Bu, özellikle de sırf yükümlülük suçlarında daha da ön plana çıkmaktadır. Zira yükümlülüğün suçun temel şeklinde öngörüldüğü sırf yükümlülük suçlarında faillik için fiil hakimiyetine gerek bulunmayıp salt yükümlülük ihlali yeterlidir. Yükümlülüğün suçun temel şeklinde değil de nitelikli şekilde öngörüldüğü görünüşte yükümlülük suçlarında ise faillik için fiil hakimiyeti gerekli olup bunun yanında yükümlülük sahibi olunması da aranacaktır. Bu kabulümüzle birlikte zimmet, bankacılık zimmeti, irtikap gibi suçlarda görevle yükümlü kılınan kişinin bu yükümlülüğünü ihlal etmesine yönelik kasıtlı olarak gerçekleştirdiği her türlü katkı, suçun faili olarak sorumluluğunu beraberinde getirecektir. (2) Şerikliğin cezalandırma temeli açısından hukuki değere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinin kabul edilmesi ve böylelikle şeriklerin de failin fiilinden bağımsız olarak bir haksızlık teşkil ettiğinin benimsenmesi bir gerekliliktir. (3) Akim kalmış azmettirme, ancak belirli ağırlıktaki suçlar açısından arka plandaki kişinin ön plandaki kişide suç işleme kararını verdirmesi durumunda cezalandırılabilir olmalı, bunun için kanunda özel bir düzenleme ihdas edilmelidir. Nitekim rüşvet suçunda tarafların karşılıklı anlaşmalarının dahi suç olarak kabul edildiği mevcut sistemde bir kimsenin kalabalık bir ortamda bomba düzeneği kurulması yönünde karar verdirilmesinin ve bu kişinin suçu işleyeceği düşüncesiyle yanında ayrılmanın, olayları akışına bırakmanın cezasız bırakılması pek makul görünmemektedir. (4) Son olarak nitelikli hallerin fiile mi faile mi olduğu yönünde bir ayırım yapılması ve fiileyse sadece haksızlığa etki ettiği, faileyse haksızlığın yanında kusura da etki ettiği, bu anlamda faile ilişkin nitelikli halin sirayetinde kusura etki eden kısmın sirayetinin önüne geçilmesi adına bu nitelikli hali şahsında bulundurmeyen şerikin cezasında belli bir oranda indirim yapılması, keza failde bulunmasa bile şerikte mevcut olan şahsa bağlı nitelikli halin belli bir oranda da olsa yalnızca şerikin kendisi açısından mutlaka dikkate alınması mutlaka olması gereken bir durumdur.

## KAYNAKÇA

- Achenbach, Hans : “Beteiligung am Suizid und Sterbehilfe – Strukturen eines unübersichtlichen Problemfeldes”, **Jura 2002**, s. 542-548.
- Akbulut, Berrin : “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, s. 168 – 203.
- Akgündüz, Ahmet : “İştirak”, **Diyanet Ansiklopedisi**, C. 23, İstanbul 2001.
- Allfeld, Philipp : **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, A. Deichersche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1934.
- Altenhain, Karsten : **Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß**, Peter Lang, Frankfurt am Main 1994.
- Amelung, Knut : “Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten”, **FS-Schroeder**, 2006, s. 147-178.
- Arana, Raul Pariona : **Täterschaft und Pflichtverletzung**, Nomos, Baden 2010.
- Artuk, Mehmet Emin  
Gökçen, Ahmet  
Yenidünya, Caner : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 10. Bası, Ankara 2016.
- Artuk, Mehmet Emin  
Gökçen, Ahmet

- Yenidünya, Caner : **TCK Şerhi**, Genel Hükümler, C. 1, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Avcı, Mustafa : **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya, 2014.
- Avcı, Mustafa : **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 5. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Aydın, Devrim : **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Bambach, Georg : **Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt**, Bensheim/Bergstraße, 1963.
- Bardakoğlu, Ali : “Eşkiya”, **DİA**, C. 11, 1995, s. 463-466.
- Bauer, Wilhelm : **Die akzessorische Natur der Teilnahme**, Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. A. Huth, Göttingen 1904.
- Baumann, Jürgen : “Täterschaft und Teilnahme, **JuS 1963**, s. 125-138.
- Baumann, Jürgen : “Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung”, **NJW 1963**, s. 561-565.
- Baumann, Jürgen : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1975.
- Baumann, Jürgen
- Weber, Ulrich

- Mitsch, Wolfgang : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Verlag Ersnt und Werner Giesecking, Bielefeld 2003.
- Baunack, Martina : **Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen**, Duncker&Humboldt, Berlin 1999.
- Becker, Karina : **Der Strafgrund der Verbrechenverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB**, Duncker&Humboldt, Berlin 2012.
- Beling, Ernst : “Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1891 bis zum 31. März 1894”, **ZStW 18 (1898)**, s. 267-301.
- Beling, Ernst : **Die Lehre vom Verbrechen**, Scientia Verlag Aalen, Tübingen 1906.
- Bemann, Günter : “Die objektverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter”, **Festschrift-Walter Stree/Johannes Wessels**, 1993, s. 397-403.
- Bemman, Günther : “Zum Fall Rose-Rosahl”, **Beiträge zur Strafrechtswissenschaft**, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004.
- Bemman, Günther : “Die objektverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter”, **Beiträge zur Strafrechtswissenschaft**, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004.

- Binding, Karl : **Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1913.
- Binding, Karl : **Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen**, Duncker&Humblot, München und Leipzig 1915.
- Bloy, Rene : “Anstiftung durch Unterlassen?”, **JA 1987**, s. 490-497.
- Bloy, Rene : “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung”, **JR 1992**, s. 493-497.
- Bloy, Rene : “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstaterlehre in Deutschland und Österreich”, **FS-Rudolf Schmitt, J.C.B. Mohr**, Tübingen 1992, s. 33-55.
- Bloy, Rene : **Die Beteiligungsforme als Zurechnungstypus im Strafrecht**, Dunckner&Humbodt, Berlin 1985.
- Bock, Dennis : **Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre**, Duncker&Humblot, Berlin 2006.
- Bockelmann, Paul : **Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme**, Verlag Karl-Friederich Fleischer, Göttingen 1949.
- Bockelmann, Paul : **Strafrechtliche Untersuchungen**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1957.

- Bockelmann, Paul : “Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten”, **FS-Gallas**, 1973, s. 261-272.
- Bottke, Wilfried : **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1992.
- Börker, Rudolf : “Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Beteiligung”, **JR 1953**, s. 166-168.
- Bruns, Hermann : **Kritik der Lehre vom Tatbestand**, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1932.
- Brümmerstädt, Ferdinand : **Ist die Anstiftung akzessorische Teilnahme oder intellektuelle Urhebererschaft?**, C.A. Kaemmerer, Berlin 1909.
- Busch, Richard : “Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB”, **Festschrift Für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972, s. 245-256.
- Busch, Jost - Dietrich : **Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte de § 49a StGB**, Marburg 1964.
- Chen, Jyh-Huei : **Das Garantensonderdelikt**, Duncker&Humblot, Berlin 2006.
- Cin, Halil
- Akgündüz, Ahmet : **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2011.
- Conrad, Hermann : **Deutsche Rechtsgeschichte**, Band I, 2. Auflage, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1962.



- Conrad, Gerhard : **Die “akzessorische” Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berichtigung des Jugendgerichtsgesetzes**, Breslau-Neukirsch, Köln 1937.
- Cramer, Peter : “Gedanken zur Abgrenzung von Taterschaft und Teilnahme, **FS-Paul Bockelmann**, München 1979, s. 389-403.
- Çatalcalı Ali Efendi : **Açıklamalı Osmanlı Fetvaları**, Açıklayan H. Necati Demirtaş, Kubbealtı, İstanbul 2014.
- Dahm, Georg : **Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter**, Berlin und Leipzig 1931.
- Dahm, Georg : “Anmerkung zu OLG Stuttgart, Ur. V. 6.3.1959”, **MDR 1959**, s. 508-510.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- Dencker, Friedrich : “Beteiligung ohne Täter”, **Festschrift-Klaus Lüderssen**, Baden-Baden 2002, s. 525, 537.
- Dessecker, Axel : “Im Vofeld eines Verbrechens: die Handlungsmodalitäten des § 30 StGB”, **JA 2005**, s. 549-554.
- Dönmezer, Sulhi
- Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, C. II, 10. Bası, İstanbul 1997.
- Dreher, Eduard : “Grundsätze und Probleme des § 49a StGB”, **GA 1954**, s. 11-22.

- Dreher, Dallinger : “StGB §§ 49a I, 50 II”, **MDR 1955**, s. 119-121.
- Dreyer, Wilhelm : **Die akzessorische Teilnahme**, Buchdruckerei Robert Noske, Borna-Leipzig 1911.
- Dursun, Selman : “Emniyeti Suistimal Suçu”, **İÜHFM**, C. 52, S. 1-2, 1999, s. 3-43.
- Dursun, Selman : “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **GÜHFD**, C. 18, S. 2, Nisan 2014, s. 203-252.
- Dursun, Selman
- Bozbayındır, Ali Emrah : “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, 73, S.1, 2005, s. 63-90.
- Ebrahim-Nesbat, Shahryar : **Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert**, Peter Lang, 2006.
- Ekici Şahin, Meral : “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **AÜHFD 64 (3) 2015**, s. 637-686.
- Engelmann, Waldemar : “Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem Italienischen Recht des Mittelalters”, **FS-Karl Binding**, Band II, Leipzig 1911.
- Engert, Florian : **Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und**

- Teilnehmer?**, Peter Lang, Frankfurt 2005.
- Erdem, Mustafa Ruhan : “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”  
**Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, S. 5, s. 204-211.
- Erdem, Mustafa Ruhan : “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”,  
**Uğur Alacakaptan’a Armağan**,  
İstanbul 2008, s. 257 vd.
- Erem, Faruk : **Ümanist Doktrin Açısından Türk  
Ceza Hukuku**, C. 1, 10 Bası, Ankara  
1973.
- Erem, Faruk  
Danışman, Ahmet  
Artuk, Mehmet Emin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.  
Bası, Ankara 1997.
- Erman, Sahir : “Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı  
Meseleler”, **Değişen Toplum ve Ceza  
Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı  
ve Geleceği**, İÜHF Yay., İstanbul 1977.
- Erturhan, Sabri : **İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak**,  
SÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans  
Tezi, Konya 1999.
- Esser, Albin : “Die Bedeutung des  
Schuldteilnahmebegriffs im  
Strafrechtssystem, **GA 1958**, s. 321 vd.
- Evik, Vesile Sonay : **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza  
Sorumluluğu**, Oniki Levha, 2. Baskı,  
İstanbul 2011.
- Frank, Richard : **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche  
Reich**, 18. Auflage, Mohr Verlag, 1931.

- Franz, v. Heinz : **Die akzessorietat der Teilnahme unter Berücksichtigung der im Deutschen Reich und im Lande Österreich geltenden Strafgesetze**, Werke Konrad Triltsch, Würzburg Aumühle 1938.
- Freund, Georg : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin Heidelberg 2009.
- Frister, Helmut : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, 2015.
- Gallas, Wilhelm : **Zum Gegenwartigen stand der Lehre vom Verbrechen**, Walter de Gruyter, Berlin 1955.
- Gallas, Wilhelm : **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Walter de Gruyter, Berlin 1968.
- Geppert, Klaus : “Die Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 299-305.
- Geppert, Klaus : “Die versuchte Anstiftung”, **Jura 1997**, s. 546-553.
- Geppert, Klaus : “Die Beihilfe”, **Jura 1999**, s. 266-274.
- Gökçen, Ahmet : **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989.
- Gropp, Walter : **Deliktstypen mit Sonderbeteiligung**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1992.
- Gropp, Walter : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015.
- Haas, Volker : **Die Therie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen**, Duncker&Humblot, Berlin 2008.

- Hafizoğulları, Zeki
- Özen, Mustafa : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,  
2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hake, Manfred : **Beteiligtenstrafbarkeit und  
„besondere persönliche Merkmale“**,  
Duncker&Humblot, Berlin 1994.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18.  
Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Hall, Karl Alfred : “Über die Teilnahme an Mord und  
Totschlag”, **FS-Eb.Schmidt**,  
Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen  
1961, s. 358 vd.
- Hartung, Fritz : “Der „Badewannenfall“, Eine  
Reminiszenz”, **JZ 1954**, s. 430 vd.
- Heghmanns, Michael : “Überlegungen zum Unrecht von  
Beihilfe und Anstiftung”, **GA 2000**, s.  
473-489.
- Heine, Günther
- Weißer, Bettina : “Täterschaft und Teilnahme”,  
**Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch  
Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H.  
Beck, München 2014.
- Hergt, Raimund : **Die Lehre von der Teilnahme am  
Verbrechen**, Heidelberg 1909.
- Herinrich, Bernd : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4.  
Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015.
- Herzberg, Rolf Dietrich : “Akzessorietat der Teilnahme und  
persönliche Merkmale”, **ZStW 1976**, s.  
145-171.

- Herzberg, Rolf Dietrich : “Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände”, **GA 1971**, s. 1-12.
- Herzberg, Rolf Dietrich : “Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme”, **JuS 1974**, s. 574-577, 719-720.
- Herzberg, Rolf Dietrich : **Täterschaft und Teilnahme**, C.H. Beck, München 1977.
- Heukamp, Georg : **Die limitierte-akzessorische Natur der Teilnahme**, Münster 1947.
- Hilgendorf, Eric : Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?, **Jura 1996**, s. 9-13.
- Hippel, Robert v. : **Lehrbuch des Strafrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin 1932.
- His, Rudolf : **Das Strafrecht des Deutschen Mittelalters**, Scientia Verlag, Aalen 1964.
- Hoffmann-Holland, Klaus : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Hoyer, Andreas : “Täterschaft und Teilnahme”, **Systematischer Kommentar**, Band 1, 7. Auflage, 2001.
- Hruschka, Joachim : “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen”, **ZStW 110 (1998)**, s. 581-610.
- Ibach, Viktor : **Die Anstiftung**, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau 1912.
- Ingelfinger, Ralph : **Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit**, Duncker&Humblot, Berlin 1992.
- İçel, Kayıhan

Sokullu-Akıncı, Füsün

Özgenç, İzzet

Sözüer, Adem

Mahmutoğlu, Fatih Selami

Ünver, Yener : **Suç Teorisi**, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2004.

İskender, Salih Zeki : “Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 37, S. 3, Temmuz 2011, Ankara 2011, s. 5 vd.

Jakobs, Günther : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin 1991.

Jakobs, Günther : “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, **ZStW 97 (1985)**, s. 751-785.

Jescheck, Hans-Heinrich

Weigend, Thomas : **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996.

Joecks, Wolfgang : “Täterschaft und Teilnahme”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003.

Joerden, Jan C.

Johannsen, Sven Leif Erik : **Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung**, Duncker&Humblot, Berlin 2009.

- Kamm, Simone : **Die fahrlässige Mittäterschaft**, Duncker&Humblot, Berlin 1999.
- Käpernick, Hans : **Die Akzessorietät der Teilnahme: und die sog. mittelbare Täterschaft**, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig 1932.
- Kapusuzoğlu, Beril Taşkın : **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- Kaymaz, Seydi : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 2, Nisan 2012, s. 117-167.
- Keller, Rainer : **Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten**, Duncker&Humblot, Berlin 1989.
- Kienpafel, Diethelm : **Der Einheitstäter im Strafrecht**, Frankfurt 1971.
- Kienapfel, Diethelm : “Das Prinzip der Einheitstäterschaft”, **JuS 1974**, s. 1-7.
- Kienapfel, Diethelm : “Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB”, **JBl 1974**, s. 113 – 123.
- Kindhäuser, Urs : “Zum Begriff der Beihilfe”, **Harro Otto-Festschrift**, 1 April 2007, Carl Heymanns Verlag, s. 355-371.
- Kindhäuser, Urs : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Nomos, 2015.



- Kluszczewski, Diethelm : “Die Grundformen beteiligungsdogmatischer Systembildung”, **Ingeborg Puppe-Festschrift**, Duncker&Humblot, Berlin 2011, s. 613-634.
- Koca, Mahmut
- Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Kohlrausch, Eduard : “Taterschuld und Teilnehmerschuld”, **Festschrift-Erwin Bumke**, De Gruyter, Berlin 1939, s. 39-51.
- Kotsalis, Leonidas Georgios : **Die Mittelbare Taterschaft und deren Agrenzung von der Anstiftung unter Besonderer Berücksichtigung der Akzessorietat der Teilnahme**, Tübingen 1975.
- Krey, Volker
- Esser, Robert : **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012.
- Kudlich, Hans : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag C.H. Beck, München 2003.
- Kunter, Nurullah : “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, **İÜHFİM 1947**, C. 13, S. 1, s. 65-94.
- Kühl, Kristian : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen, München 2012.
- Küper, Wilfried : “"Besondere persönliche Merkmale" und "spezielle Schuldmerkmale"”, **ZStW 1992**, s. 559-590.
- Küper, Wilfried : “Die "Sphinx" des § 28 Abs. 2 StGB”, **Jakobs-Festschrift**, s. 311-326.

- Küper, Wilfried : “"Sukzessive" Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung”, **JuS 1986**, s. 862-872.
- Lampe, Ernst-Joachim : “Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen”, **ZStW 1965**, s. 262-311.
- Lampe, Ernst-Joachim : “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, **ZStW 106 (1994)**, s. 683-745.
- Lange, Richard : “Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat”, **JZ 1959**, s. 560-564.
- Lange, Richard : “Beteiligter und Teilnehmer”, **Festschrift Für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972, s. 235-243.
- Lange, Richard : **Der moderne Tatbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf**, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1935.
- Lange, Richard : **Die notwendige Teilnahme**, Walter de Gruyter, Berlin 1940.
- Lange, Richard : “Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat”, **JZ 1959**, s. 560-564.
- Langer, Winrich, : “Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale"”, **Lange-Festschrift**, s. 241-263.
- Langer, Winrich : **Die Sonderstraftat**, Duncker&Humblot, 2. Auflage, Berlin 2007.
- Less, Günter : “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, **ZStW 69 (1957)**, s. 43-58.

- Letzgus, Klaus : **Vorstufen der Beteiligung**,  
Duncker&Humblot, Berlin 1972.
- Liszt, Franz von : **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**,  
12./13. Auflage, J. Guttentag  
Verlagsbuchhandlung, Berlin 1903.
- Liszt, Franz von : **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**,  
21. und 22. Auflage, de Gruyter, Berlin  
und Leipzig 1919.
- Loos, Fritz : “BGH v. 18.04.1996 - 1 StR 14/96”, **JR**  
**1997**, s. 296-299.
- Lüderssen, Klaus : **Strafgrund der Teilnahme**, Nomos-  
Verlagsgesellschaft, Baden-Baden  
1967.
- Lüderssen, Klaus : “Der Typus des  
Teilnehmertatbestandes”, **Festschrift-  
Koichi Miyazawa**, Nomos, Baden-  
Baden 1995, s. 449-464.
- Maden, Mehmet : **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**,  
Adalet, Ankara 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih S. : “Kusurluluk Prensibi Açısından  
Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”,  
**İÜHFİM 2005**, C. 63, S. 1-2, s. 57-112.
- Maurach, Reinhart : **Deutsche Strafrecht Allgemeiner Teil**,  
2. Auflage, 1958.
- Maurach, Reinhart : **Schuld und Verantwortung im  
Strafrecht**, Wolfenbütteler  
Verlagsanstalt, Wolfenbüttel und  
Hannover, 1948.
- Maurach, Reinhart  
Gössel, Karl Heinz

- Zipf, Heinz
- Dölling, Dieter
- Laue, Christian,
- Renzikowski, Joachim : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014.
- Mayer, Helmuth : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln, 1953.
- Mayer, Helmuth : “Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft”, **Festschrift-Theodor Rittler**, Verlag Scientia, Aalen 1957, s. 243-274.
- Mayer, Max Ernst : **Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts Lehrbuch**, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1915.
- Merkel, Paul : “Anstiftung und Beihilfe”, **Frank-Festschrift**, Band II, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen 1930.
- Meyer, Dieter : “Zum Problem der "Kettenanstiftung"”, **JuS 1973**, s. 755-758.
- Meyer, Maria-Katharina : “Tatbegriff und Teilnehmerdelikt”, **GA 1979**, s. 252-271.
- Meyer, Maria-Katharina : “Beteiligung am Landfriedensbruch und Teilnahme zum Landfriedensbruch in Verbindung mit §§ 26, 27, 28 Abs. 1 StGB”, **GA 2000**, s. 459-471.
- Mezger, Edmund : **Strafrecht**, 2. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1933.

- Mezger, Edmund : **Strafrecht**, 3. Auflage,  
Duncker&Humblot, Berlin und  
München 1949.
- Mezger, Edmund : “Teilnahme an unvorsatzlichen  
Handlungen”, **JZ 1954**, s. 312-314.
- Mitsch, Wolfgang : “Urenkel von Rose und Rosahl”, **Jura**  
**1991**, s. 373-376.
- Mommsen, Theodor : **Romisches Strafrecht**, Akademie  
Verlag, Berlin 1955.
- Montenbruck, Axel : “Abweichung der  
Teilnehmervorstellung von der  
verwirklichten Tat”, **ZStW 1972**, s.  
323-352.
- Murmann, Uwe : **Die Nebentäterschaft im Strafrecht**,  
Duncker&Humboldt, Berlin 1993.
- Murmann, Uwe : “Zum Tatbestand der Beihilfe”, **JuS**  
**1999**, s. 548-553.
- Murmann, Uwe : **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.  
H. Beck, München 2015.
- Müller, Heinz
- Backmann, Leonhard E. : “Der "mißglückte" Überfall”, **JuS 1971**,  
s. 412-419.
- Nagler, Johannes : **Die Teilnahme am Sonderverbrechen**,  
Verlag von Wilhelm Engelmann,  
Leipzig 1903.
- Nepomuck, Lutz : **Anstiftung und Tatinteresse**,  
Duncker&Humblot, Berlin 2008.
- Nikolidakis, Marios : **Grundfragen der Anstiftung**,  
Duncker&Humblot, Berlin 2004.

- Osnabrügge, Stephan A. : **Die Beihilfe und ihr Erfolg**,  
Ducker&Humboldt, Berlin 2002.
- Otto, Harro : “Personales Unrecht, Schuld und  
Strafe”, **ZStW 1975**, s. 539-598.
- Otto, Harro : “Straflose Teilnahme”, **Festschrift-  
Richard Lange**, De Gruyter, Berlin  
1976, s. 197-217.
- Otto, Harro : “Anstiftung und Beihilfe”, **JuS 1982**, s.  
557-566.
- Otto, Harro : “"Vorgeleistete Strafvereitelung" durch  
berufstypische oder alltägliche  
Verhaltensweisen als Beihilfe”,  
**Festschrift-Theodor Lenckner**, C.H.  
Beck, München 1998, s. 193-225.
- Otto, Harro : **Grundkurs Strafrecht**, De Gruyter, 7.  
Auflage, Berlin 2004.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Filiz  
Kitabevi, C. II-III, 2. Bası, İstanbul,  
1992.
- Özbek, Veli Özer : **İzmir Şerhi**, C.I, 4. Bası, Seçkin,  
Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer
- Doğan, Koray
- Bacaksız, Pınar
- Tepe, İlker : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,  
Seçkin, 7. Baskı, Ankara 2016.
- Özgenç, İzzet : “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları,  
Yükümlülük Suçlarına İştirak”,  
**SÜHFD**, C. 4, S. 1-2, 1994.

- Özgenç, İzzet : **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 12. Baskı, Ankara 2016.
- Özkan, Halid : **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara 2014.
- Öztürk, Bahri
- Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- Piotet, Paul : “Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre”, **ZStW 69 (1957)**, s. 14-42.
- Poppe, Andreas : **Die Akzessorietät der Teilnahme, Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen**, Peter Lang, Band 106, Göttingen, 2010.
- Puppe, Ingeborg : **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, Band 2, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005.
- Redmann, Michael : **Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen m StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte**, Duncker&Humblot, Berlin 2014.

- Rein, Wilhelm : **Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian**, Aalen 1962.
- Rengier, Rudolf : **Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986.
- Rengier, Rudolf : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2015.
- Renzikowski, Joachim, : **Restriktiver Taterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1997.
- Roeder, Hermann : “Exklusiver Taterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt”, **ZStW 1957**, s. 223-268.
- Rosenfeld, Ernst Heinrich : „Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung”, **Frank-Festschrift**, Band II, Verlag non J.C.B. Mohr, Tübingen 1930, 161-188.
- Rotsch, Thomas : **“Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft**, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- Roxin, Claus : **Täterschaft und Tatherrschaft**, De Gruyter, 1. Auflage, Hamburg 1963.
- Roxin, Claus : “Der Anfang des beendeten Versuchs”, **Festschrift Für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972, s. 213-233.
- Roxin, Claus : “Täterschaft und Teilnahme”, **Leipziger Kommentar**,



- Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51  
StGB, 10. Auflage, De Gruyter, Berlin,  
New York 1978.
- Roxin, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II,  
C.H. Beck, München 2003.
- Roxin, Claus : “Zum Strafgrund der Teilnahme”,  
**Festschrift-Walter Stree/Johannes  
Wessels**, Müller Juristischer Verlag,  
Heidelberg 1993, s. 365-382.
- Roxin, Claus : **Täterschaft und Tatherrschaft**, De  
Gruyter, 9. Auflage, Berlin 2015.
- Rothstein, Gottlieb : **Die versuchte Anstiftung**, Dissertation,  
Würzburg 1929.
- Ruhland, Alois : **Inwieweit ist die akzessorische Natur  
der Teilnahme im Entwurf von 1925  
noch erkannt**, Oettingen 1928.
- Satzger, Helmut : “Teilnehmerstrafbarkeit und  
"Doppelvorsatz"”, **Jura 2008**, s. 514-  
523.
- Sax, Walter : “Der Bundesgerichtshof und die  
Täterlehre”, **JZ 1963**, s. 329.
- Sax, Walter : “Zur Problematik des  
Teilnehmerdelikts”, **ZStW 90 (1978)**, s.  
927-964.
- Schild, Wolfgang : **Tatherrschaftslehren**, Peter Lang.
- Schlutter, Gustav : **Zur Dogmengeschichte der  
Akzessorietät der Teilnahme**, Breslau-  
Neukirch, Göttingen 1941.
- Schulz, Joachim : **Die Bestrafung des Ratgebers**,  
Duncker&Humblot, Berlin 1980.

- Schmidhäuser, Eberhard : **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, 2. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen 1975.
- Schmidt, Eberhard : “Die mittelbare Täterschaft”, **Frank-Festgabe**, Band II, Tübingen 1930, s. 106-133.
- Schmidt, Eberhard : **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**, 3. Auflage, Göttingen 1965.
- Schoepke, Oliver : **Die Geringfügigkeit des Gehilfenbeitrags**, Peter Lang, Berlin 2012.
- Schöberl, Wolfgang : **Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell**, Berliner Wissenschafts-Verlag, Zürich 2006.
- Schumann, Heibert : **Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986.
- Schünemann, Bernd : **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte**, Schwartz, Göttingen 1971.
- Schünemann, Bernd : “Täterschaft und Teilnahme”, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010.
- Schwärtzel, Andreas : **Die akzessorische Natur der Teilnahme**, Max Danielewski, Dören-Rhld. 1932.

- Seebald, Rudolf : “Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt”, **GA 1964**, s. 161-173.
- Seher, Gerhard : “Grundfalle zur Beihilfe”, **JuS 2009**, s. 793-797.
- Selter, Susanne : **Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe**, LIT, Berlin 2008.
- Sippel, Kurt : **Zur Strafbarkeit der “Kettenanstiftung”**, N. G. Elwert Verlag, Marburg 1989.
- Sözüer, Adem : **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994.
- Sözüer, Adem : “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, C.21, S:4, Ekim 1995, s. 466-490.
- Sözüer, Adem : **Einführung in die Gesamtreform des Türkischen Strafrechts (I)**, Alfa, İstanbul 2006.
- Sözüer, Adem : “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 227-237.
- Spendel, Günter : “Zum Begriff der Taterschaft”, **Festschrift-Klaus Lüderssen**, Nomos Verlag, Baden-Baden 2002, 605-611.
- Steen, Henning : **Die Rechtsfigur des omnimodo facturus**, Duncker&Humblot, Berlin 2011.
- Stein, Ulrich : **Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**, Duncker&Humblot, Berlin 1988.

- Stoffers, Kristian : “Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht”, **Jura 1993**, s. 12.
- Stratenwerth, Günter : “Objektsirrtum und Tatbeteiligung”, **FS-Baumann**, 1992, s. 57-69.
- Stratenwerth, Günther
- Kuhlen, Lothar : **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat**, 6. Auflage, Vahlen, Köln-Berlin-München 2011.
- Talas, Serdar : **Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- Taner, Tahir : **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953.
- Tellenbach, Silvia : **Das türkische Strafgesetzbuch Türk Ceza Kanunu**, Zweisprachige Ausgabe, Duncker&Humblot, Berlin 2008.
- Thalheimer, Karol : **Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB**, Peter Lang, Frankfurt 2008.
- Theile, Hans : **Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz**, Peter Lang, Frankfurt 1999.
- Toroslu, Nevzat : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2014.
- Trappe, Schild : **Hamlose Gehilfenschaft?**, Verlag Stampfli+Cie, Bern 1995.

- Trechsel, Stefan : **Der Strafgrund der Teilnahme**,  
Verlag Stämpfli&Cie, Bern 1967.
- Triffterer, Otto : **Die österreichische Beteiligungslehre**,  
Manzsche Verlags- und  
Universitätsbuchhandlung, Wien 1983.
- Udeh, Abdulkadir : **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla  
Mukayeseli İslam Ceza Hukuku**,  
C. I-II, Kayıhan, 2012.
- Üçok, Coşkun : “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam  
Ceza Hukuka Aykırı Hükümler II”,  
**AÜHF**, 1947, C. 4, S. 1-2.
- Ünver, Yener : “Yeni Türk Ceza Kanununda  
Kusurluluk”, **CHD Ekim 2006**, s. 41,  
77.
- Vera, Javier Sanchez : **Pflichtdelikt und Beteiligung**,  
Duncker&Humblot, Berlin 1999.
- Vogler, Theo : “Zur Frage der Ursachlichkeit der  
Beihilfe für die Haupttat”, **Festschrift-  
Ernst Heinitz**, De Gruyter, Berlin 1972,  
s. 295-317.
- Wegner, Arthur : **Strafrecht Allgemeiner Teil**,  
Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen  
1951.
- Weißer, Bettina : **Täterschaft in Europa**, Mohr Siebeck,  
Tübingen 2011.
- Welz, Markus : **Zum Verhältnis von Anstiftung und  
Beihilfe**, Peter Lang, Berlin 2009.
- Welzel, Hans : **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage,  
Berlin 1969.

- Welzel, Hans : “Studien zum System des Strafrechts”,  
**ZStW 58 (1939)**, 491-551.
- Weßlau, Edda : “Der Exzeß des Angestifteten”, **ZStW**  
**104 (1992)**, s. 105-130.
- Wessels, Johannes
- Beulke, Werner
- Satzger, Helmut : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.F.  
Müller, 44. Auflage, Hiedelberg 2014.
- Wilda, Wilhelm Eduard : **Geschichte des deutschen Strafrechts**,  
Erster Band: Das Strafrecht der  
Germanen, Halle 1842.
- Winkelbach, Andreas : **Die Strafbarkeit des Anstifters beim**  
**error in persona des Täters**, Verlag Dr.  
Kovac, Hamburg 2004.
- Winter, Bernhard R. J. : **Die Entwicklung der Mittäterschaft**  
**im 19. Jahrhundert**, Esprint Verlag,  
Heidelberg 1981.
- Yaşar, Osman
- Gökcan, Hasan Tahsin
- Artuç, Mustafa : **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza**  
**Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara,  
2014.
- Zafer, Hamide : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.  
Bası, Beta, İstanbul 2016.
- Zimmerl, Leopold : **Zur Lehre vom Tatbestand**,  
Schletter’sche Buchhandlung, Breslau  
1928.
- Zimmerl, Leopold : “Grundsätzliche zur Teilnahmelehre”,  
**ZStW 1929**, s. 39-54.

- Zimmerl, Leopold : “Vom Sinne der  
Teilnahmevorschriften”, **ZStW 1932**, s.  
166-178.
- Zimmerl, Leopold : “Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung”,  
**ZStW 1933**, s. 575-590.

### **İnternet Kaynakları**

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)



## ÖZGEÇMİŞ

1987 yılında Yozgat ili Boğazlıyan ilçesinde doğdum. Ortaokul öğrenimimi 2001 yılında Alaca Dumlupınar İlköğretim Okulu'nda, lise öğrenimimi 2005 yılında Alaca Mehmet Çelik Anadolu Lisesi'nde tamamladım. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans öğrenimime başladım. 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra 2009 yılı Eylül ayında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans programına kayıt oldum ve 2012 yılı Ocak ayında “Amirin Emri: Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi” başlıklı tez ile yüksek lisans öğrenimimi tamamlamadım. Yüksek lisans tez çalışmalarımı yürütmek üzere 2011 yılı Temmuz-Ekim ayları arasında Cambridge Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma yaptım.

2012 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrenimime başladım ve 2014 yılında doktora yeterlilik sınavını başarıyla geçtim. Ardından doktora tez çalışmalarımı yürütmek üzere, TÜBİTAK bursu ile gittiğim Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 13 ay misafir araştırmacı olarak bulundum.

15 Şubat 2010 tarihinden itibaren İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.