

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANADİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA AKİM KALMIŞ
AZMETTİRME

Doktora Tezi

Sercan TOKDEMİR

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

Erzincan/2021

TEZ BİLDİRİMİ

"Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme" isimli **"Doktora"** tezım tarafımca intihal programı ile incelenmiştir. Bundan hareketle tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim. 24.12.2021

Sercan TOKDEMİR

TEŞEKKÜR

Şahsıma yurt dışında burs imkanı sağlayarak bu çalışmanın yapılmasını maddi açıdan destekleyen, bilimin ve bilim insanlarının destekçisi **TÜBİTAK**'a teşekkür ederim.

Sercan TOKDEMİR



CEZA HUKUKUNDA AKİM KALMIŞ AZMETTİRME

Sercan TOKDEMİR

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu
Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Aralık 2021**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

ÖZET

Azmettirme, belli bir suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kimseye suç işleme kararını aldırarak demektir. Azmettirmenin haksızlığı suçun işlenmesine sebep olmaya dayanır. Bundan hareketle, YTCK md.38’de azmettirenin şerik sıfatıyla işlenen suçun cezasıyla cezalandırılmayı hak ettiği kabul edilmiş; gerekçede başka bir bağlamda da olsa azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil ettiği vurgulanmıştır.

İştirakten dolayı azmettireni sorumlu tutabilmek için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığı gerekir. Fail, fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamazsa bağlılık kuralının niceliksel unsuru gerçekleşmediğinden iştirakten dolayı sorumlu tutulamaz. Asıl fiilin işlenmediği ve azmettirmenin teşebbüste kaldığı bu durumda azmettirenin cezalandırılmasına ilişkin genel bir hüküm YTCK’da düzenlenmemiştir. Doktrinde, başlı başına haksızlık teşkil eden azmettirme hareketlerinin (azmettirmeye teşebbüsün) cezalandırılması gerektiği ileri sürülerek kanundaki bu boşluğun varlığı eleştirilmiştir.

Azmettirmeye teşebbüs Türk hukukunda cezalandırılamazken; Almanya ve İtalya başta olmak üzere mukayeseli hukukta birçok ülkede cezalandırmaya layık görülmüştür. Çalışmada inceleme konusu yapılan ülkelerde-İtalya hariç-azmettirmeye teşebbüs için ceza yaptırımını kabul edilmiştir. İtalya’da ise güvenlik tedbiri yaptırımını tercih edilmiştir. Böylece azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği mukayeseli bakış açısıyla ele alınmış ve konu Alman Hukuku özelinde daha detaylı incelenmiştir. Mevcut ACK md.30/f.1’de bir başkasını cürüm işlemek veya cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs eden kişinin teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüste suça teşebbüse ilişkin

prensipier uygulanmakta ve indirim yapılarak azmettirenin cezası belirlenmektedir. Ancak en az bir yıl hapis cezası gerektiren suçlarda (cürümlerde) cezalandırılabilirliğı kabul edilmiştir. Önleyici ceza hukukuna bir örnek olarak gösterilen azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi kanunda korunan hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikeye dayandırılır. Azmettirmeye teşebbüs, bağımsız bir ceza normuyla tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak iştirakin ön alanında ceza tehdidi altına alınmıştır. Azmettiren, bir kimseyi azmettirmekle bağımsız ve üzerinde artık hakimiyetini kuramayacağı kriminal nedensellik sürecini başlatmış ve olay üzerinde hakimiyet (kontrol) kaybı yaşamıştır. Hakimiyet kaybıyla önemli hukuksal değerlere yönelik tehlikeye ve suçun her an işlenebilme tehlikesine neden olan azmettirenin iştirakin ön alanında cezalandırılabilir alana girdiğı kabul edilmektedir.

Bu çalışmayla, ACK md.30/f.1 dikkate alınarak ön alanda işlenen ve suç işleme yönünde bir başkasının iradesinin etki altına alınmasıyla başlı başına bir haksızlık içeriğı kazanan azmettirme hareketlerinin suçun işlenmesi beklenmeden YTCK’da bağımsız hükümle cezalandırılmasını sağlayan bir düzenlemenin yapılması gerektiğı düşüncesinden hareketle Türk Hukuku bakımından bir öneri hükmünün kaleme alınması amaçlanmıştır. Önerilen hükümde, azmettirmeye teşebbüsün suça teşebbüs hükümleri uyarınca ve cezada indirim yapılmak suretiyle kanunun genel hükümleri içinde ve belirli suç tiplerinde cezalandırılabilirliğı kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Azmettirme, niceliksel bağıllık kuralı, iştirake teşebbüs, azmettirmeye teşebbüs, akim kalmış azmettirme, başarısız azmettirme, neticesiz azmettirme, *omnido facturus*, iştirakin ön alanı, kastın ciddiliğı, çifte kast, konspiratif tehlike, mektup olayı kararı, somutlaştırma ölçütü, hakimiyet (kontrol) kaybı.

UNSUCCESSFUL INSTIGATION IN CRIMINAL LAW

Sercan TOKDEMİR

**Erzincan Binali Yıldırım University, Institute of Social Sciences,
Department of Public Law, December 2021**

Dissertation Supervisor: Dr. Lecturer Burhan Caner HACIOĞLU

ABSTRACT

Instigation means making someone, who has no idea about committing a determined offence, to take decision in order for committing the offence. The wrongdoing of instigating is based on causing the offence to be committed. Starting from this point, it has been accepted in Article 38 of the New Turkish Criminal Code that the instigator deserves to be punished with the punishment of the committed offence as an accessory. In the legislative justification, it was put emphasis upon instigating, albeit in another context, constitutes a wrongdoing in itself.

In order to hold the instigator responsible for participation, there must be an act that was committed intentionally and unlawfully and that remained at least at the stage of attempt. If the perpetrator does not begin the execution of the act directly, he/she cannot be held responsible for the participation since the quantitative element of the accessoriness rule is not realized. In this case, where the main act was not committed and the instigation was attempted, a general provision regarding the punishment of the instigator was not regulated in the New Turkish Criminal Code. In the doctrine, the existence of this gap in the code has been criticized, claiming that acts of instigation (attempted instigation) which constitute wrongdoing in itself should be punished.

Attempted instigation was deemed worthy of punishable in many countries under comparative law in particular German and Italy whereas it can not be punished under Turkish Law. In the study, penal sanction was accepted for attempted instigation in the countries examined- except Italy. However, in Italy, the punishment of security measure sanction was preferred. Thus, the punishability of the attempted instigation has been discussed from comparative perspective and the subject of the study has been

examined in more detail regarding German Law. In article 30/f.1 of the current German Criminal Code, it is regulated that a person who attempts to instigate another to commit a felony or to instigate a felony shall be liable according to provisions governing attempted felonies. Under German Law, the principles of attempted felony are applied and the penalty of the instigator is determined by making a reduction. At the same time, it has been accepted that it is punishable in offences (felonies) that require at least one year's imprisonment. The justification for the punishment of attempted instigation, which is shown as an example of preventive criminal law, is based on actual danger to protected legal values. Attempted instigation is threatened with punishment in the foreground of participation as a dangerous preparatory act by an independent norm in the criminal code. By instigating another, the instigator started the criminal causality process, which is independent and over which his/her dominance can not be established anymore, and has lost dominance (control) over the event. It is accepted that the instigator, who causes the danger of important legal values and the danger of committing the felony at any time, with the loss of dominance, enters the punishable area in the foreground of participation.

With this study, considering the article 30/f.1 of German Criminal Code, it is aimed to write a proposal provision for Turkish Law from the thought that a regulation should be made in the New Turkish Criminal Code, which ensures that instigating acts, which are committed in the foreground and gain the content of wrongdoing by influencing of someone else's will to commit an offence, are punished with an independent provision without waiting for the offence to be committed. In the proposed provision, it has been accepted that attempted instigation is punishable in the general provisions part of the code and merely for determined types of offences by reducing the penalty in accordance with the attempted offence.

Key Words: Instigation, quantitative accessoriness rule, attempted participation, attempted instigation, failed instigation, unsuccessful instigation, inconclusive instigation, *omnido facturus*, foreground of participation, seriousness of criminal intent, double intent, conspirative danger, decision of letter case, concretion criteria, loss of domination (control).

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ	I
TEŞEKKÜR	II
ÖZET	III
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR	XVII
GİRİŞ.....	1
A. Çalışma Konusunu Tercih Nedenleri.....	6
B. Çalışmanın Amacı.....	6
C. Çalışma Konusu İle İlgili Cevap Aranacak Sorular.....	7
D. Çalışma Konusuna İlişkin Terminoloji Sorunu	8
E. Çalışmanın Başlığını Tercih Nedenleri	9
F. Çalışmada İzlenen Yöntem	10
G. Çalışmanın Kapsamı ve Sınırları	10

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE ALMAN HUKUKU ÇERÇEVESİNDE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ OLARAK İŞTİRAK VE TEŞEBBÜS

KURUMLARI

I. İŞTİRAK	17
A. İştirak Kavramı; İştirakin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları	18
B. İştirak Sistemleri ve Şekilleri	21
1. İştirak Sistemleri	21
2. İştirak Şekilleri	26
a) Faillik	26
b) Şeriklik	30
(1) Azmettirme	31
(a) Azmettirme Kavramı; Azmettirmenin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları	31
(b) Azmettirenin Sorumluluğunun Tespitinde Bağlılık Kuralı. 35	

(i) Bağlılık Kuralının Mahiyeti	35
(ii) Bağlılık Kuralının Türleri	37
(iii) Bağlılık Kuralının Niceliksel ve Niteliksel Sonucu	38
(c) Azmettirmenin Cezalandırılmasının Esasına İlişkin Teoriler	40
(d) Azmettirmenin Yaptırımı	47
(2) Yardım Etme	49
II. TEŞEBBÜS	52
A. Teşebbüsün Mahiyeti ve Tanımı	53
B. Teşebbüsün Hukuki Niteliği	55
C. Teşebbüsün Cezalandırılmasının Esasına İlişkin Teoriler	56
D. Teşebbüsün Unsurları	57
1. Kasten İşlenen Bir Suçun ve Bu Suçu İşlemeye Yönelik Kastın Varlığı	58
2. İcra Hareketi Niteliğinde Fiillerin İşlenmesi	59
a) Hazırlık Hareketi-İcra Hareketi Ayırımı	59
b) Hazırlık Hareketi-İcra Hareketi Ayırımına İlişkin Teoriler	62
3. Elverişli Hareketlerin Gerçekleştirilmesi	65
4. Elde Olmayan Nedenlerle İcra Hareketlerini Tamamlanamaması veya İcra Hareketleri Tamamlanmasına Rağmen Neticenin Gerçekleşmemesi	66
E. Teşebbüsün Yaptırımı	67
III. İŞTİRAK-TEŞEBBÜS İLİŞKİSİ	68
A. Teşebbüse İştirak	69
B. İştirake Teşebbüs	71
1. Azmettirmeye Teşebbüs	75
a) Azmettirmeye Teşebbüste Teşebbüs Hükümlerinin Uygulanmasının Lehinde Görüşler	77
b) Azmettirmeye Teşebbüste Teşebbüs Hükümlerinin Uygulanmasının Aleyhinde Görüşler	80
c) Kanaatimiz	84

2. Yardım Etmeye Teşebbüs	85

İKİNCİ BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA İŞTİRAKE TEŞEBBÜS, TÜRLERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ; AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS, TARİHSEL GELİŞİMİ, KANUN SİSTEMATİĞİ İÇİNDEKİ YERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

I. ALMAN HUKUKUNDA İŞTİRAKE TEŞEBBÜS, TÜRLERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ	90
A. İştirake Teşebbüsün Türleri	92
1. Azmettirmeye Teşebbüs.....	92
2. Yardım Etmeye Teşebbüs	96
3. Diğer Türleri	99
a) Cürmü İşlemeye veya Cürme Azmettirmeye Hazır Olduğunu Açıklama	100
b) Bir Başkasının Cürüm Önerisini Kabul Etme.....	101
c) Cürüm Anlaşması.....	103
B. İştirake Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği	105
1. İştirake Teşebbüsün Cezalandırılabilirliğine Yönelik Eleştiriler.....	108
a) Tehlikeyi Önleme Düşüncesi Bakımından Eleştiriler.....	108
b) Düşünce Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku Bakımından Eleştiriler	110
II. ALMAN HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS, TARİHSEL GELİŞİMİ, KANUN SİSTEMATİĞİ İÇİNDEKİ YERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ	115
A. Azmettirmeye Teşebbüsün Tarihsel Gelişimi	116
1. 1800-1873 Yıllarını Kapsayan Dönem (<i>Duchesne</i> Olayına Kadarki Dönem)	116
2. 1873-1876 Yıllarını Kapsayan Dönem (<i>Duchesne</i> Olayı ve Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunda Düzenlenmesi).....	120
3. 1876-1933 Yıllarını Kapsayan Dönem	123

4. 1933-1945 Yıllarını Kapsayan Dönem (Nazi Dönemi)	125
5. 1945-1975 Yıllarını Kapsayan Dönem	128
6. 1975 Yılından Günümüze Kadarki Dönem	131
B. Azmettirmeye Teşebbüsün Kanun Sistematiği İçindeki Yerine İlişkin Doktrindeki Tartışmalar	132
1. Azmettirmeye Teşebbüsün Genel Hüküm Olarak Düzenlenmesi Gerekliği Hakkındaki Görüş	133
2. Azmettirmeye Teşebbüsün Özel Hüküm Olarak Düzenlenmesi Gerekliği Hakkındaki Görüş	136
3. Kanaatimiz	140
C. Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği	141
1. İştirakin Ön Alanı ve İştirakin Ön Alanında Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği	141
a) İştirakin Ön Alanı.....	141
(1) İştirakin Ön Alanının Tehlikeliliği	141
(2) İştirakin Ön Alanında Cezalandırılabilir Hazırlık Hareketleri ile Cezalandırılmaz Hazırlık Hareketleri Arasındaki Sınırın Belirlenmesi.....	143
(a) Doktrinde İleri Sürülen Ölçütler	144
(b) Kanaatimiz	147
b) İştirakin Ön Alanında Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği	148
(1) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	151
(a) Konspiratif Tehlike Görüşü.....	152
(b) Olay Üzerinde Hakimiyet (Kontrol) Kaybının Tehlikeliliği Görüşü.....	156
(c) Azmettirenin Ahlakının Kötülüğü Görüşü	159
(d) Haksızlık Anlaşması Görüşü.....	160
(e) Varsayımsal Bağlılık Kuralı Görüşü	161
(2) İçtihadi Durum	162

(3) Kanaatimiz	163
2. Önleyici Ceza Hukuku ve Önleyici Ceza Hukuku Olarak Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği	163
3. Suç ve Ceza Politikasının Bir Gereği Olarak Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği	169

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA AZMETTİRMeye TEŞEBBÜS KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, TÜRLERİ, TİPİKLİĞİ, AZMETTİRMeye TEŞEBBÜSTEN VAZGEÇME VE YAPTIRIMI

I. AZMETTİRMeye TEŞEBBÜS KAVRAMI	172
II. AZMETTİRMeye TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ	178
A. Azmettirmeye Teşebbüsün Tali Norm Niteliğinde Olması	179
B. Azmettirmeye Teşebbüsün Bağımsız veya <i>Sui Generis</i> Suç Tipi Olmaması	185
C. Şeriklik ve Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılmasının Esasına Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Hukuki Niteliği	186
D. Azmettirmeye Teşebbüsün Hukuki Niteliğine İlişkin Kanaatimiz.....	190
III. AZMETTİRMeye TEŞEBBÜSÜN TÜRLERİ.....	191
A. Asıl Fiilin Var Olup Olmamasına Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Türlerinin Sınıflandırılması	191
B. İrade Uyuşmasının Gerçekleşip Gerçekleşmemesine Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Türlerinin Sınıflandırılması	192
C. Failin Fiili İşleme Kararını Alıp Almamasına Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Türlerinin Sınıflandırılması	192
1. Başarısız Azmettirme	198
2. Neticesiz Azmettirme.....	203
a) Kısmen Tamamlanmış Azmettirme	205
b) Etkisiz Azmettirme	208
c) Failin Sınır Aşımı Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs	211
(1) Nicelikel Sınır Aşımı Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs ...	214

(2) Niteliksel Sınır Aşımı Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs ..	218
3. Elverişsiz Azmettirme.....	224
4. Hatalı Azmettirme.....	229
5. Failin Fiili İşleme Kararının Değiştirilmesi Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs	232
a) Döndüren Azmettirmeye Teşebbüs.....	233
b) Azalan Azmettirmeye Teşebbüs	239
c) Artan Azmettirmeye Teşebbüs.....	243
IV. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN TİPİKLİĞİ	250
A. Tipikliğin Objektif Unsurları.....	253
1. Faile Fiili İşleme Kararının Aldırılmasına Teşebbüs Etmek	253
a) Faile Fiili İşleme Kararının Aldırılması.....	254
b) Faile Fiili İşleme Kararının Aldırılmasının Doğrudan Doğruya İcrasına Başlama	258
(1) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	262
(2) İçtihadî Durum.....	271
(a) İçtihatlarda Kabul Edilen Somutlaştırma Ölçütü ve Ölçüte Yönelik Eleştiriler.....	271
(b) AFM'nin Mektup Olayı Kararı	278
(3) Kanaatimiz	282
2. Fiilin Cürüm Niteliğinde Olması	283
B. Tipikliğin Sübjektif Unsurları.....	289
1. Azmettirenin Kasten Hareket Etmesi.....	290
a) Azmettirenin Çifte Kastla Hareket Etmesi.....	293
(1) Kasten ve Hukuka Aykırı Olarak Fiili İşleme Bakımından Kast	293
(2) Faile Fiili İşleme Kararını Aldırma Bakımından Kast.....	296
b) Azmettirenin Kastının Ciddiliği.....	298
c) Azmettirenin Kastının Somutlaştırılması.....	304
(1) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	310

(2) İctihadi Durum	314
(3) Kanaatimiz	316
2. Failin Azmettirenin Kastının Dışına Çıkması	317
V. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSTEN VAZGEÇME	318
VI. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN YAPTIRIMI	322

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS

I. ANGLOSAKSON HUKUK SİSTEMİNDE SUÇA İŞTİRAK KURUMU, AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜ CEZALANDIRAN ANGLOSAKSON ÜLKELERİ	327
A. Anglosakson Hukuk Sisteminde Suça İştirak Kurumu	328
B. Anglosakson Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüs	332
C. Azmettirmeye Teşebbüsü Cezalandıran Anglosakson Ülkeleri	335
1. İngiltere	335
2. Amerika	341
3. İrlanda	350
4. İskoçya	352
5. Kanada	353
6. Avustralya	355
II. KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE SUÇA İŞTİRAK KURUMU, AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜ CEZALANDIRAN KITA AVRUPASI ÜLKELERİ	357
A. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Suça İştirak Kurumu	357
B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüs	360
C. Azmettirmeye Teşebbüsü Cezalandıran Kıta Avrupası Ülkeleri	361
1. İspanya	361
2. Fransa	363
3. İtalya	366
4. Avusturya	371
5. Hollanda	374

6. İsviçre.....	377
7. Norveç.....	380
8. İsveç	381
9. Macaristan.....	383
10. Hırvatistan.....	384
11. Polonya	386
12. Bosna-Hersek.....	387
13. Estonya.....	388
III. İSLAM HUKUK SİSTEMİNDE SUÇA İŞTİRAK KURUMU, AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜ CEZALANDIRAN İSLAM ÜLKELERİ.....	389
A. İslam Hukuk Sisteminde Suça İştirak Kurumu	391
1. Suça İştirakin Tanımı ve Unsurları	391
2. Suça İştirak Şekilleri	393
B. İslam Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüs	397
C. İslam Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüsü Cezalandıran İslam Ülkeleri	400
1. Suudi Arabistan.....	400
2. Pakistan, Malezya ve Hindistan.....	401
3. Irak	402
IV. DİĞER ÜLKELERDE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS	405
A. Rusya	405
B. Japonya	409
C. Çin.....	411

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN ÖNERİMİZ

I. TÜRK HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS	412
A. ETCK Döneminde Azmettirmeye Teşebbüs	412

B. YTCK Döneminde Azmettirmeye Teşebbüs	418
1. Mevcut Yasal Durum	418
2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	427
a) Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılmasının Lehinde Görüşler	428
(1) Genel Hüküm Olarak Cezalandırılması Gerektiği Hakkındaki Görüşler	429
(2) Özel Hüküm Olarak Cezalandırılması Gerektiği Hakkındaki Görüşler	432
b) Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılmasının Aleyhinde Görüşler	435
3. İçtihadi Durum	437
II. TÜRK HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN ÖNERİMİZ	438
A. Azmettirmeye Teşebbüsün Kanun Sistematiği İçindeki Yerinin ve Yaptırımının Belirlenmesi	438
1. Azmettirmeye Teşebbüsün Kanun Sistematiği İçindeki Yerinin Belirlenmesi	438
a) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Genel Hükümleri İçinde Belli Ağırlıktaki Fiillere Azmettirme Halinde Cezalandırılması	439
(1) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Genel Hükümleri İçinde Cezalandırılması	439
(2) Azmettirmeye Teşebbüsün Belli Ağırlıktaki Fiillere Azmettirme Halinde Cezalandırılması	442
b) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Özel Hükümleri İçinde Belli Ağırlıktaki Fiillerde Cezalandırılması	445
(1) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Özel Hükümleri İçinde Cezalandırılması	445
(2) Azmettirmeye Teşebbüsün Belli Ağırlıktaki Fiillerde Cezalandırılması	449

2. Azmettirmeye Teşebbüsün Yaptırımının Belirlenmesi	450
a) Yaptırımın Niteliksel Olarak Belirlenmesi	451
(1) Yaptırım Türü Olarak Güvenlik Tedbirleri	452
(2) Yaptırım Türü Olarak Ceza, Cezanın Amaçları, Önleme Fonksiyonu ve Son Çare Olması	453
(3) Azmettirmeye Teşebbüste Yaptırım Türünün Belirlenmesi ..	456
b) Yaptırımın Niceliksel Olarak Belirlenmesi	463
B. Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılmasına İlişkin Önerilen Kanun Hükümleri ve Gerekçeleri	468
1. Azmettirmeye Teşebbüsün Genel Hüküm Olarak Düzenlenmesine İlişkin Önerilen Kanun Hükmü ve Gerekçesi	468
2. Azmettirmeye Teşebbüsün Özel Hüküm Olarak Düzenlenmesine İlişkin Önerilen Kanun Hükmü ve Gerekçesi	469
SONUÇ	474
KAYNAKÇA	490
KİTAPLAR VE MAKALELER	490
İNTERNET KAYNAKLARI	525
MAHKEME KARARLARI	527
KANUNLAR	531

KISALTMALAR

AT	: Allgemeiner Teil
Abs.	: Absatz
ACK	: Alman Ceza Kanunu
ACLQ	: American Criminal Law Quarterly
AFM	: Alman Federal Mahkemesi
ASK	: Ağır Suçlar Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Av.CK	: Avusturya Ceza Kanunu
Az.CK	: Azerbaycan Ceza Kanunu
b.	: bend
bs.	: bası, baskı, basım
BT	: Besonderer Teil
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BHFCK	: Bosna-Hersek Federasyonu Ceza Kanunu
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
Cal.LR	: California Law Review
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CLF	: Criminal Law Forum
CLJ	: Criminal Law Journal
CLR	: Criminal Law Review
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Com	: Commission
cüm.	: cümle

ÇCK	: Çin Ceza Kanunu
çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
DULR	: Duquesne University Law Review
E.	: Esas
EBYÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
edit.	: edition
edt/edts	: editor/editors
Es.CK	: Estonya Ceza Kanunu
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
Fr.CK	: Fransız Ceza Kanunu
GH	: Genel Hükümler
GA	: Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
GCK	: Gürcistan Ceza Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HCK	: Hollanda Ceza Kanunu
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
Hır.CK	: Hırvatistan Ceza Kanunu
Hin.CK	: Hindistan Ceza Kanunu
Hrsg.	: Herausgegeben
HYM	: Hollanda Yüksek Mahkemesi
I.	: Issue
ICK	: Irak Ceza Kanunu
IRPL	: International Review of Penal Law

IRRC	: International Review of the Red Cross
İHAD	: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İmp.CK	: İmparatorluk Ceza Kanunu
İr.CK	: İrlanda Ceza Kanunu
İsp.CK	: İspanyol Ceza Kanunu
İsv.CK	: İsveç Ceza Kanunu
İsviç.CK	: İsviçre Ceza Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JCK	: Japon Ceza Kanunu
JCLC	: Journal Criminal Law and Criminology
JCLC&PS	: Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science
JICJ	: Journal of International Criminal Justice
JR	: Juristische Rundschau
JURA	: Juristische Ausbildung
JURA-K	: Juristische Ausbildung Karteikarten
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
KCK	: Kanada Ceza Kanunu
KCLJ	: King's College Law Journal
KK	: Kabahatler Kanunu
kn.	: kenar numarası
STK	: Suça Teşebbüs Kanunu
L&PR	: Law and Psychology Review
LG	: Landgericht
Mac.CK	: Macar Ceza Kanunu
Mal.CK	: Malezya Ceza Kanunu
MCK	: Model Ceza Kanunu
md.	: madde

MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NCK	: Norveç Ceza Kanunu
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No.	: Number
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
NYUJL&L	: N.Y.U. Journal of Law and Liberty
OLG	: Oberlandesgericht
OSJCL	: Ohio State Journal of Criminal Law
ÖH	: Özel Hükümler
ÖRZ	: Österreichische Richterzeitung
Pak.CK	: Pakistan Ceza Kanunu
PCK	: Polonya Ceza Kanunu
Pry	: Proje Yöneticisi
REC	: Revista de Estudos Criminais
RFCK	: Rusya Federasyonu Ceza Kanunu
RFDUSP	: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
RG.	: Resmi Gazete
RLJ	: Rutgers Law Journals
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SŞDÖDK	: Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun
StGB	: Strafgesetzbuch
StPO	: Strafprozessordnung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜSBE	: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ŞK	: Şerikler Kanunu

T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TOJDAC	: Turkish Online Journal of Design, Art and Communication
UCLALR	: UCLA Law Review
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
UPLR&ALR	: University of Pennsylvania Law Review and American Law Register
V.	: Volume
vd.	: ve devamı
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	: Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

GİRİŞ

Şeriklerin sorumluluğu bakımından bağıllık kuralını kabul eden YTCK'nın iştirak sistemi, azmettirenin cezai sorumluluğunun doğmasını, asıl fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenmesine ve cezalandırılabilme eşiğini (teşebbüsü) geçmesine bağılı kılmıştır. Buna göre, azmettirenin cezalandırılabilmesi için asıl fiilin doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması gerekir. A'nın B'yi para karşılığında C'yi öldürmeye azmettirdiği bir olayda fiili işleme kararını ve parayı alan B, pişman olur da bu suçu işlemezse veya azmettirildiği suçtan başka bir suç işlerse, doğrudan doğruya icrasına başlanmış öldürme fiilinden bahsedilemez. Olayda B parayı almayıp fiili işlemeyi reddetse veya A, ona gelmeden önce aralarındaki husumetten dolayı C'yi öldürme kararını almış olsa, aynı şekilde doğrudan doğruya icrasına başlanmış bir fiilin varlığından yine bahsedilemeyeceğinden A'nın cezalandırılması mümkün müdür? Olayda azmettiren A, B'yi azmettirmekle suç işleme yönündeki iradesini açığa vurmuştur. Azmettirenin suç işleme yönündeki iradesini açığa vuran davranışlar kanundaki boşluktan dolayı cezalandırılamamaktadır. YTCK'nın benimsediği ikici iştirak sisteminin sakıncası olarak ortaya çıkan bu boşluk, ETCK'da da bulunmaktaydı. 5237 sayılı YTCK'nın iştirak sisteminde A'nın cezalandırılması mümkün olmadığına göre, A'nın başlattığı ve bir başkasını içerisine dahil ettiği veya etmeye çalıştığı örneklerdeki gibi kriminal bir tehlikenin ortaya çıktığı ve tehlike suretinde gerçekleşen bu haksızlığın, özellikle kasten öldürme fiilini cezalandıran normda korunan yaşam hakkı gibi önemli ve üstün bir hukuksal değeri ihlal ettiği izahtan varestedir. Her üç örnek olayda da, A'nın azmettirmesi akim kalmıştır, yani azmettirme tamamlanmamış, teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu hareket haksızlık teşkil etmesine rağmen; sırf asıl fiil teşebbüs aşamasında kalmadığı için cezalandırılamamaktadır.

Toplumumuzda en fazla işlenen suçlardan biri de bir başkasını yalan tanıklık yapmaya azmettirmedir. Yukarıdaki olay yalan tanıklık suçu bakımından uyarlanacak olursa her ne kadar A, B'yi yalan tanıklık yapmaya azmettirme bakımından başarılı olamasa da, ortaya koyduğu ikna yönündeki faaliyetleriyle kriminal bir sürecin

başlamasına neden olmuş ve bu suretle başlı başına bir haksızlık işleyerek adaletin tecellisi ve adliye hizmetlerinin doğru işlemesi gibi önemli menfaatlere yönelik ihlal edici hareketlerde bulunmuştur. Burada da tıpkı kasten öldürme suçunda olduğu gibi kriminal bir sürecin başlamasına zemin hazırlanmıştır. Esasen azmettiren A, her iki durumda da B'yi kasten öldürmeye veya yalan tanıklık yapmaya azmettirmekle elinden geleni yapmış ve olay üzerindeki hakimiyetini kaybetmekle bir nevi olayı elinden çıkarmış durumdadır. Kısacası ok artık yaydan çıkmış ve azmettiren kriminolojik olarak tehlikeli bir kişi olduğunu hareketin haksızlığı temelinde ortaya koyarak kasten öldürme ve yalan tanıklık suçlarında olduğu gibi asıl fiilin hazırlayıcısı konumuna girmiştir.

Her iki suç bakımından örnek olaylar dikkate alındığında azmettiren konumunda olan A, yaptığı suç davetiyle toplumda güvensizliğe, kaygı ve korkuya yol açmıştır. Dış alemde ortaya koyduğu ikna çabalarıyla önemli hukuksal değerlerin sahiplerini de tedirgin etmiştir. Tüm bu hususlar çerçevesinde, tehlikelilik halini bu şekilde açıkça ortaya koyan ve fakat sırf fail harekete geçmediği için bir başarısızlık durumu yaşayan bir kimsenin cezalandırılmamasını ileri sürmenin meşru ve makul bir sebebi olmadığı gibi, böyle bir haksızlığın önlenmesine yönelik çözümün bağlılık kuralı çerçevesinde aranmasının da kabul edilebilir bir tarafı bulunmamaktadır.

YTCK'da kanun koyucunun iradesi, yukarıdaki örnek olayda gerçekleşen azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmama yönünde iken, mukayeseli hukukta bu fiili cezalandıran birçok ülke bulunmaktadır. Bu ülkelerden biri Almanya'dır. Almanya'da azmettirmeye teşebbüs 1873 yılında meydana gelen ve politik bir zeminde gelişim gösteren *Duchesne* olayı sebebiyle yaptırıma bağlanmıştır. *Duchesne* isimli bir Belçikalı, Paris Başpiskoposu'na *Bismarck*'ı 60.000 Frank karşılığı öldürmesi talebini içeren üç mektup gönderir. Ancak Başpiskopos, bu teklifi kabul etmez. Olayın bir yıl sonra açığa çıkmasından sonra 1876 yılında *Duchesne* maddesi olarak adlandırılan hüküm düzenlenmiş, asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirenin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması kanuni zemine kavuşturulmuş ve günümüzde halen eleştirilse de Alman içtihatlarına sürekli konu olmuştur. 1981-2005 yılları arasında azmettirmeye teşebbüsü de ihtiva eden iştirake teşebbüs ve iştirake teşebbüsten

vazgeçmeye ilişkin altmış iki hüküm tesis edilmiştir. Özellikle Almanya’da bir bakanın azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümden (ACK md.30/f.1) hapis cezasına çarptırılması konuyu daha da ilgi çekici kılmıştır. *Brandenburg* Eyaleti bakanlarından *Jochen Wolf*, Şubat 2002’nin sonunda eşini kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten beş yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.¹

Azmettirmeye teşebbüsü yaptırım altına alan Kıta Avrupası ülkelerinden bir diğeri İtalya’dır. Ancak İtalya, Almanya’dan farklı olarak azmettirmeye teşebbüs için güvenlik tedbiri uygulanmasını kabul etmiştir. Mukayeseli hukukta başta İngiltere ve Amerika olmak üzere birçok Anglosakson ülkesinde de Alman hukukunda olduğu gibi azmettirmeye teşebbüs için ceza yaptırımını öngörülmüştür. Ancak Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipi olarak telakki edilmektedir.

Başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması, failin tehlikelilik haline dayandırılır. Bu tehlikelilik hali, toplumsal anlamda önem arz eden töre ve namus cinayetlerinde açıkça kendisini göstermektedir. Örneğin Almanya’da genç bir Türk kızı babasının kendisini evlendirme isteğini reddeder ve baba bu nedenle aile şerefine ihlal edildiğini düşünerek, yaşı küçük olan oğlundan ablasını öldürmesini ister. Ablasını çok seven çocuk, babasının isteğini yerine getirmez ve polisi durumdan haberdar eder. ACK’da azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir hükümle cezalandırıldığı için *Limburg Ağır Ceza Mahkemesi*² 23.04.2007 tarihinde babayı azmettirmeye teşebbüsten beş buçuk yıl hapis cezasına mahkûm eder.³ Namus cinayetine ilişkin böyle bir olayın Türkiye’de gerçekleşmesi durumunda

¹ LG, Urteil vom 27.2.2002 – 21 Ks 14/01–486 Js 41376/00 (LG Potsdam), karar için bkz. **Axel Dessecker**, “Im Vorfeld eines Verbrechens: die Handlungsmodalitäten des §30 StGB”, JA, 2005, s. 550, 556.

² Limburg Eyalet Mahkemesi, 3 Js 14048/06-2 Ks, T. 23.4.2007, karar için bkz. **Silvia Tellenbach**, “Almanya’da Namus ve Töre Cinayetleri”, *SDÜHFD*, C. 3, S. 2, 2013, s. 22-23.

³ **Tellenbach**, Almanya, s. 22-23.

azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmadığından babanın suçun işlenmesi yönündeki dış aleme akseden davranışları cezasız kalır.

Almanya’da yaşanan bu durum, özellikle töre ve namus cinayetlerinin yoğun yaşandığı Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgeleri’nde gözlemlenebilir. Töre ve/veya namus saikiyle işlenen cinayetlerde sıklıkla yapıldığı gibi ölüm kararının uygulanması için toplanan aile meclisi üyeleri yoğun ikna faaliyetlerini gerçekleştirmektedir. Bu ikna faaliyetlerinin cezalandırılmasının asıl fiilin icrasına başlamasına bağlanması, azmettiren konumundaki aile meclisi üyelerinin cezasız kalması sonucunu beraberinde getirir. Bir kimsenin öldürülmesi kararının icrası için toplanan meclis üyelerinin faile manevi baskı yapmalarının gerek toplum gerekse mağdur bakımından tehlikelilik arz ettiği izahtan varestedir. Özellikle töre cinayetlerinin ülkemizde çok sık yaşanan vakalar olduğu dikkate alındığında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde sık sık yaşanan başta töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçları ile yalan tanıklık yapmaya azmettirme suçlarında olduğu gibi önemli hukuksal değerleri koruyan suç tiplerinde azmettiren suça yönelik iradesini ikna faaliyetleriyle açığa çıkardığı için cezalandırılabilmelidir; çünkü azmettirme bağımsız olarak bir haksızlık içeriğine sahiptir. Azmettirme fiilini başlı başına bir haksızlık olarak gören bu düşüncenin haricinde, azmettirenin tehlikeli durumu da bunu gerektirir. Fail suçu işlemese bile azmettirenin fiili toplum için tehlikeliliğini gösterir niteliktedir.

Daha suçun ön alanında (iştirakin ön alanında) hukuksal değerlere yönelik tehlikeyi bünyesinde taşıyan irade açıklamalarının cezalandırılabilirliğinin bir yönü de bunun suç ve ceza politikasının bir gereği olmasıdır. Ceza hukuku politikaları, geleneksel kusur ve yaptırım anlayışına ilişkin baskın karakterini tehlike ve önleme anlayışına doğru kaydırmaktadır. Bu da suçun kontrol edilmesi noktasında geleneksel cezalandırıcı vasfa sahip ceza hukukuna önleyici bir misyon yüklemek anlamına gelir. Dolayısıyla, azmettirmeye teşebbüs (akim kalmış azmettirme) gibi suça ön alan oluşturan tehlikeli hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının amacı, suçun işlenmesini önlemek ve toplumu korumaktır. Özellikle ülkemiz gibi gelişmekte olan toplumlarda önleyici karakterde ceza hukuku düzenlemeleriyle -elbette bireyin temel

hak ve özgürlüklerini ihlal edecek şekilde geniş kapsamlı düzenlemelerle değil- tehlikeliliğini ortaya koyan ve başkalarını suç işleme yönünde etkilemek suretiyle psikolojik direnişe geçen bireylerin suçun icrasından önce engellenmesi gerekir. Nitekim bu tarz direnişler, özellikle tehlikeli hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı örgüt suçlarında daha bariz ortaya çıkmaktadır. Daha suçun ön alanında iken, sınırlı da olsa, bireyin temel hak ve özgürlüklerine ağır ihlal oluşturmayacak şekilde devletin müdahalesi gerekli olabilir. Bu, esasen ceza hukukunun müdahale edebileceği sınıır belirlenmesi anlamına gelir. Birey, hukuksal değerlerinin ihlal edildiği bir durumda kendisini korumasını talep ederek devletin müdahalesini istemektedir. Bir diğer ifadeyle devlete karşı koruma günümüzde artık devlet tarafından korumayı talep ile yer değiştirmiştir.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, azmettiren tehlikeli halini bariz bir şekilde ortaya koymuş ve fiilin işlenmesini bir üçüncü kişinin kararına terk ederek fiilin her an işlenebilmesi tehlikesini beraberinde getirmiştir. Ayrıca azmettiren, fail suçun icrasına başlamadığı için bir başkasını azmettirebileceği gibi bir kimseyi bu konuda temin edemeyince bu fiili kendisi bizzat işleme kararını alıp, artık fail sıfatıyla olay üzerindeki hakimiyetini tesis edebilir. Azmettirmeden (şeriklikten) faillliğe geçişin olduğu bu durum, ortaya çıkan ve suç ve ceza politikası gereği cezalandırılması gerekli bir tehlikedir.

Sonuç itibariyle, azmettirenin suça ön gelen faaliyetlerinin başlı başına haksızlık olarak cezalandırılmaya muhtaç görüyor ve olması gereken hukuk bakımından bu konuda genel bir hükmün mevcut YTCK'ya eklenmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Her ne kadar olması gereken, kanunun genel hükümleri içinde genel bir düzenlemenin yapılması ise de, ceza adaleti sistemimizin kendine özgü karakterini göz önünde bulundurmak ve suç ve ceza politikası bakımından hangi durumlarda böyle bir cezalandırmaya ihtiyaç olduğunu ortaya koymak gerekir. Bu bağlamda, en azından şu aşamada azmettirmeye teşebbüsün teorik yapısının anlaşılması ve kabul edilebilirliği sağlanana kadar, infaz rejimimizin uygulamadaki karnesinin kötü olması, muhakeme hukuku bakımından ortaya çıkabilecek ispat problemleri ve yeni bir kurumla yargı üzerinde oluşabilecek dava yükü gibi hususları da dikkate alarak, ara bir çözüm olarak

özellikle belirttiğimiz kasten öldürme ve yalan tanıklık suçlarında başarısız azmettirme hareketlerinin cezalandırılmasına yönelik hükümleri (bağımsız azmettirme suçlarını) ihtiva eden ceza normlarının üretilmesi mümkündür. Suç ve ceza politikası çerçevesinde meseleye ilişkin kanundaki boşluğun sınırlı cezalandırma formülüyle giderilebileceği kanaatini taşıyoruz. Bu yönde kanunda ihdas edilecek özel hükümlerin varlığını gelecekte yapılmasına taraf olduğumuz genel bir hükmün bir ön adımı olarak değerlendirmek gerekir. YTCK'nın faillik-şeriklik ayırımı konusunda getirdiği sistem, her ne kadar ikici iştirak sistemindeki bazı sakıncaları gidermeye çalışmışsa da azmettirmeye teşebbüse ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Fakat aynı kanun koyucu, bu yöndeki çabasını tahrik, örgüt, rüşvet ve suç için anlaşma gibi suç tiplerinde ortaya koymuş ve halihazırda meselenin çözüme kavuşturulması noktasında yeni düzenlemeler yapılabileceğinin yolunu açmıştır. Bu şekilde, iştirakin ön alanında tehlikenin cezalandırıldığı bu düzenlemelerle azmettirmeye teşebbüsün bir haksızlık olarak cezalandırılabilir olduğu düşüncesinden uzak olmadığını ortaya koymuştur.

A. Çalışma Konusunu Tercih Nedenleri

Bu çalışmada iştirake teşebbüsün bir türü olan azmettirmeye teşebbüs konusunun tercih edilme nedenlerinden biri asıl fiilin işlenmediği azmettirme durumunda azmettirenin ceza sorumluluğuna ilişkin Türk hukukundaki boşluğun varlığını devam ettirmesidir. Bir diğer tercih nedeni Türk hukukunda çalışma konusunun yeterince incelenmemiş olmasıdır. Ceza hukukunda suça iştirak ve azmettirme kurumlarını inceleyen bilimsel çalışmaların yapıldığı ve konunun ceza hukukuna ilişkin ders kitaplarında işlendiği tespit edilmiş; ancak doktrinde kapsamlı bir monografik çalışmaya rastlanılamamıştır. Yargı içtihatlarında da çalışma konusu sadece niceliksel bağlılık kuralı bağlamında zikredilmiş, cezalandırılabilirliğine ilişkin herhangi bir karara rastlanılamamıştır.

B. Çalışmanın Amacı

Türk hukukunda gerek doktrinde gerekse yargı içtihatlarında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi üzerinde yeterince durulmamıştır. Doktrinde son dönemde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği yönünde teorik anlamda

bir ilerleme kaydedilse de kapsamlı monografik bir çalışmanın yapılması gerektiği ortadadır. Gerek doktrin gerekse uygulama bakımından Alman Hukuku'nun tarihsel bir birikime sahip ve başta monografik çalışmalar olmak üzere kitap ve makale gibi birçok bilimsel çalışmada kurumun teorik yapısının oturmuş olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda temel amaç, ACK'nın genel hükümlerinde bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılabilirliği kabul edilen ve gerek teoride gerekse pratikte zenginlik kazanan çalışma konusuna ilişkin fikri bir faaliyette bulunmaktır. Başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta meselenin temel boyutlarıyla ortaya konulması, YTCK'daki boşluğu gidermeye yönelik muhtemel bir kanun hükmünün önerilmesi ve nihayetinde Türk hukukundaki tartışmalara bilimsel anlamda katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

C. Çalışma Konusu İle İlgili Cevap Aranacak Sorular

Bu çalışmada gerek Türk hukukunda gerekse başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta iştirak, şeriklik, azmettirme ve azmettirmeye teşebbüs konularına ilişkin eserlerin okunması neticesinde aşağıdaki soruların cevabı araştırılmıştır:

1. a) Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının önündeki engel suça iştirakte kabul edilen bağıllık kuralı mıdır? Şayet böyleyse asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettirenin haksızlık teşkil eden fiilinden cezalandırılmaması sorunu mevcut iştirak hükümleri çerçevesinde nasıl çözülecektir? Eğer böyle değilse bağıllık kuralına rağmen azmettirmeye teşebbüsün bağımsız olarak cezalandırılması mümkün müdür? Mukayeseli hukuk ve hukukumuz bakımından mevcut durum nedir?

b) Bağıllık kuralından dolayı iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılması mümkün olmayan azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanında tehlikeli hazırlık hareketi niteliğinde cezalandırmaya layık bir fiil midir?

2. Ceza hukukunda suçun özel görünüş şekilleri olan iştirak ve teşebbüs kurumlarının kaynaştırılmasından doğan iştirake teşebbüs gibi yeni bir kurum oluşturulabilir mi? Bu kurumun ceza hukukundaki yeri nedir ve azmettirmeye teşebbüs iştirake teşebbüsün bir türü olarak cezalandırılabilir mi?

3. Suça teşebbüse ilişkin temel prensiplerin azmettirmenin teşebbüsüne uygulanabilmesi mümkün müdür ve azmettirme fiilinin bizatihi kendisinin teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedilebilir mi?

4. YTCK’da azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması durumunda bunun kanundaki yeri neresi olacaktır? Azmettirmeye teşebbüs kanunun genel hükümleri içinde mi düzenlenmeli; yoksa özel hükümleri içinde, sadece belli ağırlıktaki suçlar için mi kabul edilmelidir?

5. Azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılması durumunda, azmettirmeye güvenlik tedbiri mi uygulanmalı ya da ceza mı verilmelidir? Cezalandırma konusunda hakime takdir yetkisi mi verilmelidir? Asıl fiilin işlenmemesinin bir indirim sebebi olarak düzenlenmesi mümkün müdür?

D. Çalışma Konusuna İlişkin Terminoloji Sorunu

Çalışma konusuna ilişkin Alman hukukundaki kavramsal tartışmalar “akim kalmış azmettirme” ile “azmettirmeye teşebbüs” kavramları çerçevesinde yapılmaktadır. Örneğin kanunun genel hükümleri içinde iştirake teşebbüsü yaptırma bağlayan ACK md.30 “iştirake teşebbüs” başlığı altında düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasında azmettirmeye teşebbüs kavramına açıkça yer verilmiştir. Azmettirmeye teşebbüsün sonuçsuz/tamamlanmamış azmettirme olduğu açıktır. Azmettirmenin herhangi bir sebeple tamamlanmadığını/başarısız kaldığını ifade etmek için akim kalmış azmettirme kavramının kullanılması haklı görülebilir. Ancak azmettirmenin asgari ceza sorumluluğunu hem kavramsal hem de ceza hukuku tekniği bakımından en iyi ifade eden kavram, “azmettirmeye teşebbüs”tür. Azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini kapsayıcı nitelikte olan bu kavramın başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta da çok fazla tercih edildiği tespit edilmiştir. Bu itibarla, asıl fiilin işlenmediği azmettirmede gerçekleşen başarısızlığın azmettirmeye teşebbüs kavramıyla ifade edilmesi isabetli ve yerinde bir tercih olur.

E. Çalışmanın Başlığını Tercih Nedenleri

Her ne kadar bu çalışmanın metninde ceza hukuku bakımından daha teknik bir kavram olması ve tüm türlerini ihtiva etmesinden hareketle azmettirmeye teşebbüs kavramı tercih edilse de, Türk doktrindeki genel anlayıştan hareketle çalışmanın başlığında akim kalmış azmettirme kavramı kullanılmıştır. Kavramın kullanılmasının temel nedeni, doktrinde azmettirmeye teşebbüs kavramının çok az sayıda yazar tarafından tercih edilmesi ve kurumun teorik yapısının bu kavram temelinde ortaya konulmamış olmasıdır. Ayrıca doktrinde konunun cezalandırılabilirliğine ilişkin yapılan açıklamaların yeterli olmaması; akim kalmış azmettirmenin, azmettirmenin özel bir durumu olduğu ve başlı başına bir haksızlık teşkil ettiği, bu yüzden de cezalandırılması gerektiğinin ifade edilmesidir.

Akim kalma kavramı sonuçsuz, neticesiz ve etkisiz anlamlarında kullanılmakta ve kavrama sadece genel anlamlar yüklenmektedir. Fakat akim kalmış azmettirmede kavrama artık ceza hukuku bilimine göre anlam yüklemek gerekir. Ceza hukukunda akim kalmanın anlamı sonuçsuz, neticesiz veya etkisiz gibi genel ifadelerle sınırlandırılmamalıdır. Akim kalmış azmettirme kavramının, ceza hukuku bakımından azmettirmeye teşebbüsü de ifade ettiğini kabul etmek gerekir, çünkü başlı başına bir haksızlık teşkil eden azmettirme fiilinin akim kaldığı veya teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilirken, ceza hukukunun başlayan kriminal sürece hangi andan itibaren müdahale edebileceği, yani cezalandırılabilme eşiğinin ne zaman aşıldığı anlatılmak istenmektedir.

Netice itibarıyla, teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanmasının karışıklığa yol açacağı, doktrinin azmettirme ve teşebbüsün kaynaştırılmasından doğan bir kavrama alışık olmaması, teşebbüsün iştirak üzerinde rol üstlenerek ön alanda ceza sorumluluğunu aşırı genişleteceği ve iştirakte bağlılık kuralının etkisizleşeceği gibi kaygıların önüne geçmek amacıyla doktrinde ve içtihatlarda kurumun teorik yapısının henüz yerleşmemiş olmasından dolayı çalışmanın başlığında akim kalmış azmettirme kavramı tercih edilmiştir.

F. Çalışmada İzlenen Yöntem

Bu çalışmada iştirake teşebbüsün ve onun bir türü olan azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi, mukayeseli ve eleştirel bakış açısıyla incelenmiştir. Bu bağlamda kanundaki düzenleme, doktrindeki ve içtihatlardaki durum ortaya konularak konu temelde Almanya örneği çerçevesinde ele alınmıştır. YTCK'da başarısız şeriklik hareketlerinin cezalandırılmasına ilişkin bir hükmün yokluğu ve iştirak sisteminin ACK'daki hükümler dikkate alınarak oluşturulmasından hareketle çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ele alınan konulara ilişkin açıklamalarda Alman Hukuku göz önünde bulundurulmuştur. Bunun yanında Alman hukukunda dönem dönem ciddi değişikliklere uğrasa da konunun yaklaşık yüz elli yıldır kanunda cezalandırılabilir olması ve gerek doktrinde gerekse içtihatlarda kurumun teorik yapısının yerleşmiş olması gibi hususlar, konuya yönelmemizde önemli etkenler olmuştur. Konunun Alman hukukundaki durumuna ilişkin teorik açıklamalar, mukayeseli hukukta başka ülkelerin mevcut durumuyla karşılaştırma yapma fırsatını vermiştir. Bu sebeple konunun mukayeseli hukuktaki durumu birinci bölümden sonra değil, Türk Hukuku bakımından konunun değerlendirilmesine ilişkin bölümden hemen önce ele alınmıştır. Türk hukukundaki durumla mukayese yapılması ve bir öneri ortaya konulması adına bu yöntem tercih edilmiştir.

G. Çalışmanın Kapsamı ve Sınırları

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesini mukayeseli olarak ele alan bu çalışma, giriş ve sonuç hariç beş bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölüm, suçun özel görünüş şekilleri olan iştirak ve teşebbüs konularına ayrılmıştır. İştirake ilişkin açıklamalarda iştirak kavramı; iştirakin tanımı, hukuki niteliği ve iştirak şekilleri ile iştirak sistemleri ele alınmıştır. Bu kısımda özellikle iştirakin (şerikliğin) bir şekli olan azmettirme ve azmettirmede bağlılık kuralına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Azmettirmenin objektif ve sübjektif tipikliğinin unsurları ile azmettirenin failin fiili işleme kararında yol açtığı değişiklikler (faili fiil kararından döndürme, failin fiil kararında azalma ve genişleme) tekrardan kaçınmak amacıyla çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınmıştır.

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüste azmettirenin sorumluluğunun tespitinde teşebbüs kurumundan hareket edilmektedir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümde (ACK md.30/f.1) teşebbüs kurumuna açıkça atıf yapılmıştır. Azmettirmeye teşebbüs-teşebbüs ilişkisinin irdelenmesi, öncelikle teşebbüs kurumunu incelemeyi gerektirir. İştirak-teşebbüs ilişkisini anlamak için teşebbüs kurumu iştirakten sonra incelenmiştir. Teşebbüse ilişkin açıklamalarda teşebbüs kısaca tanımlanmış, teşebbüsün hukuki niteliği belirtilerek cezalandırılmasının esası konusunda doktrinde ileri sürülen teorilere değinilmiştir. Suç yolunda düşünce ve hazırlık aşamasına ilişkin açıklamalardan sonra teşebbüs aşamasına varan bir fiilin cezalandırılabilmesi için gerekli olan unsurlar, YTCK'nın 35.maddesi dikkate alınarak incelenmiştir.

Bu bölümün son kısmı, iştirak ve teşebbüs kurumlarının teorik esasları Türk ve Alman Hukuku çerçevesinde ortaya konulduktan sonra iştirak-teşebbüs ilişkisine ayrılmıştır. Ceza hukukunda iştirake teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi, bu ilişki bağlamında incelenmiştir. Doktrinde yapılan tartışmalar çerçevesinde teşebbüse azmettirme gibi azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı incelenerek azmettirme-teşebbüs ilişkisine değinilmiştir. Ayrıca iştirake teşebbüsün bir türü olan yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine değinilmiştir.

İkinci bölümde iştirake teşebbüs ve onun bir türü olan azmettirmeye teşebbüsün Alman hukukundaki durumu geniş bir perspektiften ele alınmıştır. Bu çerçevede Alman hukukunda iştirake teşebbüsün kapsamı ve cezalandırılabilirliği meselelerine öncelikle değinilmiştir. Yardım etmeye teşebbüs cezalandırılmadığı için sadece Alman hukukundaki durumuna ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. İştirake teşebbüsün Alman hukukundaki görünüşü ortaya konulduktan sonra azmettirmeye teşebbüsün tarihsel gelişimi, kapsamı ve kanun sistematığı içindeki yeri gibi genel konulara değinilmiştir. Azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanında cezalandırılabilirliği doktrinindeki görüşler çerçevesinde ortaya konulmuş; Alman hukukundaki içtihadi durum ele alındıktan sonra önleyici ceza hukuku ve suç ve ceza politikasının bir gereği olarak azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğine değinilmiştir. Bu bölümde iştirake teşebbüsün kapsamı başlığı altında azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olan zincirleme azmettirmeye teşebbüs konusuna da kısaca değinilmiştir.

Üçüncü bölüm azmettirmeye teşebbüs kavramı, azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliği, türleri, tipikliği, yaptırımını ve azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme konularına ayrılmıştır. Bu bölümde azmettirmeye teşebbüs teknik ceza hukuku bakımından incelendiğinden önemine binaen hacimce daha kapsamlı hazırlanmıştır. Bu çerçevede azmettirmeye teşebbüse ilişkin terminoloji sorunu ve doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliği ele alındıktan sonra, azmettirmeye teşebbüsün türleri, türlerin sınıflandırılması ve türlerin iştirakin ön alanında cezalandırılabilirliğine ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bu bölümde ele alınan önemli konulardan biri, azmettirmeye teşebbüsün tipikliği olup, tipiklik objektif ve sübjektif unsurlar ayırımı çerçevesinde irdelenmiştir.

Azmettirmeye teşebbüste azmettirenin bir kimseyi azmettirme ve asıl fiilin tamamlanması kastıyla hareket etmesi gerekir. Azmettirenin kastının somutlaştırılması gerektiği meselesine ilişkin gerek doktrinde gerekse içtihatlarda tartışmalar bulunsa da, sübjektif tipiklik konusunda genel anlamda problem çıkmamaktadır. Sübjektif tipiklikte ortaya çıkan ve Alman hukukunda özellikle failin şahsında düşülen hata durumuna ilişkin yoğun tartışmaların olduğu hata halinde azmettirmeye teşebbüs konusu ise çalışmanın kapsamı haricinde tutulmuştur. Azmettirmeye teşebbüste asıl problem objektif tipiklik çerçevesinde ortaya çıkmaktadır; çünkü asıl fiilin teşebbüste kalmış hali objektif tipikliği ilgilendiren bir meseledir. Teşebbüste yapıldığı gibi azmettirmeye teşebbüste hazırlık-teşebbüs sınırının tespiti için doğrudan doğruya icraya başlama meselesi irdelenmiş ve bu konuda içtihatlarda ve doktrinde ileri sürülen görüşlere yer verilmiştir.

Bu bölümde ele alınan bir diğer konu, azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme olup, başlı başına ayrı bir bilimsel çalışmanın konusu olabilecek nitelikte olduğundan konu, ACK'daki hüküm (md.31) çerçevesinde genel olarak ele alınmıştır. Azmettirmeye teşebbüsün Alman hukukundaki yaptırımını, bu bölümde ortaya konulan son husus olmuştur.

Dördüncü bölümde Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde iştirake ilişkin genel tablo ortaya konulduktan sonra azmettirmeye teşebbüs ve azmettirmeye teşebbüsü genel ve/veya özel hükümler altında cezalandıran İngiltere, Amerika,

İrlanda, İskoçya, Kanada ve Avustralya gibi Anglosakson ve İspanya, Fransa, İtalya, Avusturya, Hollanda, İsviçre, Norveç, İsveç, Macaristan, Hırvatistan, Polonya, Bosna-Hersek ve Estonya gibi Kıta Avrupası ülkelerinde mevcut durum araştırılmıştır. Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin geniş açıklamalar, çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde yapıldığından Almanya'daki durum ayrıca ele alınmamıştır. Bu bölümde incelenen hukuk sistemlerinden bir diğeri İslam hukuk sistemidir. İslam hukuk sisteminde iştirake ilişkin genel tablo ortaya konulduktan sonra Mısır, İran, Endonezya, Suudi Arabistan, Pakistan, Malezya, Hindistan ve Irak gibi İslam ülkelerinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi araştırılmıştır. Bunların haricinde Rusya, Japonya ve Çin gibi bazı ülkelerin hukuklarında da konuya ilişkin araştırma yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki bütün ülkeleri incelemek bu çalışmanın hacmini aşar nitelikte olduğundan azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran ülkelerin sadece konuya ilişkin düzenlemelerine değinilmiştir.

Beşinci bölümde azmettirmeye teşebbüsün Türk hukukunda eski ve yeni kanun dönemlerindeki durumu inceleme konusu yapılmıştır. Bu çerçevede eski kanun dönemindeki durum kısaca ele alındıktan sonra yeni kanun döneminde doktrinde ileri sürülen görüşler, yasal ve içtihadi durum ortaya konulmuş ve konunun yasal, doktrinsel ve içtihadi boyutlarına ilişkin bir araştırma yapılmıştır. Bu araştırmada kanun koyucunun özel hükümlerde düzenlediği suça tahrik, suç için anlaşma, rüşvet, intihara azmettirme ve yargıyı etkilemeye teşebbüs gibi suç tipleriyle iştirakin ön alanında tehlikeli hazırlık hareketlerini cezalandırmaya layık gördüğü tespit edilmiştir. Bu tespitten hareketle bu suç tiplerine kısaca değinilmiştir. Türk hukukundaki mevcut durum ele alındıktan sonra bu bölümün ikinci kısmı azmettirmeye teşebbüse ilişkin öneriye ayrılmıştır. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir hükmün kanun sistematigi içindeki yerinin ve hem niteliksel hem de niceliksel olarak yaptırımın belirlenmesi üzerinde öncelikle, olması gereken hukuk bakımından bir öneri hükmü ve gerekçesi kaleme alınmıştır. Sonrasında ise, Türk hukukunda infaz rejiminin uygulanmasında istenilecek düzeyde başarılı olunamaması, ispat sorunu ve kurumun doktrinde teorik yapısının yerleşmemiş olması gibi bazı nedenlerden hareketle alternatif öneriler de gerekçeleriyle birlikte kaleme alınarak kurumun sınırlı olarak

cezalandırılmasına ilişkin ara bir çözüm ortaya konulmuştur. Ayrı bir bilimsel çalışmada teorik yapısının ortaya konulması gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan öneri kaleme alınırken azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme kurumu dikkate alınmamıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE ALMAN HUKUKU ÇERÇEVESİNDE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ OLARAK İŞTİRAK VE TEŞEBBÜS KURUMLARI

Ceza hukukunda iştirak ve teşebbüs, ceza sorumluluğunun genişlediği ve işlenen tipik fiilden dolayı sorumluluğun bağımsız hükümlerle isnat edildiği suçun özel görünüş şekilleridir. Teşebbüs, tipik fiilin tamamlanmamış hali olarak ortaya çıkarken; iştirak, fiile ilişkin tipiklikte tanımlanmayan bir fiil olarak ortaya çıkmaktadır.⁴ Her iki durumda da sorumluluk bağımsız ceza normlarıyla mümkün olmaktadır.

Gerçekleşen haksızlığa iştirakin cezalandırılması bağımsız hükümlerin varlığını lüzumlu kılar. Bütün suç tipleri bakımından uygulanabilecek iştirake ilişkin genel hükümler bulunmazsa, ilgili suç tipine katkısı olan fail dışındaki kişilerin (şeriklerin) cezalandırılması mümkün olmaz. Fail dışında kalan ve suça katkısı olan şeriklerin cezalandırılmasının ayrıca düzenlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir. İştirake ilişkin hükümler olmasaydı şeriklerin cezalandırılması mümkün olmazdı.⁵

İştirak ve teşebbüsteki bu durum azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir; çünkü asıl fiilin işlenmediği bir durum olarak azmettirmeye teşebbüsün iştiraktan dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Azmettirmeye teşebbüsün kanunda özel bir norm çerçevesinde cezalandırılmasıyla ceza hukuku polis hukukundaki salt tehlikeyi önleme fonksiyonunu üstlenmiş olmaktadır. Bu yüzden hem suç ve ceza politikasının

⁴ **Klaus Letzgus**, *Vorstufen der Beteiligung*, Berlin 1972, s. 118, 119.

⁵ **Guy Cumes**, *Parties to Crime in Australia*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context/Special Forms of Participation*, (117-151), Germany 2015, s. 117.

gerekliliği hem de teknik ceza hukuku bakımından azmettirmeye teşebbüsün ceza tehdidi altına almaya değer olduğunun gerekçesinin ortaya konulması gerekir.⁶

Günümüzde bir fiilin cezalandırılabilmesi için en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiği tartışmasız olarak kabul edilmekle birlikte, kriminolojik deneyimler iştirak halinde işlenen bazı hazırlık hareketlerinin tehlikelilik arz edebileceğini göstermiştir. Suça teşebbüs gerçekleşmeden önce “hukuksal değerleri”⁷ tehlikeye soktuğu için azmettirmeye teşebbüsün asıl fiilin hazırlık hareketi olarak cezalandırılabilmesi gerekir. İştirak ve teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının temelini oluşturduğundan bu iki kurumun kaynaştırılmasından doğan iştirake teşebbüs temellendirilirken, asıl fiil işlenmese bile iştirakin ön alanında⁸ işlenen bazı tehlikeli hazırlık hareketlerine teşebbüs etmenin mümkün olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Yani sadece asıl fiile değil, iştirakin (azmettirmenin) kendisine de teşebbüs mümkündür. İştirakin ön alanında iştirake teşebbüsün bir türü olarak cezalandırılan azmettirmeye teşebbüs hem iştirake hem de teşebbüse ilişkin unsurları bünyesinde taşıdığından iştirak ve teşebbüsün teorik temellerinin ortaya konulması gerekir.⁹

⁶ **Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Stefan König/Dieter Rössner** [Hrsg.], *Gesamtes Strafrecht (StGB, StPO, Nebengesetze) Hand Kommentar*, 4. Auflage, Deutschland 2017, §30, kn. 4.

⁷ Hukuksal değerler; “hukuksal yararlar”, “hukuksal değerler”, “toplumsal düzenin ideal değerleri”, “genel görünüm şekilleri içinde belirli değerlere ilişkin hukukten kabul edilmiş değerler”, “hak talepleri/özen talepleri”, “değerli toplumsal fonksiyon birliği/birlikleri” gibi kavramlarla ifade edilir. Detaylı bilgi için bkz. **Yener Ünver**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. bs., Ankara 2003, s. 58. Detaylı bilgi için bkz. **Antony Duff/Stuart P. Green**, *Defining Crimes (Essays on the Special Part of the Criminal Law)*, New York 2005, s. 43; **George P. Fletcher**, *Rethinking Criminal Law*, Los Angeles 1978, s. 472, 473, 474; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. bs., Ankara 2019, s. 116, 117; **Veysel Dinler**, “Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine”, HFSA, S. 28, 2019, s. 156, 157, 158.

⁸ İştirakin ön alanı (*Vorstufen der Beteiligung*), hazırlık aşamasında birden fazla kişinin suç işlemeye yönelik fiillerinin birlikteliğini ifade etmekte ve iştirak halinde işlenen suçun hazırlığına denk gelen bir kavramdır. Bu kavram, çalışmanın ikinci bölümünde iştirakin ön alanında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine ilişkin açıklamalarda ayrıca ele alınacaktır.

⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 4, 5.

I. İŞTİRAK

Ceza kanunlarının özel kısmında yer alan suçlar, genel olarak tek kişinin suç tipindeki fiili/fiilleri gerçekleştirmesi dikkate alınarak düzenlenir.¹⁰ Her suç tipinde suçun fail unsuru “her kim”/“bir kimse” şeklinde ifade edilerek tek kişinin ihlaline dikkat çekilir.¹¹ İştirakte birden fazla kişinin bir fiil etrafında bir araya gelmesi durumu vardır. Tipik ve hukuka aykırı bir fiilin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesiyle “suça iştirak”¹² söz konusu olur.¹³

İştirak, birden fazla kişinin suça katılımıyla gerçekleşen özel bir tehlikeyi barındırır. Suçun tek kişi tarafından işlenmesi durumunda ortaya çıkan tehlike ile birden fazla kişi tarafından işlendiğinde ortaya çıkan tehlike aynı değildir.¹⁴ Çünkü, iştirakte birden fazla kişi, güçlerini birleştirme temelinde suç işlemek için bir araya

¹⁰ **Krisztina Karsai/Zsolt Szomora**, *Criminal Law in Hungary*, 2. edit., The Netherlands 2015, s. 97; **Mustafa Özen**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *TBBT*, S. 70, 2007, s. 239; **Lars Bo Langsted/Peter Garde/Vagn Greve**, *Criminal Law in Denmark*, 4. edit., The Netherlands 2014, s. 77.

¹¹ **Murat Volkan Dülger**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, *YÜHFD*, C. 1, S. 2, Ocak 2005, s. 4.

¹² İştirak, Arapça bir kelime olup “ortak olma, ortaklık etme, bir işe karışma, birlikte bulunma, katılma, birlik” gibi anlamlara gelir. Bkz. **Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Ankara 2019, s. 721, dn. 204. İştirak kavramının genel anlamda tüm iştirak şekillerini ihtiva ettiği hakkında bkz. **Peter Gillies**, *The Law of Criminal Complicity*, Sydney 1980, s. 2. Kavramsal tartışma hakkında bkz. **Nurullah Kunter**, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, *İÜHF*, C. XIII, S. I, 1947, s. 65, 67.

¹³ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *GH*, s. 722; **Manfred Maiwald**, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, Frankfurt 2009, s. 137; **Gian Domenico Pisapia**, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım)*, çev. Atıf Akgüç, Ankara 1971, s. 205; **Eric Colvin/John McKechnie**, *Criminal Law in Queensland and Western Australia*, 6. edit., Australia 2012, s. 539; **Svetlana Paramonova**, *Parties to Crime in Russia*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context/Special Forms of Participation (185-207)*, Germany 2015, s. 185; İştirak sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. bs., İstanbul 2016, s. 480 vd.; **Christopher Kutz**, *Complicity (Ethics and Law for a Collective Age)*, 1. edit., United Kingdom, 2000, s. 116 vd.; **Ayhan Önder**, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 414; **Vehbi Yekebaş**, *Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak*, Ankara 1952, s. 5; **İzzet Özgenç**, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, 1.bs., İstanbul 1996, s. 23; **Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 21. bs., Ankara 2015, s. 301-302; **Timur Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs., Ankara 2019, s. 500.

¹⁴ **Astolfo Di Amato**, *Criminal Law in Italy*, 2. edit., The Netherlands, 2013, s. 112.

gelir.¹⁵ Bu şekilde gerçekleştirilmek istenen neticenin meydana gelmesi daha kolay olur.¹⁶ Ancak neticenin meydana gelmesi noktasında fiilin işlenişine iştirak eden her bir kişi katkısı nispetinde cezalandırılır.¹⁷

A. İştirak Kavramı; İştirakin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları

Tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından işlenmesine “arizi iştirak/muhtemel iştirak” denir.¹⁸ Ceza kanunlarının özel kısmında düzenlenen suçlar genel olarak muhtemel iştirak halinde işlenen suçlardır.¹⁹ Kanunun zorunlu iştirak olarak öngördüğü suçlara ise “çok failli suçlar” denir.²⁰ Bu suçlar yapıları gereği birden fazla kişinin iştirakiyle işlendiği için birden fazla kişi bu suçların işlenişine fail sıfatıyla iştirak etmek zorundadır.²¹ Örneğin YTCK²² md.220’de düzenlenen örgüt kurma suçu çok failli suçlardandır. Bu suçun tek fail tarafından işlenmesi mümkün

¹⁵ **Ersan Şen**, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (Madde 1-Madde 140)*, 1. bs., İstanbul 2006, s. 115. Aynı yönde bkz. **Hamide Zafer**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (TCK m.1-75), 7. bs., İstanbul 2019, s. 519.

¹⁶ **Johannes Keiler/David Roef**, *Forms of Participation*, in: J. Keiler/D. Roef (eds), *Comparative Concepts of Criminal Law* (203-234), United Kingdom 2016, s. 235-236; **Johannes Keiler**, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law*, United Kingdom, 2012, s. 154.

¹⁷ **Vesile Sonay Evik**, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. bs., İstanbul 2011, s. 5-7.

¹⁷ **Kutz**, *Complicity*, s. 204.

¹⁸ **Türkan Yalçın Sancar**, *Çok Failli Suçlar*, 1. bs., Ankara 1998, s. 16; **Pisapia**, s. 205; **R. Murat Önok**, *Turkey*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (398-412), England 2013, s. 452; **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs., Ankara 2019, s. 505; **Hakan Hakeri**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *CHD*, C. 1, S. 1, Eylül 2006, s. 79; **Hakan Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. bs., Ankara 2019, s. 527; **Evik**, *Suçta İştirakte Yardım Eden*, s. 5-6; **Kayıhan İçel**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. bs., İstanbul 2014, s. 481; **Kudret Güven**, *General Principles of Turkish Law*, 4. edit., Ankara 2016, s. 183.

¹⁹ **Doğan Soyaslan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bs., Ankara 2018, s. 495; **Faruk Erem**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I, 11. bs., Ankara 1976, s. 390-391; Çok failli suçlar ile iştirak arasındaki ilişki için bkz. **Türkan Yalçın Sancar/Timuçin Köprülü**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 1. bs., Ankara 2014, s. 417, 418.

²⁰ **Önder**, *Ceza Hukuku*, s. 413-414; **Önok**, *Turkey*, s. 451; **Zafer**, *GH*, s. 521.

²¹ **Nadine Zurkinden**, *Parties to Crime in Switzerland*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, (208-239), Germany 2015, s. 230.

²² 26.09.2004 tarih, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu** (RG. 12.10.2004/25611).

değildir. Örgütün varlığı için üye sayısının en az üç olması gerekir.²³ Çok faili suçların da iştirak halinde işlenmesi mümkündür.²⁴

İştirak, tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden çok kişinin iş birliğiyle “ortak bir irade ve bu iradenin planı dahilinde hareket edilerek” işlenmesi şeklinde tanımlanabilir.²⁵

İştirakin hukuki niteliği fail kavramına verilen anlama göre değişiklik gösterir. Bu hususta doktrinde iştirakin ceza sorumluluğunu genişlettiği veya daralttığı görüşleri ileri sürülmüştür.²⁶

İştirakin cezalandırılmasının esasını teknik ve biçimsel olarak açıklayan görüşler, dar fail anlayışından hareketle iştirak hükümlerinin ceza sorumluluğunu genişlettiğini ve suçu tanımlayan asıl hükmü tamamlayıcı nitelikte hükümler olduğunu ileri sürmüşlerdir.²⁷ Dar anlamda fail, suç tanımındaki fiili bizzat gerçekleştiren ve tipik neticeye doğrudan sebep olan kişiye denir.²⁸

İştirakin esasını nedensellik bağına dayandırarak açıklayan görüşler ise, geniş fail anlayışından hareketle iştirake dair hükümlerin ceza sorumluluğunu daralttığını ileri sürmüşlerdir.²⁹ Geniş anlamda fail, suçun tipik neticesini gerçekleştirme yönünde nedensel herhangi bir hareketi gerçekleştiren herkesi ifade eder.³⁰

²³ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 505; **Şen**, s. 115; **Dülger**, s. 4–5.

²⁴ **Fatih Selami Mahmutoglu**, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, *İÜHFM*, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 57.

²⁵ **Zafer**, GH, s. 520; Tanım için bkz. **Koca/Üzülmez**, GH, s. 445.

²⁶ **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s. 482.

²⁷ **Dennis J. Baker**, “Reinterpreting the Mental Element in Criminal Complicity: Change of Normative Position Theory Cannot Rationalize The Current Law”, *L&PR*, V. 40, Annual 2016, s. 124. İştirakin, ceza hukuku sınırlarının faillikten şerikliğe doğru bir genişlemesi olduğu hakkında bkz. **Markus D. Dubber**, “Criminalizing Complicity (A Comparative Analysis)”, *JICJ*, V. 5, I. 4, 2007, s. 991; **Glanville Williams**, *Textbook of Criminal Law*, London 1978, s. 285.

²⁸ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 58.

²⁹ **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 81; **Mahmutoglu**, s. 57.

³⁰ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 52.

Alman³¹ hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da dar fail anlayışından hareketle iştirake ilişkin hükümlerin ceza sorumluluğunu genişletici nitelikte olduğu görüşü hâkimdir. İştirake ilişkin esaslar iştirak konusu suçun tipikliği haricinde kalan kişilerin cezalandırılmasını sağlayan kurallardan oluşur.³²

İştirakten dolayı ceza sorumluluğunun doğması için “kasten³³ hareket edilmesi”³⁴, “birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin bulunması”³⁵, “gerçekleştirilen katkının suçun işlenmesi bakımından nedensel olması”³⁶, “iştirak konusu suçun herkes bakımından aynı olması”³⁷ ve “fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması”³⁸ gerekir. İştirakte bağlılık kuralını kabul

³¹ **Bernd Heinrich**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Stuttgart 2019, §33, kn. 1179.

³² **Elvan Keçelioğlu**, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, *TBBD*, S. 65, 2006, s. 73-74; **Önok**, Turkey, s. 451, 452; **Mahmutoğlu**, s. 59; **Sulhi Dönmezer/Sair Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, 11. bs., İstanbul 1997, s. 447-452; İştirakin esaslarını açıklayan farklı düşünceler için bkz. **Özgenç**, Suça İştirak, s. 58.

³³ **Christopher Kutz**, *The Philosophical Foundations of Complicity Law*, in: J. Deigh/D. Dolinko (eds), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford 2011, s. 18; **Dennis J. Baker**, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences*, 1. edit., New York 2016, s. 25, 46 vd.; **Gerhard Robbers**, *An Introduction to German Law*, 5. edit., Munich 2012, s. 457, s. 117; **Paul Mitchell**, “Mental Element in Complicity (Case Notes)”, *KCLJ*, V. 9, No. 125 1998-1999; **Baker**, Criminal Complicity, s. 154.

³⁴ **Walter Gropp**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 2005, s. 371; **Maiwald**, s. 141; **Kit Kinports**, “Rosemond, Mens Rea, and the Elements of Complicity”, *SDLR*, V. 52, No. 133, 2015, s. 135 vd.; **Kutz**, Complicity, s. 74; **Rosemond v. United States** 134 S. Ct. 1240, 1245 (2014).

³⁵ **Maiwald**, s. 137-138; Detaylı bilgi için bkz. **Hakeri**, İştirak, s. 80; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 313-319; **Soyaslan**, GH, s. 502 vd.; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 518; **Dönmezer/Erman**, II, s. 466-473; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku s. 48; **Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. bs., Ankara 2012, s. 351 vd.; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 312; **İçel**, GH, s. 484; **Fatih Birttek**, *Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku* (GH)Temel Bilgiler, 6. bs., Ankara 2018, s. 399; **Sancar/Köprülü**, GH, s. 420.

³⁶ **Sanford H. Kadish**, “Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine”, *Cal.LR*, V. 73, No. 2, 1985, s. 355-356. İştirakte nedensellik problemi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zafer**, GH, s. 527-529; **Amato**, s. 114; **Joshua Dressler**, *Understanding Criminal Law*, 7. edit., United States, 2015, s. 472-473. **Simon Bronitt/Bernadette Mcsherry**, *Principles of Criminal Law*, 4. edit., Sydney 2017, s. 403; **Gillies**, s. 54-55.

³⁷ **Mahmutoğlu**, s. 62. Detaylı bilgi için bkz. **Hakeri**, İştirak, s. 89. **Dönmezer/Erman**, II, s. 484-487; **Hafizoğulları/Özen**, GH, s. 353-354.

³⁸ **Mahmutoğlu**, s. 62; **Tahir Taner**, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1949, s. 525, 526; **Zafer**, GH, s. 524; **Majno**, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, C. I, Ankara 1977, s. 319, 320; **Ali Hacifazlıoğlu**, *Teori ve Uygulamada Suça İştirak*, 1. bs.,

eden YTCK'ya göre, şeriklerin sorumlu tutulabilmeleri için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiği kabul edilmiştir (md.40/f.1, f.3).

Doktrinde nedensel değeri olmayan bir hareket neticeye etkili olmayacağından, yani nedensel olmayan hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulması mümkün olmadığından azmettirmeye teşebbüsün iştirakten dolayı cezalandırılmaz olduğu ileri sürülmüştür.³⁹

B. İştirak Sistemleri ve Şekilleri

1. İştirak Sistemleri

İştirakte faillik-şeriklik ayırımında tekçi (*monist/unitarian system*) ve ikici (*düalist/differentiated system*) olmak üzere temelde iki sistem kabul edilir.⁴⁰ İştirak sistemlerinin geniş ve dar faillik kavramlarıyla yakından ilişkisi vardır.⁴¹ Tekçi iştirak sistemi geniş faillik anlayışını, ikici iştirak sistemi dar faillik anlayışını benimser.⁴²

Tekçi iştirak sisteminde suçun işlenmesinde nedensel katkısı olan her bir kişi katkısının değerine bakılmaksızın fail olarak kabul edilir.⁴³ Suçun işlenmesine yapılan tüm katkılar eş değer olduğundan suça katkısı olan herkes suçu işlemiş gibi telakki edilir. Bu anlayış temelinde herkes işlenen suçtan eşit şekilde sorumludur. Bu yüzden

Ankara 2014, s. 25; **Özen**, İştirak Kurumu, s. 243; **Şinasi Z. Devrin**, *Ceza Hukuku*, Ankara 1946, s. 415-416.

³⁹ **Hafizoğulları/Özen**, GH, s. 356. Detaylı bilgi için bkz. **Dönmezer/Erman**, II, s. 473-474; **Hakeri**, İştirak, s. 83; **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 162-163; **İçel**, GH, s. 486.

⁴⁰ **Keiler**, s. 157. İştirak sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Dönmezer/Erman**, II, s. 453; **Mahmutoğlu**, s. 59-61; **Faruk Erem**, “Suça İştirak”, *AÜHFD*, C. 3, S. 1, Ankara 1946, s. 63; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 725-727; **Centel/Zafer/Çakmut**, *Ceza Hukuku*, s. 483-486; **Birtek**, GH, s. 404; **İçel**, GH, s. 483-484; **Demirbaş**, GH, s. 502; **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 31; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 507; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 422; **Zafer**, GH, s. 522-523; **Sancar/Köprülü**, GH, s. 419; **Hacıfazhoğlu**, s. 14; **Kunter**, Suç Ortaklığı, s. 72; **Erem**, Ümanist Doktrin, s. 392; **Dülger**, s. 9; **Joachim Vogel**, “How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models”, *Fourteenth International Congress on Social Defence*, Lisbon-May 17-19, 2002, s. 153-166; **James G. Stewart**, *Complicity*, in: M. D. **Dubber**/T. Hörnle (eds), *Oxford Criminal Law Handboook*, London 2014, s. 15.

⁴¹ **Keiler**, s. 185-189.

⁴² **Heinrich**, AT, §33, kn. 1180.

⁴³ **Dönmezer/Erman**, II, s. 453.

bu sistem “eşitlik sistemi” olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁴ Bu iştirak sisteminde işlenen suç bölünemeyeceğinden suça iştirak edenlerin ceza sorumluluğu da bölünemez ve herkes fail olarak suçun tam cezasıyla cezalandırılır.⁴⁵ Tekçi iştirak sisteminin ceza sorumluluğunun genişlemesine yol açan bir sistem olduğu ve ikinci iştirak sisteminde cezalandırılmayan iştirake teşebbüsün bu sistemde suç olarak kabul edilmesi gibi bir sonucun ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür.⁴⁶

İkinci iştirak sisteminde suça iştirak edenlerin rollerine göre bir ayırım yapılmakta ve suçun işlenmesi bakımından asli nitelikte hareket edenler suçun tam cezasıyla, ikincil nitelikte hareket edenler suçun cezasının hafifletilmiş haliyle cezalandırılır. Suçun işlenmesine yapılan katkılar faillik-şeriklik şeklinde ayrılır ve sorumluluk her bir iştirakçinin katkısına göre derecelendirilir. Farklı derecelendirmeye tabi tutulan sorumluluklar faillikten şerikliğe doğru cezayı azaltıcı bir rol oynar. Bu sistemde faillik-şeriklik ayrımı kesin sınırlarla ayrılır. Failin fiili merkezi rol oynar ve şeriklerin sorumluluğu kendi fiillerine değil, failin fiilinin haksızlığına dayanır.⁴⁷ Faillerin sorumluluğu asli sorumluluk; şeriklerin sorumluluğu ise bağlı sorumluluk olarak kabul edilir.⁴⁸ Ancak şeriklik, failliğin yumuşatılmış hali değildir.⁴⁹

İkinci iştirak sistemini yansıtan en önemli sistemlerden biri Alman Hukuku’dur. ACK, dar⁵⁰ faillik anlayışı çerçevesinde failliği ve şerikliği birbirinden ayırarak ikinci

⁴⁴ **Keiler**, s. 158. Her şerikin katkısının eşit kabul edilmesi Alman hukukunda eş değerlilik teorisi (*Aquivalenztheorie*) ile ifade edilir. Bkz. **James G. Stewart**, "The Strangely Familiar History of the Unitary Theory of Perpetration", in Bruce Ackerman et al eds, *Visions of Justice, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška*, (1-31), Berlin 2016, s. 7. Eş değerlilik teorisi için bkz. **Claus Roxin**, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, §11, kn. 7; **Volker Krey**, *German Criminal Law: General Part*, Stuttgart 2002, s. 47-57.

⁴⁵ **Yekebaş**, s. 29.

⁴⁶ **Heinrich**, AT, §33, kn. 1178.

⁴⁷ **Keiler**, s. 158.

⁴⁸ **Kadish**, *Complicity*, s. 336.

⁴⁹ **Rolf Dietrich Herzberg**, "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", *GA*, Hamburg 1971, s. 1.

⁵⁰ **Heinrich**, AT, §33, kn. 1181.

iştirak sistemini benimsemiştir.⁵¹ YTCK da dar fail anlayışından hareketle faillik-şeriklik ayırımında ikici iştirak sistemini kabul etmiştir.⁵² Her iki hukuk sisteminde bağıllık kuralı kabul edilmesine rağmen Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir ceza normuyla yaptırıma bağlanmıştır. Türk hukukunda ise bu hususta kanunda boşluk bulunmakta ve bu boşluk ikici iştirak sisteminin bir sakıncası olarak ortaya çıkmaktadır.⁵³ YTCK’da varlığını devam ettiren bu kanun boşluğu ETCK’da⁵⁴ da bulunmaktaydı.⁵⁵

Azmettirmeye teşebbüsün iştiraktan dolayı cezalandırılmamasının yanında ikici iştirak sisteminin en önemli sorunlarından bir diğeri faillik-şeriklik ayırımında hangi ölçütün kullanılacağıdır.⁵⁶ İkici iştirak sisteminin bu sorunu, *Maurach* tarafından

⁵¹ **Johanna Rinceanu**, *Germany*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (103-111), The Hague 2018, s. 103; **Keçelioğlu**, s. 75. Detaylı bilgi için bkz. **Heinrich**, AT, §33, kn. 1206; **Kai Ambos/Stefanie Bock**, *Germany*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (323-339), England 2013, s. 332; **Michael Bohlander**, *Principles of German Criminal Law*, Oxford/Portland 2009, s. 153; **Robbers**, s. 455-457; **Heribert Schumann**, *Criminal Law*, in Reimann, M./Zekoll, J. *Introduction to German Law*, Münschen 2005, s. 405; **Rymond Youngs**, *Source Book on German Law*, 2. edit., Australia 2002, s. 703-704; **Demirbaş**, GH, s. 502; **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 979; **Keçelioğlu**, s. 75; **Nigel Foster/Satish Sule**, *German Legal System and Law*, 4. edit., New York, 2010,, s. 371-372; **Keiler/Roef**, *Participation*, s. 241; **Keiler**, s. 183-185. Alman hukukunda kabahatlere iştirakte tekçi iştirak sisteminin kabul edildiği hakkında bkz. **Heinrich**, AT, §33, kn. 1177; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 780-781.

⁵² YTCK md.22/f.5’te birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağı ifade edilerek tekçi iştirak sistemi kabul edilmiştir. Bkz. **Koca/Üzülmez**, GH, s. 447; **Centel/Zafer/Çakmut**, *Ceza Hukuku*, s. 491; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 508. **Zafer**, GH s. 523. YTCK’nın iştirak sistemine yönelik eleştiriler için bkz. **İçel**, GH, s. 495-504. Aynı yönde yapılan başka bir ayırım için bkz. **Hakeri**, *İştirak*, s. 93; **Hafizoğulları/Özen**, GH, s. 367-368; **Soyaslan**, GH, s. 525; **Şen**, s. 46.

⁵³ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 508.

⁵⁴ 01.03.1926 tarih, **765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu** (RG. 13.03.1926/320).

⁵⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 521.

⁵⁶ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 727; **Keçelioğlu**, s. 77; **Özgenç**, *Suç İştirak*, s. 41-43, 45-48, 64; **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 983, 982-983; **Schumann**, s. 405-406; **Foster/Sule**, s. 372; **Ambos/Bock**, *Germany*, s. 323, 324; **Keiler**, s. 190; **Heinrich**, AT, §33, kn. 1207, 1204; **Demirbaş**, GH, s. 504; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 448-449; **Bohlander**, *German Criminal Law*, s. 153-155.

geliştirilen ve *Roxin*'in⁵⁷ çalışmalarıyla şekillenen ve failin suça olan objektif katkısının önemine vurgu yapan “fiili hâkimiyet” teorisi (*Tatherrschaft*) ile aşılmaya çalışılmıştır.⁵⁸ Alman hukukunda baskın görüş bu teoriyi kabul etmektedir.⁵⁹

Fiili hakimiyet teorisi suç tipinde yer alan fiil üzerinde hâkimiyet kurulmasına dayandırılır.⁶⁰ Fiili hâkimiyet, neticenin meydana gelmesine kadar, fiilin tipikliğe uygun gerçekleştirilmesi sürecine hükmedebilmek, yani kastın kapsamındaki tipikliğe uygun olay gidişatının elde tutulması şeklinde tanımlanır.⁶¹

YTCK’da, suç tipindeki fiili gerçekleştirenlerin fail olacağı ifade edilerek (md.37/f.1), “faillik için bağlantı noktası olarak kanuni suç tipini ve bunun bizzat veya birlikte gerçekleştirilmesini arayan fiil hâkimiyeti teorisi” kabul edilmiştir. Ayrıca madde gerekçesinde iştirak şekillerinin fiilin üzerinde kurulan hâkimiyet esas alınarak belirleneceği açıkça ifade edilmiştir.⁶²

Sonuç itibarıyla; tekçi iştirak sistemi ve geniş fail anlayışı kabul edilirse bağıllık kuralına gerek kalmadan faillik kapsamında azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmak mümkün olur. Ancak ikici iştirak sistemi ve dar fail anlayışı kabul edilirse bu durumda azmettirmeye teşebbüsün bağıllık kuralından dolayı iştirake ilişkin hükümler

⁵⁷ Alman Hukuku, *Täterschaft und Tatherrschaft* adlı temel çalışmasıyla **Roxin Claus** tarafından geliştirilen fiili hâkimiyet teorisinden oldukça etkilenmiştir. **Claus Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Auflage, München 2003, s. 60; **Claus Roxin**, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, §25, kn. 13; **Keçelioğlu**, s. 79.

⁵⁸ **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 983-984; **Demirbaş**, GH, s. 506; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 84-103. Fiili hâkimiyetin; doğrudan, dolaylı ve müşterek faillikte sırasıyla harekete hâkimiyet, iradeye hâkimiyet ve fonksiyonel hâkimiyet olarak ortaya çıkış şekilleri için bkz. **Koca/Üzülmez**, GH, s. 449-450; **Heinrich**, AT, §33, kn. 1206; **Önok**, Turkey, s. 453, 454.

⁵⁹ **Heinrich**, AT, §33, kn. 1206; **Ambos/Bock**, *Germany*, s. 324; **Foster/Sule**, s. 373; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 78-82, 103; **Demirbaş**, GH, s. 505.

⁶⁰ **Keiler/Roef**, *Participation*, s. 241-242; **Fletcher**, *Rethinking*, s. 655; **Keiler**, s. 155; **George P. Fletcher**, *Basic Concepts*, New York 1998, s. 61; **Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Auflage 2018, §16, kn. 804; **Roxin**, AT II, §25, kn. 13; **Keiler**, s. 196-197.

⁶¹ **Heinrich**, AT, §33, kn. 1206.

⁶² **Koca/Üzülmez**, GH, s. 450; **Dülger**, s. 18.

çerçevesinde cezalandırılması mümkün değildir. Bunun için kanunda bağımsız bir ceza normuna ihtiyaç vardır.

Tekçi ve ikici iştirak sistemleri haricinde karma (melez) iştirak sistemi ve cezanın faile göre tespiti sistemi de vardır. Tekçi ve ikici iştirak sistemlerinin temel özelliklerini bir arada barındıran karma (melez) iştirak sistemi Avusturya hukukunda kabul edilmiştir. Avusturya hukukunda faillik-şeriklik ayırımı yapılmamış⁶³ ve şerikin bu sistemde fail sıfatıyla suça katkı sunduğu ve suça iştirak eden herkesin aynı muameleyi gördüğü kabul edilmiştir. Azmettirenin sorumluluğu fail tarafından işlenmiş bir fiilin varlığına bağlı kılınmamıştır.⁶⁴ Yardım edenin sorumlu olabilmesi için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Böylece, niceliksel bağlılık kuralı bakımından şerikler arasında bir farklılaşmaya gidilmiştir. Bundan hareketle iştirak sistemi “fonksiyonel tek tip fail sistemi (*funktionales Einheitstätersystem*)” şeklinde nitelendirilir. Liszt ise, sistemi “şekli tek tip fail sistemi (*formales Einheitstätersystem*)” şeklinde nitelendirir. Fonksiyonel tek tip fail sistemi baskın görüş tarafından kabul görürken, doktrinde yardım etmede niceliksel bağlılık kuralı arandığı için iştirak sisteminin karma bir sistem olduğunu ileri süren görüşler de vardır.⁶⁵ Kanaatimizce Avusturya hukukunda karma iştirak sistemi kabul edilmiştir. Yardım etmede niceliksel bağlılık kuralının aranması ikici iştirak sisteminin temel bir özelliğidir; çünkü ikici iştirak sisteminde şerikin sorumluluğu asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. Azmettirmede niceliksel bağlılık kuralı aranmazken, yardım etmede aranması, sistemin karma bir sistem olduğunu göstermektedir.

⁶³ **Christoph Zehetgruber**, *Austria*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (113-134), The Hague 2018, s. 113; **Heinz Zipf**, “Probleme der versuchte Bestimmung zu einer Straftat”, *ÖRZ*, No. 7/8, Juli-August 1980, s. 141, 143.

⁶⁴ **Kurt Schmoller**, Ülke Raporu: Avusturya’da Ceza Hukuku Reformu, çev. Aykut Ersan, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (525-560), 26 Mayıs/May I 4 Haziran/June, C. I/V. II, s. 546.

⁶⁵ **Zehetgruber**, s. 113, 117, 125-126, 134.

Sübjektif bir karakteri olan cezanın faile göre tespiti sisteminde iştirak edenlerin ceza sorumluluğu maddi ya da manevi katkılarına göre değil, kötülük derecelerine göre belirlenir.⁶⁶ Bu sistemde failin kişiliğinin ve suç işleme bakımından taşıdığı saikin araştırılması ve cezanın failin kişiliğine uydurulması gerekir. Şerikin failin tam cezasıyla cezalandırılması kural olmakla birlikte bu konuda hakimnin takdir yetkisi bulunmaktadır.⁶⁷

2. İştirak Şekilleri

Ceza kanunda iştirak şekillerine ilişkin hükümler iştirak edenlerin “sorumluluk statülerini”⁶⁸ belirlemeye yönelik hükümlerdir.⁶⁹ Bu hükümlerde, iştirak şekilleri faillik ve şeriklik şeklinde ayrılır.⁷⁰ YTCK’da kabul edilen iştirak şekilleri bakımından kanunilik ilkesi cari olup, kanunda tanımlanan iştirak şekilleri haricinde herhangi bir iştirak şekli kabul edilerek kişiyi cezalandırmak mümkün değildir.⁷¹

a) Faillik

Faillik, “suça birinci derece etkili olan hareketleri” gerçekleştirme şeklinde ortaya çıkar.⁷² Bu da faili; “davranış normunun asıl muhatabı”, “ceza hukukunun ana figürü” yapar. Failliğin tespitinde her bir suç tipinde tanımlanan haksızlık⁷³ dikkate

⁶⁶ Erem, İştirak, s. 63-64.

⁶⁷ Mahmutoglu, s. 60-61.

⁶⁸ Fletcher, Basic Concepts, s. 188.

⁶⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 722; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler.)*, 2. bs., Ankara 2005, s. 495; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Ankara 2019, s. 530.

⁷⁰ Özgenç, Suça İştirak, s. 141.

⁷¹ Hakeri, İştirak, s. 93; Zafer, GH, s. 533; Erem, İştirak, s. 79; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 331.

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, s. 492; Fail tanımı hakkında ayrıca bkz. Gillies, s. 3; Williams, s. 286.

⁷³ Ceza hukukunda haksızlık hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı şeklinde iki koldan gelişim göstermiştir. Hareketliğin haksızlığı teorisinde haksızlık, hareketin haksızlığına dayanır. Bkz. Koca/Üzülmüş, GH, s. 269; Fletcher, Rethinking, s. 115, 116, 117. Hareketin haksızlığı temelinde Alman hukukunda amaçsal (finalist/gai) hareket teorisi ileri sürülmüştür. Alman Hukuku’na hakim olan bu teoriye göre, sadece dış aleme yansıyan netice değil; neticenin gerçekleşmesine yönelik failin işlediği amaçsal hareket de işlenen hukuka aykırılığın esasını oluşturur. Muhteva bakımından failden bağımsız bir netice değil,

alınır.⁷⁴ Ceza kanununda tanımlanan herhangi bir (tipik) haksızlığı işleyen kişi, ilgili haksızlığın faili durumundadır.⁷⁵

Alman⁷⁶ hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da faillik; doğrudan faillik (*unmittelbare Täterschaft*), müşterek faillik (*Mittäterschaft*, yan faillik (*Nebentäterschaft*) ve dolaylı faillik (*mittelbare Täterschaft*) şeklinde ayrılır.⁷⁷

Suç tipinde tanımlanan haksızlığı tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denir. Doğrudan fail sorumluluğunu kendi işlediği haksızlıktan alır.⁷⁸ YTCK'da doğrudan faillik tanımlanmamış ve müşterek faillerden her birinin fail olarak sorumlu olacağı (md.37/f.1) ifade edilmiştir. ACK md.25/f.1'de⁷⁹ ise doğrudan failliğe ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Müşterek faillik, birlikte fiili işleme kararına istinaden hareket eden birden fazla kişinin tipik fiilin icra hareketleri üzerinde müşterek hâkimiyetin kurulduğu bir iştirak

failin somut hareketi hukuka aykırılık teşkil eder. Haksızlık daima fail ile irtibatı sağlayan hareketin haksızlığıdır. *Welzel* tarafından ileri sürülen final hareket teorisi temelinde şahsi haksızlık anlayışı için bkz. **Selman Dursun/Ali Emrah Bozbayındır**, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, *İÜHF*, C. LXXIII, S. 1, s. 63-90, 2015, s. 68, 69; **Hasan Çataklı**, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, *EBYÜHFD*, C. XXIII, S. 3-4, 2019, s. 295-306. Neticenin haksızlığı anlayışında ise, haksızlık fiilin hukuksal değeri zarara uğratarak yol açtığı netice olarak anlaşılmaktadır. Bkz. **Heinrich**, AT, §8, kn. 154, 155. Haksızlık konusunda ileri sürülen teoriler için bkz. **Detlef Krauß**, “Erfolgsunwert und Handlungswert im Unrecht”, *ZStW/Band* 76, 1964, s. 19.

⁷⁴ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 139-140.

⁷⁵ **Schumann**, s. 404; **Sancar/Köprülü**, GH, s. 427; **Keiler**, s. 154; **Keiler/Roef**, Participation, s. 243; **Hafızoğulları/Özen**, GH, s. 370.

⁷⁶ **Rinceanu**, s. 105; **Heinrich**, AT, §33, kn. 1183-1187.

⁷⁷ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 450; **Rinceanu**, s. 105; **Heinrich**, AT, §33, kn. 1183-1187; **Demirbaş**, GH, s. 503-504; **R. Murat Önok**, *Criminal Law*, in: T. Ansay/D. Wallace Jr (eds), Introduction to Turkish Law, (175-212), 6. edit., the Netherlands 2011, s. 200; **Dülger**, s. 8.

⁷⁸ **Önok**, Turkey, s. 462; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 729; **Keçelioğlu**, s. 80; **Dülger**, s. 5; **Fletcher**, Rethinking, s. 637-640; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 670; **Keiler/Roef**, Participation, s. 237; **Keiler**, s. 154; **Birtek**, GH, s. 405.

⁷⁹ 15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (deutsches StGB) [RG. 13.11.1998-yeniden ilan tarihi]. **ACK md.25/f.1-2**: “*Suçu bizzat kendisi veya başka birinin aracılığıyla işleyen kişi, fail olarak cezalandırılır.*” Kanun metni için bkz. Michael **Bohlender**, *The German Criminal Code (A Modern English Translation)*, Oxford/Portland 2008, s. 43.

şeklidir.⁸⁰ Gerçekleşen haksızlık her bir müşterek failin işlediği fiilin haksızlığına dayandığı için müşterek faillikte bağıllık kuralı aranmaz.⁸¹ Bir kimsenin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için fiilin birlikte icra edilmesi ve birlikte bu fiili işleme kararının alınması gerekir.⁸²

YTCK md.37/f.1'e göre, "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur"⁸³. ACK'da müşterek faillik md.25/f.2'de "birden fazla kişinin bir suçu birlikte işlemeleri halinde bunların her biri fail olarak cezalandırılır". şeklinde düzenlenmiştir.⁸⁴

Yan faillik; birlikte hareket planı olmadan, birden fazla failin birbirinden bağımsız bir şekilde tipik neticeyi nedensel bir şekilde gerçekleştirmesinin söz konusu olduğu faillik türüdür.⁸⁵ YTCK'da⁸⁶ olduğu gibi yan faillğe (*Nebentäterschaft*) ilişkin

⁸⁰ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 263; **Rinceanu**, s. 106; **Theo Vogler**, "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", ZStW 98/Heft 2, 1986, s. 337; **Fletcher**, Rethinking, s. 638-639.

⁸¹ **Önok**, Turkey, s. 463; Müşterek faillik ile yardım etme arasındaki fark için bkz. **Rinceanu**, s. 110-111.

⁸² **Heinrich**, AT, §34, kn. 1222; **Vogler**, s. 337-338; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 513-514. Müşterek failliğin unsurları için bkz. **Keiler/Roef**, Participation, s. 244-246; **Önok**, Turkey, s. 463-464; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 161-162, 163-164. Müşterek faillğe ilişkin Alman içtihatları için bkz. **Rinceanu**, s. 106-108.

⁸³ **YCGK**, T. 13.10.2009, E. 2009/1-194, K. 2009/235 (**Demirbaş**, GH, s. 508, dn. 860). Yargıtay, müşterek faillik konusunda mülga ETCK'nın "fiili birlikte irtikap edenler", "fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler" şeklindeki ayırımını terk etmiş, birlikte fiili işleme kararına bağlı olarak fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet esasını kabul etmiştir. Böylece fiil üzerinde bu şekilde bir hakimiyet kuran herkesi müşterek fail kabul etmektedir. Bkz. **Mahmut Koca**, "Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi", *CHD*, C. 3, S. 2, 2015, s. 109. Ayırım hakkında ayrıca bkz. **Taner**, s. 529; **Erem**, İştirak, s. 82; **Özen**, İştirak Kurumu, s. 244; **Erem**, Ümanist Doktrin, s. 430-431; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 435; **Dönmezer/Erman**, II, s. 519-520; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 436, 437; **Erem**, İştirak, s. 82.

⁸⁴ **Bohlander**, German Criminal Code, s. 43; **Heinrich**, AT, §34, kn. 1222.

⁸⁵ **Bohlander**, German Criminal Law, s. 160-161; **Keçelioğlu**, s. 86. Müşterek faillik ve yan faillik arasındaki mukayese için bkz. **Önok**, Turkey, s. 454; **Ambos/Bock**, Germany, s. 330-331.

⁸⁶ YTCK md.22/f.5'te birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda yan faillik sistemi kabul edilmiştir. Buna göre herkes kendi fiilinden sorumlu olur.

genel bir hüküm ACK’da da bulunmamaktadır. Ancak doktrinin kabul ettiği bir faillik türüdür.

Dolaylı faillik, suçun bir başkasının aracılığıyla işlenmesi durumudur.⁸⁷ Dolaylı faillikte “başka şahsın hareketinin suçun işlenişinde vasıta olarak ikame edilmesinden” bahsedilir.⁸⁸ Ceza sorumluluğu olmayan sekiz yaşındaki küçük bir çocuğa annesinin öldürtülmesi, hipnoz edilen bir kimsenin bir suçun işlenmesinde kullanılması, akıl hastasının eline bir silah verilmesi suretiyle komşusuna saldırtılması gibi örneklerde dolaylı faillik durumu vardır.⁸⁹ Dolaylı faillikte aracı kişi dolaylı failin etkisi ve egemenliği altındadır.⁹⁰ Dolaylı fail; aracı üzerinde hâkim bir pozisyona sahip olmak suretiyle suçun işleniş sürecini elinde tutar ve aracının iradesi üzerinde hakimiyet kuran arkadaki kişi konumundadır.⁹¹

Dolaylı faillik üç şekilde gerçekleşebilir: Birincisi, zorlama yoluyla fiili hâkimiyetin aracının iradesi üzerinde kurulmasıdır. Bu ihtimalde dolaylı fail tarafından cebir ya da tehdit kullanılarak, araç konumundaki kişinin iradesi zayıflatılmakta ve kendisine suç işlettirilmektedir. İkincisi kişinin hatasından faydalanması durumudur. Bu ikinci ihtimalde dolaylı fail, araçta mevcut bir hatadan faydalanarak ona suç işlettirmektedir. Üçüncüsü dolaylı failin, kusur yeteneğinden yoksun olan yani davranışlarını hukuki anlam ve sonuçlarını anlama ve davranışlarının hukukun istediği

⁸⁷ **Hasan Sınar**, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, *CHD*, C. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 59; **Önok**, Turkey, s. 456-458; **Vogler**, s. 336-337; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 156-157; **Keiler**, s. 155; **Keiler/Roef**, Participation, s. 243-244; **Rinceanu**, s. 105; **Fletcher**, Rethinking, s. 5, 141; **BGHSt**, 32, 38 (*Sirius Olayı*); Dolaylı faillığe ilişkin Alman içtihatları için bkz. **Markus D. Dubber/Tatjana Hörnle**, *Criminal Law (A Comparative Approach)*, 1. edit., United Kingdom 2014, s. 310-314; Keiler, s. 190; **Johnson v. State, Rouse v. Commonwealth, United States v. Kenofsky**, kararlar için bkz. **Luis E. Chiesa**, *United States*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (469-485), England 2013, s. 472.

⁸⁸ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 197.

⁸⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 517.

⁹⁰ **Hakeri**, İştirak, s. 98.

⁹¹ **Heinrich**, AT, §35, kn. 1243; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 459; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s. 495; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 516-517; **Zafer**, GH, s. 536; **Dülger**, s. 6.

şekilde yönlendirme yeteneği olmayan aracı kişiye, onun bu durumundan faydalanarak suçu işlettirmesidir.⁹²

ETCK'da hakkında hüküm olmayan ancak bu dönemde doktrinde kabul edilen dolaylı faillik, YTCK'da “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.” şeklinde açıkça düzenlenmiştir (md.37/f.2).⁹³ ACK md.25/f.1'de⁹⁴ dolaylı faillik açıkça düzenlenmiştir.⁹⁵

b) Şeriklik

Suçun icrası aşamasında veya icrasından önce suça iştirak eden ancak tipik fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan kişiye şerik denir.⁹⁶ Bu tanım çerçevesinde şerikliğin, failin fiilinden sorumlu tutulan ve şerik olarak nitelendirilen kişinin sorumluluğunu tanımlayan bir iştirak şekli olduğu söylenebilir.⁹⁷

Şerikin sorumluluğu failin işlediği fiile dayanır. Fail suçun icrasına başlamadığı sürece şerik sorumlu tutulamaz. Şerikin sorumluluğunun asıl fiile bağlılığı kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesini gerektirir.⁹⁸

Fail, kanunda tanımlanan haksızlıkla doğrudan temas halindedir; çünkü ceza sorumluluğunu bu haksızlıktan alır. Şerikin bu teması ise fail aracılığıyla gerçekleşir. Kanunda tanımlanan haksızlıkla teması fail aracılığıyla gerçekleştiğinden, şerikin icra

⁹² Koca/Üzülmez, GH, s. 455, 461; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 741; Ambos/Bock, Germany, s. 325-327; Vogler, s. 336-337.

⁹³ Özgenç, GH, s. 559-560, 561. Dülger, s. 23. Özen, İştirak Kurumu, s. 246.

⁹⁴ ACK md.25/f.1-2: “Suçu bizzat kendisi veya başka birinin aracılığıyla işleyen kişi, fail olarak cezalandırılır.” Kanun metni için bkz. Bohlander, The German Criminal Code, s. 43.

⁹⁵ Bohlander, German Criminal Law, s. 156; Ambos/Bock, Germany, s. 325; Keçelioğlu, s. 80.

⁹⁶ Koca/Üzülmez, GH, s. 471. YCGK, T. 04.07.2017, E. 207, K. 351 sayılı kararında şeriki, “sucun icrasına iştirak etmekle birlikte, işlenişine bulunduğu katkının niteliği gereği kanuni tanımıdaki fiili gerçekleştirmeyen diğer suç ortağı...” şeklinde tanımlamıştır. Karar için bkz. Abdulhalik Yıldız, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020), I. C., 1. bs., Ankara 2020, s. 1090.

⁹⁷ Kadish, Complicity, s. 336.

⁹⁸ Keiler, s. 163-167.

ettiği fiil kanuni tipe uygun haksızlık niteliğine varmamıştır. Şerik fail ile doğrudan ilişki halinde olmakla ilgili suç tipiyle korunan hukuksal değeri ihlal etmiş olur.⁹⁹ Bu yüzden, şerik başlı başına bir suç tipini içeren normu ihlal etmez, işlediği şeriklik fiili ile failin normu ihlal etmesine katkıda bulunur. Şeriklik hareketi başlı başına bir norm ihlalini teşkil etmez.¹⁰⁰

YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle ETCK'daki "asli-fer'i iştirak ayırımı"¹⁰¹ terk edilmiştir.¹⁰² YTCK'da iştirak şekilleri fiilin üzerinde kurulan hâkimiyet esas alınarak belirlenmiştir.¹⁰³ Azmettirme ve yardım etme şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak kabul edilmiştir.

(1) Azmettirme

(a) Azmettirme Kavramı; Azmettirmenin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları

Azmettirme (*Anstiftung*)¹⁰⁴, fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kuran faile suç işlettirmeye yönelik ikna faaliyetlerini ihtiva eden şeriklik statüsünde bir iştirak şeklidir. Azmettirmenin esası, failin iradesinin etkilenmesine dayanır. Azmettirmede, azmettirenin "bir başkasının fiiline katılmadan" suçun işlenmesinde "manevi (psşik) müsebbipliği" vardır. Yani, azmettirmenin haksızlığı suçun işlenmesine sebebiyet

⁹⁹ **Özgenç**, GH, s. 576; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 525; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 141; Faillik-şeriklik ayırımı ve ayırımın önemi hakkında bkz. **Koca/Üzülmez**, GH, s. 448; **Heinrich**, AT, §33, kn. 1192; **Keçelioğlu**, s. 76.

¹⁰⁰ Alman hukukunda azmettirmeye ilişkin hükmün bir norm içeriğine sahip olup olmadığı, azmettirmenin kriminojen karakteri dikkate alındığında azmettirenin bir kimseyi azmettirmekle başlı başına bir normu ihlal edip etmediği tartışması için bkz. **Friedrich-Christian Schroeder**, "Die Anstiftung als Erfolgdelikt", GA, 2016. s. 70.

¹⁰¹ Ayırım hakkında detaylı bilgi için bkz. **Dönmezer/Erman**, II, s. 518-519, 523; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 436; **Dülger**, s. 7. ETCK sistemine yönelik eleştiriler için bkz. **Dönmezer/Erman**, II, s. 518-519, 523; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 436; **YTCK md.37'nin gerekçesi**; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 120-123; **Şen**, s. 46; **Erem**, İştirak, s. 79-81; **Taner**, s. 528. Detaylı bilgi için **Erem**, Ümanist Doktrin, 26-448.

¹⁰² **Dülger**, s. 7.

¹⁰³ **Önok**, Turkey, s. 453; **Zafer**, GH, s. 532.

¹⁰⁴ Azmettirmek, Arapça kökenli bir kavram olup; "azm" kelimesinin "ettirmek" yardımcı fiilinin Türkçeleşmesi sonucu oluşmuştur. Bkz. **Halid Özkan**, *Ceza Hukukunda Azmettirme*, 1. bs., Konya 2013, s. 5. *Azm* kelimesi, kasıt, niyet, karar, yola çıkmak anlamlarına gelir. Bkz. **Ferit Devellioğlu**, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 20. bs., Ankara 2003, s. 59.

vermeye dayanan bir haksızlıktır.¹⁰⁵ Azmettiren faili azmettirmeseydi suç işlenmeyecekti denilebiliyorsa, azmettirme suçun sebebinin teşkil eder ve bu nedenle cezalandırılması gerekir. Bir ceza normu azmettirme fiili yüzünden ihlal edildiğine göre azmettiren suça sebep olduğu için cezalandırılmalıdır.¹⁰⁶ Azmettirmeyle failin zihninde psikolojik değişiklik yaşanır ve böylece suç işleme isteği harekete geçirilmiş olur.¹⁰⁷ Azmettirme failin harekete geçmesindeki ilk ve etken sebep olduğu için azmettirene fail gibi muamelede bulunulur.¹⁰⁸

Azmettirme basit telkin veya tavsiyelerle değil, failde fiili işleme kararının canlandırılması niteliğinde ve ağırlığında olmalıdır; çünkü azmettirmek failin suçun icra hareketlerine başlamasını sağlayacak derecede yoğun ikna faaliyetini gerektirir. Ancak bu yoğun faaliyetlerle bir kimse hiç aklından geçirmediği hukuka aykırı fiili işlemeye yönlendirilebilir. Bundan dolayıdır ki azmettirme iştirak kurumu içerisinde suça yönlendirmenin en yoğun şekli olarak nitelendirilir.¹⁰⁹

Doktrinde, suçun işlenmesindeki manevi müsebbipliği noktasından hareketle; azmettirme, “belli bir suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan ve dolayısı ile karar vermemiş bir kişinin başkası tarafından bir suçu işlemeye karar verdirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.¹¹⁰ Bu tanım çerçevesinde azmettiren, “kasten ve hukuka

¹⁰⁵ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 483.

¹⁰⁶ **Önder**, Ceza Hukuku, s. 437.

¹⁰⁷ **Adolf Schönke/Horst Schröder**, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, München 2019, §26, kn. 1, 2.

¹⁰⁸ **Günter Less**, “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, *ZStW (Band 69/Heft 1)*, 1957, s. 43; **Dönmezer/Erman**, II, s. 523.

¹⁰⁹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 746; **Özkan**, Azmettirme, s. 90; **YCGK**, E. 1-251, K. 25 (**Özkan**, Azmettirme, s. 688); **Heinrich**, AT, §37, kn. 1292.

¹¹⁰ **Schroeder**, s. 68; **Özgenç**, GH, s. 562; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 746; **Hafizoğulları/Özen**, GH, s. 371; **Mahmutoğlu**, s. 65. Yargıtay, bir kararında azmettirmeyi “kendisinde suç işleme düşüncesi olmayan bir kişi üzerinde yoğun zihinsel çalışmalar sonucunda suç işleme düşüncesinin oluşturulması” olarak tanımlamıştır. Karar için bkz. **Hakeri**, GH, s. 565. **YCGK**’nın, T. 18.04.2019, E. 189, K. 350 sayılı kararına göre, “azmettirmek, belli bir suça ilişkin olarak henüz bir düşüncesi olmayan kişide bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanması” demektir. Benzer yönde tanımlar için bkz. **YCGK**, T. 23.10.1989, E. 1-235, K. 302 (**Önder**, Ceza Hukuku, s. 437); **YCGK**, T. 16.02.2010, E. 2009/1-251, K. 2010/25 (**Özkan**, Azmettirme, s. 64). Azmettirimin kanun maddesinde tanımlanmamasına ilişkin eleştiri için bkz. **Dülger**, s. 25.

aykırı olarak belirli bir fiili işlemeye bir başkasını kasten azmettiren kişi” olarak tanımlanmıştır.¹¹¹

YTCK md.38’de başkasını suç işlemeye azmettirenin, “işlenen suçun cezasıyla” cezalandırılacağı ifade edilmiş; ancak kavrama ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Madde gerekçesinde, “azmettirme belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından suç işlemeye karar verdirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı şekilde ACK’da da azmettirmeye ilişkin bir tanım yapılmamış ve failin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiili işlemesi durumunda azmettirenin “fail gibi” cezalandırılacağı ifade edilmiştir (ACK md.26).

Her ne kadar YTCK’da azmettirenin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı belirtilse de azmettirme faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak düzenlenmemiştir. Yeni kanun azmettirmenin hukuki niteliğini şeriklik olarak belirlemiştir. ETCK’da¹¹² asli manevi faillik statüsünde kabul edilen azmettirme YTCK’da şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak düzenlenmiştir.¹¹³ Modern hukukta da azmettiren aynı statüde kabul edilmektedir.¹¹⁴ *Hakeri*, azmettirmenin yeni kanunumuzda bağımsız bir iştirak şekli olarak düzenlendiğini ve suçun asıl nedeni azmettiren olduğu için azmettirmenin faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁵

¹¹¹ **Helmut Satzger**, “Der >>omnido facturus<<-und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!”, JURA/10, 2017, s. 1169.

¹¹² ETCK döneminde azmettirmenin hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. **Christian Rumpf**, *Einführung in das Türkische Recht*, 1. Auflage, München 2004, kn. 29; **Önok**, Criminal, s. 200; **Özgenç**, GH, s. 563; **Dönmezer/Erman**, II, s. 518-519, 523; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 744.

¹¹³ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 496; **YCD**, T. 25.06.2014, E. 2014/1428, K. 2014/3654. Aynı yönde **YCGK**, T. 16.2.2010, E. 2009/1-251 K. 2010/25, karar için bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 8, dn. 25. Azmettirmenin müşterek faillik kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Koca/Üzülmöz**, GH, s. 491.

¹¹⁴ **Less**, s. 43; **Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (md.1-44)*, C. I, 2. bs., Ankara 2014, s. 1137.

¹¹⁵ **Hakeri**, İştirak, s. 102.

Azmettirmeye ilişkin hükümler sorumluluk alanını genişleten hükümlerdir.¹¹⁶ Ayrıca azmettirme, yardım etmeye göre şerikliğin daha kuvvetli halidir.¹¹⁷

Alman hukukunda azmettirmenin unsurları tipikliğin objektif (*objektiver Tatbestand*) ve sübjektif (*sübjektiver Tatbestand*) unsurları şeklinde ayrılır. Azmettirmenin objektif tipikliği için aranan unsurlardan ilki fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen bir asıl fiilin varlığıdır (*vorliegen einer vorsatzlichen rechtswidrigen Haupttat*). Azmettirmenin objektif tipikliği için aranan diğer bir unsur faile kasten ve hukuka aykırı olarak asıl fiili işleme kararını aldırmasıdır (*Betimmen dest Haupttätters zu dieser Tat*).¹¹⁸ Azmettirmenin sübjektif tipikliği için aranan unsur kastır. Azmettirmenin kastının çifte kast (*doppelter Anstiftersvorsatz*) olması gerekir. Azmettirme kastı hem faile fiili işleme kararını aldırma hem de failin fiili tamamlamasına yönelik olmalıdır.¹¹⁹

Faile fiili işleme kararını aldırma kapsamında bazı özel durumlar gerçekleşebilir. Fail önceden fiili işleme kararını almış olabilir. Buna *omnido facturus* denir. Failin fiili

¹¹⁶ **Özgenç**, GH, s. 562-563; **Klaus**, “Die Anstiftung (§26 StGB)”, *JURA/Heft 6*, 1997, s. 299.

¹¹⁷ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 483.

¹¹⁸ **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283; **Geppert**, §26 StGB, s. 301, 303.

¹¹⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 808; **Jürgen Baumann/Ulrich Weber**, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 9. Auflage 1985, s. 559, 560, 563; **Roxin**, AT II, §26, kn. 130; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283; **Thomas Fischer**, *Kommentar Strafgesetzbuch*, 66. Auflage, München 2019, §30, kn. 9; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 4; **Fischer**, §26, kn. 7; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 4; **Ingeborg Puppe**, *Strafrecht Allgemeiner Teil (im Spiegel der Rechtsprechung)*, 4. Auflage 2019, §25, kn. 18; **Geppert Klaus**, “Die versuchte Anstiftung (§30 Abs.1 StGB)”, *JURA/Heft 10*, 1997, s. 549; **Ambos/Bock**, *Germany*, s. 334; **Karsai/Szomora**, s. 103; **Rinceanu**, s. 108; **Foster/Sule**, s. 375; **Özkan**, Azmettirme, s. 102-104; **Zipf**, s. 142; Çifte kastın karakteri hakkında **Roxin** ve **Puppe**’nin değerlendirmeleri için bkz. **Roxin**, AT II, §26, kn. 61; **Puppe**, AT, §25, kn. 18. Azmettirme kastının neleri ihtiva etmesi gerektiği hakkında bkz. **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 526. **Rolf Schmidt**, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Grundlagen der Strafbarkeit; Auf Baud es strafrechtlichen Gutachtens)*, 14. Auflage, Grasberg bei Btmen 2015, §26, kn. 1069; **Horst Schröder**, “Grundprobleme des §49a StGB”, *JuS/Heft 7*, 1967, s. 290; **Vogler**, s. 338; **Bernd Hecker**, “Strafrecht AT: Versuch der Teilnahme an einem Tötungsdelikt”, *JuS*, 2013, s. 749; **Eva Graul**, “Zur Bestimmtheit des Anstifter-und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung”, *JR/Heft 6*, 1999, s. 248; **Uwe Murmann**, *Grundkurs Strafrecht*, 4. Auflage, München 2017, §28 kn. 13. Çalışmanın üçüncü bölümünde “Azmettirmeye Teşebbüsün Tipikliği” başlığı altında detaylı olarak ele alınacağından bu bölümde azmettirmenin unsurlarına kısaca değinilmiştir.

işleme kararı azmettiren tarafından değiştirilebilir. Azmettirenin failin fiili işleme kararından döndürmesine döndüren azmettirme (*Umstiftung*), fiili işleme kararını daraltmasına azalan azmettirme (*Abstiftung*) ve fiili işleme kararını genişletmesine artan azmettirme (*Aufstiftung*) denir.¹²⁰

(b) Azmettirenin Sorumluluğunun Tespitinde Bağlılık Kuralı

Azmettirme, YTCK’da şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak nitelendirilmiş ve azmettirenin azmettirmeden dolayı sorumluluğu işlenmiş bir haksızlığın varlığına bağlı kılınmıştır. Azmettirenin işlenen haksızlıktan sorumluluğunu bağlılık kuralı sağlar.¹²¹ Bu kuralın azmettirmenin özel bir durumu olan zincirleme azmettirme için de geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹²²

(i) Bağlılık Kuralının Mahiyeti

Kanuni tipte tanımlanan ve fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık sebebiyle şerikin sorumluluğu, fail ile kişisel irtibatını sağlayan bağlılık kuralına dayanır. Bu şekilde faillik sıfatını taşımayan kişiler işlenen haksızlıktan sorumlu olmuş olur.¹²³

Bağlılık kuralı, tipik haksızlığı gerçekleştirmeyen şerikin sorumlu tutulabilmesi için aranan fiili hakimiyet ve özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşımayan şerikin gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan özel faillik yerine ikame edilmektedir. Böylece, fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan veya özel faillik niteliğini taşımayan şerik cezalandırılmış olur.¹²⁴ Buna, bağlılık kuralının “çifte

¹²⁰ **Satzger**, s. 1175 vd. Failin fiili işleme kararında azmettirenin yaptığı değişiklikler çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır.

¹²¹ **Berrin Akbulut**, “Bağlılık Kuralı”, *GÜHFD*, C. XIV, S. 1, 2010, s. 176, 177.

¹²² **Jost-Dietrich Busch**, “Die Teilnahme an der Versuchten Anstiftung”, *NJW/Heft* 25, 1959, s. 1120.

¹²³ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 472-473; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 142. **Özgenç**, GH, s. 577, 516, 517; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 525. Doktrinde bağlılık kuralını kabul etmeyen görüşler için bkz. **Akbulut**, “Bağlılık Kuralı”, s. 181-182, 183; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 307-308; **Kunter**, Suç Ortaklığı, s. 76; **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 181, dn. 82; **Klaus Lüderssen**, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967, s. 25, 119; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 141-142, dn. 48; **Walter Sax**, “Zur Problematik des Teilnehmerdelikts”, *ZStW* 90, 1978, s. 927; **Dölger**, s. 24-25.

¹²⁴ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 481-482. Bağlılık kuralının özgü suçlarda üstlendiği fonksiyon için bkz. **Süleyman Karabeyeser**, “Suça İştirak”, *THD*, C. 10, S. 110, Ekim 2015, s. 69;

fonksiyonu” denir. Bağlılık kuralının bu fonksiyonu icra edebilmesi için fiilin fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekir.¹²⁵ Bağlılık kuralı, bu şekilde fail tarafından işlenen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağlayan bir fonksiyon icra etmektedir.¹²⁶

YTCK md.40’ta bağlılık kuralı açıkça düzenlenmiş ve şeriklerin gerçekleşen haksızlıktan sorumluluğu için fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹²⁷ ACK’da ise bağlılık kuralı açıkça düzenlenmemiş, ancak azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerde failin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak fiili işlemesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Doktrinde, azmettirmeye teşebbüs cezalandırıldığından bağlılık kuralının mutlak olarak uygulanmasından vazgeçildiği ileri sürülmüştür.¹²⁸

Şerikin sorumluluğunun asıl fiile bağlılığı, şerikin cezalandırılmasının daima bir başkasının işlediği fiilin varlığına bağlılığını gerektirir. Şeriklik fiilinin haksızlık içeriği bu fiilin haksızlığına dayanır.¹²⁹ Bağlılık kavramıyla şeriklik hareketinin ilgili suç tipi bakımından nedensel olmasına rağmen tipiklikteki hareketlerden olmadığı ve bu hareketin başlı başına bir haksızlık teşkil etmediği ifade edilmek istenmektedir.¹³⁰ YTCK md.40/f.1’de geçen iştirak için “kasten ve hukuka aykırı fiil” ifadesi dikkate alındığında şeriklerin sorumluluğunun asıl fiile bağlılığının bu sorumluluğun derecesinin ve ölçüsünün zorunlu olarak asıl fiile, asıl fiilin özelliklerine, hal ve koşullarına bağlılığı olarak anlaşılması gerekir.¹³¹

Bilgehan Savaşçı Temiz, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *AÜHFD*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2491; **Özgenç**, GH, s. 577-578; **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 184, 186, 190. **Zafer**, GH, s. 557-558.

¹²⁵ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 472-473; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 142. **Özgenç**, GH, s. 577, 516, 517; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 525; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 764.

¹²⁶ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 176.

¹²⁷ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 474; **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 168–169. **Önok**, Criminal, s. 201.

¹²⁸ **Keiler**, s. 164.

¹²⁹ **Heinrich**, AT, §36, kn. 1278; **Sax**, s. 930.

¹³⁰ **Meral Ekici Şahin**, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *AÜHFD*, C. 64, S. 3, 2015, s. 647.

¹³¹ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 181.

Bu açıklamalar çerçevesinde bağıllık kuralının, iştirakte faillik sıfatını haiz olmayan ve bu nedenle tipik fiil üzerinde hakimiyet kuramayan şeriklerin failin gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumluluğunu sağlayan bir fonksiyon icra ettiği söylenebilir.

(ii) Bağıllık Kuralının Türleri

Bağıllık kuralının türlerinden ilki “asgari bağıllık (*minimaler Akzessorietät*)” kuralıdır. Asgari bağıllık kuralında şeriklerin sorumluluğu için failin tipik fiili işlemesi yeterlidir. Suçun maddi unsurları dışındaki unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaz. Bağıllık kuralının bir diğer türü “sınırlı bağıllık (*limitierter Akzessorietät*)” kuralıdır.¹³² Sınırlı bağıllık kuralında failin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi yeterlidir. Bağıllık kuralının bir başka türü olan “aşırı bağıllık (*Hyperakzessorietät*)” kuralında haksızlığın unsurlarının gerçekleşmesinin yanında failin işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı kusurlu olması da aranır. Aşırı bağıllık kuralının kabul edildiği bir iştirak sisteminde örneğin babasının parasını çalması için azmettirilen failin bu fiili işlemesi durumunda fail cezalandırılmadığı gibi azmettirenin de cezalandırılması mümkün olmaz; çünkü şerikin cezalandırılması failin kusurlu olarak hareket etmesine bağlıdır.¹³³ Son olarak “katı bağıllık (*extreme Akzessorietät*)” kuralında haksızlığın unsurlarının gerçekleşmesi ve failin işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı kusurlu hareket etmesinin yanında objektif cezalandırma şartı gibi cezalandırılabilirlik için gerekli diğer şartlar da aranır.¹³⁴

¹³² **Geppert**, §26 StGB, s. 300; **Schroeder**, s. 68; **Less**, s. 44 vd.; **Rinceanu**, s. 108.

¹³³ **Akbulut**, Bağıllık Kuralı, s. 181.

¹³⁴ **Schroeder**, s. 68; **Ambos/Bock**, *Germany*, s. 333; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 458; **Akbulut**, Bağıllık Kuralı, s. 180-181; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 765; **Önder**, *Ceza Hukuku*, s. 425; **Mahmutoğlu**, s. 91.

YTCK, iştirak için fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesini yeterli görerek sınırlı bağlılık kuralını kabul etmiştir (md.40/f.1). Azmettirenin işlenen fiilden sorumlu olması için fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi yeterlidir.¹³⁵

(iii) *Bağlılık Kuralının Niceliksel ve Niteliksel Sonucu*

Doktrinde bağlılık kuralının gerekleri fiilin ne aşamaya kadar işlenmesi gerektiği hususunu ilgilendiren “niceliksel bağlılık (*quantitative Akzessorität*)”¹³⁶ ve fiilin nasıl bir nitelik taşıması gerektiği hususunu ilgilendiren “niteliksel bağlılık (*qualitative Akzessorität*)” ayrımı çerçevesinde ele alınmaktadır.¹³⁷

Bağlılık kuralının niceliksel sonucu bu fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiğidir. Fiil her ne kadar teşebbüste kalsa bile ortada gerçekleşmiş bir haksızlık vardır.¹³⁸ Niceliksel bağlılık kuralı, YTCK md.40/f.3’te “iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” ifadeleriyle açıkça düzenlenmiştir.¹³⁹ YTCK, azmettirenin sorumluluğunu asıl fiilin icrasının başlamasına bağlı kılmıştır.¹⁴⁰ Bağlılık kuralının niceliksel sonucu elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya suçun icrasına başlanmış olmasını gerektirir (YTCK md.40/f.3; md.35/1).¹⁴¹ İcra hareketi başlamamışsa Türk hukukunda YTCK md.40/f.3 ve md.38/f.1 çerçevesinde azmettirenin sorumluluğu cihetine gidilemez.

Niceliksel bağlılık kuralı, failin fiilin icrasına başlamadığı ve bağlılık kuralı sebebiyle azmettirenin cezalandırılmadığı durumda eleştiri konusu olmuştur. Fiilin

¹³⁵ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 182. Yargıtay da sınırlı bağlılık kuralını kabul etmektedir. Bkz. **YCD**, T. 18.02.2009, E. 2009/13, K. 2009/2729 (**Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 182). ETCK ile mukayese için bkz. **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 181-182.

¹³⁶ **Kleszczewski**’nin niceliksel bağlılık kuralını dışsal bağlılık kuralı olarak nitelendirmesi hakkında bkz. **Diethelm Kleszczewski**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Leipzig 2017, §7, kn. 673.

¹³⁷ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 475-477; **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 191-192; **Zipf**, s. 141.

¹³⁸ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 192; **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 185.

¹³⁹ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 200.

¹⁴⁰ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 748. Bu hususun sistematik olarak bağlılık kuralının düzenlendiği maddeyle alakalı olmadığı hakkındaki eleştiri için bkz. **Dülger**, s. 24.

¹⁴¹ **Beril Taşkın Kapusuzoğlu**, *Suça İştirakte Bağlılık Kuralı*, 1. bs., İstanbul, 2017, s. 104. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 519.

icrasının başlamadığı bir durumda failin fiili işleme kararı esas alınarak azmettirenin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴²

İnceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüs, asıl fiilin icrasının başlamaması nedeniyle bağlılık kuralının niceliksel gereğinin yerine gelmemesi sonucu söz konusu olur.¹⁴³ Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olması için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Yani, azmettirmeye teşebbüsü karakterize eden özellik asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmamış olmasıdır.¹⁴⁴

Bağlılık kuralının niteliksel sonucu fail tarafından kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekir.¹⁴⁵ Buna niteliksel bağlılık kuralı denir.¹⁴⁶ Sınırlı bağlılık kuralına göre kast ve hukuka aykırılık şeriklerin sorumluluğu için yeterli kabul edildiğinden failin kusurlu olarak hareket etmesi gerekmemektedir (YTCK md.40/f.1 cüm.1).¹⁴⁷ Suçun işlenişine iştirak eden herkes kendi kusuru çerçevesinde sorumlu olur (YTCK md.40/f.1, cüm.2). Kusuru etkileyen haller kimde varsa bundan sadece o kişi yararlanır. Ayrıca suçun işlenişine iştirak edenlerin cezalandırılmasını önleyen şahsi sebepler sebebin kendisinde bulunduğu kişi için sonuç doğurur.¹⁴⁸

Alman hukukunda fiilin icrasının başlamaması durumunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun kabul edilmesinin yanı sıra, failin fiili işlerken gerçekleşen niteliksel sınır aşımı hallerinde de azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilmektedir (ACK md.30/f.1). Niteliksel sınır aşımının gerçekleştiği durumlardan biri failin azmettirildiği fiilden başka bir fiili işlemesidir. Bu durumda

¹⁴² **Kapusuzoğlu**, s. 104-105. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının bağlılık kuralını önemsizleştirdiği hakkında bkz. **Hein D. Wolswijk**, *Netherlands*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (359-358), England 2013, s. 377.

¹⁴³ **Kluszczewski**, AT, §7, kn. 673.

¹⁴⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547.

¹⁴⁵ **Geppert**, §26 StGB, s. 300, 301.

¹⁴⁶ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, 191-192; **Zipf**, s. 141.

¹⁴⁷ **Önok**, Turkey, s. 455. **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 182. Detaylı bilgi için bkz. **Less**, s. 45; **Koca/Üzülmüş**, GH, s. 476; Koca, Yargıtay İçtihatları, s. 111.

¹⁴⁸ **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 184; **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 201-204.

fail azmettirenin kastı kapsamında olmayan ancak tipik bir fiil işlemiştir. İşlenen fiil ve gerçekleşen netice azmettirenin kastının haricinde gerçekleştiği için azmettirenin objektif olarak isnat edilemez. Azmettirenin, failin işlemediği azmettirme konusu fiile azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulması mümkündür.¹⁴⁹ Örneğin azmettiren faili yağma suçuna azmettirir ancak fail yağma yerine cinsel saldırı suçunu işler. Cinsel saldırı, kastı kapsamında olmadığı için azmettiren sadece yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilmektedir.¹⁵⁰ Bu ihtimalde Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmadığı için azmettirenin ceza sorumluluğu cihetine gidilemez.

(c) Azmettirmenin Cezalandırılmasının Esasına İlişkin Teoriler

Azmettirmenin cezalandırılmasının esasını açıklayan teorilerin şerikliğin esasını açıklayan teorilerden bağımsız düşünülmemesi gerekir; çünkü azmettirme şeriklik statüsünde bir iştirak şeklidir.¹⁵¹

Doktrinde azmettirmenin cezalandırılmasının esasına ilişkin kusurun/haksızlığın karışması, kusura iştirak, haksızlığa iştirak, plan hakimiyeti, haksızlık anlaşması, birliktelik teorisi ve nedensellik teorileri (bağlılık kuralına dayanan, salt ve karma nedensellik teorileri) gibi teoriler ileri sürülmüştür.¹⁵²

Kusurun/haksızlığın karışması teorisi (Schuld/Unrechtvermischungstheorie), şerikliğin haksızlığını kusurda veya haksızlıkta failin gerçekleştirdiği haksızlığa karışmasına dayandırır ve bu teoride şeriklik olarak nitelendirilebilecek bir katkının gerçekleşmesi gerekir.¹⁵³

Kusura iştirak teorisine (Schuldteilnahmetheorie) göre, şerik failin kusurluluğundan sorumludur. Şerik, faili kendi kusuruna bulaştırmakla onun kusurlu

¹⁴⁹ Schönke/Schröder, §30, kn. 20; Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 32; Schmidt, AT, §26, kn. 1076; Letzgus, s. 43.

¹⁵⁰ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹⁵¹ Özkan, Azmettirme, s. 57.

¹⁵² Teoriler için bkz. Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, (Danışman: Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar), AÜSBE, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 253; Fischer, §26, kn. 3.

¹⁵³ Koca/Üzülmez, GH, s. 472.

hale gelmesinde sorumluluk sahibidir. Teori, azmettirmenin hukuki esasını açıklamada makul kabul edilmesine rağmen, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen fiilin varlığını yeterli kabul eden ve failin kusurlu olmasını aramayan düzenlemeyle bağdaşmamaktadır¹⁵⁴

Haksızlığa iştirak teorisine (Unrechtsteilnahmetheorie) göre, azmettirenin fiili iki türlü haksızlık içerir. Buna azmettirmenin çifte haksızlık içeriği (*doppelter Unrechtsgehalt*) denir. Azmettiren, hem suç teşkil eden bir fiilin işlenmesine sebep olmuştur hem de faili yoldan çıkarmıştır.¹⁵⁵ Azmettiren, bir kimseyi azmettirmekle failin kusuruna değil, onun işlediği haksızlığa karışmıştır.¹⁵⁶

Cezalandırılmasının esasını, azmettirenin suç planı üzerindeki hakimiyetine dayandıran **plan hakimiyeti teorisine (Planherrschaftstheorie)** göre, fail ile azmettiren aynı fiilin işlenmesi üzerinde eşit düzeyde hakimiyet sağlayarak yaptıkları plana katılırlar.¹⁵⁷

Haksızlık anlaşması teorisi (Unrechtspaktsheorie), azmettirmenin cezalandırılmasının esasını azmettiren ile failin fiili işleme kararı üzerindeki haksızlık anlaşmasına dayandırır. *Puppe*'ye göre, azmettirmenin cezalandırılmasının esasını azmettirenin fail ile arasındaki anlaşmaya bağlıdır. Bu anlaşma temelinde, azmettiren ile fail arasında karşılıklı suç işleme iradesi vardır. Haksızlık anlaşması, failin fiili işlemekten vazgeçmesi durumunda bile azmettirenin haksızlık anlaşmasına yönelik konuşma ve hareketleri yapmasını ve bunu ortadan kaldıran başka konuşma ve hareketlerde bulunmamasını gerektirir. Fail müşterek iştirakçi sıfatıyla, fiilin işlenmesi üzerinde azmettiren ile olan ilişkisinde eşit bir konuma sahiptir.¹⁵⁸

¹⁵⁴ **Koca/Üzülmmez**, GH, s. 472; **Geppert**, §26 StGB, s. 300. Detaylı bilgi için bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 43-44; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 437; **Hacıfazlıoğlu**, s. 338.

¹⁵⁵ **Less**, s. 45, 47, 48.

¹⁵⁶ **Özkan**, Azmettirme, s. 46.

¹⁵⁷ **Matthias Krüger**, “Zum <<Bestimmen>> im Sinne von §26, 30 StGB”, JA, 2008, s. 492; **Özkan**, Azmettirme, s. 49.

¹⁵⁸ **Puppe**, AT, §25, kn. 6; Ingeborg **Puppe**, “Was ist Anstiftung? Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 11.10.2005-I StR 250/05” NStZ 2006, s. 424. **Puppe**'nin haksızlık anlaşması teorisi hakkında ayrıca bkz. **Klaus Rogall**, “Bemerkung zum Versuch der

Birliktelik teorisine (solidarisierungstheori) göre, azmettiren fail ile birlikte hareket ettiği için cezalandırılmalıdır. Hem kast hem haksız davranış konusunda azmettiren ile fail arasında bir birliktelik durumu gerçekleşmiştir ve hukuka aykırı olarak gerçekleşen bu birliktelik azmettirmenin cezalandırılmasının esasını oluşturur. Nasıl ki fail bir birey olarak hareket serbestisi içinde fiilini işleyerek hukuk barışını zedelemişse; azmettiren de hareket hürriyetine sahip bir birey olarak hukuk barışını zedelemiştir. Bunun için, azmettirenin konuşması ile faili harekete geçirmesi gerekir. Eğer azmettirenin konuşmasıyla fail harekete geçer ve fiilin icrasına başlarsa hukuka aykırı birliktelik de gerçekleşmiş olur.¹⁵⁹

Azmettirmenin cezalandırılmasının esasını açıklamada en fazla kabul gören teori **nedensellik teorisidir (Verursachungstheorie)**. Bu teoriye göre, azmettiren suça sebep olan ilk kişi olduğu için cezalandırılmalıdır.¹⁶⁰ Şerikliğin cezalandırılmasının esasının şerikin neticenin gerçekleşmesinde vasıta olmasına dayandırılan bu teoride şerik, failde fiili işleme kararını canlandırarak ve psikolojik veya fiziki destek sağlayarak onu etkiler, ancak doğrudan suç tipinde tanımlanan davranış normunu bizzat ihlal ettiği için değil, davranış normunu doğrudan ihlal eden faile etki ettiği için cezalandırılır. Bu, şeriklik fiilinin haksızlığının asıl fiilin haksızlığına dayandığını ifade eder.¹⁶¹

Nedensellik teorisine göre, şerik suç işleme kastını ortaya koymalı, failin davranışlarından daha fazlasını gerçekleştirerek hukuka aykırı fiili desteklemeli ve kusurlu olarak hareket etmelidir. Burada asıl önemli olan kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinin zorunlu olması ve şerikin tipik fiilin işlenmesinde katkısının

Beteiligung”, Paeffgen/Böse/Kindhäuser (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, (s. 859-885), 2010, s. 868.

¹⁵⁹ Özkan, Azmettirme, s. 88.

¹⁶⁰ Geppert, §26 StGB, s. 299; Fischer, §26, kn. 3; Schroeder, s. 69; Özkan, Azmettirme, s. 50; Hacifazlıoğlu, s. 338-339; Krüger, s. 492, 496. Mayer’in bu teoriyi özetleyen “*esas fail öldürür, fakat bir katili var eden azmettirendir*” ifadesi için bkz. Özkan, Azmettirme, s. 43, 44.

¹⁶¹ Koca/Üzülmez, GH, s. 471-472.

olmasıdır. Bu çerçevede azmettiren, faile fiili işleme kararını aldırmaya yönelik her türlü etkide bulunabilir.¹⁶²

Nedensellik teorilerinden **bağlılık kuralına dayanan nedensellik teorisi (Akzessorietätorientierte Verursachungstheorie)**, azmettirmenin haksızlığını asıl fiilin haksızlığına dayandırır. Azmettiren, faile fiili işleme kararını aldırarak suretiyle failin hukuksal değeri ihlal etmesine nedensel bir katkı sağlayarak suça iştirak eder.¹⁶³

Koca/Üzülmüş'e göre, YTCK'da şeriklerin cezalandırılması için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi yeterli kabul edildiğinden iştirak halinde işlenen suçlarda failin kusurlu olmasını gerektiren kusura iştirak teorisi ve kusurun veya haksızlığın karışması teorileri şerikliğin cezalandırılmasının esasını açıklamada elverişli değildir. YTCK'da şerikliğin cezalandırılmasının esası bağlılık kuralının gereklerinin göz önünde bulundurulması kaydıyla **neden olmaya (bağlılığa yönlendirilmiş neden olmaya)** dayanır; çünkü şerikliğin haksızlığı fail tarafından gerçekleştirilen asıl fiilin haksızlığına bağlıdır.¹⁶⁴

Demirel'e göre, YTCK'nın 40.maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeyle kanun koyucu akim kalmış azmettirmeyi (azmettirmeye teşebbüsün) cezalandırmak istemediğini ortaya koymuştur. Bundan hareketle şeriklerin cezalandırılmasının esası bakımından YTCK'nın "bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisini" benimsediğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, şerikin kendi davranışından kaynaklanan haksızlığını failinkinden bağımsız olduğunu göz ardı ettiğinden, şerikin haksızlığını failin haksızlığına dayandıran teori şerikin cezalandırılmasının esasını izah etmede elverişli değildir. **Hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisine** taraftar olan *yazara* göre, şeriklik fiili başlı başına haksızlık teşkil eder ve hukuksal değeri asıl fiilden bağımsız olarak ihlal eder; çünkü şerikin davranışı suçun maddi konusu üzerinde bağımsız bir tehlikeye yol açmaktadır. Şerikin kendi davranışının bağımsız

¹⁶² **Özkan**, Azmettirme, s. 55.

¹⁶³ **Geppert**, §26 StGB, s. 300; **Schroeder**, s. 72; **Satzger**, s. 1170; **Özkan**, Azmettirme, s. 50.

¹⁶⁴ **Koca/Üzülmüş**, GH, s. 472-473. Ayrıca bkz. **Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. bs., Ankara 2019, kn. 744.

bir tehlikeye yol açtığını ileri süren *yazar*, şeriklik şekilleri arasında ayırım yapmakta ve bunun azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği için yeterli olduğunu, yardım etmeye teşebbüsün ise başlı başına cezalandırılmayacağını kabul etmektedir.¹⁶⁵

Koca/Üzülmez'e göre, bu görüş bağımsız şeriklik suçunu kabul eden anlayışta ortaya çıkan benzer sonuçlara yol açacak mahiyettedir. *Demirel*'in savunduğu bu teori, bağlılık kuralını da bertaraf etmektedir. Şeriklik fiili, bağlılık kuralına gerek kalmadan suçla korunan hukuksal değeri bağımsız olarak ihlal etmekle her suç bakımından tipik kabul edilecektir. Şeriklik statüsünde bulunan azmettirme ve yardım etme arasında cezalandırılabilirlik noktasında hem bu şekilde bir ayırım yapmak hem de şerikliğin bağımsız olarak hukuksal değeri ihlal ettiğini savunmak hukuksal değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisine ilişkin *yazarın* yaptığı açıklamalarla çelişmektedir. Bu teori, şeriklerin davranışının suçun konusu üzerinde tehlike oluşturmasının her iki iştirak şekli için de kabul edilmesini gerektirir.¹⁶⁶

Doktrinde şerikliği oluşturan katkıların “bağımsız şeriklik suçu” kapsamında ele alınması gerektiğini; bu itibarla şerikin başkasının fiiline katkısından dolayı değil, gerçekleştirdiği tipe uygun haksızlıktan sorumlu olduğunu ileri süren bir teori de vardır.¹⁶⁷ Bu teoriye *salt nedensellik teorisi (reine Verursachungstheorie)* denir. Salt nedensellik teorisine göre, fail tipik fiili doğrudan işler, şerik ise asıl fiil aracılığıyla bu fiili işler. Bu yüzden şerikin sorumluluğu failin sorumluluğuna değil; fail üzerinden dolaylı olarak kendi işlediği haksızlığa dayanır.¹⁶⁸ Azmettirme asıl fiilden bağımsız olarak değerlendirilir ve azmettiren bir başkasının bir haksızlığı işlemesine sebep olduğu için değil bizzat kendi azmettirme fiiliyle hukuksal değerleri ihlal etmek suretiyle sebep olduğu haksızlıktan dolayı cezalandırılır.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Demirel**, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, 1. bs., İstanbul 2017, s. 246, 243, 245, 253, 257.

¹⁶⁶ Teoriye yönelik eleştiri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Koca/Üzülmez**, GH, s. 473, dn. 1562.

¹⁶⁷ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 472; **Herzberg**, *Anstiftung*, s. 3; **Sax**, s. 930.

¹⁶⁸ **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 979; **Dubber/Hörnle**, s. 319.

¹⁶⁹ **Özkan**, *Azmettirme*, s. 50, 56.

Azmettirmenin cezalandırılmasının esasını bir kimsede suç işleme düşüncesi yokken ona suçun işlettirilmesi olarak açıklayan *Hakeri* 'ye göre, azmettiren bu şekilde suçu ortaya çıkaran kişi olarak cezalandırılmalıdır. Bu yüzden YTCK'da azmettirme bağımsız bir iştirak formu olarak düzenlenmiştir. Suçun asıl nedeni azmettiren olduğu için azmettirmenin faillik formu olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade eden yazar, azmettirenin asıl fail üzerinde manevi bir egemenlik kurduğunu ve bu yüzden bağıllık ilkesine gerek kalmadan dolaylı faillikteki gibi fail olarak cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, nasıl ki dolaylı faillikte failin hareketine mutlak bağıllık söz konusu değildir, azmettirmede de bu şekilde bir varsayımın kabul edilmesi gerekir.¹⁷⁰

Karma nedensellik teorisi (gemischte Verursachungstheorie) veya bağlı hukuksal değeri ihlal teorisi (Theorie des selbständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs), azmettirmenin cezalandırılmasının esasını hem asıl fiile hem de azmettirme fiiline dayandırır.¹⁷¹ Bu şekilde bir başkasının kasten ve hukuka aykırı olarak suçu işlemesine sebep olan azmettiren, dolaylı olarak ilgili suç tipinde korunan hukuksal değeri ihlal etmiş olur.¹⁷² Bağlı hukuksal değeri ihlal teorisini savunan *Akbulut*, teoriyi salt nedensellik teorisi ile bağıllık kuralına dayanan nedensellik teorisinin arasında kabul eder. Şerikliğin haksızlığı “kısmen failin fiilinden kısmen de katılanın kendisinin hukuki değere saldırısından” türer. Bu teori karma nedensellik

¹⁷⁰ **Hakeri**, İştirak, s. 102.

¹⁷¹ **Özkan**, Azmettirme, s. 51; **Geppert**, §26 StGB, s. 300. Ceza hukukunun merkezi noktasında yer alan “hukuksal değer teorisi (*Rechtsguttheorie*)”, birçok Avrupa ülkesinde ceza teorisinin temellendirilmesinde bir başlangıç olarak ele alınmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Albin Eser**, “The Principle of Harm in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests”, *DULR*, V. 4, 1965-1966, s. 345-417. Hukuksal değer teorisinin ceza hukukunun genişlemesinin bir arzusu olarak ortaya çıktığı hakkında bkz. **Thomas Vormbaum**, *A Modern History of German Criminal Law*, B. Michael (edt), çev. Margaret Hiley, Berlin 2014, s. 55; Hukuksal değerlerin ceza hukukundaki fonksiyonları için bkz. **Heinrich**, AT, §1, kn. 8, 9. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 77-78; 1009-1010.

¹⁷² **Schönke/Schröder**, §26, kn. 3.

teorisi olarak cezalandırmaya layık şerikliğin hem bağlı olmasını hem de bağımsız hukuksal değere saldırıyı ihtiva eden bir teoridir.¹⁷³

Keiler'e göre, azmettirmede azmettiren suçu bir başkasına işlettirmek suretiyle dolaylı yoldan “hukuken korunan menfaatlerin (*Rechtsgut*)”¹⁷⁴ ihlaline sebep olmuştur. Fail kasten ve hukuka aykırı olarak fiilini işlerken, azmettiren hukuksal değerleri dolaylı olarak ihlal eder. Dolaylı ihlal, azmettirenin fail ile olan iletişimsel ikna çabası olarak kendisini gösterir.¹⁷⁵

Alman hukukunda azmettirmenin cezalandırılmasının esası konusunda sentez çözüm öneren *Roxin, Jakobs ve Hoyer*, şerikin hem failin gerçekleştirdiği haksızlıktan hem de kendi gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁷⁶ Türk hukukunda da *Artuk/Gökçen/Alışahin/Çakır*, şerikliğin haksızlığının hem asıl fiilden hem de şerikin hukuksal değeri dolaylı olarak bizzat ihlal etmesinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir.¹⁷⁷

Bağımsız şeriklik suçuna dayanan ve bağımsız şeriklik suçuyla benzer sonuçlara yol açacak mahiyette olan şeriklik fiilinin hukuksal değeri dolaylı olarak ihlal etmek suretiyle bağımsız haksızlık teşkil ettiği şeklindeki teoriler ile kusurun karışması ve kusura ve haksızlığa iştirak teorileri, YTCK'nın iştirake ilişkin hükümleri göz önünde bulundurulduğunda şerikliğin cezalandırılmasının esasını açıklamada elverişli değildir. Kanaatimizce YTCK bakımından azmettirmenin cezalandırılmasının esası bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi ile izah edilebilir; çünkü azmettiren şerik sıfatıyla asıl failde suç işleme kararını canlandırarak ona etki etmiştir. Azmettiren suç tipini doğrudan ihlal eden kişi olarak değil, suç tipini doğrudan ihlal eden failde suç

¹⁷³ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 180.

¹⁷⁴ Hukuken korunan menfaat, hukuk devleti ilkesi ile yönetilen bir toplumda kişisel ve toplumsal mutluluğun bir gerekliliği olarak kabul edilen ve bu yüzden bunu ciddi bir şekilde tehdit eden fiillere karşı hukuki korumaya layık menfaat olarak tanımlanır. Bkz. **Keiler**, s. 25.

¹⁷⁵ **Keiler**, s. 230.

¹⁷⁶ Bkz. aktaran **Schroeder**, s. 70, 71. Ayrıca bkz. **Özgenç**, Suça İştirak, s. 141–142, dn. 48; **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 181, dn. 82.

¹⁷⁷ **Artuk/Gökçen/Alışahin/Çakır**, GH, s. 764.

işleme düşüncesini uyandırdığı için cezalandırılır. Asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettirenin faile olan bu etkisi ve hukuksal değerlere yönelik ortaya çıkan tehlikelilik hali ortadan kalkmamaktadır. Nedensellik teorisi göz önünde bulundurularak bağlılık kuralının gereklerinin aranması, başlı başına cezalandırmaya layık bir haksızlık olarak ortaya çıkan azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına engel değildir. Azmettirenin ikna faaliyetleri sonucunda hiç suç işleme düşüncesi olmayan faile fiili işleme kararı aldırması ve ona etki etmesi azmettirmeye teşebbüsün başlı başına cezalandırılabilir bir haksızlık oluşturduğu gerekçesini kuvvetlendirmektedir. Bu itibarla, azmettirmeye teşebbüsün bağımsız normla cezalandırılmasını bağlılık kuralının bir istisnası olarak görmemek; bağlılık kuralı haricinde hareket ederek cezalandırılabilirliğine ilişkin çözüm aramak gerekir.

(d) Azmettirmenin Yaptırımı

YTCK’da azmettiren “işlenen suçun cezasıyla” cezalandırılır (YTCK md.38).¹⁷⁸ Azmettirme, şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olmasına rağmen, kanun koyucu suç ve ceza politikası gereği azmettireni işlenen suçun cezasıyla cezalandırmaktadır.¹⁷⁹ ACK’da azmettirenin “fail gibi” cezalandırılacağı kabul edilmiştir (ACK md.26).¹⁸⁰

Bir kimsenin suçun işlenişine hem fail hem de şerik olarak katılması durumunda “failliğin şerikliğe asliliği” kuralı uyarınca sadece fail olarak sorumluluk söz konusu olur. Bir kimseyi suç işlemeye azmettiren kişinin azmettirdiği kişi ile birlikte suç işlemesi durumunda azmettirenin artık fail olarak sorumluluğu cihetine gidilir.¹⁸¹

YTCK md.38/f.2’de altsoy-üstsoy¹⁸² ilişkisinden doğan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle bir kimseyi azmettirmek ve çocukların suça azmettirilmesi

¹⁷⁸ **Hakan Hakeri**, *Turkish Criminal and Criminal Procedure Law*, in: R. Korkusuz/F. İ. Kayalı (eds), *Turkish Public Law*, (109-201), 1. bs., Ankara 2018, s. 99. **Önok**, *Criminal*, s. 201; **Önok**, *Turkey*, s. 459; **Demirbaş**, *GH*, s. 523.

¹⁷⁹ **Aydın**, *İştirak*, s. 256.

¹⁸⁰ **ACK md.26**; **Schroeder**, s. 65. Alman hukukunda azmettirmenin yaptırımı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Fischer**, §26, kn. 18.

¹⁸¹ **Koca/Üzülmez**, *GH*, s. 491.

¹⁸² Detaylı bilgi için bkz. **Önok**, *Turkey*, s. 460; **Koca/Üzülmez**, *GH*, s. 493; **Hakeri**, *Turkish Criminal*, s. 99; **Toroslu/Toroslu**, *Genel Kısım*, s. 332. **Hafizoğulları/Özen**, *GH*, s. 371-

cezaı arttırıcı nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Altsoy-üstsoy ilişkisinden doğan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle azmettirmede azmettirene verilecek süreli hapis cezası üçte birden yarısına kadar arttırılır. Çocukların suça azmettirilmesi durumunda kanun koyucu altsoy-üstsoy ilişkisini aramamıştır. Azmettirenin cezasını arttırmayı öngören bu düzenleme süreli hapis cezasının verilmesinin mümkün olduğu hallerde uygulanabilir. Altsoy-üstsoy sebebiyle ve çocukların suça azmettirilmesine ilişkin hükmün gerekçesinde azmettirenin cezasında artırım öngörülmesi azmettirme olgusunun başlı başına haksızlık teşkil ettiği gerekçesine dayandırılmıştır. Bu gerekçenin bu nitelikli halin düzenlenmesinin gerekçesi ile bir alakasının olmadığı ve bu itibarla gerekçenin hatalı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸³

Suçun “kiralık katil (tetikçi)”¹⁸⁴ gibi kişilere işlettirilmesi durumunda çoğu kez azmettirenin kimliğinin belirlenmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Bu güçlükleri aşmak için YTCK md.38/f.3, azmettirenin belli olmaması halinde azmettirenin ortaya çıkmasını sağlayan fail ve şeriklerin cezasında indirim yapılmasını öngörmüştür.¹⁸⁵ Bu sebebin gerçekleşmesi durumunda kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılması hakimnin takdirindedir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi azmettireni ortaya çıkarmaya ilişkin verilen bilginin maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmesi gerekir.¹⁸⁶

372; **Zafer**, GH, s. 548; **Şen**, s. 123; **Demirbaş**, GH, s. 525; **Özkan**, Azmettirme, s. 160-163; **Aydın**, İştirak, s. 355; **Özen**, İştirak Kurumu, s. 247.

¹⁸³ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 491, 492, 493. Türk ve Alman Hukuku arasında mukayese için bkz. **Hakan Hakeri**, “Türk ve Alman Hukuklarının Genel Kısımlarının Karşılaştırılması”, çev. **Ahmet Mert Duygun**, in : G. Duttge/Y. Ünver (edt), Das Schuldprinzip des türkischen STGB im Spiegel des deutschen Strafrechts (Alman Ceza Hukuku Açısından TCK’nın Kusur İlkesi), (29-42), Band: 2/C. 2, 1. bs., Göttingen/İstanbul 2013, s. 41. Alman hukukunda azmettirmenin yaptırımını için bkz. **Fischer**, §26, kn. 18.

¹⁸⁴ **YCGK**, T. 19.10.2010, E. 2010/6-80, K. 2010/198, karar için bkz. <http://www.baltaci.av.tr/azmettirme-hakkinda-yargitay-kararlari/> (14.02.2017).

¹⁸⁵ **Hakeri**, Turkish Criminal, s. 99; **Şen**, s. 123; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 753; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 333. Ayrıca bkz. **Şen**, s. 123, 124. Benzer bir hükmün ETCK’da olmadığı hakkında bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 141-142. ETCK’da, indirim sebebi olan failin şahsi menfaatinin olması hakkında bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 744.

¹⁸⁶ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 494.

(2) Yardım Etme

Şeriklik statüsünde kabul edilen bir diğer iştirak şekli yardım etmedir (*Beihilfe*). Yardım etme, YTCK md.39’da türlerini ihtiva edecek şekilde düzenlenmiştir. Yardım etme türleri YTCK’da düzenlenmişken, ACK’da mesele doktrine bırakılmıştır.¹⁸⁷

Yardım etme bir başkasının kasten işlediği suça kasten destekte bulunmaya denir. Yardım niteliğindeki fiillerle bir suçun işlenişine iştirak eden kişiler yardım eden olarak cezalandırılır. Yardım eden, failin suç tipini gerçekleştirmesini ya teşvik eder ya da kolaylaştırır. Faillik ve azmettirme haricinde kalan her türlü katkı yardım etme kapsamında değerlendirilir.¹⁸⁸

Yardım etmeden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için yardım etmenin şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Alman hukukunda bu şartlar yardım etmenin objektif ve sübjektif tipikliğinin unsurları olarak ifade edilir. Yardım etmede iki objektif unsur aranır. İlk objektif unsur bir başkası tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen fiilin varlığıdır. İkinci objektif unsur fiile yönelik yardım niteliğinde hareketlerin işlenmesidir. Yardım etmede sübjektif unsur kasttır. Yardım edenin çifte kastla (*doppelten Gehilfen-Vorsatz*)¹⁸⁹ hareket etmesi gerekir. Yardım edenin çifte kastı hem asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesini hem de yardım etmeyi kapsamalıdır.¹⁹⁰

Yardım edenin kastının somutlaştırılmış olması gerekir, yani kastın belli bir suça yönelik olması gerekir.¹⁹¹ Asıl fiile ilişkin tüm detayların yardım edenin kastının

¹⁸⁷ **Muhammed Demirel**, “Alman Hukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, *CHKD*, C. 5, S. 2, 2017, s. 122.

¹⁸⁸ **Koca/Üzülmöz**, GH, s. 494. Ayrıca bkz. **Rinceanu**, s. 108-109.

¹⁸⁹ **Kristian Kühl**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, München 2017, §20, kn. 246.

¹⁹⁰ **Heinrich**, AT, §38, kn. 1317; **Rudolf Rengier**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, 2019, §27 kn. 81, 114. Failin yardım edenin kastının dışına çıkması halleri için bkz. **Koca/Üzülmöz**, GH, s. 499.

¹⁹¹ **Fischer**, §27, kn. 14.

kapsamında olması gerekmez. Kastın fiile ilişkin önemli hususları kapsaması yeterlidir.¹⁹²

Yardım edenin suçun icrasında bir menfaatinin olması gerekmediği gibi asıl fiilin icrasını şahsen onaylaması da gerekmemektedir. Yardım edenin kastının asıl fiilin tamamlanmasına yönelik olması gerekir. Asıl fiilin teşebbüse kadar gelinmesinin istendiği veya önceden suçun tamamlanmayacağını bilindiği (yardım etmeye teşebbüs) durumlarda yardım edenin yardım etmeye ilişkin hükümlerden dolayı ceza sorumluluğu doğmaz.¹⁹³

Yardım edenin yardım etmeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için yapılan katkının ilgili suç tipinde tanımlanan neticenin gerçekleşmesinde nedensel olması gerekir. Yardım etmenin suç tipinde tanımlanan fiilin işlenmesini mümkün kılması, kolaylaştırması, yoğunlaştırması ve garantiye alması yeterlidir.¹⁹⁴

Azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de bağıllık kuralı aranır. Kasten ve hukuka aykırı işlenen ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığı yardım etmeden sorumluluğun doğması için gerekli ve yeterlidir.¹⁹⁵

YTCK md.39/f.2’de yardım etmenin hangi fiillerle gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Yardım etme maddi veya manevi şekilde söz konusu olabilir.¹⁹⁶ Fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak maddi yardım etmenin şekilleri olarak; suç işlemeye teşvik etmek, fiili işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek ve suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek manevi yardım etmenin şekilleri olarak düzenlenmiştir.¹⁹⁷

¹⁹² **Kühl**, AT, §20, kn. 242.

¹⁹³ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 498-499.

¹⁹⁴ **Rengier**, AT, §27 kn. 82; **Fischer**, §27, kn. 14.

¹⁹⁵ **Rinceanu**, s. 108.

¹⁹⁶ **Evik**, s. 217 vd.

¹⁹⁷ **Demirel**, Yardım Etme Hareketleri, s. 119-161.

Suçta maddi yardım etmenin ilk şekli suçun işlenmesinde kullanılacak araçları sağlamaktır. Burada araçtan maksat suçun işlenmesinde kullanmak için temin edilen her türlü taşınır veya taşınmaz eşyadır. Örneğin kasten öldürme suçunda faile tabanca temin eden kişi yardım etmeden sorumlu olur. Aracın suçta kullanılmaması veya suçun işlenmesinde elverişli olmaması durumunda yardım eden sorumlu tutulmamalıdır. İkinci şekli suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak fiilidir. Bahçe duvarına tırmanan hırsızın merdiveninin tutulması veya öldürmek için pusuda bekleyen faile yiyecek götürülmesi yardım etmenin bu şekline örnek fiillerdir.¹⁹⁸

Manevi yardım etmenin ilk şekli suç işlemeye teşvik¹⁹⁹ etmektir. Suç işleme düşüncesine sahip olan, ancak suçu işleme noktasında kararsız olan kişinin suça yönlendirilmesine teşvik denir.²⁰⁰ Suça teşvik, azmettirmeden farklıdır. Azmettirmede hiç suç işleme düşünce ve kararı olmayan bir kimsenin suça yönlendirilmesi vardır. Teşvikte ise failde suç işleme niyeti ve düşüncesi vardır ve fakat fail suçu işlemek için kesin kararını vermemiştir.²⁰¹ Suça manevi yardım etmenin ikinci şekli suç işleme kararını kuvvetlendirmektir. Burada suç işlemeye karar veren faili cesaretlendirmek suretiyle “kararın icra safhasına geçirilmesini sağlayan tavsiye ve telkinlerde bulunmak, suç işleme kararını kuvvetlendirmek” söz konusudur. Suça yardım etmenin üçüncü şekli suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etmektir. Burada suçun icrasından önce suçun işlenmesinden sonraya yönelik vaatte bulunmak suretiyle failin suçun işlenmesine yönelik tereddütlerini gidererek cesaret verme ve iradesi üzerinde etkili olma amaçlanır. Örneğin suçun işlenmesinden önce faile cezaevindeyken ailesine bakmayı vaat etmek yardım etmenin bu şekline girer. Vaadin suçtan önce

¹⁹⁸ Maddi yardım etme hakkında detaylı bilgi için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 756-761.

¹⁹⁹ Teşvik kavramının tanımı için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 762; **Cengiz Yelbaşı**, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü (İlgili Yasalara Gönderme/Atıflarıyla) Fransız-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla*, 1. bs., Ankara 2014, s. 601.

²⁰⁰ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 496.

²⁰¹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 762. Detaylı bilgi için bkz. **Demirel**, *Yardım Etme Hareketleri*, s. 138-141.

verilmesi gerekir. Suçun işlenmesinden sonra verilen vaatler bu kapsamda değildir. Manevi yardım etmenin son şekli olan suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermede faile akıl vermek, ona yol göstermek suretiyle iradesi üzerinde etkili olma durumu söz konusudur. Suçun nasıl işleneceği konusunda faile yol göstermek suçun icrasından önce gerçekleşmelidir. Suçun icrası esnasında yol göstermek ve bu kapsamda talimat vermek fiilleri gerçekleşirse yardım edenin müşterek faillikten sorumluluğu doğar.²⁰²

Bir suçun işlenişine yardım eden olarak katılan bir kimse YTCK md.39'da belirtilen oranlarda indirim yapılarak cezalandırılır. İşlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirmesi halinde on beş yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası gerektirmesi halinde on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Suçun süreli hapis cezası gerektiren bir suç olması durumunda yarı oranında indirim yaparak verilecek ceza toplamda sekiz yılı geçemez.

II. TEŞEBBÜS

Azmettirenin sorumlu olması için asıl fiilin işlenmiş olması gerekir. Ancak bu, asıl fiilin tamamlanması gerektiği anlamına gelmemektedir. Azmettiren, fiilin teşebbüste kalan halinden sorumlu tutulabilir.²⁰³ Azmettirenin cezalandırılması asıl fiilin tamamlanmış olmasına bağlı kılınsaydı, failin teşebbüs aşamasında bıraktığı fiilden dolayı sorumluluğu söz konusu olmazdı.²⁰⁴

Asıl fiilin teşebbüste kaldığı durumlarda bağlılık kuralı için aranan kast ve hukuka aykırılık unsurları gerçekleşmiş olur. Kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen ve teşebbüste kalan fiile azmettirme mümkündür.²⁰⁵ Alman hukukunda bu durumda

²⁰² Koca/Üzülmez, GH, s. 497.

²⁰³ Zekiye Özen İnci, "Alman Ceza Kanunu md.30/f.1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)", *HHFD*, V. 10, I. 2, 2020, s. 920.

²⁰⁴ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 338.

²⁰⁵ Heinrich, AT, § 39, kn. 1362.

yardımcı normun sonralığı ilkesi gereği, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün azmettirmeye ilişkin hüküm karşısında geri çekileceği kabul edilmektedir.²⁰⁶

Alman hukukunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun tespitinde teşebbüse ilişkin hükümlerden hareket edilmektedir. ACK md.30/f.1’de teşebbüs kurumuna açıkça atıf yapılmıştır. Bundan hareketle azmettirmeye teşebbüs ile ilişkisinin anlaşılması için YTCK’nın ilgili hükmü (md.35) ve doktrindeki durum dikkate alınarak suçun özel görünüş şekli olan teşebbüs kurumu incelenecektir.

A. Teşebbüsün Mahiyeti ve Tanımı

Ceza hukukunda suç düşünce, hazırlık, icra ve tamamlanma gibi aşamalardan oluşan suç yolundan (*inter criminis*²⁰⁷) geçerek işlenir.²⁰⁸

Asıl fiilin cezalandırılabilme sınırına vardığı anın suçun maddi konusu üzerinde zarar veya tehlike şeklinde hukuksal değer ihlalinin derecesine göre tespiti için suç yolu farklı aşamalara ayrılmıştır. İcra aşamasında failin cezalandırmaya layık bir haksızlık işlediği ve bu haksızlığın cezalandırılması bakımından suç tipleri için kanunun genel hükümleri içinde teşebbüse ilişkin düzenlemeye ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁹

Suç yolunda ilk aşama düşünce aşamasıdır. Bu aşamada ortaya çıkan fikir, düşünce, karar ve kast gibi süreçler zihni faaliyetler olup ne kadar kötü kabul edilirse edilsin ceza hukukunun müdahale alanı haricindedir.²¹⁰

²⁰⁶ Rengier, AT, §47, kn. 6.

²⁰⁷ Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, 1. bs., Ankara 1994, s. 61; Taner, s. 260. Aynı yönde bkz. Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 276; İçel, GH, s. 445.

²⁰⁸ Koca/Üzülmmez, GH, s. 412; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Ankara 2019, s. 615; Hakeri, GH, s. 480; Öztürk/Erdem, kn. 589; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 276, s. 276; Özbek/Doğan/Bacaksız, GH, s. 443; Soyaslan, GH, s. 249; İçel, GH, s. 445; Dönmezer/Erman, II, s. 403-404; Zafer, GH, 496.

²⁰⁹ Murmann, §28, kn. 1.

²¹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 678; Hakeri, GH, s. 480; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 276; Taner, s. 263, 264, 265; Hakeri, GH, s. 480; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 1004; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 678; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, s. 451-552. Aynı yönde bkz. Fatih Birttek, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 22.05.2012 tarihli (E. 2011/6-340, K. 2012/209) kararı Bağlamında Suça Teşebbüsün Objektif Unsuru Olarak

Düşünce aşamasında fail belli bir suç işleme konusunda kararını verdikten sonra suçun icrasına yönelik hazırlık yapar.²¹¹ Hazırlık aşamasında işlenen hareketler fiili işleme kararını alan failin suç işlemek amacıyla gerçekleştirdiği ve dış aleme akseden hareketlerdir.²¹² İcraya başlamayı ifade eden hareketler icra hareketi, bu anlama gelmeyen hareketler ise hazırlık hareketleri olarak nitelendirilir.²¹³

Fail, suç işleme kararını verip hazırlığını yaptıktan sonra suçun icrası aşamasına geçer. Suçun icrasına yönelik hareketleri ve/veya tipiklikte düzenlenmişse neticeyi de gerçekleştirerek suçu tamamlar. İcrasına başlanıp da elde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanmayan suçlara “teşebbüste kalan suçlar” denir.²¹⁴

Teşebbüs, suç yolunda icra ile tamamlanma aşamaları arasında gerçekleşir.²¹⁵ Teşebbüste, suçun ya icrası tamamlanamamakta ya da icra tamamlanmasına rağmen netice gerçekleşmemektedir.²¹⁶

YTCK md.35/f.1’de işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan bir kimsenin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir.²¹⁷

‘İcra Hareketlerinin Başlaması’”, *CHD*, C. 8, S. 21, Nisan 2013, s. 80; **Zafer**, GH, s. 496; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 443.

²¹¹ **Koca/Üzülmmez**, GH, s. 413, 419; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 1004; **Zafer**, GH, s. 496. Hazırlık aşamasında suç için yapılan hazırlık faaliyetleri için bkz. **Önder Tozman**, *Suçta Teşebbüs*, 1. bs., Ankara 2015, s. 89-90. Aynı yönde bkz. **Hakeri**, GH, s. 486.

²¹² **Birtek**, *İcra Hareketlerinin Başlaması*, s. 80; **Hakeri**, GH, s. 489.

²¹³ **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, GH, s. 678-679; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 283; **Zafer**, GH, s. 501; **Akbulut**, GH, s. 624; **Zafer**, GH, s. 496; **Dönmezer/Erman**, II, s. 412. Türk hukukunda hazırlık hareketleri kavramı, kavramın kıstasları ve sınırları hakkında bkz. **Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar**, “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi (Ulusal Rapor)”, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul, 20-27 Eylül 2009, s. 28.

²¹⁴ **Koca/Üzülmmez**, GH, s. 412.

²¹⁵ **Öztürk/Erdem**, kn. 597. Teşebbüs kavramı için bkz. **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, GH, s. 676-677. Teşebbüs hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sulhi Dönmezer**, “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, *İÜHFM*, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 433-434, 436.

²¹⁶ **Koca/Üzülmmez**, GH, s. 413; **Akbulut**, GH, s. 622.

²¹⁷ Teşebbüsün tanımı için bkz. **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, GH, s. 701; **Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu**, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 4., Ankara 2010, s. 634; **Zafer**, GH, s. 499; **Öztürk/Erdem**, kn. 588; **İçel**, GH, s. 445; **Soyaslan**, GH, s. 244, 284-285. Yargıtay, yeni kanun döneminde YTCK’nın teşebbüse

Bu açıklamalar çerçevesinde teşebbüs, kasten işlenebilen bir suçun kasten doğrudan doğruya icrasına başlanıp da elde olmayan nedenlerden dolayı icranın tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi şeklinde tanımlanabilir.

B. Teşebbüsün Hukuki Niteliği

Teşebbüsün hukuki niteliğini cezalandırılmasının gerekçesiyle birlikte mütalaa etmek gerekir. Teşebbüsün suçun tamamlanmış halinden ayrı bir hukuki varlığından bahsedilemez. Tamamlanmış suçun cezalandırılmasının sebebi ne ise teşebbüste kalan suçun cezalandırılmasının sebebi de odur. Devlet, sosyal düzene zarar veren suç sayılan tamamlanmış fiilleri önemsiyorsa, teşebbüste kalan suçlara da ilgisiz kalamaz. Teşebbüsün, tamamlanmış suça ilişkin hükmü genişletme ve tamamlayıcı bir niteliği vardır.²¹⁸

Ceza kanunlarının özel kısmında düzenlenen suçlar suçun tamamlanmış hali esas alınarak tanımlanmıştır. Kanunda tanımlanmış bir suç tipindeki hareketleri gerçekleştiren ancak neticeye ulaşmayan failin cezalandırılması mümkün değildir. Aksi durum kanunilik prensibine aykırılık teşkil eder. Suçun teşebbüste kalan bu halinin cezalandırılması kanunda özel bir hükmün varlığını gerektirir.²¹⁹ Örneğin, bir kimseye kurşun sıkan ancak kurşun boş çıktığı için öldüremeyen kişi kasten öldürme suçunun düzenlendiği hükümden cezalandırılmaz; çünkü kanun bir kimseyi öldüren

ilişkin hükümleri ile uyumlu kararlar vermektedir. Bkz. **YCGK**, T. 22.5.2012, E. 2011/6-340, K. 2012/209, karar ve değerlendirmeler için bkz. **Birtek**, İcra Hareketlerinin Başlaması, s. 71, 72, 73-74, 75-77, 99-100; **Özgenç**, GH, s. 500-501, dn. 852); **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 1008; **YCGK**, E. 5-098, K. 378, T. 12.11.1984 (Karar için bkz. **Birtek**, İcra Hareketlerinin Başlaması, s. 94); **YCGK**, T. 24.09.2013, E. 2012/14-1239, K. 2013-383 (Karar için bkz. **Özgenç**, GH, s. 508, dn. 868). Yargıtayın maddi ölçütü esas alarak verdiği kararlar için bkz. **Özgenç**, GH, s. 504-506; **Tozman**, Teşebbüs, s. 145-146; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s. 455; **Demirbaş**, GH, s. 475-476. Yargıtayın sübjektif ölçütü esas olarak verdiği kararlar için bkz. **Özgenç**, GH, s. 506; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 452; **Tozman**, Teşebbüs, s. 143-144.

²¹⁸ **Dönmezer/Erman**, II, s. 407.

²¹⁹ **Soyaslan**, *Teşebbüs*, s. 51.

kişiyi cezalandırmaktadır. Mağduru öldüremeyen kişinin cezalandırılmasını sağlayan teşebbüs kurumudur.²²⁰

Kanunda düzenlenen teşebbüse ilişkin hükümler ceza kanunun özel kısmında tanımlanan ilgili suç tipine bağlı olarak uygulanabilir. Bir suç teşebbüste kaldığında tamamlanmamış ilgili suç tipine ilişkin hüküm ile teşebbüse ilişkin hüküm birlikte uygulanarak teşebbüs sorumluluğu tespit edilir. Teşebbüs, bu nedenle bağımsız bir suç tipi olmayıp, suçun özel bir görünüş şeklidir. Teşebbüse ilişkin hüküm, tipik fiilin icrasına başlamasına rağmen, fiili tamamlayamayan failin cezalandırılmasını sağlayan yardımcı norm niteliindedir.²²¹

C. Teşebbüsün Cezalandırılmasının Esasına İlişkin Teoriler

Teşebbüsün cezalandırılmasının esasına ilişkin subjektif, objektif ve karma teori olmak üzere üç teori ileri sürülmüştür. **Sübjektif teoriye göre**, teşebbüs failin hukuk düzeni ile bağdaşmayan iradesi sebebiyle cezalandırılır; çünkü teşebbüs etmekle fail kınanabilir kötü bir fiili işlemeyi istemektedir. **Objektif teoriye göre**, failin davranışları ile dış aleme yansıyan ve toplumun hukuk bilincini tehdit edecek şekilde hukuksal değerlere yönelik somut tehlike nedeniyle teşebbüs cezalandırılır. Bu iki teoriyi sentezleyen **karma teoriye göre** teşebbüs, “failin hukuk düzenine aykırılık teşkil eden, herhangi bir şekilde dışa yansıttığı ve gerek hukuk barışını tehdit etmeye gerekse toplumdaki hukuk bilincine zarar vermeye elverişli davranışlara kaynaklık teşkil eden iradesinden dolayı” cezalandırılır.²²²

TCK md.35/f.1’de teşebbüsün başlangıcı, suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, işlenen suçun kanuni tanımda belirtilen hareket ile belirli bir yakınlık ve bağlantı içerisinde olan hareketlerin gerçekleştirilmesi gerekir. İkinci fıkrada teşebbüste kalan suçlarda fiilin doğurduğu tehlike ve zararın ağırlığına göre cezanın belirleneceği düzenlenmiştir. Böylece fiilin

²²⁰ Dönmezer/Erman, II, s. 405.

²²¹ Koca/Üzülmez, GH, s. 413-414.

²²² Heinrich, AT, §21, kn. 632 vd.

suçun konusu bakımından oluşturduğu tehlike ve zarar teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni olarak kabul edilmiştir. Gerekçede de sorumluluk alanının bireyin aleyhine olacak biçimde genişleteceği gerekçesi ile failin kastını esas alan sübjektif görüşün benimsenmediği belirtilmiştir. Kanun metni ve gerekçe dikkate alındığında YTCK'nın objektif teoriyi benimsediği söylenebilir.²²³

D. Teşebbüsün Unsurları

Failin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi teşebbüsün objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Türk hukukunda teşebbüsün sübjektif tipiklik unsuru kasttır. Sübjektif tipikliğe uygunluğunun gerçekleşmesi için öncelikle suçun kasten işlenen bir suç olması ve failin bu suçu işlemeye yönelik kasten hareket etmesi gerekir.²²⁴

Teşebbüste kalan suçun tamamlanmış suçtan farkı, objektif tipiklik bakımından ortaya çıkar. Tipikliğin objektif unsurları teşebbüste kalan suçların eksik unsurunu oluşturur. Tipikliğin objektif unsurlarından birincisi icra hareketi niteliğinde fiillerin işlenmesi, ikincisi elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icranın başlaması, üçüncüsü icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesidir.²²⁵ Elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra başladıktan sonra teşebbüs aşamasına girildiği için fiilin icrasının tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi azmettirenin teşebbüsten sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İştirak çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkün olduğundan azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğuna ilişkin değerlendirme yapılmaz.

²²³ Koca/Üzülmez, GH, s. 416.

²²⁴ Koca/Üzülmez, GH, s. 417.

²²⁵ Özgenç, GH, s. 512; Özbek/Doğan/Bacaksız, GH, s. 452; Majno I, s. 294 vd.; Hafizoğulları/Özen, GH, s. 337; Hakeri, GH, s. 482.

1. Kasten İşlenen Bir Suçun ve Bu Suçu İşlemeye Yönelik Kastın Varlığı

Teşebbüsün sübjektif unsuru kasttır. Bu unsur YTCK md.35/f.1’de “işlemeyi kastettiği bir suç” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, sadece kasten işlenebilen suçlar teşebbüse elverişli olup, taksirle işlenen suçlara teşebbüs söz konusu değildir.²²⁶

Teşebbüs için failin azmettirildiği suç bakımından kasıtlı olarak hareket etmesi gerekir.²²⁷ Teşebbüsteki kastın suçun tamamlanmış halindeki kasttan bir farkı yoktur. Failin teşebbüste bıraktığı suçtaki kast söz konusu suçun tamamlanmasına yönelik kasttır.²²⁸ Bu demektir ki kast teşebbüste kalan suçlarda ve tamamlanmış suçlarda aynı fonksiyona sahiptir.²²⁹ Teşebbüs tamamlanmış suçun içerisinde bulunması gerekli bir aşama olduğundan kast her ikisinde de kurucu bir rol oynar. Bu, haksızlığın yalnızca hukuksal değerlerin ihlaline bağlı olarak neticenin haksızlığına indirgenemeyeceği ve hareketin haksızlığının da önem arz ettiği anlamına gelir.²³⁰

Gerçekleştirilen hareketlerin doğrudan doğruya icra hareketlerini oluşturup oluşturmadığının tespitinden önce failin kastının yöneldiği suçun tespit edilmesi

²²⁶ Koca/Üzülmez, GH, s. 417.

²²⁷ Majno I, s. 271; Taner, s. 267; Soyaslan, GH, s. 244; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 291; Hafizoğulları/Özen, GH, s. 331; Önder, Ceza Hukuku, s. 387-388; İçel, GH, s. 449; Akbulut, GH, s. 622; Öztürk/Erdem, kn. 606; Parlar/Hatipoğlu, s. 629; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 1005; Zafer, GH, s. 499-500. Olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Hafizoğulları/Özen, GH, s. 331; Dönmezer/Erman, II, s. 408; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara 1975, s. 63; Soyaslan, GH, s. 245; İçel, GH, s. 449-450, 464; Koca/Üzülmez, GH, s. 417; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 291; Demirbaş, GH, s. 465; Öztürk/Erdem, kn. 606; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 1005; 1012; Parlar/Hatipoğlu, s. 629; Özgenç, GH, s. 496-497; Özbek/Doğan/Bacaksız, GH, s. 446; Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, GH, s. 683; Akbulut, GH, s. 622; Öztürk/Erdem, kn. 606; Hakeri, GH, s. 483; Demirbaş, GH, s. 465; Hafizoğulları/Özen, GH, s. 331.

²²⁸ Rene Bloy, “Zur ‘Ernslichkeit’ des Versuchs einer Anstiftung zum Mord (Anmerkung-BGH, 10.6.1998-3 StR 113/98)”, JZ, 54. Jahre, Nr. 3 (5. Februar 1999), s. 157; Koca/Üzülmez, GH, s. 417; Özgenç, GH, s. 453, 497; İçel, GH, s. 449; Alacakaptan, s. 64; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 1005; Dönmezer/Erman, II, s. 407; Öztürk/Erdem, kn. 608, s. 356; Öztürk/Erdem, kn. 608.

²²⁹ Akbulut, GH, s. 622.

²³⁰ Çataklı, s. 293, 297.

gerekir. Bunun için hâkim her bir somut olayın özellikleri çerçevesinde öncelikle failin kastının hangi suça yönelik olduğunu belirlenmelidir.²³¹

Suçun kanuni tipinde kast haricinde amaç veya saik gibi diğer sübjektif unsurlar aranmışsa bu unsurların da gerçekleşmesi gerekir.²³²

2. İcra Hareketi Niteliğinde Fiillerin İşlenmesi

Azmettirmeye teşebbüs azmettirmenin özel bir durumu olup burada suçun teşebbüsü gerçekleşmez. Azmettirenin bu durumda sorumluluğu cihetine gidebilmek için öncelikle suçun teşebbüsünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekir. Bu tespiti yapmak için hazırlık-icra hareketleri ayırımı yapılmalıdır.²³³ Çünkü sadece belli bir noktadan sonra işlenen fiiller cezalandırılabilir. Burada asıl mesele ceza hukukunun müdahale ettiği noktayı tespit edebilmektir.²³⁴ Suçun teşebbüs sınırının tespit edilmesi azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğunun doğup doğmayacağı bakımından önem arz eder. Hareket icra hareketi kabul edilirse artık azmettirmeye teşebbüse ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaz ve asıl fiil en azından teşebbüs aşamasına vardığı için azmettirenin iştirak çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkündür. Hareket hazırlık hareketi kabul edilirse, hazırlık aşamasında kalan azmettirmeye teşebbüsten dolayı azmettirenin cezalandırılabilmesi için iştirak haricinde bağımsız bir ceza normunun düzenlenmesi gerekir.

a) Hazırlık Hareketi-İcra Hareketi Ayırımı

Suçun hazırlık-icra hareketleri ayırımında doğrudan doğruya icraya başlamanın tespiti ceza hukukunda önemli bir meseledir. Bir taraftan fail sadece düşüncesinden dolayı cezalandırılmamış olur. Diğer taraftan, cezalandırılan ve cezalandırılmayan

²³¹ Koca/Üzülmez, GH, s. 418.

²³² Koca/Üzülmez, GH, s. 418; Akbulut, GH, s. 623.

²³³ Devrin, s. 113; Soyaslan, *Teşebbüs*, s. 65-66. Bu ayırımı yapmanın güç olduğu hakkında bkz. Alacakaptan, s. 77; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 689; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 284, 287. Teşebbüsün temel unsuru olan suçun icrasına başlanması husus üzerine Pisapia'nın eleştirileri için bkz. Pisapia, s. 119.

²³⁴ Turhan Tufan Yüce, *Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayırılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin Bu Probleme Tatbiki Denemesi*, Erzurum 1968, s. 3.

hareketler arasındaki sınır tam olarak çizilmiş olur. Böylece fail sadece dış alemde ortaya çıkan ve belirli bir aşamaya gelen hareketleri sebebiyle cezalandırılmış olur.²³⁵

Teşebbüs-hazırlık ayırımı yapılarak sorumluluk eşiği belirlenir. Bu ayırımda teşebbüs aşamasına varan hareket ceza sorumluluğu gerektirirken, hazırlık hareketi aşamasında kalan hareket ceza hukuku alanının dışında bırakılır.²³⁶

Ceza hukukunda kural hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı yönündedir.²³⁷ Hazırlık aşamasında kalan fiiller cezaya layık olmayan haksızlıklar olarak kabul edilir ve kural olarak cezalandırılabilirlik alanının dışında tutulur.²³⁸ Çünkü hazırlık hareketleri hukuksal değeri zedelemeyen veya zedelenme tehlikesine yol açmazlar.²³⁹ Ayrıca bu hareketler kişinin hürriyet alanında işlenmektedir.²⁴⁰ Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması bir nevi şüphenin cezalandırılması ve hürriyetlerin ölçüsüz olarak kısıtlanması anlamına gelir.²⁴¹ Böylece bireyin bu alanı ihlal edilmiş olur.²⁴²

Ceza hukukunda kural her ne kadar hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması gerektiği yönünde olsa da hazırlık aşamasında da toplumsal menfaatler zarar görebilir

²³⁵ **Tozman**, Teşebbüs, s. 87.

²³⁶ **Johannes Keiler/David Roef**, *Inchoate Offences: Attempt and Preparation*, in: J. Keiler/D. Roef (eds), *Comparative Concepts of Criminal Law*, (253-284), United Kingdom 2016, s. 205.

²³⁷ Kristian **Kühl**, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *JuS/Heft* 12, 1979, s. 874; **Dessecker**, s. 549; **Wolfgang Joecks**, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I* (§1-37), 3. Auflage, München 2017, §30, kn. 1; **Vogler**, s. 331; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 443; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 679; **Hafizoğulları/Muharrem**, GH, s. 327; **Dönmezer/Erman**, Ceza Hukuku II, s. 412; **Zafer**, GH, s. 496; **Öztürk/Erdem**, kn. 592; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 1002-1003; **Tozman**, Teşebbüs, s. 90-91; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 389-390. Aynı yönde bkz. **Demirbaş**, GH, s. 469-470; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 687; **İçel**, GH, s. 453. Türk hukukunda bu ilkenin istisnaları için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 688; **Özgenç**, GH, s. 499; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 631.

²³⁸ **Murmann**, §28 kn. 1; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 688.

²³⁹ **Zafer**, GH, s. 496.

²⁴⁰ **Hakeri**, GH, s. 480; **Hafizoğulları/Özen**, GH, s. 327.

²⁴¹ **Zafer**, GH, s. 496.

²⁴² **Antony Duff**, “Dangerousness and Citizenship: Essays in Honour of Andrew von Hirsch”, in: A. Andrew/W. Martin (eds), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, (141-163), United Kingdom 1998, s. 141.

veya tehlikeye girebilir. Bu bağlamda, hazırlık-teşebbüs sınırı hazırlık hareketinin işlenmesiyle hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen zarar veya tehlikenin derecesine dayandırılır.²⁴³

Günümüzde gerek Türk hukukunda olsun gerekse mukayeseli hukukta olsun suçun tamamlanması ile neticelenmeyen salt anlaşma ve örgüt kurma gibi fiiller bağımsız olarak yaptırıma bağlanmış ve genel kuralların istisnası olarak cezalandırılmıştır. Hazırlık hareketi olarak ceza tehdidi altına alınan fiillerden biri de azmettirmeye teşebbüstür.²⁴⁴ Azmettirmeye teşebbüs, hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen özel tehlikeden dolayı cezalandırılmakta ve hukuksal değerleri tehlikeye sokan bir hazırlık hareketi olarak ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır.²⁴⁵

Tek fail tarafından işlenen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı kuralı, bu hareketlerin iştirak halinde işlenmesi durumunda da geçerlidir. İştirakte en azından teşebbüs aşamasına varmamış fiilin olmaması durumunda azmettirme gibi şeriklik fiillerinin başlı başına cezalandırılması kural olarak mümkün değildir.²⁴⁶

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün iştirak haricinde bağımsız olarak cezalandırılması, ceza hukukunda hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı kuralının istisnası olarak kabul edilmektedir.²⁴⁷ Azmettirenin ceza sorumluluğunun bu şekilde genişletilmesi hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine dayandırılır. Önemli hukuksal değerlere yönelik özel bir tehlike gerçekleştiği için ceza kanunlarında azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bağımsız hükümler öngörülmektedir.²⁴⁸ İnceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüste failin tehlikeli

²⁴³ **Richard M. Honig**, “Criminal Law Systematized”, *JCLC*, V. 54, I. 3, (273-287), 1963, s. 284.

²⁴⁴ **Lorenzo Picotti**, “Expanding Forms of Preparation And Participation (Section I – General Criminal Law: General report, XVIII International Congress of Penal Law)”, *IRPL*, V. 78, I. 3-4, 5-8 September 2007, s. 435.

²⁴⁵ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1365.

²⁴⁶ **Albrecht Lüthke**, *Wesen und Bedeutung des §49a StGB im Rahmen der Teilnahmelehre*, Hamburg 1963, s. 2.

²⁴⁷ **Kühl**, Grundfälle, s. 874.

²⁴⁸ **Letzgus**, s. 119-121.

halini ortaya koyması ve bu tehlikenin toplum üzerinde yarattığı huzursuzluk, kanun koyucuyu bu fiili hazırlık hareketi olarak ceza yaptırımını altına almaya zorlamıştır.²⁴⁹

Failin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi, doğrudan doğruya fiilin icrasına başlamasına bağlıdır.²⁵⁰ İcra aşaması, hazırlık hareketlerinin bitip icra hareketlerinin başladığı aşama olup, bu aşama kişinin ceza hukuku alanına girip girmediğinin tespiti bakımından önem arz eder.²⁵¹

Hemen hemen her ceza kanununda failin suçun icrasına başlamış olması teşebbüs için aranan bir unsurdur. Böylece belirli bir suça yönelik her fiil değil, icraya başlama niteliğini kazanmış fiil teşebbüsten cezalandırılabilir.²⁵² Dolayısıyla icraya başlama ceza hukukunun müdahale ettiği bir alan olup, fail icra hareketlerini işlemekle artık suç işleme sahasına girmiş demektir.²⁵³

b) Hazırlık Hareketi-İcra Hareketi Ayırımına İlişkin Teoriler

Bir kimsenin işlenen suçtan sorumluluğunun doğması için davranışlarının dış alemde cezalandırılabilir bir aşamaya yani icra aşamasına varmış olması gerekir. Fiili işleme kararı ve hazırlık hareketlerinin gerçekleşmesi cezalandırılabilirlik için yeterli değildir. İştirak halinde işlenen suçlarda teşebbüsün başlamış olması gerekir; çünkü suça iştirak edenlerin cezalandırılabilmesi teşebbüsün başladığını gösteren doğrudan doğruya icra hareketlerinin başlamış olmasına bağlıdır.²⁵⁴

Azmettirilen fiilin hazırlık-icra sınırının belirlenmesi konusunda doktrinde failin işlediği maddi fiilleri esas alan “objektif teori”, failin iradesini esas alan “sübjektif

²⁴⁹ Letzgus, s. 119.

²⁵⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 686; Hafızoğulları/Özen, GH, s. 331; Akbulut, GH, s. 624. Öztürk/Erdem, kn. 610; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 1006; Tozman, Teşebbüs, s. 86; Dönmezer, Hazırlık ve İcra, s. 436-439; Dönmezer/Erman, Ceza Hukuku, s. 411-412.

²⁵¹ Önder, Ceza Hukuku, s. 386, 388; Dönmezer, Hazırlık ve İcra, s. 436; Önder, Ceza Hukuku, s. 386; Tozman, Teşebbüs, s. 87; Majno I, s. 274 vd.

²⁵² Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, 1. bs., İstanbul 1994, s. 194.

²⁵³ Taner, s. 265; Devrin, s. 112.

²⁵⁴ Aydın, İştirak, s. 165-166.

teori” ve ikisini birlikte değerlendiren “karma teori” olmak üzere temelde üç teori ileri sürülmüştür.²⁵⁵

Objektif teori, hazırlık-icra hareketleri ayırımında failin kastı çerçevesinde işlediği maddi nitelikteki hareketlerini esas alır. Bu teoride bir suçun icra hareketleri kanunda gösterilen maddi unsurun hareket unsurudur. Örneğin hırsızlık suçunda malı bulunduğu yerden almak, kasten öldürme suçunda öldürmek kastı ile bıçağı çekip batırmaya hazırlamak veya baltayı havaya kaldırmak icra hareketidir.²⁵⁶

Suçun icrasının başlaması için mutlak olarak kanuni tipte tanımlanan hareketin gerçekleştirilmesinin aranması icrai nitelikteki bazı hareketlerin cezasız kalmasına yol açabilir.²⁵⁷ Tipiklikte yer almayan, ancak tipiklik kapsamında tanımlanan harekete sıkı sıkıya bağlı hareketlerin cezalandırılması bakımından doktrinde *maddi objektif teori* ileri sürülmüştür.²⁵⁸ Bu teori, “*Frank formülü*” /“icraya başlamanın somutlaştırılması formülü” şeklinde de adlandırılmaktadır. Bu teoride, suçun kanuni tipinde yer alan fiile zorunlu bağlılığı dolayısıyla tipik hareketin ayrılmaz bir parçası olan her hareket icra hareketidir.²⁵⁹ Tipik fiile zorunlu bir bağlılığı tespit edilemeyen hareketler hazırlık hareketidir. Örneğin tüfegin omuza konulması, nişan alma, emniyeti indirme gibi fiiller tabii olarak ateş etmek suretiyle öldürme hareketi ile bir bütünlük oluşturduğundan icra hareketi olarak değerlendirilir.²⁶⁰

²⁵⁵ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 420 vd.; **Dönmezer**, Hazırlık ve İcra, s. 440. Teoriler için ayrıca bkz. **Turhan Turfan Yüce**, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 1985, s. 75-77; **Devrin**, s. 113; **İçel**, GH, s. 454-455; **Akbulut**, GH, s. 625 vd.; **Öztürk/Erdem**, kn. 61; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 1006-1007.

²⁵⁶ **Demirbaş**, GH, s. 472; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 393.

²⁵⁷ **Tozman**, Teşebbüs, s. 143.

²⁵⁸ **Yüce**, Hazırlık ve İcra, s. 18; **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, GH, s. 692.

²⁵⁹ **Sözüer**, s. 197, 198-199; **Tozman**, Teşebbüs, s. 99, 143; **Yüce**, Hazırlık ve İcra, s. 18; **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, GH, s. 692; **Akbulut**, GH, s. 625-626; **Öztürk/Erdem**, kn. 614.

²⁶⁰ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 421. Aynı yönde **Demirbaş**, GH, s. 473; **Yüce**, *Teşebbüste Hazırlık ve İcra*, s. 18; **Sözüer**, s. 197-198; **Birtek**, *İcra Hareketlerinin Başlaması*, s. 90-91. Eleştiri için bkz. **Öztürk/Erdem**, kn. 614; **Tozman**, Teşebbüs, s. 101.

Sübjektif teori teşebbüste cezalandırılmanın esasını failin suç işlemeye yönelik “iradesine”²⁶¹ veya “tehlikelilik haline”²⁶² dayandırır. Bu teoride failin kendisi, daha doğrusu suçu işleme yönünde aldığı karar esas alınır. Bu karar doğrultusunda failin gerçekleştirdiği hareketler icra hareketleridir. Failin kararının açık ve net olarak ortaya çıkmadan önce gerçekleştirdiği hareketler ise hazırlık hareketleridir.²⁶³

Alman hukukunda²⁶⁴ kabul edilen **karma teori**, sübjektif ve objektif teorileri birlikte uygular. Karma teoriye göre, failin suçu işleme yönündeki düşüncesini ortaya çıkaran hareketler icra hareketi, bu düşüncüyü ortaya çıkarmayan hareketler hazırlık hareketidir.²⁶⁵ Teori, sübjektif görüş esas alırken, objektif görüşü tamamlayıcı nitelikte görür.²⁶⁶ Bir başka anlatımla değerlendirme temeli sübjektif, takdir ölçütü ise objektif esasa dayanmakta olup, asıl sınırlama ölçütü objektiftir. Burada asıl önemli olan suç tipiyle korunan hukuksal değerlerin doğrudan doğruya tehlike girmiş olmasıdır. Bunun gerçekleşip gerçekleşmediği ise failin düşüncesinde yer alan plana göre belirlenir.²⁶⁷

Hazırlık-icra hareketleri ayırımında YTCK’nın (maddi) objektif teoriyi esas aldığı sonucuna varılabilir.²⁶⁸ YTCK md.35’te “doğrudan doğruya icra” ifadesi

²⁶¹ **Dönmezer**, Hazırlık ve İcra, s. 444-445, 449. Sübjektif teori için ayrıca bkz. **Akbulut**, GH, s. 626; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 633. **Tozman**, Teşebbüs, s. 105-110; **Öztürk/Erdem**, kn. 616; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 632; **Zafer**, GH, s. 502; **Tozman**, Teşebbüs, s. 105.

²⁶² **İçel**, GH, s. 455.

²⁶³ **Koca/Üzülmüş**, GH, s. 421-422; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 392.

²⁶⁴ ACK md.22’de düzenlenen teşebbüse ilişkin metinde geçen “failin tasavvuruna göre” ifadesinin yorumu için bkz. **Tozman**, Teşebbüs, s. 113. Alman hukukunda teşebbüsün objektif ve sübjektif unsurları hakkında bkz. **Heinrich**, AT, §23, kn. 725, 726.

²⁶⁵ **Birtek**, İcra Hareketlerinin Başlaması, s. 93; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 633; **Tozman**, Teşebbüs, s. 110. Karma teoriye örnek olay için bkz. **Tozman**, Teşebbüs, s. 114-115. Alman içtihatlarında farklı görüşlerin kabul edildiği hakkında bkz. **Sözüer**, s. 201; **Önder**, Ceza Hukuku, 1992, s. 395; **Koca/Üzülmüş**, GH, 422; **Tozman**, Teşebbüs, s. 111-112.

²⁶⁶ **Sözüer**, s. 206. Aynı yönde bkz **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 694; **Akbulut**, GH, s. 627; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 633.

²⁶⁷ **Dieter Meyer**, “Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat-BGHSt 26, 201”, JuS, 1977, s. 22; **Tozman**, Teşebbüs, s. 111; **Heinrich**, AT, §23, kn. 725; **Heinrich**, AT, §23, kn. 725; **Tozman**, Teşebbüs, s. 117; **Sözüer**, s. 206; **Demirbaş**, GH, s. 474; **Akbulut**, GH, s. 627; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 450; **Birtek**, İcra Hareketlerinin Başlaması, s. 93-94; **Öztürk/Erdem**, kn. 617.

²⁶⁸ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 695; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 449; **Demirbaş**, GH, s. 475; **Akbulut**, GH, s. 627; **Öztürk/Erdem**, kn. 617.

kullanılarak bu nitelikteki hareketlerin icra; bunun haricindeki hareketlerin hazırlık hareketi olduğu anlatılmak istenmiştir. Doğrudan doğruya icraya başlama maddi objektif teorinin esas aldığı bir ölçüttür. Bu nedenle hazırlık-icra ayırımında maddi objektif teoriden hareket edilmesi gerekir. Ayrıca madde gerekçesinde doğrudan doğruya icraya başlamanın, “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması” anlamına geldiği ifade edilerek, *Frank Formülüne* atıf yapılmıştır. YTCK’nın teşebbüste hazırlık-icra hareketi ayırımında maddi objektif teorinin kabul edildiği konusunda doktrinde görüş birliği vardır.²⁶⁹

3. Elverişli Hareketlerin Gerçekleştirilmesi

Teşebbüs için icrasına başlanan hareketlerin elverişli olması gerekir. İcra başlama “neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketleri yapmak” demektir.²⁷⁰ Teşebbüsten bahsedebilmek için icrasına başlanılan fiilin kanuni tipte unsur olarak düzenlenen neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Doğrudan doğruya icranın elverişli hareketlerle başlaması fiilin niteliğine ilişkin bir unsur olup, suçun icrasına yönelik hareketlerin kanuni tipteki unsurları gerçekleştirmeye uygun olması demektir.²⁷¹ Elverişlilik, hareketin kanuni tipteki neticeyi meydana getirebilme iktidarı

²⁶⁹ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 423; **Birtek**, İcra Hareketlerinin Başlaması, s. 95. Bu konuda Türk hukukundaki tartışmalar için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 450; **Birtek**, İcra Hareketlerinin Başlaması, s. 96; **Dönmezer**, Hazırlık ve İcra, s. 450; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 290-291; **Yüce**, Hazırlık ve İcra, s. 29-33; **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 1008-1009; **Tozman**, Teşebbüs, s. 147; **Hafızoğulları/Özen**, GH, s. 333.

²⁷⁰ **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s. 458 Elverişliliğin belirlenmesinde ileri sürülen sübjektif ve objektif görüşler için bkz. **Demirbaş**, GH, s. 467. Yargıtay’ın bu konudaki uygulamasından örnekler için **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s. 460-461; **Taner**, s. 271. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, 699; **Yaşar/Gökçen/Artuç**, s. 1008; **İçel**, GH, s. 450; **Akbulut**, GH, s. 631.

²⁷¹ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 426; **Akbulut**, GH, s. 631-632; TCK’nın 35’inci maddesinin gerekçesi; elverişlilik hakkında detaylı bilgi için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 699; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 447; **Soyaslan**, *Teşebbüs*, s. 101; **Hakeri**, GH, s. 483-484; **Demirbaş**, GH, s. 468; **Tozman**, *Teşebbüs*, s. 74.; **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 292; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 630.

olarak tanımlanabilir.²⁷² Bu unsur, YTCK md.35’te “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp” şeklinde ifade edilmiştir.²⁷³

4. Elde Olmayan Nedenlerle İcra Hareketlerini Tamamlanamaması veya İcra Hareketleri Tamamlamasına Rağmen Neticenin Gerçekleşmemesi

Teşebbüs, suçun tamamlanmamış halidir.²⁷⁴ Kasten işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamamış veya tamamlamış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemiş olması gerekir.²⁷⁵ İşlenmesine kast edilen suç tipinde neticeye ayrıca yer verilmemişse bu durumda icra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle bu suç tamamlanır. Bu suçlarda teşebbüs icra hareketlerinin tamamlanması aşamasına kadar mümkündür. Örneğin hakaret suçunda hakaret teşkil eden fiillerin işlenmesiyle bu suç tamamlanır. Hakaretin sözlü olarak gerçekleşmesi durumunda bu suç teşebbüse elverişli değildir. Ancak mektup vasıtasıyla bu fiil işlendiğinde mektup mağdura ulaşınca kadar suçun icrası devam ettiğinden teşebbüs mümkündür. Netice unsuruna yer veren suçlarda teşebbüs iki şekilde söz konusu olur. Fail ya elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerden dolayı icrayı tamamlayamaz ya da icrayı tamamlamasına rağmen neticeyi gerçekleştiremez.²⁷⁶

²⁷² **Tozman**, Teşebbüs, s. 74; **Hakeri**, GH, s. 483.

²⁷³ **Öztürk/Erdem**, kn. 609. Kanunda elverişliliğe ilişkin düzenlemeye yönelik eleştiri için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s. 458; **Zafer**, GH, s. 505 vd.

²⁷⁴ **Sözüer**, s. 220.

²⁷⁵ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 701. Elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra başladıktan sonra artık teşebbüs aşamasına girildiği için fiilin icrasının tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi inceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüsün haricinde kalan bir unsur olup, azmettirenin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi mümkün olduğundan azmettirmeye teşebbüse ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaz.

²⁷⁶ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 431.

E. Teşebbüsün Yaptırımı

YTCK md.35/f.2’de zarar veya tehlikenin ağırlığına göre teşebbüsten cezanın tespit edileceği düzenlenmiştir.²⁷⁷ Söz konusu hükme göre, “suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

Teşebbüste suçun işlendiği ana kadar gerçekleşen zarar veya tehlikenin ağırlığı nispetinde cezanın belirlenmesi gerekir. Örneğin hasmını öldürmek için ateş eden failin çevredekiler tarafından engellenmesi durumunda suçun icrası başlamıştır, fakat elde olmayan nedenlerden dolayı fail fiilini tamamlayamamıştır. Bu durumda suçun maddi konusu üzerinde zarar gerçekleşmemiş, sadece tehlikeye sebep olunmuştur. Failin ateş etmesine rağmen isabet ettirememesi durumunda icra tamamlanmasına rağmen netice gerçekleşmemiştir. Burada zarar gerçekleşmemiş sadece suçun konusu tehlikeye maruz kalmıştır. Ancak gerçekleşen tehlike önceki duruma göre gerçekleşen tehlikeden daha ağırdır. Fail isabet ettirmesine rağmen netice gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumda gerçekleşen tehlike ve zarar önceki safhalarda ortaya çıkan zarar ve tehlikeden daha ağırdır. Hakim gerçekleşen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre kanun koyucunun belirlediği oranlarda indirim uygular.²⁷⁸

²⁷⁷ “Sanığın, cadde üzerinde müşterek çocukları ile birlikte yürüyen, ayrı yaşadığı katılan eşine saldırıp bıçakla, sol kalça bölgesine dört kez, sol göğüs bölgesine de 5. interkostal aralığa denk gelecek şekilde bir kez vurmak suretiyle katılanı öldürmeye teşebbüs ettiği olayda; sadece sol göğüs bölgesindeki hemotoraksa neden olan bir adet kesici delici alet yaralanmasının yaşamsal tehlikeye yol açması, kalça bölgesindeki dört adet yaralanmanın ise hiçbirinin kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmayıp, her birinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olması karşısında, 13 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası öngören 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesinin uygulanması sırasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte dikkate alınarak alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayini yerine, en üst sınırdan 20 yıl hapis cezasına hükmedilmesinde isabet bulunmamaktadır.” (YCGK, T. 30.05.2017, E. 490, K. 299, karar için Bkz. Yıldız, YCGK I).

²⁷⁸ Koca/Üzülmüş, GH, s. 432-433.

Kanun koyucu suçun teşebbüs aşamasına varmış olması durumunda failin cezasında indirimin hangi oranlarda yapılacağını açıkça belirtmiştir. Teşebbüste, suçun tamamlanmış hali üzerinden indirim yapılır. Bu indirimin yapılması zorunlu olup, bu hususta hakime takdir yetkisi verilmemiştir. Ayrıca teşebbüsün cezanın belirlenmesindeki yeri YTCK md.61’de gösterilmiş olup, iştirakten önce dikkate alınması gerekir.²⁷⁹

III. İŞTİRAK-TEŞEBBÜS İLİŞKİSİ

Ceza hukukunda suça teşebbüs eden, neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesine bakılmaksızın yaptığı kadarına dayanılarak cezalandırılmaktadır. Şeriklik alanında da bu temelde bir teorinin geliştirilebileceği ileri sürülmüştür. Bu şekilde, şeriklik fiilinden kaynaklı sorumluluğu asıl fiilden kaynaklı sorumluluktan ayırma yönünde bir eğilimin kabul edilebileceği ve iştirake teşebbüse ilişkin bir hükmün düzenlenmesinin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.²⁸⁰ Alman hukukunda asıl fiilin haksızlığının gerçekleşmemesi durumunda şeriklikten kaynaklı haksızlığın asıl fiilin haksızlığından ayrılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. İştirake teşebbüse ilişkin ACK md.30 hükmünde teşebbüse ilişkin yapılan açık atıfla iştirak-teşebbüs arasındaki ilişki kabul edilmektedir.

Alman hukukunda iştirak ve teşebbüs kurumları arasındaki ilişki “teşebbüse iştirak” ve “iştirake teşebbüs” olmak üzere iki şekilde incelenmektedir. Bu ilişki, şeriklikte “teşebbüse şeriklik” ve “şerikliğe teşebbüs” olarak ortaya çıkar.²⁸¹ Şeriklik ile teşebbüs arasındaki ilişki, azmettirmede “teşebbüse azmettirme” ve “azmettirmeye

²⁷⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. İlhan **Üzülmez**, “Yeni Ceza Kanunu Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *EÜHFD*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 222 vd.

²⁸⁰ **Fletcher**, Basic Concepts, s. 199-200.

²⁸¹ **Letzgus**, s. 118, 119; **Rengier**, AT, §45 kn. 17, 18. Ayrıca bkz. **İnci**, s. 920-921.

teşebbüs” şeklinde tezahür eder.²⁸² Her iki durumda da azmettirenin asıl fiilin tamamlanmasına yönelik kast ile hareket etmesi gerekir.²⁸³

Doktrinde *Maurach*, teşebbüse iştirak ile iştirake teşebbüs arasındaki farkı şu şekilde açıklamaktadır: Teşebbüse iştirakte iştirak fiili başarıya ulaşmakta ve fakat asıl fiil başarısız olmaktadır. İştirake teşebbüste ise asıl fiil teşebbüs aşamasına varmadığı için iştirak fiili başarısız olmakta, onun bir türü olarak azmettirmeye teşebbüste faili fiili işleme kararının aldırılması başarıya ulaşmaktadır.²⁸⁴

A. Teşebbüse İştirak

Niceliksel bağlılık kuralı gereği iştirak sorumluluğunun doğması için asıl fiilin tamamlanması gerekmemekte, teşebbüs derecesinde bir haksızlığın gerçekleşmesi yeterli kabul edilmektedir.²⁸⁵ Şerikin iştirak sorumluluğunun temeli olan asıl fiil tamamlanabileceği gibi teşebbüste de kalabilir. Asıl fiilin tamamlanması durumunda “tamamlanmış iştirak”, teşebbüs aşamasına varması durumunda ise “teşebbüse iştirak” söz konusu olur.²⁸⁶ Teşebbüse iştirak, teşebbüs aşamasına varmış olan suça iştiraki ifade eder.²⁸⁷ Teşebbüse iştirak durumlarında polisin müdahale etmesi veya failin iyi bir nişancı olmaması sebebiyle kurşunun isabet etmemesinde olduğu gibi ya icra hareketi başlar ama tamamlanmaz ya da icra hareketi tamamlanır ama netice gerçekleşmez. Ancak yine de fiil, asgari cezalandırılabilirlik eşiğini aşmış olur.²⁸⁸

²⁸² **Letzgus**, s. 118, 119. Azmettirmeye teşebbüs ile teşebbüs ilişkisi bağlamında teşebbüsün niteliği (tam teşebbüs-eksik teşebbüs) konusunda yapılan tartışmalar için bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 13; **Rene Bloy**, “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung”, *JR/Heft* 12, 1992, s. 497.

²⁸³ **Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen**, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, 6. Auflage, München 2011, kn. 166.

²⁸⁴ Bkz. aktaran **Letzgus**, s. 119, 26-27.

²⁸⁵ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 879; **Picotti**, s. 420; **Mahmutoğlu**, s. 62; **Majno I**, s. 319, 320; **Taner**, s. 525; **Aydın**, İştirak, s. 162; **Devrin**, s. 415-416.

²⁸⁶ **Yekebaş**, s. 107-108.

²⁸⁷ **İnci**, s. 920.

²⁸⁸ **Letzgus**, s. 119, 26-27; **İnci**, s. 920.

Teşebbüse iştirakin ortaya çıkış şekillerinden biri teşebbüse şerikliklidir.²⁸⁹ Bu durumda teşebbüste kalan bir asıl fiil vardır. Asıl fiil tamamlandığında şerikliğin haksızlık içeriği daha kapsamlı olarak gerçekleşirken yani şerikliğin haksızlığı tam olarak ortaya çıkarken, asıl fiil teşebbüste kaldığında şerikliğin cezalandırılmasında indirimle gidilir. Asıl fiil tamamlanmadığından şerikliğin haksızlığı bağlılık kuralı gereği teşebbüs derecesi kadardır. Asıl fiil teşebbüste kaldığında şerikin sorumluluğu asıl fiilin tamamlanması haline göre değil, teşebbüste kalan haline göre belirlenir.²⁹⁰

Teşebbüse şerikliğin ortaya çıkış şekillerinden biri teşebbüse azmettirmedir. Asgari cezalandırılabilirlik eşiği aşıldığından teşebbüse azmettirme cezalandırılabilir; çünkü asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması yani icrasının başlaması azmettirenin sorumluluğu için yeterlidir.²⁹¹ Teşebbüse azmettirme, asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması yeterli kabul edildiği için bir başarılı azmettirme (*erfolgleiche Anstiftung*) durumu olarak kabul edilmektedir. Başarılı azmettirmedeki başarıdan maksat sadece fiilin tamamlanması değildir. Fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış da fiilin işlenmesi bakımından azmettirenin bir başarısı olarak görülmektedir.²⁹²

Örneğin A tarafından azmettirilen B'nin C'ye ateş ettiği ancak neticenin gerçekleşmemesi sebebiyle suçun teşebbüs aşamasına varmış olması durumunda B kasten öldürme suçuna teşebbüsten; A kasten öldürme suçuna teşebbüse azmettirmeden cezalandırılır. Bu durumda A'nın fiili iştirake ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılabilir olduğu için asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması azmettirenin azmettirmeden sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.²⁹³ Teşebbüse azmettirmede en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiil işlendiği için bağlılık

²⁸⁹ **Helmut Frister**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 29. Kapitel, kn. 30, 8. Auflage, 2018.

²⁹⁰ **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. s. 260; **Letzgus**, s. 118.

²⁹¹ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1362, s. 607; **Letzgus**, s. 118, 119. **Rengier**, AT, §47 kn. 6.

²⁹² **Rengier**, AT, §45, kn. 17.

²⁹³ **Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2 (II), 5. Auflage 1978, s. 261; **Roxin**, AT II, §26 kn 8, 9; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 337; **Letzgus**, s. 118-119; **Foster/Sule**, s. 375; **Yekebaş**, s. 108-112.

kuralı gereği azmettirenin cezalandırılması mümkündür. Suç işlemeye azmettirilen bir kimse suçun icrasını tamamlayamaz veya tamamlamasına rağmen netice gerçekleşmezse teşebbüse azmettirmeden bahsedilir.²⁹⁴ B'nin C'ye ateş etmesi sonucu C'nin ölmesi durumunda yani fiilin tamamlanması durumunda azmettirenin cezalandırılacağından kuşku bulunmamaktadır; çünkü fail burada fiilini tamamlamış ve kasten öldürmenin neticesi olan ölüm gerçekleşmiştir (TCK md.81).²⁹⁵

B. İştirake Teşebbüs

İştirak-teşebbüs ilişkisinde ortaya çıkan durumlardan biri iştirake teşebbüs ve onun da bir türü olan şeriklişe teşebbüstür. İştirake teşebbüs, asıl fiilin işlenmesine katkısında iştirak fiilinin etkisizliği anlamına gelir.²⁹⁶

İştirakte teşebbüste asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olmasından değil, artık iştirakin teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedilir.²⁹⁷ Burada asıl fiil işlenmemekte ve iştirak fiilinin kendisi teşebbüste kalmaktadır.²⁹⁸ İştirake teşebbüs, teşebbüste kalan iştiraki ifade eder. Teşebbüse iştiraktan farklı olarak iştirake teşebbüste fail ve şerikte suç işleme iradesi ortaya çıkmakta, ancak fail icra aşamasına geçememektedir. Bu durumda iştirak suçun hazırlık hareketi olarak nitelendirilir ve cezalandırılmaz.²⁹⁹

Asıl fiilin icrasının başlamaması durumunda iştirake teşebbüs fiillerinin iştiraktan dolayı cezalandırılması mümkün değildir.³⁰⁰ Bu durum bağıllık kuralının bir neticesi olarak ortaya çıkar. Şöyle ki, şerik bağımsız olarak tipik bir fiili ihlal etmemekte, bir başkasının işlediği tipik fiil ile gerçekleşen hukuksal değerlerin ihlaline iştirak etmektedir. Bu itibarla şerikliğin başlı başına haksızlık içeriği kabul

²⁹⁴ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 13. Aynı yönde örnek için bkz. **Kühl**, Grundfälle, Fall: 3a, s. 875-876; **Gillies**, s. 10; **Yekebaş**, s. 115.

²⁹⁵ **Demirel**, Bağıllık Kuralı, s. 337.

²⁹⁶ **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 169.

²⁹⁷ **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 260; **Letzgus**, s. 118; **İnci**, s. 920.

²⁹⁸ **Letzgus**, s. 119, 26-27.

²⁹⁹ **İnci**, s. 920, 921.

³⁰⁰ **Bernd von Heintschel-Heinneg**, *Kommentar Strafgesetzbuch*, 3. Auflage, München 2018, §30, kn. 1.

edilmemekte, şeriklik bağı haksızlık içeriğine sahip bir fiil olarak görülmektedir.³⁰¹ Alman Hukuku başta olmak üzere mukayeseli hukukta ise kanun koyucular bağıllık kuralının varlığına rağmen azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi iştirakin bağımsız olarak cezalandırılabilceğini kabul etmektedirler. Bu şekilde özel ceza normlarının ihdasıyla asıl fiilin haksızlığı ile iştirakin haksızlığı birbirinden ayrılmaktadır.

Teşebbüse iştirakte şerikin cezalandırılmasını sağlayan asıl fiilin bir başlangıç (teşebbüs) sınırı tespit edilebilirken; iştirake teşebbüste en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiil olmadığından iştirak hükümleri çerçevesinde şeriklik için bir teşebbüs sınırı tespit edilememektedir. Bundan ötürü iştirake teşebbüs, iştirake ilişkin genel kurallara uymamaktadır.³⁰² Bu durumda iştirake teşebbüste şerikin cezalandırılmaması gibi bir problemle karşılaşılmaktadır. Örneğin fail suç işlemekten önce çok kötü hastalandığı için fiili işlemekten vazgeçse en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilden bahsedilemez. Bu durumda şerik iştiraktan dolayı cezalandırılmaz.³⁰³

Teşebbüse iştirakte asıl fiilin icrasının tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi şeklinde başarısızlık yaşanmaktadır. İştirake teşebbüste de fiilin icrasının başlamaması şeklinde tezahür eden bir başarısızlık gerçekleşmektedir. Örneğin iştirake teşebbüsün bir türü olan azmettirmeye teşebbüste azmettirenin ortaya koyduğu tüm ikna çabalarına rağmen, failin icraya başlamaması nedeniyle azmettirme başarıya ulaşamamaktadır. Azmettiren suçun işlenmesi yönünde gerçekleştirdiği ikna faaliyetlerinde bütün çabayı göstermiş ve bu konuda hiç tereddüt etmemiştir. Faili ikna yönünde gerçekleştirilen çabalar, azmettiren haricinde kalan sebepler yüzünden başarıya ulaşamamaktadır.³⁰⁴

İştirake teşebbüste iştirak konusu suçun teşebbüs aşamasına varmasına mâni sebepler failden veya şerikten kaynaklanabilir. Teşebbüs aşamasına girmeden önce

³⁰¹ **Andreas Poppe**, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, Frankfurt 2011, s. 317.

³⁰² **Letzgus**, s. 119.

³⁰³ **Keiler/Roef**, *Participation*, s. 239.

³⁰⁴ **Yekebaş**, s. 112.

failin fiili işlemekten vazgeçmesi veya halihazırda fiili işlemeye karar vermiş olması failden kaynaklı sebepler olup, bu sebeplerden dolayı iştirak fiilinin icrasına başlanmadığı durumlarda iştirak fiili cezalandırılmaz. Failden kaynaklı mani sebeplerin yanı sıra şerikin iştiraktan vazgeçmesi gibi şerikten kaynaklı sebepler ortaya çıkabilir.³⁰⁵ Şerik, iştirake teşebbüsten vazgeçtiğinde cezalandırılmaz ve kanunun kendisine tanıdığı bir imkândan faydalanabilir. Bu durum Alman hukukunda bağımsız bir ceza normuyla (ACK md.31) ayrıca düzenlenmiştir.

Alman hukukunda özel bir ceza normuyla cezalandırılabilirliği kabul edilen iştirake teşebbüs ceza sorumluluğunu aşırı genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. İştirake teşebbüse ilişkin eleştiriler sadece dogmatik³⁰⁶ zorluklardan dolayı değil aynı zamanda temel yapısına ilişkin zorluklardan kaynaklı olarak ileri sürülmektedir.³⁰⁷

İştirake teşebbüsü kabul etmeyen görüşlere göre, iştirak başlı başına bir suç tipi olmayıp, daima en azından teşebbüs aşamasında kalsa bile işlenen bir fiilin varlığını gerektirir. Bir kimse işlenmiş bir fiil olmadığı sürece soyut olarak iştiraktan sorumlu tutulamaz.³⁰⁸ Bir başka anlatımla bir kimsenin iştiraktan sorumlu olabilmesi için bir veya birden fazla kişi tarafından işlenen en az bir suça iştirak etmiş olması gerekir.³⁰⁹

Nikolidakis, iştirake teşebbüsün ceza hukukundaki varlığını kabul etmemekte, iştirak edenin iştiraktan dolayı cezalandırılmasının sebebini işlenen asıl fiilin varlığına bağlamaktadır. *Yazara* göre, şeriklikte işlenen haksızlığın temeli hukuka aykırı olarak

³⁰⁵ **Yekebaş**, s. 114.

³⁰⁶ Dar anlamda pozitif (analitik) hukuk bilimi genel anlamda ise dogmatik hukuk bilimi olarak adlandırılan dogmatik hukuk disiplini, belirli normları inceleyen, yorumlayan veya sınıflandıran bir bilimdir. Hukuk dogmatikliği, “belirli bir hukuk düzeninin pozitif kurallarını yorumlama ve sistematize etme işlevini” üstlenen bir hukuk disiplini. Kavram için bkz. **Sururi Aktaş**, “Hukuk Kavramının Analizi”, *AÜHFD*, C. 67, S. 2, 2018, s. 232, 235.

³⁰⁷ **Rogall**, s. 859.

³⁰⁸ **Herzberg**, *Anstiftung*, s. 2; **Sax**, s. 929, 932, 956; **Keith John Michael Smith**, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, United States 1991, s. 1-2; **George P. Fletcher**, “Complicity”, *ILW*, V. 30, I. 1-2, 1996, s. 140; **Fletcher**, *Rethinking*, s. 583; **Kutz**, *Philosophical*, s. 5; **Sanford H. Kadish**, “Resckless Complicity”, *JCLC*, V. 87, No. 2, Winter 1997, s. 369; **Kit Kinports**, s. 135; **D. Scott Broyles**, *Criminal Law in the USA*, 2. edit., The Netherlands 2011, s. 90; **Fletcher**, *Basic Concepts*, s. 194.

³⁰⁹ **Fletcher**, *Basic Concepts*, s. 194.

işlenen asıl fiilin haksızlığına dayanır. Bu haksızlığının gerçekleşmesiyle hukuksal değerler doğrudan ihlal edilmiş olur. Bu durumda şeriklikte işlenen haksızlık bağımsız bir haksızlık değil, asıl fiilin haksızlığına dayanan bir haksızlık olup, şerikliğe ilişkin hükümler kendine özgü suç tipi değildir. Bu itibarla, asıl fiilin teşebbüste kalmadığı bir durumda bağımsız olarak cezalandırılabilir şeriklikten bahsedilemez.³¹⁰

Bağlılık kuralının bir gereği olarak iştirakin doğal yapısı çerçevesinde iştirake teşebbüsün mümkün olmadığını ifade eden *Schönzeler*'e göre, netice bakımından nedensel fiilin varlığının eksik kaldığı iştirake teşebbüste şerikin cezalandırılabilmesi için bağımsız bir iştirak şeklinin kabul edilmesi gerekir. Failin teşebbüse girmemesi durumunda gerçekleşen iştirakin cezalandırılabilmesi ancak bağımsız bir suç tipinin düzenlenmesiyle mümkündür. *Yazara* göre, iştirak ile teşebbüs arasındaki fark bunu gerektirir. Fail tarafından kanundaki tipik fiillerden herhangi birisi işlenmemiştir. Bu yüzden faili bir tarafa bırakıp bağımsız hükümlerle bu durumun cezalandırılması zorunluluğu doğmaktadır. Nasıl ki asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması durumunda failin teşebbüs sorumluluğu bağımsız bir hükümle mümkün olmaktadır; aynı şekilde asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmaması gibi bir durumda da iştirakin bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmesiyle iştirake teşebbüs kurumu kabul edilebilir.³¹¹

Türk hukukunda *Aydın*, iştirakin de suçun bir işleniş şekli olduğunu ve ancak suçun işlenmesi durumunda iştirak sorumluluğunun mümkün olduğunu ileri sürerek iştirake teşebbüsün cezalandırılmasını eleştirmiştir.³¹²

Dönmezer/Erman'a göre, ceza kanunlarının genel hükümlerinde düzenlenen iştirake ilişkin kurallar tamamlayıcı mahiyette olup, şerikler failin işlediği fiilden ayrı bir suçtan cezalandırılmazlar. Teşebbüs, belli bir suça yönelik icranın başlamasıyla gerçekleştiği için bazı failler için iştirake teşebbüs söz konusu olamaz. Asıl hükmü

³¹⁰ **Marios Nikolidakis**, *Grundfragen der Anstiftung*, 1. Auflage, Berlin, 2004, s. 53-54.

³¹¹ **Mathias Schönzeler**, *Das Problem der Teilnahme in Strafrecht*, Deutschland 1926, s. 24, 25.

³¹² **Aydın**, *İştirak*, s. 156.

genişletici bir fonksiyonu olan teşebbüs kurumunun, ceza sorumluluğunu genişletici bir başka kurumla kaynaştırılması mümkün değildir. Bu kaynaşma sonucu ortaya çıkan iştirake teşebbüs, teşebbüs kurumuna aykırıdır; çünkü asıl fiilin icrası başlamadığı için şeriklik hareketleri suçun icrasında nedensel değildir. Bu yüzden, teşebbüs ile iştirak kurumlarının kaynaştırılmasından doğan iştirake teşebbüsün ceza hukuku disipliniinde yeri yoktur.³¹³

Kanaatimizce, asıl fiilin işlenmediği bir durumda şerikin iştirak sorumluluğunun özel bir ceza normu çerçevesinde cezalandırılması ve iştirakin yol açtığı haksızlık ile asıl fiilin yol açtığı haksızlığın birbirinden ayrılması mümkündür. Teşebbüste kalan iştirakin iştiraktan dolayı cezalandırılması mümkün gözükmemektedir. Bağlılık kuralını iştirake teşebbüse ilişkin bağımsız bir hükmün düzenlenmesine engel olarak görmemek gerekir. Başta Almanya olmak üzere gerek mukayeseli hukukta gerekse YTCK’da suç için anlaşma ve tahrik fiilleri bağlılık kuralına rağmen bağımsız suç tipleriyle cezalandırılmakta ve kanun koyucu asıl fiil işlenmediğinde haksızlık teşkil ettiği için iştirakin cezalandırılabilirliğini kabul etmektedir. Tahrik ve anlaşma suçlarında olduğu gibi iştirakin bağımsız olarak cezalandırılmasına ilişkin hükümlerin ceza kanunlarında düzenlendiğinden hareketle, iştirake teşebbüsü teşebbüsten önceki alanda ceza sorumluluğunun özel bir ceza normuyla genişletildiği bir durum olarak kabul etmek gerekir.

1. Azmettirmeye Teşebbüs

Bir iştirake teşebbüs türü olan azmettirmeye teşebbüsü teşebbüse azmettirmeden ayırmak gerekir.³¹⁴ Teşebbüse azmettirme, teşebbüse iştirakin bir görünüş şekli olan

³¹³ Dönmezer/Erman, II, s. 474–476.

³¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 878. Bu ayırım çerçevesinde konunun 19. yüzyılda Bauer tarafından asıl fiilin teşebbüs (*das Versuch der Tat*) hali ile azmettirmenin teşebbüs (*das Versuch der Anstiftung*) halinin birbirinden ayrılarak ele alındığı hakkında bkz. Jost.-Dietrich Busch, *Die Strafbarkeit der Erfolgtlosen Teilnahme und die Gesichte des 49a StGB*, Marburg 1964, s. 6-7.

teşebbüse şerikliğın; azmettirmeye teşebbüs, iştirake teşebbüsün bir görünüş şekli olan şerikliğe teşebbüsün bir türü olarak ortaya çıkar.³¹⁵

Teşebbüse azmettirmeden farklı olarak azmettirmeye teşebbüste işlenmiş asıl fiilin varlığı eksik kalmaktadır.³¹⁶ Burada kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiil bulunmamakta, işlenmesi planlanan fiil teşebbüs aşamasına varmamakta ve nihayetinde azmettirme ile asıl fiil arasında nedensellik bağı kurulamamaktadır.³¹⁷ Bu çerçevede azmettirmeye teşebbüs, asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olamsı sebebiyle azmettirmede özel bir durum olarak yaşanan başarısızlık hali olarak tanımlanabilir. Bu başarısızlık durumunu şerikliğe teşebbüsün bir türü olarak kabul edilebilir.

Teşebbüse iştirak konusunda örnek olarak verilen azmettirme olayında B, suçu işlemeye dair hiçbir faaliyete girişmeden C'yi öldürmekten vazgeçerse veya tüm hazırlığına rağmen fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamazsa A'nın azmettiren olarak cezalandırılması mümkün değildir. Ne suçu işlemekten vazgeçen faile ne de azmettirene objektif olarak isnadı mümkün bir fiil olmadığı için iştirak çerçevesinde değerlendirilebilecek bir fiil de yoktur. Bu yüzden azmettirmenin iştiraktan doalyı cezalandırılması mümkün değildir.³¹⁸

Azmettirmeye teşebbüs iştiraktan dolayı cezalandırılmadığından kanun koyucu bu fiilin cezalandırılmasına yönelik YTCK'da herhangi bir hükme yer vermemiştir. Alman hukukunda ise teşebbüs sorumluluğu çerçevesinde iştirake teşebbüs başlığı altında bağımsız bir ceza normuyla meselenin çözülmesi yolu tercih edilmiştir. Gerek doktrinde gerekse içtihatlarda (zincirleme) azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılabilceğı kabul edilmektedir.³¹⁹

³¹⁵ Rengier, AT, §45, kn. 17.

³¹⁶ Eric Hilgendorf/Brian Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage 2015, §10, kn. 119.

³¹⁷ Heinrich, AT, §39, kn. 1364; Schmidt, AT, §26, kn. 1093.

³¹⁸ Yekebaş, s. 71. Aynı yönde bkz. İnci, s. 921.

³¹⁹ Susanne Selter, *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, Berlin 2008, s. 281. Azmettirmeye teşebbüsün özel bir normla cezalandırılması durumunda bir taraftan iştirak ve teşebbüs

Alman hukukunda doktrinde azmettirmeye teşebbüste teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği meselesine ilişkin lehe ve aleyhe görüşler ileri sürülmüştür.

a) Azmettirmeye Teşebbüste Teşebbüs Hükümlerinin Uygulanmasının Lehinde Görüşler

Alman hukukunda teşebbüs ve iştirakin birlikte değerlendirilebileceğinden hareketle azmettirmeye teşebbüste teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.³²⁰

Şerik, ilgili suç tipinde tanımlanan fiili gerçekleştiren kişi olmadığı için şeriklik fiilinin teşebbüs aşamasına varmasından kural olarak bahsedilemez ve bu fiilin icra başlangıcı suç tipi dikkate alınarak tespit edilemez. Bu durumda azmettirme fiili hazırlık hareketi olarak nitelendirilse de, ceza hukukunda hazırlık hareketleri cezalandırılabilirlik alanı dışındadır. Ancak ilgili suç tipinin esas alınmasından yola çıkılarak icra hareketlerinin başladığının kabulü halinde, neticenin istenilen şekilde gerçekleşmemesi ve iradeyi açıkça ortaya koyan hareketin belirlenmesiyle azmettirmenin teşebbüsünün mümkün olduğu kabul edilmektedir.³²¹

Geppert, azmettirmeye teşebbüste azmettirmenin başarısız olması durumunda teşebbüse ilişkin düzenlemenin uygulanabilirliğinin mümkün olduğunu ve bu yüzden azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün kanunun genel hükümleri içinde iştirak bölümünde değil, teşebbüs bölümünde düzenlenmesi gerektiğini, teşebbüsü de ilgilendirdiğinden azmettirmeye teşebbüsün teşebbüs kurumu ile ilişkisinin inkar edilemeyeceğini ileri sürmüştür.³²²

kurumlarının birbirine yaklaştığı ve diğer taraftan asıl fiil teşebbüs aşamasında kalmadığı için bu iki kurumun birbirinden uzaklaştığı yönündeki görüş için bkz. **Rengier**, AT, §47 kn. 6.

³²⁰ **Rengier**, AT, §47 kn. 2.

³²¹ **Letzgus**, s. 119; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 338-339. Çalışmanın üçüncü bölümünde azmettirmeye teşebbüsün tipikliğine ilişkin incelemede mesele objektif unsur çerçevesinde ayrıca ele alınacağından burada sadece doktrindeki görüşlere değinilecektir.

³²² **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 548.

Roxin'e göre, ACK'daki azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm ne teşebbüse ilişkin ne de iştirake ilişkin özel bir düzenlemedir. Burada iştirakin ön alanında özel tehlikeli bazı hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır. Cezalandırılan alan iştirakin ön alanı yani teşebbüsten önceki alandır. Teşebbüsün hükmün üzerinde daha az bir rolü varken, azmettirme daha baskın bir konuma sahiptir. Bu itibarla hüküm iştirakin özel bir düzenlemesi olarak kabul edilebilir. Asıl fiil teşebbüs aşamasına varmadığından azmettirmeye teşebbüs iştirake ilişkin özel bir durum olarak cezalandırılmaktadır. Azmettirmeye teşebbüs, teşebbüsün veya iştirakin bir şekli olmadığına göre, her iki kurumun hukuki düşünce çerçevesinde anlamına uygun olarak uygulanabilmesi gerekir.³²³ *Yazara* göre, asıl fiilin cezalandırılabilirliği bakımından bir sınır var ise böyle bir sınırın şerikin fiili bakımından da olması; bu durumda, şerikin fiiline ilişkin bir cezalandırılabilirlik sınırının kabul edilmesi gerekir.³²⁴

Günümüz Alman hukukunda ileri sürülen lehe görüşlerin izlerine azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün ACK'da düzenlenmesinden önce (1876'dan önce) rastlamak mümkündür. Örneğin *Zachariae*, azmettirmeye teşebbüste azmettirenin suçta teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştü.³²⁵ Bu dönemde *Köstlin*, azmettirmeye teşebbüsü teşebbüste kalan bir fiil olarak nitelendirmişti.³²⁶

Lehe görüşler azmettirmeye teşebbüse ilişkin mevcut ACK'daki hükme denk gelen eski md.49a hükmünün yürürlükte olduğu dönemde (1876-1975) de ileri sürülmüştü. *Lüthke*'ye göre, azmettirmeye teşebbüste iştirakin ön alanın cezalandırılması, bu kurumun iştirak ve teşebbüsün bir karması olduğu anlamına gelir. Bundan hareketle, hazırlık hareketlerine iştirak bağımsız olarak cezalandırıldığı için azmettirmeye teşebbüste artık kendine özgü bir cezalandırma sınırının belirlenmesi

³²³ **Roxin**, AT II, §28, kn. 2, 3. Buradaki hükmün şerikliğe hazırlığın özel bir durumu olduğu hakkında bkz. **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 494.

³²⁴ **Roxin**, AT II, §26 kn. 2.

³²⁵ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 5.

³²⁶ Bkz. aktaran **Özgenç**, Suça İştirak, s. 35.

gerekir.³²⁷ Aynı yaklaşımı benimseyen *Beling*’e göre, pozitif hukuktaki sınırlarını dikkate almak şartıyla azmettirmeye teşebbüs gibi teşebbüs ve iştirak kurumlarının karması niteliğinde bir kurumun kabul edilmesi mümkündür. *Yazar*, teşebbüsteki cezalandırma mantığının azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi başarısız iştirak hallerinde dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştü.³²⁸

Türk hukukunda da doktrinde azmettirmeye teşebbüste teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde lehe görüşler bulunmaktadır.

Erem, azmettirmeye teşebbüste fail icra hareketlerine başlamasa dahi faili azmettirme yönünde gerçekleştirilen ikna faaliyetlerinin suçun icrasının başladığını gösterir mahiyette icra başlangıcı olarak kabul edilebileceğini ve azmettirenin tehlikeli halini gösteren ve dış alemde haricileşen bu fiilin cezalandırılmasında fayda olduğunu ileri sürmüştü.³²⁹

Yekebaş’a göre, azmettirmeye teşebbüste, azmettiren esasen manevi anlamda başarılı olmuştur, fakat maddi olarak bir neticeye varamamıştır. Bu yüzden azmettirme fiili teşebbüste kalmıştır. Bundan dolayı, azmettirmeye teşebbüs sadece neticesiz azmettirme türünü yani failin ikna olup daha sonra fiili işlemekten vazgeçtiği durumu değil; aynı zamanda teşebbüs edilmiş ve fakat faili ikna etmeye muvaffakiyeti elvermemiş başarısız azmettirme türünü de kapsar.³³⁰

Demirel, kanunun genel hükümleri içinde düzenlenen teşebbüs sorumluluğunun, kanunun özel hükümleri içinde düzenlenen suç tiplerinde failin bu fiilinin icra hareketleri esas alınmak suretiyle belirlenebileceğini, teşebbüste kalan suçtan maksadın failin icra hareketlerine başlaması olduğunu ancak asıl fiilin hazırlık aşamasında kalması veya azmettirmenin bu fiil bakımından nedensel olmaması veyahut hiçbir şekilde failde bu yönde fiili işleme kararının oluşmaması gibi

³²⁷ **Lüthke**, s. 17, 19.

³²⁸ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 79-80.

³²⁹ **Erem**, Ümanist Doktrin, s. 421.

³³⁰ **Yekebaş**, s. 70-71. Azmettirmeye teşebbüsün türleri çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır.

durumlarda azmettirme fiilinin teşebbüste kaldığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.³³¹

Özkan, azmettirmeye teşebbüste azmettirme ve teşebbüs ilişkisini haksızlık boyutu ile ele alarak asıl fiilin haksızlık içeriği ile bizzatihi azmettirme fiilinin haksızlık içeriğinin birbirinden bağımsız olduğunu ileri sürmüştür. *Yazara* göre, asıl fiilin neticesi azmettirmenin neticesi demek değildir. Azmettirmenin neticesi fiili işleme kararına yönelik azmettirenin failin iç dünyasında meydana getirdiği değişikliktir. Failin iç dünyasında azmettirenin meydana getirdiği her değişiklik değil; “azmettirenin hareketleri ile nedensellik bağı olan faildeki fiili işleme kararına bağlı olarak”, failin icrasına başlayıp dış aleme yansıttığı değişiklikler azmettirme neticesini oluşturur. Ancak failde oluşturulacak suç işleme düşüncesinin neticeye yönelik olması ve hem failin hem de azmettirenin netice unsurunu istemeleri gerekir.³³²

b) Azmettirmeye Teşebbüste Teşebbüs Hükümlerinin Uygulanmasının Aleyhinde Görüşler

Alman hukukunda ancak bağımsız suç tipi olarak düzenlenmesi durumunda azmettirmenin teşebbüsünden bahsetmenin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.³³³ Azmettirmeye teşebbüste teşebbüs hükümlerinin uygulanması aleyhine ileri sürülen görüşlere göre bağımsız suç tipiyle cezalandırılırsa azmettirmeye teşebbüsün teşebbüs kurumuyla ilişkisini kabul etmektedirler.

Bloy’a göre, azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi durumunda azmettiren bağımsız bir suçun faili olarak sorumluluğunu artık bizzat işlediği haksızlıktan almış olur. Burada bağıllık kuralından bir ayrılma yaşanır ve

³³¹ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 300, 339.

³³² **Özkan**, Azmettirme, s. 104.

³³³ **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 157. Bu düşünceden olsa gerek ki; Anglosakson hukuk sisteminde azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipi olarak (azmettirme suçu) kabul edilmiştir. Bkz. Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, 6. edit., 2012, s. 243-244.

işlenen haksızlık şerikin haksızlığı olarak adlandırılır. Bu, faillik-şeriklik ayırımını esas alan ikinci iştirak sisteminde kabul edilen bağıllık kuralına aykırılık teşkil eder.³³⁴

Azmettirmeye teşebbüsün teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılmasını eleştiren *Bloy*, teşebbüse ilişkin kanundaki hükmün (ACK md.22) tüm iştirak şekillerini formüle edecek şekilde düzenlenmediğini, tamamlanma ve teşebbüsün asıl fiile iştirake ilişkin bir yapıya değil, asıl fiilin bizatihi kendisine dayandığını, iştirake teşebbüsün cezalandırılması kapsamında tanımlanan azmettirmeye teşebbüs gibi fiillerin iştirakin işleniş şekilleri ile de alakalı olmadığını ve teşebbüste kalan fiil faillik sıfatıyla işlendiği için “failliğe teşebbüs” şeklinde bir kavramın kullanılmadığını ve bu yüzden teşebbüste kalan fiile azmettirme mümkünken, azmettirme fiilinin kendisinin teşebbüs aşamasında kalmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. İştirakin ön aşamasındaki bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilir olduğunu ifade eden *yazar*, iştirake teşebbüsü cezalandıran hükmün teşebbüse ilişkin kurallarla uyum içinde olmadığını ve azmettirmeye teşebbüsün kendine özgü bir yapıda tanımlanması gerektiğini önermiştir.³³⁵

Bununla birlikte *Bloy*, ACK’nın farklı hükümlerinde kullanılan azmettirmeye teşebbüs kavramının azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm (ACK md.30/f.1) bağlamında farklı yorumlanmasının mümkün olduğunu ve hükümde kullanılan teşebbüsün lafzi olarak değil amaçsal olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, amaçsal yorum çerçevesinde iştirakin ön alanında cezalandırılan fiillerde teşebbüsün iştirak bağlamında yeniden ele alınmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.³³⁶

Selter, azmettirmeye teşebbüste teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanmasının yeni bir metot olmadığını, azmettirmenin teşebbüste kaldığı bir durumda teşebbüsün azmettirme ile olan ilişkisinin kabul edilmesi adına, azmettirmeye teşebbüsün

³³⁴ **Rene Bloy**, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin 1985, s. 172.

³³⁵ **Bloy**, *Grund und Grenzen*, s. 493, 494. **Bloy**’un görüşleri için ayrıca bkz. **Rogall**, s. 879.

³³⁶ **Bloy**, *Grund und Grenzen*, s. 494.

bağımsız bir suç tipi çerçevesinde bir (manevi) faillik şekli olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.³³⁷

Selter'e göre, azmettirmeye teşebbüsün ceza tehdidi altına alınması durumunda teşebbüs azmettirenin başarısız fiilinin cezalandırılması noktasında bir rol üstlenmek suretiyle, teşebbüs ve azmettirmeye ilişkin hükümler bu şekilde bir kimsenin bir fiile olan iştiraki bağlamında birbiriyle ilişkilendirilmiş olur. ACK'nın teşebbüse ilişkin hükmünde (md.22) asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması hali düzenlenmiştir. Buradaki teşebbüs, "failliğe teşebbüsü" değil, "failin teşebbüsünü" ifade eder. ACK md.26 da "failliğe azmettirmeyi" değil, "asıl fiile azmettirmeyi (şerikliği)" ifade eder. *Yazar*, azmettirmeye teşebbüsün ancak "bağımsız azmettirme suçu" olarak düzenlenmesi durumunda teşebbüsün, iştirak alanında bir rol üstlenebileceğini ileri sürmüştür.³³⁸

Gerek azmettirmede gerekse azmettirminin özel bir durumu olan zincirleme azmettirmede bağıllık kuralı ve cezalandırmanın genişlemesi sebeplerinden dolayı teşebbüs ve azmettirme kurumları bir araya getirildiklerinde cezalandırmanın iki kez genişlemesi gibi bir sakıncanın ortaya çıkacağını altını çizen *Selter*, azmettirmeye teşebbüsün ne iştirak ne de teşebbüs çerçevesinde değerlendirilebileceğini, hükmün başlı başına bir suç tipi olarak kabul edilmesi ve bunun ön alanı cezalandıran (*Vorfeldkriminalität*) bir durum olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür.³³⁹

Günümüzde Alman hukukunda ileri sürülen aleyhe görüşlere azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün ACK'da düzenlenmesinden önce rastlamak mümkündür. Bağıllık kuralından dolayı azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmaya layık görmeyen *Hepp*, bağımsız suç tipi olarak düzenlenmediği sürece azmettirmeye teşebbüsün

³³⁷ *Selter*, s. 281.

³³⁸ *Selter*, s. 281.

³³⁹ *Selter*, s. 281.

cezalandırılmasının mümkün olmadığını ve bağımsız olarak cezalandırıldığında artık asıl fiilin işlenmiş olup olmadığının önemli olmadığını ileri sürmüştür.³⁴⁰

Aleyhe görüşler azmettirmeye teşebbüs ilişkin mevcut ACK'daki hükme denk gelen eski md.49a hükmünün yürürlükte olduğu dönemde de ileri sürülmüştü. *Busch*, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının iştirak ve teşebbüs kurumlarının eşit konuma indirgenmesi anlamına geldiğini ve bundan hareketle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüştü.³⁴¹

Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüste teşebbüs hükümlerinin uygulanması konusunda lehe görüşler olduğu gibi aleyhe görüşler de bulunmaktadır.

Hacıfazlıoğlu'na göre, iştirakin cezalandırılabilmesi için suç teşkil eden yapıcı davranışların işlenmeye başlanması gerekir. Asıl fiilin icrasının başlamadığı sonuçsuz azmettirme durumunda işlenmesine kastedilen suçun “hazırlık hareketi sayılan azmettirme kararı” teşebbüs olarak nitelendirilemez.³⁴²

Demirel, “şeriklerin haksızlıklarını bizatihi kendi yapılarından aldıklarının kabul edilmediği, bir anlamda failin fiilinin esas fiil olarak addedildiği bir iştirak sisteminde”, şeriklerin fiillerinin teşebbüs aşamasına varmasından bahsedilmesinin iki çelişkiyi beraberinde getireceğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre bu çelişkinin birincisi, iştirak bakımından ayrıca düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmünün izahının güçleşmesidir. Bir an için teşebbüsün şeriklik hareketlerinin üzerinde uygulanabilir bir düzenleme olarak telakki edilmesi durumunda teşebbüse ilişkin düzenlemeye bağlı olan ve kendisinden sonra gelen iştirakte gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin izahı zorlaşmaktadır. Teşebbüse ilişkin düzenlemenin şerikler bakımından uygulanabilir kabul edilmesi gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemenin de aynı şekilde uygulanabilir olması demektir. Bu durumda şeriklik kapsamında gönüllü vazgeçme düzenlemesine yer verilmesine gerek kalmazdı. Alman kanun koyucu ise bu şekilde düşünmemiştir.

³⁴⁰ Bkz. aktaran **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 8-9.

³⁴¹ **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 55.

³⁴² **Hacıfazlıoğlu**, s. 340.

Fail dışında şeriklerin de işin içerisine gireceği öngörüsüyle iştirake teşebbüsten vazgeçmeyi bağımsız bir normla (ACK md.31) ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. İkinci çelişki asıl fiil bakımından kabul edildiği gibi şeriklerin hareketleri bakımından teşebbüse imkân tanınırsa bağıllık kuralı tamamen ortadan kalkar. Böylece şerikin işlediği haksızlık failde olduğu gibi kendi işlediği şeriklik fiiline dayanır. Bu, tek faillik sistemine uygun bir haksızlık yapısını ortaya koyar.³⁴³ *Yazarın* bu açıklamaları asıl fiilin hazırlık aşamasında kalması veya azmettirmenin bu fiil bakımından nedensel olmaması veyahut hiçbir şekilde failde bu yönde fiili işleme kararının oluşmaması durumlarında azmettirme fiilinin teşebbüste kaldığının kabul edilmesi gerektiği şeklinde lehe ileri sürdüğü görüşle çelişmektedir.

c) Kanaatimiz

Azmettirmede asıl fiilin cezalandırılabilirlik sınırı, failin ceza sorumluluğunu etkilemesinin yanı sıra azmettirenin de ceza sorumluluğunun sınırını teşkil eder. Bu cezalandırılabilirlik sınırı, YTCK md.40/f.1’de “işlenmiş bir fiil”³⁴⁴ ifadesi ile ortaya konulmuştur. Bu ifade ile işlenmiş bir fiilin varlığının iştirak için aranan bir unsur olduğu vurgulanmak istenmiştir. Bu durumda YTCK md.40/f.3’te azmettirenin sorumluluğunun sınırı geriye alınarak işlenen fiilin teşebbüs aşamasına varması yeterli kabul edilmiştir. Yani, azmettirenin sorumluluğunun sınırı teşebbüs ile belirlenmiştir. Bu sorumluluğun doğması için failin asıl fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamış olması gerekir.

³⁴³ **Demirel**, Bağıllık Kuralı, s. 341.

³⁴⁴ Türk hukukunda YTCK md.40/f.3’teki düzenlemenin gereksiz olduğu ifade edilerek hüküm eleştirilmiştir. **Ünver**’e göre, YTCK md.40/f.1’de yer alan işlenen fiil kavramı yerine “işlenmek istenen” veya “işlenmekte olan fiil” kavramlarının tercih edilmesi gerekirdi. Şayet, düzenleme bu şekilde yapılsaydı YTCK md.40/f.3 gibi bir düzenlemeye gerek kalmazdı. *Yazara* göre, böyle bir hükümle sanki iştirak halinde işlenen suçlarda teşebbüsün uygulanmayacağı veya farklı bir şekilde uygulanacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bir başka görüş, hükmü “iştirakte suçun tamamlanmış veya teşebbüste kalmış olabileceği ve tam suçtan veya teşebbüste kalmış suçtan ceza tayin edilirken suçun icrasına başlamayı aramak gerektiğini” ileri sürmüştür. Eleştiriler için bkz. **Yener Ünver**, “YTCK’da Kusurluluk”, *CHD*, Y. 1 S. 1, 2006, s. 70.

Kanaatimizce, doktrinde ileri sürülen lehe görüşlerden hareketle azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilirlik sınırının tespitinde teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Dış dünyada haricileşen ve teşebbüsten önceki alanda yol açtığı tehlike sebebiyle başlı başına bir haksızlık teşkil ettiği günümüzde mukayeseli hukukta artık kabul edilen azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik sınırının tespitinde teşebbüs kurumundan faydalanılmalıdır. Ayrıca azmettirmeye teşebbüsün iştirake teşebbüsün bir türü olarak cezalandırılmasında ve YTCK’da azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir ceza normunda teşebbüse atıf yapmayı engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

2. Yardım Etmeye Teşebbüs

Azmettirmede olduğu gibi şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak yardım etmede de bağıllık kuralı aranır. YTCK md.40/f.1 ve f.3 gereği kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen bir fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmasıyla teşebbüse yardım etme söz konusu olur. Böylece yardım etmenin iştiraktan dolayı cezalandırılabilmesi mümkündür. Teşebbüse yardım teşebbüse iştirakin bir alt başlığı olan teşebbüse şerikliğin bir türü olarak ortaya çıkar.³⁴⁵

Teşebbüse yardım etme³⁴⁶ ile neticesiz/başarısız yardım etme olarak ifade edilen yardım etmeye teşebbüs birbiriyle karıştırılmamalıdır.³⁴⁷

Teşebbüse yardım etme, teşebbüse şerikliğin bir türü olarak ortaya çıkar ve asıl fiil teşebbüste kaldığından cezalandırılması mümkündür. Örneğin A, C’yi öldürmeye karar veren B’nin mevcut suç işleme kararını kuvvetlendirir veya hapiste iken ona bakacağı vaadinde bulunur. B, C’yi öldürmek için suçun icra hareketlerine başlar, ancak polisin müdahale etmesi veya kurşunun C’ye isabet etmemesi nedeniyle suç

³⁴⁵ Heinrich, AT, §39, kn. 1362.

³⁴⁶ Rinceanu, s. 110.

³⁴⁷ Öztürk/Erdem, kn. 749.

tamamlanamaz. B, kasten öldürme suçuna teşebbüsten; A kasten öldürme suçuna teşebbüse yardım etmekten dolayı sorumlu olur.³⁴⁸

Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda yardım etmeye teşebbüsten bahsedilir.³⁴⁹ Yardım etmeye teşebbüs, iştirake teşebbüs başlığı altında şerikliğe teşebbüsün bir türü olarak ortaya çıkar.³⁵⁰ Yukarıdaki örnek olayda, B her ne kadar kendisine verilen destekten olumsuz etkilense de C'yi öldürmekten vazgeçse ve icra hareketlerine hiç başlamazsa bağlılık kuralından dolayı A'nın ceza sorumluluğu cihetine gidilemez.³⁵¹ Başka bir örnekle konuyu biraz daha açmak mümkündür. Örneğin E, dedesi G'nin mirasını daha çabuk elde etmek için onu öldürmek ister ve bunun için dedesinin evine gider. E'nin kızı S, babasının bu durumunu fark eder ve ona hiçbir şey söylemez. S, babasının heyecandan silahının cephaneliğini unuttuğunu fark eder ve yanında gider. Eve vardığında ise E, dedesini çoktan bir balta ile öldürmüştür. S'nin yardım fiili çok geç gerçekleştiğinden ve öldürme fiiline hiçbir katkısı olmadığından S'nin işlenen fiilden dolayı ceza sorumluluğu bulunmamaktadır.³⁵² Örnek olaylardan hareketle, yardım etmeye teşebbüs yardım etmede yaşanan bir başarısızlık hali olup şerikliğe teşebbüsün bir türü olarak nitelendirilebilir.

Alman hukukunda yardım etmeye teşebbüs, cezalandırmaya layık bir fiil olarak görülmemiş ve iştirake teşebbüse ilişkin hükmün kapsamında yaptırıma bağlanmamıştır.³⁵³ *Roxin*, ceza hukuku anlamında önemsiz bir fiil işlendiği için yardım etmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olmadığını ileri sürmüştür.³⁵⁴

³⁴⁸ **İnci**, s. 921.

³⁴⁹ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 498.

³⁵⁰ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1362.

³⁵¹ **İnci**, s. 921-922.

³⁵² **Heinrich**, AT, §39, kn. 1367.

³⁵³ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 356; **Kühl**, AT, §20, kn. 246; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1367; **Fischer**, §27, kn. 29, s. 283.

³⁵⁴ **Roxin**, AT II, §28, kn. 34.

Busch'a göre, yardım etmeye teşebbüste, azmettimeye teşebbüsteki gibi hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlikeden bahsedilemez. Ayrıca, yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılması ceza hukukunun görev alanı dışında kalmaktadır. Ceza hukukunun görevi, daha az önem arz eden objektif tehlikesizlik durumlarına müdahale etmemek olup, yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılması ceza hukukunun görev alanı dışına çıkmak demektir. Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılması durumunda hem sübjektif kıstaslardan hareket edilmiş olunur hem de cezalandırılabilir hareketler ile cezalandırılmaz hareketler arasında ayırım yapmak zorlaşır.³⁵⁵

En az teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden hareketle Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüs gibi yardım etmeye teşebbüs de cezalandırmaya layık görülmemiştir. Örneğin fail kendisine yapılan yardım talebini reddettiğinde veya örneğin hırsızlık için gönderilen maymuncuğun suç işlendikten sonra failin eline geçtiğinde yardım etmeye teşebbüsten sorumluluk doğmaz. Maymuncuğun, kapı açık olduğu için buradan girilmesi, kullanıma uygun olmaması veya beklenenin aksine kapının zaten açık olması sebepleriyle kullanılmaması hallerinde yardım edenin hırsızlık suçuna teşebbüsten mi yoksa tamamlanmış hırsızlık suçuna manevi yardım etmeden mi cezalandırılacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte; bu durumlarda yardım etmeye teşebbüsün bazı hallerde cezalandırılabileceği tartışma konusu yapılmıştır.³⁵⁶ Maymuncuğun teslim edilmesine rağmen kullanılmaması durumunda bunun tamamlanmış manevi yardım etme ile kullanılmaması sonucu ortaya çıkan yardım etmeye teşebbüse ilişkin değerlendirme yapmak gerekir. Teslim edilen maymuncuğun işlenen fiilde kullanılmamasından dolayı maddi yardım etmenin teşebbüs aşamasında kalmasıyla birlikte; maymuncuğun kullanılmamasına rağmen bu durumun asıl fiilin işlenmesinde yaptığı manevi etki bakımından manevi yardım etmenin tamamlanması halinin ortaya çıktığı açıktır. Maymuncuğun fiilin işlenmesinde kullanılmamasının manevi yardım kapsamında

³⁵⁵ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 100-101; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 354.

³⁵⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 528-529.

kabul edilmesi karşısında artık maddi yardım etmeye teşebbüs cezalandırılabilir olmaktan çıkar ve manevi yardım etmeden dolayı sorumluluk doğar.³⁵⁷

Demirel, azmettirmeye teşebbüsün aksine yardım etmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olmadığını ve bunun hem yardım etme ile asıl fiil arasındaki bağılıktan hem de nedensellikten kaynaklı karşılıklı ilişkiye bakışlarındaki farklılıktan dolayı ortaya çıktığını ileri sürmüştür.³⁵⁸

Koca/Üzülmez'e göre, şerikliğin bir şekli olan yardım etmede yardım edenin kastı asıl fiilin tamamlanmasına yönelik olmalıdır. Yardım etme şeklinde işlenişine katkı sunulan asıl fiilin teşebbüs aşamasına kadar gelinmesinin istendiği hallerde sonuçsuz kalmış yardım etme hareketlerinden (yardım etmeye teşebbüsten) dolayı sorumluluk gündeme gelmez.³⁵⁹

Dönmezer/Erman, başarısız yardım etme hareketlerinin nedenselliğinden bahsedilemeyeceğinden yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir. A'nın, B'ye C'yi öldürmesi için zehir temin etmesi gibi bir olayda, B temin edilen zehir ile değil de bıçakla öldürse zehri tedarik eden A'nın cezalandırılması mümkün değildir; çünkü zehrin tedarik edilmesi suçun icrasında nedensel değildir. Ya da bir kimseye birini öldürmesi için silah verilir de fail suç işlemekten vazgeçerse silah verme hareketinin nedenselliğinden bahsedilemez.³⁶⁰

Kanaatimizce, iştirakin ön alanında gerçekleşen yardım etmeye teşebbüsün yol açtığı tehlike ceza hukukunun müdahalesini gerektirecek ağırlıkta değildir. Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılması durumunda cezalandırılabilir hazırlık hareketleri alanı aşırı genişletilmiş ve ceza hukukunun görev alanının sınırları dışına çıkmış olur. Ayrıca azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi burada hukuksal değerleri tehlikeye sokan nedensel sürecin yardım eden tarafından başlatılmasından bahsedilemez; çünkü asıl

³⁵⁷ *Demirel*, Bağlılık Kuralı, s. 356, dn. 573.

³⁵⁸ *Demirel*, Bağlılık Kuralı, s. 353.

³⁵⁹ *Koca/Üzülmez*, GH, s. 499.

³⁶⁰ *Dönmezer/Erman*, II, s. 474-476.

fiilin işlenmesinin ilk etken sebebi yardım eden olmayıp, asıl faili harekete geçiren yardım eden değildir. Yardım etmede fiili işleme kararını alan kişiye sadece katkı sunulmaktadır. Bu katkının başarısız olması durumunda yardım edenin olay üzerinde hakimiyet (kontrol) kaybı yaşadığından bahsedilemez.

Bununla birlikte YTCK'nın "İntihara Yönlendirme" başlıklı 84.maddesinde kanun koyucu yardım etme niteliğinde fiilleri başlı başına suç olarak düzenlemek suretiyle yardım etmeyi intiharın gerçekleşmesini aramaksızın bağımsız suç tipi çerçevesinde cezalandırmıştır. Bu düzenlemede kanun koyucu suç teşkil etmeyen intihar fiiline yardım etmeyi yaptırıma bağlayarak "yardım etmeye teşebbüs benzeri" bir duruma yer vermiştir; çünkü yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu bir an kabul edildiğinde bile yardım etmeye teşebbüsün konusunu oluşturan fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Bir diğer anlatımla yardım etmeye teşebbüs, bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılrsa dahi, intihara yardımın yaptırıma bağlandığı bağımsız bir hükmün varlığı yine de şarttır.

İKİNCİ BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA İŞTİRAKE TEŞEBBÜS, TÜRLERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ; AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS, TARİHSEL GELİŞİMİ, KANUN SİSTEMATİĞİ İÇİNDEKİ YERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

I. ALMAN HUKUKUNDA İŞTİRAKE TEŞEBBÜS, TÜRLERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

“İştirake Teşebbüs” kenar başlığı ile düzenlenen ACK md.30/f.1’e göre; “Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs ederse cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23’üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.” Maddenin ikinci fıkrasına göre “Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının cürüm önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşırsa, aynı şekilde cezalandırılır.”³⁶¹

İştirake teşebbüsü konu edinen ve *Duchesne* maddesi olarak bilinen bu hüküm 26.02.1876 tarihinden bu yana ACK’da bulunmaktadır.³⁶² Defalarca değişikliğe uğrayan hüküm 1975 yılından itibaren mevcut ACK md.30 olarak varlığını devam ettirmektedir.

İştirake teşebbüse ilişkin söz konusu hüküm, sadece cürüm niteliğinde fiiller için kabul edilmiştir.³⁶³ Hüküm tali (tamamlayıcı) nitelikte bir ceza normu olup, asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması halinde iştirake ilişkin hükümler devreye girer. Bir

³⁶¹ **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 22. Kanun metninin çevirisi için bkz. **Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann**, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 1. bs., İstanbul 2009, s. 23-24.

³⁶² **Fischer**, §30, kn. 1; **Zipf**, s. 141; **Joecks**, **Joecks**, §30, kn. 6.

³⁶³ **Robert Durl**, *Kettenbeteiligungsversuch (Der Versuch mittelbarer Beteiligung am Straftaten)*, Österreich 2019, s. 403; **Albin Eser**, *Strafrecht II*, München 1980, §47, kn. 2.

diğer ifadeyle, bu hüküm yardımcı norm niteliğinde düzenlenmiştir.³⁶⁴ Örneğin azmettirme durumunda asıl fiilin azmettirilmesine ilişkin hükümler uygulanır. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm (ACK md.30/f.1) geri çekilir.

ACK md.30’da birbirinden bağımsız iki farklı fıkra düzenlenmiştir.³⁶⁵ Birinci fıkroda azmettirmeye teşebbüs ve özel bir durumu olarak zincirleme azmettirmeye teşebbüs; ikinci fıkroda cürüm anlaşması mahiyetini taşıyan fiiller cezalandırılmıştır. Böylece iştirakin ön alanında birbirinden bağımsız iki farklı tipikle bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir.³⁶⁶ Bağımsız bir tipiklik olarak kabul edilen ikinci fıkra kapsamında “müşterek failliğe teşebbüs” yani müşterek failliğin ön alanı cezalandırılmıştır.³⁶⁷

İştirake teşebbüsün yaptırma bağlandığı bu hükmün bağımsız bir suç tipi olmadığı; iştirak ve teşebbüste olduğu gibi ceza sorumluluğunun cürümlerde sınırlı olarak genişlediği kabul edilmektedir.³⁶⁸ Burada iştirakin ön alanında işlenen tehlikeli bazı hazırlık hareketleri bağımsız bir ceza normu ile yaptırma bağlanmıştır. Bu itibarla hükmün, hazırlık hareketi niteliğinde belirli iştirak fiillerinin cezalandırıldığı ve bu şekilde ceza sorumluluğunun genişlediği bir tipiklik olduğu Alman hukukunda genel

³⁶⁴ **Beatriz Correa Camargo**, “Der Anstiftungsversuch im Deutschen Strafrecht”, *RFDUSP*, v. 110, 2015, s. 733-734.

³⁶⁵ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Andreas M. Günther**, *Täterschaft und Teilnahme im südafrikanischen Recht (Eine rechtsvergleichende Studie unter besondere Berücksichtigung der common purpose rule)*, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Hrsg. von Albin Eser (Band S98), Freiburg im Breisgau, 2003, s. 267.

³⁶⁶ **Baumann/Weber**, AT, s. 590; **Fischer**, §30, kn. 2, 10. **Günther**, s. 267.

³⁶⁷ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 3; Ayrıca bkz. **Sandra Flemming/Tobias Reinbacher**, “Die unausgeführte Bande-Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten”, *NSZ* 2013, s. 143.

³⁶⁸ **Durl**, s. 403.

olarak kabul edilmektedir.³⁶⁹ Özel bir ceza normu olması itibariyle ACK md.30 hükmü başarısız iştirak hallerinin cezalandırıldığı bağımsız bir tipikliğe sahiptir.³⁷⁰

A. İştirake Teşebbüsün Türleri

ACK md.30 kapsamında azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung*), cürme veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama (*Sich-Bereit Erklären*), bir başkasının cürüm önerisini kabul etme (*Annahme des Arbeitens eines anderen*) ve cürüm anlaşması (*Verbrechenverabredung*) olmak üzere hazırlık hareketi niteliğini haiz dört fiil cezalandırılmaktadır.³⁷¹ Hükmün bu mevcut haliyle geniş kapsamlı düzenlendiği ve amaçsal yorum çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁷²

1. Azmettirmeye Teşebbüs

Azmettirenin azmettirme kararı neticesinde azmettirme fiilini işlemesine rağmen failin herhangi bir nedenle fiilin icrasına başlamaması şeklinde ortaya çıkan iştirake teşebbüs türüne azmettirmeye teşebbüs denir. Azmettirmeye teşebbüste bir kimseyi azmettirmeye yönelik verilmiş bir karar çerçevesinde icra edilmiş bir azmettirme fiili vardır, ancak azmettirme sonucu failde suç işleme iradesi oluşmamış veya oluşmasına rağmen fail suçun icrasına hiç başlamamıştır.³⁷³

³⁶⁹ Karol **Thalheimer**, *Die Vorfeldstrafbarkeit nach §3031 StGB*, Frankfurt 2008, s. 8; **Damla Dönmez**, “Die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen im deutschen Strafrecht”, in: G. Duttge/Y. Ünver (edt), *Das Schuldprinzip des türkischen STGB im Spiegel des deutschen Strafrechts* (Alman Ceza Hukuku Açısından TCK’nın Kusur İlkesi), (263-278), Band: 2/C. 2, 1. bs., Göttingen/İstanbul 2013, s. 272; Karl **Lackner/Kristian Kühl**, *Kommentar Strafgesetzbuch*, 29. Auflage, München 2018, §30, kn. 1; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 3.

³⁷⁰ **Flemming/Reinbacher**, s. 137; **Vogler**, s. 340.

³⁷¹ **Claus Roxin**, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, *JA/Heft* 4, 1979, s. 169; **Joecks**, §30, kn. 2, 42. **Eser**, II, §47, kn. 2; **Kühl**, *Grundfälle*, s. 874 vd.; **Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend**, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 704 vd.; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 6 vd.; **Günther Jakobs**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin 1991, s. 769 vd.; **Fischer**, §30, kn. 14 vd.; **Thalheimer**, s. 71 vd.; **Dessecker**, s. 551 vd.

³⁷² **Flemming/Reinbacher**, s. 143.

³⁷³ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 879; **Schönke/Schröder**, §27, kn. 40; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1340, 1367; **Kühl**, AT, §20, kn. 246; **Volker Krey/Robert Esser**, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage Stuttgart 2016, §47, kn. 1334; **Thalheimer**, s. 130;

Azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak zincirleme azmettirmeye teşebbüs de (*versuchte Kettenanstiftung*) bu hüküm kapsamında cezalandırılmaktadır. 1975 yılında yapılan kodifikasyonda zincirleme azmettirmeye teşebbüs de cezalandırmaya layık görülmüştür. ACK md.30/f.1, cüm.1’de “veya bir cürme azmettirmek için (*oder zu ihm anzustiften*)” ifadesiyle zincirleme azmettirmeye teşebbüs ceza yaptırımını altına alınmıştır.³⁷⁴ Kanun koyucu zincirleme azmettirmeye teşebbüsü azmettirmeye aynı sonuca bağlamıştır.³⁷⁵

Fiilin işlenmesinden önce birden fazla kişinin doğrudan faile yönelik değil de bir başka şerike yönelik olarak gerçekleştirilen şeriklik fiiline “zincirleme şeriklik (*Kettenteilnahme*)” denir. Zincirleme şeriklikte birden fazla şerik vardır ve her şerikin katkısı eşit derecededir.³⁷⁶ Zincirleme şerikliğin görünüş şekillerinden biri zincirleme azmettirmedir (*Kettenanstiftung*).³⁷⁷ En az bir asıl azmettiren tarafından, kendisinde azmettirme düşüncesi olmayan üçüncü bir kişinin faili azmettirmesi için ikna edilmesine zincirleme azmettirme denir.³⁷⁸ Zincirleme azmettirmenin gerçekleşmesi için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması, yani bağlılık kuralının

Zipf, s. 145; **Dessecker**, s. 551; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4; **Joecks**, §30, kn. 26; **Christian Jäger**, *Ezamen-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Heidelberg 2019, §6, kn. 283; **Michael Köhler**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Kapitel, Hamburg 1997, s. 546; **Geppert**, §26 StGB, s. 302; **Wolfgang Joecks/Christian Jäger**, *Studienkommentar (StGB)*, 12. Auflage, München 2018, §30, kn. 2; **Schröder**, s. 290; **Vogler**, s. 343; **Holm Putzke**, “Der strafbare Versuch”, *JuS*, 2009, s. 1087; **Thalheimer**, s. 130. İnceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüs, iştirake teşebbüsün diğer türleri ve cezalandırılabilirliği meselesi ortaya konulduktan sonra detaylı olarak ele alınacaktır.

³⁷⁴ **Kurt Sippel**, *Zur Strafbarkeit der Kettenanstiftung*, Marburg 1989, s. 336; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4; **Joecks**, §30, kn. 26, 39; **Antje Kroß**, “Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an ihr Beteiligten”, *JURA/Heft 4*, 2003, s. 250; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 923; **Selter**, s. 269; **Thalheimer**, s. 62; **Schröder**, “§49a StGB”, s. 290; **Selter**, s. 280; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 16; **Wilhelm-Friedrich Schneider**, *Strafrecht AT (Fälle)*, 8. Auflage, Münster 2019, s. 99; **Roxin**, AT II, §28, kn. 31, s. 299; **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 31; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 12; **Eser**, II, §47, kn. 16; **Kleszczewski**, AT, §7, kn. 828; **Krey/Esser**, AT, kn. 1334. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün Alman hukukundaki tarihsel gelişimi hakkında bkz. **Durl**, s. 413-414, 428 vd.

³⁷⁵ **Roxin**, §30 StGB, s. 169.

³⁷⁶ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1341-1346.

³⁷⁷ **Fischer**, §30, kn. 8; **Zipf**, s. 145; **Fischer**, §26, kn. 19; **Schröder**, “§49a StGB”, s. 290.

³⁷⁸ **Paul Krell**, “Die Kettenanstiftung” *JURA Heft 7/2011*, s. 499.

niceliksel şartının gerçekleşmesi gerekir.³⁷⁹ Örneğin eşi F'den boşanan A, ortak çocukları T'yi görme konusunda F ile sorun yaşar; çünkü F mahkeme kararıyla kendisinde kalan T'nin babasıyla olan görüşmelerinde sorun çıkarır. Buna daha fazla dayanamayan A, F'yi öldürmeye azmettirmesi için birini tutar. Tuttuğu kişi B'yi F'yi öldürmeye azmettirmeyi başarır ve B bir gün F'yi evinin kapısının önünde bıçakla öldürür.³⁸⁰

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste bir başka azmettirenin tedarik edilmesi durumu vardır. Ancak bir başka azmettirenin tedariki başarısız olur, yani bir başkası tarafından azmettirilen kişi faili azmettirecek bir azmettiren bulamaz.³⁸¹ Burada aracı azmettirenin faili azmettirmesi değil, planı için başka bir azmettireni azmettirmesi başarısız olur. Zincirdeki asıl azmettirenin cezalandırılmasının dayanağı, hareketin haksızlığı temelinde aracı azmettirenin asıl azmettiren tarafından harekete geçirilmiş olmasıdır.³⁸²

Nasıl ki zincirdeki aracı azmettiren faili azmettirdiğinde ve failin tipik fiile teşebbüsü başarılı olduğunda asıl azmettiren aracı azmettiren gibi azmettirmeden cezalandırılır; aynı şekilde aracı azmettirenin faili azmettirmesi veya asıl azmettiren tarafından azmettirilmesi başarısız olduğunda asıl azmettiren aracı azmettiren gibi azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olur ve böylece asıl azmettirenin azmettirmesinin teşebbüste kaldığı kabul edilir.³⁸³

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste fiili işleyecek bir asıl faili araştırıp bulması için aracı azmettirenin kendi yerine koyan asıl azmettiren azmettirme mesajını elinden çıkarmakla hukuksal değerlere yönelik önemli bir tehlikenin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Asıl azmettiren fiil üzerinde etkisini gerçekleştirdiği için aracı azmettirenin onun yerine muhtemel bir faili araştırıp bulması ilk azmettirme olayından bağımsız

³⁷⁹ **Kroß**, s. 250; **Busch**, “Versuchten Anstiftung”, s. 1120.

³⁸⁰ Benzer örnek olay için bkz. **Schneider**, s. 98; **Roxin**, §30 StGB, s. 169.

³⁸¹ **Kühl**, AT, §20, kn. 250; **Zipf**, s. 145.

³⁸² **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 494.

³⁸³ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 494.

düşünülemez. Asıl azmettirenin, faili azmettirmesi için bir başkasını azmettirmesiyle kendi yerine başkasını koyup olayı elinden çıkarması asıl azmettireni sorumluluktan kurtarmaz.³⁸⁴

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste failin aracı azmettiren tarafından azmettirilmesi teşebbüste kalır ve bu şekilde aracı azmettirenin hareketi neticeye ulaşmaz. Zincirin bu aşamasında gerçekleşen başarısızlık bazı sebeplere dayanabilir. İkinci azmettiren hiç harekete geçmemiş olabilir. Bu durumda aracı azmettirenin azmettirme fiili başarısız olur. Ona dayanan ikinci azmettirminin artık gerçekleşmesi mümkün değildir. Aracı azmettiren harekete geçmiştir; ancak azmettirme yönündeki çabaları faili ikna etmeye yetmemiş ya da faili ikna etmesine rağmen çabaları fiilin teşebbüsünü sağlayacak dereceye ulaşmamış olabilir. Yani fail, aracı azmettirenin azmettirmesi sonucu suçu işleme kararını alır ve fakat fiilini teşebbüs aşamasına taşıyamaz.³⁸⁵

Alman hukukunda zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği içtihatlarda da kabul edilmektedir.³⁸⁶ *Hamm* Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 1991 yılında zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu yönünde verdiği bir kararına konu olayda S, sevgilisi K ile evlenebilmek için hasta olan karısını zehirleyerek öldürecek kişiyi azmettirmek üzere B'yi azmettirir. Ancak B'nin S'yi öldürecek kişiyi azmettirmesi başarıya ulaşmaz. Eyalet mahkemesi zincirleme azmettirmeye teşebbüsün gerçekleşmediğini ileri sürmüş, ancak eyalet yüksek mahkemesi, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün icrasının başladığından hareketle zincirleme azmettirmeye teşebbüsten hüküm kurmuştur.³⁸⁷

Zincirleme azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung zur Anstiftung*) şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin A, C'yi D'yi

³⁸⁴ **Thalheimer**, s. 64-65.

³⁸⁵ **Selter**, s. 286.

³⁸⁶ **BGHSt** 7, 234, 236 (**Roxin**, AT II, §28, kn. 31); **OLG Hamm**, Urteil vom 22.10.1991 – 1 Ws 249/91, 18, karar için bkz. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BECKRS-B-1991-N-00345> (30.07.2019).

³⁸⁷ **OLG Hamm** 1991, 16.

öldürmeye azmettirsın diye B'yi azmettirmek ister. Ancak A, B'de C'yi azmettirme kararının oluşmasında başarılı olamaz.³⁸⁸ Azmettirmeye teşebbüse azmettirme (*Anstiftung zur versuchte Anstiftung*) şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin A, B'yi C'yi azmettirmeye ikna eder. Ancak B'nin azmettirmesi başarısız olur. Bu durumda A'nın azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilir.³⁸⁹ Ya da A, B'yi profesyonel bir tetikçiyi temin etmeye azmettirir. B, tetikçiyi fiili işlemeye azmettirdiğinde tetikçi teklifi reddetse veya kabul etse bile önceden polis tarafından yakalansa A da B gibi azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olur.³⁹⁰ Azmettirmeye teşebbüse azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung zur versuchten Anstiftung*) şeklinde gerçekleşebilir.³⁹¹ Azmettirmeye teşebbüse azmettirmeye teşebbüsün mümkün olmadığı, azmettirme zincirinde aracı azmettirenin azmettirilmesi başarısız olmuşsa, bundan sonra aracı azmettirenin bir başkasını azmettirmesinin teşebbüsünden bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür.³⁹²

2. Yardım Etmeye Teşebbüs

Mevcut ACK md.30'da iştirake teşebbüsün bir türü olan yardım etmeye teşebbüs cezalandırılmamıştır.³⁹³ Kanun koyucunun bilinçli olarak suça hazırlık veya suç planı aşamasında kalan yardım etmeye teşebbüsü cezasız bıraktığı ve suç ve ceza politikası gereği böyle hareket ettiği ileri sürülmüştür.³⁹⁴ Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılmazlığı gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs (ACK

³⁸⁸ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 551; Schröder, “§49a StGB”, s. 293; Thalheimer, s. 62; OLG Hamm, 1991, 16; Durl, s. 405, dn. 940; Joecks, §30, kn. 69; Schröder, “§49a StGB”, s. 293.

³⁸⁹ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 551; Joecks, §30, kn. 40, 69; Roxin, AT II, §28, kn. 31, s. 299; Heintschel-Heinneg, §30, kn. 12; Thalheimer, s. 62; OLG Hamm, 1991, 16; Lüthke, s. 47, 69; Kroß, s. 251; Schröder, “§49a StGB”, s. 290; Durl, s. 405, dn. 940, 941.

³⁹⁰ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 551.

³⁹¹ Schröder, “§49a StGB”, s. 293.

³⁹² Lüthke, s. 74. Karşı görüş için bkz. Heintschel-Heinneg, §30, kn. 12.

³⁹³ İnci, s. 923-9234. Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine ilişkin tarihsel gelişim hakkında bkz. Durl, s. 422-428.

³⁹⁴ Köhl, AT, §20, kn. 246; Krey/Esser, AT, kn. 1334; Schröder, s. 295.

md.159) hükmü için de geçerlidir.³⁹⁵ Hükmün kapsamında yardım etmeye teşebbüs gibi zincirleme yardım etmeye teşebbüs de cezalandırmaya layık görülmemiştir.³⁹⁶ Doktrinde yardım etmeye teşebbüse azmettirme (*Anstiftung zur versuchten Beihilfe*) ve yardım etmeye teşebbüse yardım etmenin (*Beihilfe zur versuchten Beihilfe*) de cezalandırılmaz olduğu kabul edilmektedir.³⁹⁷

Yardım etmeye teşebbüs, nasyonal-sosyalist ideolojinin ekili olduğu dönemde, 29.05.1943 tarihli “Ceza Hukukunu Uyarlama Kanunu” ile cezalandırılabilir bir fiil olarak kabul edilmişti.³⁹⁸ Yardım etmeye teşebbüs “*suçun işlenmesi için faile yardım eden kişi işlenmemiş olmasa veya yardımdan bağımsız bir şekilde işlenmiş olsa bile yardım eden olarak cezalandırılır. Hâkim görevinin gereklerine uygun olarak cezayı indirebileceği gibi ceza vermekten de kaçınabilir.*” şeklinde bir hükümle 1943 yılında kanuna eklenerek azmettirmeye teşebbüsün yanında cezalandırılabilirlik alanına dahil edilmişti.³⁹⁹

Böylece asıl fiil işlenmese bile yardım etmeye teşebbüs cezalandırılmıştı. Devletin ceza verme yetkisi karşısında vatandaşın güvenliğini sağlamak gerekçe olarak ileri sürülüyor ve hükmün hukuk güvenliğinin sağlanmasına hizmet edeceği öngörüsü ile hareket edilmişti. Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği tüm haksızlıklarda değil ceza hukuku tarafından korunmaya muhtaç haksızlıklarla sınırlandırılmıştı.⁴⁰⁰ 1943 yılında ceza kanununda yapılan değişiklikle yardım etmeye teşebbüsü cezalandıran hüküm 1953 yılında ilga edilmiştir.⁴⁰¹

³⁹⁵ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §159, kn. 2; **Jens Andreas Sickor**, “Die Strafbarkeit der Teilnahme an der versuchten Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§159 StGB)”, ZStW/Heft 2, V. 123, I. 2, 2011, s. 298-299.

³⁹⁶ **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, s. 261; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 552; **Durl**, s. 404.

³⁹⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 36; **Joecks**, §30, kn. 68; **Selter**, s. 291; **BGH Urteil** vom 16.12.2003-1 StR 297/03, karar için bkz. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/03/1-297-03.pdf> (13.09.2021).

³⁹⁸ **Dessecker**, s. 550; **Thalheimer**, s. 130.

³⁹⁹ **Thalheimer**, s. 7; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 353.

⁴⁰⁰ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 100.

⁴⁰¹ **Joecks**, §30, kn. 7; **Bauman/Weber**, AT, s. 590; **Dessecker**, s. 551; **Thalheimer**, s. 7.

Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırıldığı dönemde nasyonal-sosyalist dönem etkili olmuştu. Bu ideolojiyi esas alan iktidarın böyle bir düzenlemeye yön vermesi bu hususu daha da açıklar niteliktedir. Söz konusu ideoloji döneme öyle tesir etmiştir ki o dönemdeki kanun değişikliklerine nasyonal-sosyalist ruh içinde ceza hukuku koruması adı verilmişti. Bu dönemde bireyin özgürlüğü ve güvenliğinden ziyade rejimi koruma amaçlanmıştı. Bu bağlamda, rejimi korumadan yana tavır sergilemeyen ve rejimle hiçbir alakası olmayan suç faillerinin cezalandırılmasına yönelik sert politikalar benimsenmişti. Rejime karşı olmasa bile kişisel olarak suç işleyen kişilerin devletin sabit kıldığı kanuni düzeni şüpheyeye düşürdükleri düşüncesinden hareketle zamanında yapılacak müdahale ile bu kişilerin toplumdan tasfiye edilmesi gerektiği kabul edilmişti. Bireylerin devlete olan bağlılıklarının ancak ceza hukukunun sert müdahalesiyle tesis edilebileceği düşüncesi bu döneme hâkim olmuştu.⁴⁰²

Fiilden ziyade failin esas alındığı bu dönemde ceza hukuku ve ceza politikasının gayesi suça tepki göstermek değil, toplumun tehlikeli unsurlarını elemektir. Fail, toplumsal vazifelerini yerine getirmede başarısız kişi olarak tanımlanmıştı. Bu şekilde o dönemde “görevin ihlali teorisi (*infringement of duty*)” ileri sürülmüştü. Bu doktrin çerçevesinde bu dönemde fiil esaslı (*Tatstrafrecht*) ceza hukukundan fail esaslı (*Täterstrafrecht*) ceza hukukuna doğru bir kayış yaşanmış, ve bireye zarar veren davranış topluma zarar veren davranış olarak tanımlanmıştı.⁴⁰³

Ceza hukukunun farklı bir görünümüne büründüğü Nazi Dönemi’nde fail işlediği suçla devletin politik yönetimine karşı gelmemiş olsa bile, kanunu çiğneyerek kanunun oluşturduğu ideal duruma ve devletin değerler düzenine karşı gelmiştir. Bu çerçevede, işlediği fiil ile topluma zarar verici bir davranış sergileyen failin bu davranışının erkenden önlenmesi ve mümkünse failin yeniden eğitilmesi gerektiği anlayışı hakim olmuştu.⁴⁰⁴ Bu temelden hareketle *Klee*, ceza hukukunun görevinin koruyucu

⁴⁰² Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 354.

⁴⁰³ Vormbaum, Modern History, s. 174.

⁴⁰⁴ Busch, Gesichte des 49a StGB, s. 92-93.

(*Schutzzweck*) ve iyileştirici (*Besserungszweck*) nitelikte olduğunu ve görevin koruma vasfının polis hukuku alanındaki faaliyetlerden bir farkının olmadığını savunmuştu.⁴⁰⁵

3. Diğer Türleri

İştirake teşebbüsün cezalandırılabilirliğini genişletici nitelik taşıyan ikinci fıkra kapsamında cürme veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama, bir başkasının cürüm önerisini kabul etme ve cürüm anlaşması fiilleri cezalandırılmıştır.⁴⁰⁶ İkinci fıkradaki fiillerin cezalandırılabilmesi için cürmün müştereken işlenmesi hususunda birden fazla kişinin iradelerinin uyuşması gerekir. İradelerin birliği iştirak edenler arasında ortak bir fiil planı şeklinde tezahür eder.⁴⁰⁷ Böylece müşterek failliğin ön alanında gerçekleşen bazı fiiller cezalandırmaya layık görülmüştür.⁴⁰⁸

Bu fiillerin cezalandırılmasında konspiratif⁴⁰⁹ irade birliğinin tehlikeliliği (*Gefährlichkeit konspirativer Willensbildung*) dikkate alınmıştır.⁴¹⁰ Bir başka anlatımla bu fiillerin cezalandırılmasında hukuksal değerleri ihlale yönelik iradelerin birliğinden doğan tehlikenin arttırılması gerekçe olarak gösterilmektedir.⁴¹¹

İkinci fıkra tanımlanan iştirake teşebbüsün türleri arasında fikri içtima söz konusu olabilir. ACK md.30/f.2’de tanımlanan birden fazla fiilin işlenmesiyle

⁴⁰⁵ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 93.

⁴⁰⁶ **Lackner/Kühl**, §30, kn. 6; **Dessecker**, s. 551, 552, 553; **Joecks/Jäger**, §30, kn. 12-16; **Durl**, s. 407. Bu fiillerin cezalandırılabilirliğinin tarihçesi için bkz. **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 545-546. ACK md.30/f.2’deki fiillerin cezalandırılabilirliği meselesi inceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüsün haricinde kalmakta, ancak konunun bütünlüğünü bozmamak için iştirake teşebbüsün cezalandırılan bu halleri kısaca ele alınacaktır.

⁴⁰⁷ **Rogall**, s. 869.

⁴⁰⁸ **Flemming/Reinbacher**, s. 142; **Roxin**, AT II, §28, kn. 9; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 918.

⁴⁰⁹ Konspiratif (*konspirativ*), *Konspiration* kelimesinden türeyen bir kavramdır. İngilizce’deki karşılığı *conspirative* kavramıdır. Bkz. <https://tureng.com/tr/almanca-ingilizce/conspirative> (11.02.2020). *Conspiracy*, Oxford sözlüğünde, “zararlı ve hukuka aykırı bir şeyi yapmak üzere bir grup insan tarafından gizli olarak yapılan plan” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/conspiracy?q=conspiracy> (11.02.2020).

⁴¹⁰ **Eser**, II, §47, kn. 4a; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1; **Durl**, s. 407.

⁴¹¹ **Günther**, s. 268; **Roxin**, AT II, §28, kn. 43; **Dessecker**, s. 554; http://www.wietestrafrecht.de/User/Inhalt/30_StGB.html#allgemeines (01.06.2020).

kanunda farklı tipiklikler ihlal edildiğinde fiilin tekliğı prensibinden hareket edilir. Örneğin; kasten öldürme suçu üzerinde yapılan anlaşma fiilinin yanında yağma suçunun işlenmesi önerisi kabul edildiğinde, yani ikinci fıkradaki iki fiil farklı tipikliklerde ortaya çıktığında iki fiil arasından en ağırından ceza belirlenir.⁴¹² Bir diğer ifadeyle, kasten öldürme suçu için anlaşma fiili ile yapma önerisini kabul etme fiili arasında fikri içtima yapılır.

a) Cürmü İşlemeye veya Cürme Azmettirmeye Hazır Olduğunu Açıklama

ACK md.30/f.2’de cezalandırılan ilk fiil cürme veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama fiilidir. Buradaki açıklama kavramının bir başkasının bir cürmü işlemesine ya da cürme azmettirmesine yönelik arzunun ciddi bir şekilde açıklanması olarak anlaşılmalıdır. Hazır olduğunu açıklama fiilinin cezalandırılabilmesi için bu yöndeki açıklamanın muhataba ulaşması gerekir. Yani hazır olduğunu açıklama kapsamında her fiil değil, muhataba ulaşan ve cürmün işlenme tehlikesini arttıran hazır olduğunu açıklama mahiyetini taşıyan fiiller iştirake teşebbüs kurumu çerçevesinde cezalandırılabilir. Hazır olduğunun açıklanması bir başkasının teklifine cevap şeklinde olabileceği gibi, azmettirme şeklinde de gerçekleşebilir.⁴¹³

Cürüm işlemeye hazır olduğunu açıklama azmettirmenin kabul edilmesi (*Annahme der Anstiftung*) veya cürüm işleme teklifini açıklama (*Sich-Erbeiten*) şeklinde gerçekleşebilir.⁴¹⁴ Azmettirmenin kabulü ACK md.30/f.1’de cezalandırılan azmettirmeye teşebbüsü ifade eder.⁴¹⁵ Örneğin A, B’yi yağma suçunu işlemeye azmettirir ve B de bunu kabul eder. Yağma suçunun icrasına başlamadığı sürece A azmettirmeye teşebbüsten B de azmettirmeyi kabul ettiği içi cürüm işlemeye hazır olduğunu açıklamadan (ACK md.30/f.2) sorumlu olur. Cürüm işleme teklifine aşağıda

⁴¹² Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 98, 99.

⁴¹³ Fischer, §30, kn. 10; Dessecker, s. 552; Lackner/Kühl, §30, kn. 6, s. 277; Heinrich, AT, §39, kn. 1369; Joecks, §30, kn. 43-48; Schröder, s. 291; Joecks/Jäger, §30, kn. 15; Roxin, §30 StGB, s. 169-170.

⁴¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 919.

⁴¹⁵ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 547.

azmettirmeye teşebbüsün tarihsel gelişiminde anlatılacak olan *Duchesne* olayı örnek verilebilir. *Duchesne*, Fransa Başpiskoposu *D’Affre*’ye yolladığı mektuplarla 60.000 Frank karşılığında *Bismarck*’ı öldürmeye hazır olduğunu bildirmişti. Cürüm işlemeye hazır olduğunu yani cürüm teklifini açıklamada failin suçu işleme meyli vardır ve ancak suçu işleme konusunda henüz kesin bir karar verememiştir.⁴¹⁶

Doktrinde cürüm işlemeye hazır olduğunu açıklama fiilinin zincirleme azmettirmeye teşebbüsün özel bir hali olduğu ileri sürülmüştür. Cürüm işlemeye hazır olduğunu açıklayan fail, kendisini azmettirsün diye bir başkasını azmettirmiş olmaktadır. Böylece ilk azmettiren konumuna girmektedir. Bu, ACK md.30/f.1 çerçevesinde zaten cezalandırılması mümkün bir durum olmasına rağmen, meseleye açıklık getirmek için bu fiilin cezalandırılabilir olduğu belirtilmiştir. Bu durumda fail, hem ACK md.30/f.1 hem de ACK md.30/f.2’den değil, ACK md.30/f.1’in özel bir durumu olan ACK md.30/f.2’den dolayı sorumlu olur.⁴¹⁷

b) Bir Başkasının Cürüm Önerisini Kabul Etme

ACK md.30/f.2’de cezalandırılan ikinci fiil bir başkasının cürüm önerisini kabul etme fiilidir. Bu fiilin cezalandırılabilmesi için failin bir başkasının önerisini kabul etmek suretiyle onunla dayanışma içerisinde olması gerekir.⁴¹⁸ Cürüm önerisini kabul etme cürüm işlemeye hazır olmak demektir.⁴¹⁹ *Duchesne* olayında Başpiskopos, *Duchesne*’nin cürüm önerisini kabul etse ve 60.000 Frank’ı ödeseydi ve ancak *Duchesne* cürmün icrasına hiç başlamasaydı Başpiskopos’un fiili cürüm önerisinin kabulü fiilini teşkil edecekti. Bir başkasının cürüm önerisini kabul etme azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak ortaya çıkmaktadır. Başpiskopos, *Duchesne*’nin önerisini kabul etmiş olsaydı ve 60.000 Frank ödeme yapsaydı ona suç işleme kararını

⁴¹⁶ **Roxin**, §30 StGB, s. 169-170.

⁴¹⁷ **Roxin**, §30 StGB, s. 170.

⁴¹⁸ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1370; **Fischer**, §30, kn. 11; **Dessecker**, s. 552; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 6; **Joecks/Jäger**, §30, kn. 16; **Roxin**, §30 StGB, s. 170; **Schröder**, s. 290-291; **Joecks**, §30, kn. 49-52.

⁴¹⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 920; **Roxin**, §30 StGB, s. 170; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1370.

aldırmış ve *Bismarck*'ı öldürmeye azmettirmiş olacaktı. Cürüm önerisini kabul etmenin azmettirmeye teşebbüsten tek farkı, azmettirme inisiyatifinin azmettirenden değil, failden kaynaklanmasıdır.⁴²⁰

Bir başkasının cürüm önerisini kabul etmenin azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olduğundan hareketle kanunda ayrıca bu yönde düzenleme yapmaya gerek olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, bir başkasının cürüm önerisini kabul etme azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak görülmezse azmettirmeye teşebbüs değil manevi yardım etmeye teşebbüs söz konusu olur. Yardım etmeye teşebbüs ise kanunda cezalandırılabilir olmaktan çıkartılmıştır. Bir başka görüşe göre, kanun koyucu cürüm önerisinin kabul edilmesini ayrıca cezalandırmakla failin halihazırda cürmü işleme kararını almış olduğu durumları (*omnido facturus*) cezalandırmak istemiştir.⁴²¹

Puppe'nin haksızlık anlaşması teorisinden hareket eden *Rogall*'e göre, bir başkasının cürüm teklifini kabul etmek haksızlık anlaşmasının yapılmasını gerektirir. Burada artık cürüm işlemeye veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama fiili aşılmış ve cürüm önerisini kabul etme aşamasına geçildiği için haksızlık anlaşması yapılmıştır. Cürüm önerisini kabul etme şeklinde tezahür eden haksızlık anlaşması artık cürmü işlemeye hazır olduğunu açıklama girişimini de ihtiva eder. Haksızlık anlaşmasının yapılmasıyla cürmü işlemeye hazır olduğunu açıklama bir sonraki aşamaya geçmek suretiyle mükemmelleştirilmiş olur. Birinci fıkra kapsamında cezalandırılan azmettirmeye teşebbüs, haksızlık anlaşmasının yapılmasına yönelik bir başkasının cürmü işlemeye hazır olmasını sağlamayı hedefler. Bundan sonraki aşama cürüm teklifini kabul etme ve nihayeti cürüm anlaşmasıdır. Bu şekilde hükümde tanımlanan fiiller arasında, sınırlı olarak bağlantıyı sağlamak ve kademeli ilerleyecek şekilde cürüm anlaşmasının yapılması amaçlanmaktadır.⁴²² Özetlemek gerekirse bir

⁴²⁰ **Roxin**, §30 StGB, s. 170; Ayrıca bkz. **Letzgus**, s. 97; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 920.

⁴²¹ **Roxin**, §30 StGB, s. 170. Tartışma hakkında ayrıca bkz. **Eduard Dreher**, "Grundsätze und Probleme des §49a StGB", GA, 1954, s. 18; **Letzgus**, s. 97.

⁴²² **Rogall**, s. 869.

başkasının cürüm teklifini kabul etmek, cürmü işlemeye veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama fiilini ihtiva etmek suretiyle iradelerin uyuşması bağlamında ileri bir safhaya geçilerek haksızlık anlaşması daha açık bir şekilde ortaya konulmuş olur.

c) Cürüm Anlaşması

ACK md.30/f.2’de cezalandırılan üçüncü fiil cürüm anlaşmasıdır. Cürüm anlaşmasında hazırlık aşamasında kalmış müşterek faillik cezalandırılmaktadır.⁴²³ Burada belirli bir cürmün işlenmesi üzerinde en az iki kişinin iradelerinin uyuşması gerekir. Burada müşterek failliğin hazırlığı (ön alanı) cezalandırıldığından her iki failin de doğrudan fail olması gerekir. Yani bir tarafın yardım eden olmaması gerekir.⁴²⁴ İki kişi bir cürmü işleme kararını verse ve ancak suça iştirak edenlerden biri sırf diğerini polise yakalatmak amacıyla görünüşte rıza gösterse cürüm anlaşması gerçekleşmiş olmaz. Her iki failin de ciddi olarak ve kesin surette suç işleme kararını almış olması gerekir.⁴²⁵

Birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen ve cürmün işlenmesini amaçlayan anlaşmalar cürme hazırlık aşamasında kalsa bile söz konusu hükmün ikinci fıkrası kapsamında cezalandırılmaktadır.⁴²⁶ Kanun koyucu cürmün işlenmesi üzerinde varılan anlaşması fiilini cezalandırmak suretiyle iştirake teşebbüsün genişletilmesini ve bu şekilde ceza hukukunun daha katı bir müdahalesini mümkün hale getirmiştir.⁴²⁷

Cürüm anlaşması “ortak suç planı anlaşması” olarak anlaşılmalıdır. İştirake teşebbüsün türü olarak bu fiil müşterek failliğin öncüsü konumunda olup, cezalandırılabilmesi birlikte hareket edecek olan müşterek faillerin fiilin işlenmesine

⁴²³ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1371.

⁴²⁴ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 918; **Roxin**, §30 StGB, s. 170; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1371.

⁴²⁵ **Roxin**, §30 StGB, s. 170; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1371.

⁴²⁶ **Joecks**, §30, kn. 6.

⁴²⁷ **Pınar Memiş/Gülşah Kurt Yücekul/Güçlü Akyürek**, “The Expanding Forms of Preparation and Participation”, *CHD*, S. 1, 2008, s. 79-80.

hazırlanmalarını gerektirir.⁴²⁸ Başarıya ulaşmamış ve müşterek failliğin öncüsü konumunda olup müşterek failliğin ön alanında işlenen anlaşma niteliğindeki fiiller bakımından her iki failin anlaşma konusu cürmü işlemesinin gerekip gerekmediği, sadece birinin bu suçu işlemesi durumunda her ikisinin bu hüküm kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı Alman hukukunda doktrinde ve içtihatlarda tartışmalıdır.⁴²⁹

Cürüm anlaşmalarında fiilin tüm detaylarıyla olmasa bile ana hatlarına ilişkin bir somutlaştırmanın gerçekleşmiş olması gerekir. Bu bağlamda, salt anlamda cürmü işleme planına yönelik bir ön görüşme yapmak yeterli değildir.⁴³⁰

ACK md.30/f.2’de yapılan atıf gereği cürüm anlaşması azmettirmeye teşebbüs ile eş değer şekilde yaptırıma bağlanmıştır. İki kişinin cürüm işlemek için yaptığı anlaşma çerçevesinde cürmün işlenmesi ihtimali, azmettirmeye teşebbüste asıl fiilin işlenmesi ihtimalinden daha yüksektir. Daha tehlikeli olduğundan cürüm anlaşmalarının daha ağır cezalandırılması gerekir. *Dubber/Hörnle*’ye göre, hukuksal değerlerin tehlike altına girmesi suretiyle ihlal edilmesi bağlamında azmettirmeye teşebbüsün yaptırımının cürüm anlaşmasının yaptırımıyla eşit kabul edilmesi, teşebbüsün cürmün tamamlanmış haline göre daha az cezalandırılması genel kuralından bir sapmadır.⁴³¹

Alman hukukunda cürüm anlaşması Anglosakson hukuk sistemindeki gibi bağımsız bir suç tipi olarak değil; iştirak çerçevesinde hukuksal değerlerin korunması bağlamında kanunun genel hükümleri içinde düzenlenmiştir.⁴³²

⁴²⁸ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1371; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 918; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 6; **Roxin**, AT II, §28, kn. 9; **Dessecker**, s. 552. Cürüm anlaşmasının subjektif tipikliği için bkz. **Fischer**, §30, kn. 12b, s. 291; **Joecks**, §30, kn. 53-66.

⁴²⁹ **Joecks**, §30, kn. 21-25, s. 1304.

⁴³⁰ **Fischer**, §30, kn. 12a; **Joecks/Jäger**, §30, kn. 12-14; **Dessecker**, s. 551, 552; Elverişsiz cürüm anlaşmasına (*untaugliche Verabredung*) ilişkin AFM kararı için bkz. **BGHSt** 4, 254 (**Roxin**, §30 StGB, Fall: 4, s. 172); **Schröder**, s. 291-292.

⁴³¹ **Dubber/Hörnle**, s. 377.

⁴³² **Juliet R. Amenge Okoth**, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, The Netherlands 2014, s. 47-49.

YTCK’da azmettirmeye teşebbüs ve iştirake teşebbüsün diğer halleri genel bir hükümle cezalandırılmadığı gibi, kanunun genel hükümleri içinde cürüm anlaşmasına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak YTCK md.316’da cürüm anlaşması kanunun özel hükümler kısmında ve “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” bölümünde “Suç İçin Anlaşma”⁴³³ kenar başlığı ile bağımsız bir suç tipi çerçevesinde cezalandırılmıştır. Buna göre; *“bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.”* (YTCK md.316/f.1).

Madde gerekçesinde devletin ülkesine, egemenliğine, birliğine ve anayasal düzene karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere gerçekleştirilecek birleşmeleri önlemek maksadıyla caydırıcı bir tehlike suçunun oluşturulduğu, suçun sadece anlaşmanın gerçekleştirilmesiyle oluşacağı, anlaşmadan maksadın iki veya daha fazla kişinin maddî olgularla belirlenen bir biçimde bir irade birleşmesine varmış olmaları ve anlaşmanın suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtaları kapsadığı ortaya konularak suçun maddi unsurunu oluşturan anlaşmanın kapsamı açıklığa kavuşturulmuştur. YTCK md.316’da salt anlaşma niteliğindeki fiil müsterek failliğin ön alanında cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğindedir. Anlaşma fiilinin bir hazırlık hareketi olarak cezalandırıldığı madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.⁴³⁴

B. İştirake Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

Alman hukukunda iştirake teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi doktrinde sürekli tartışma konusu olmuştur.⁴³⁵ Gizlilik içinde yapılan suça hazırlığın hukuksal

⁴³³ Çok failli suçlardan olan bu suça iştirakin mümkün olduğu hakkında bkz. **İsmail Yazıcıoğlu**, “Hükümete Karşı Suç”, *YBHD*, S. 1, 2016, s. 154.

⁴³⁴ YTCK md.316’nın gerekçesi.

⁴³⁵ **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 30, 8. Auflage, 2018; **Thalheimer**, s. 14; **Günther Jakobs**, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97, Heft 4, 1985, s. 757, 765; **Jakobs**, AT, kn. 1; Richard **Busch**, “Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB”, *Festschrift für Reinhart Maurach*, (Hrsg. Friedrich Christian Schröder/Heinz Zipf),

değerleri dış alemde (kamuda/toplumda) ihlal edip etmediği ve ihlal etmişse bunun etkisinin ne olduğu hükmün konuluş gerekçesi çerçevesinde tartışılmıştır.⁴³⁶ Tartışmalarda iştirakin ön alanın cezalandırılabilmesinin meşruiyetinin hukuksal değerlerin ihlaline dayandırılması hususu ele alınan önemli bir mesele olmuştur.⁴³⁷

Hükümde tanımlanan fiillerin cezalandırılabilirliği kanuna eklendiği tarihten günümüze değin “kamusal düzen”⁴³⁸, “hukuka bağlılık”, “devletin otoritesi”⁴³⁹ veya “vatandaşları hukuka bağlı kılma”⁴⁴⁰ düşüncesi gibi kavramlar bağlamında ele alınmıştır.⁴⁴¹ Ancak doktrinde hükmün kanuna konuluş gerekçesinin bu gibi bağlamlar çerçevesinde anlaşılmasının artık dayanağının olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁴² Cezalandırma sebebinin hukuksal değerlerin tehlikeye sokulması bağlamında suça hazırlığın bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılması olduğu ileri sürülmüştür.⁴⁴³ *Letzgus*’a göre, burada asıl korunan hukuksal değerler kamusal güvenlik ve düzene ilişkin değerler olmayıp, önemli hukuksal değerlerle birlikte bu değerlerin de korunması amaçlanmıştır.⁴⁴⁴

Kapsamında azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırıldığı iştirake teşebbüse ilişkin hükmün sadece cürüm niteliğindeki suçlarda (ağır suçlarda) uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Hükmün belli ağırlıktaki suçlarda uygulanmasının kabul edilmesi,

Müller, Karlsruhe, 1972, s. 245 vd. Hükmün cezalandırılabilirliği konusunda moral-amoral davranış bakış açısıyla değerlendirme yapan *Zaczyk*’nin görüşü için bkz. *Thalheimer*, s. 15.

⁴³⁶ *Roxin*, AT II, §28, kn. 4.

⁴³⁷ *Dessecker*, s. 550.

⁴³⁸ Karl *Binding*, *Lehrbuch des gemeinen Strafrechts*, Besonderer Teil, 2. Band, 2. Hälfte, 1905, s. 861; *Franz Liszt/Eberhard Schmidt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Auflage, Berlin/Leipzig 1932, s. 807; Helmuth *Mayer*, *Strafrecht (AT)*, Stuttgart/Köln 1953, s. 32.

⁴³⁹ *Joecks*, §30, kn. 6. Hükmün devletin otoritesine ve kurumlarına yönelik değil, kamuya karşı işlenen suçlardan birine ilişkin düzenleme olduğu hakkında *Binding*’in görüşleri için bkz. *Busch*, Gesichte des 49a StGB, s. 59-60.

⁴⁴⁰ *Joecks*, §30,

⁴⁴¹ *Frister*, AT, 29. Kapitel, kn. 30; *Letzgus*, s. 212.

⁴⁴² Karşı görüş için bkz. *Nikolidakis*, s. 54.

⁴⁴³ *Thalheimer*, s. 11.

⁴⁴⁴ *Letzgus*, s. 215.

iştirakin ön alanında cezalandırılabilir hazırlık hareketleri hususunun kanun koyucu tarafından dikkate alındığının önemli bir sonucudur.⁴⁴⁵ Bu düşünce temelinde hüküm, iştirake teşebbüs çerçevesinde iştirakin ön alanının cezalandırmaya layık olduğu düşüncesi temelinde düzenlenmiştir.⁴⁴⁶

İştirake teşebbüsün cezalandırılabilmesi için ön alanda cezalandırılabilir ve cezalandırılmaz hazırlık hareketleri arasındaki sınırın belirlenmesi gerekir. Bu da, hazırlık hareketlerinin objektif tehlikeye yol açtıklarının ortaya konulmasıyla mümkündür. Failin fiili işleme kararını alması tek kişi tarafından işlenen suçlarda cezalandırılabilir hazırlık hareketlerinin sınırını oluşturur. Tek kişinin aldığı fiili işleme kararı ve bu kapsamda gerçekleştirdiği hazırlık hareketleri cezalandırılabilir değilken, bu kararın birden çok kişiye sirayeti ve birden çok kişinin fiili işlemeye yönelik işbirliği ve anlaşması gibi hareketler ön alanda tehlikelilik halinin artmasına yol açacak niteliktedir. Çünkü ilk durumda fail fiili işleme kararını her zaman gözden geçirerek tekrardan değerlendirebilir. İkinci durumda ise birden çok kişi tarafından verilen fiili işleme kararının geri alınması artık kolay değildir.⁴⁴⁷

İştirakin ön alanında işlenen hazırlık hareketlerinin tek kişi tarafından işlenen hazırlık hareketlerinden iki sebepten dolayı daha tehlikeli olduğu konusundan yola çıkılarak iştirake teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi ele alınmıştır.⁴⁴⁸ İlk sebep kapsamında iştirak halinde bir suçun hazırlığını yapan bir kimsenin, bundan sonra gerçekleşecek olaylar üzerinde artık hakimiyetini sağlayamayacağı ve bu şekilde fiilin gelecekte kendi iradesine uygun olarak işlenmesi tehlikesini ortaya koymuş olacağı; ikinci sebep kapsamında bir kimsenin iştirakin ön alanında başka bir suç ortağı ile iradesini birleştirmeye yönelik adımını atmış olduğu ileri sürülmüştür. İkinci sebep

⁴⁴⁵ **Marc Engelhart**, *Counterin Terrorism at the Limits of Criminal Liability in Germany*, in: M. Dayson/B. Vogel, (eds), *The Limits of Criminal Law (Anglo-German Concepts and Principles)*, c. 21 (435-465), United Kingdom 2018, s. 443.

⁴⁴⁶ **Baumann/Weber**, AT, s. 590, 592. Hükümün tamamına yönelik tek cezalandırma gerekçesinin olmadığı hakkında bkz. **Kühl**, AT, §20, kn. 244; **Eser**, II, §47, kn. 2.

⁴⁴⁷ **Kühl**, Grundfälle, s. 874.

⁴⁴⁸ **Ulrich Fieber**, *Die verbrechensverabredung*, §30 Abs. 2, 3. Alt. StGB. Frankfurt am Mein, 2001, s. 136.

kapsamında bir kimsenin iştirakin ön alanında bu şekilde hareket ederek bir başkasıyla oluşturduğu ve suç işlemeye yönelik ortak irade alanına girmesinin haksızlık teşkil ettiği kabul edilmektedir. Burada işin içerisine artık bir başkasının iradesi girdiğinden iştirakin ön alanında hazırlık hareketlerini başkasıyla işleyen kişinin bu haksızlığın işlenmesinin hukuksal olarak etkisizleştirilmesini sağlaması güçleşmektedir.⁴⁴⁹

Doktrinde bir görüş, hükmün geçerliliğinin doğrudan doğruya yerindeliğini ortaya koyan, cürme ilişkin bir başkasıyla gerçekleştirilen ve bundan sonraki süreç için tehlikeli addedilen iletişimin gerçekleştirilmiş olmasına dayandırır.⁴⁵⁰

Özellikle, hükmün ikinci fıkrasında düzenlenen suç anlaşmalarındaki komplo tehlikesi (konspiratif tehlike) veya fiilin işlenmesi üzerinde iradelerin uyuşması ile ortaya çıkan tehlike gibi kişilerin suç işlemek amacıyla bir araya gelerek oluşturdukları tehlike, işlenmesi planlanan suça yönelik hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının gerekçesi olarak ileri sürülmüştür.⁴⁵¹

1. İştirake Teşebbüsün Cezalandırılabilirliğine Yönelik Eleştiriler

a) Tehlikeyi Önleme Düşüncesi Bakımından Eleştiriler

Ceza hukukunda iştirake teşebbüsün yaptırıma bağlanması kriminal niteliği olan tehlikeye işaret etmektedir. Alman hukukunda teşebbüs bakış açısıyla yol açtığı tehlike nedeniyle azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi iştirake teşebbüs fiillerinin işlenmesinin toplum için katlanılamaz bir şekilde kanuni düzene bir karşı gelme olduğu ileri sürülmüştür.⁴⁵² Bu çerçevede iştirake teşebbüse ilişkin hükme yönelik eleştirilerden biri tehlikeyi önleme fonksiyonuna ilişkin olmuştur. Tehlikeyi önlemeye yönelik eleştirilerde iştirake teşebbüste ceza yaptırımıyla önlenmesi amaçlanan tehlikenin teşebbüste cezalandırılan tehlikeye eşdeğer olmadığı ve teşebbüsten önce

⁴⁴⁹ Görüşler için bkz. **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 30.

⁴⁵⁰ Görüşler için bkz. **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 30.

⁴⁵¹ **Fischer**, §30, kn. 2.

⁴⁵² **Dubber/Hörnle**, s. 377.

gerçekleşen tehlikenin cezalandırılabilmesi için daha sıkı koşullar aranması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁵³

Berner, hazırlık hareketleri aşamasında kalan bir hareketin cezalandırılması için bu hareketin tehlike arz etmesi, tehlikeli hazırlık hareketlerinin ceza hukukunda teşebbüs hükümleri çerçevesinde değil, polis hukuku alanında geçerli kurallara göre yaptırıma bağlanması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁵⁴

İştirake teşebbüse ilişkin hükmün anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünen *Lange*, iştirake teşebbüste gerçekleşen tehlikenin hukuksal değerler üzerinde yol açtığı etki ile teşebbüste ortaya çıkan tehlikenin yol açtığı etkinin aynı derecede olmadığını ileri sürmüştür. *Yazara* göre, iştirake teşebbüs düzenlemesi anayasanın “bir eylemin ancak işlenmesinden önce cezasının yasayla belirlendiği halde cezasının yasayla belirlenebileceği” ilkesiyle uyumlu değildir.⁴⁵⁵ Bu görüş eleştirilmiş ve iştirake teşebbüse ilişkin eski düzenlemenin (md.49a) yürürlükte olduğu dönemde teşebbüs üzerinden zorunlu ceza indiriminin kabul edilmesi nedeniyle ileri sürüldüğü belirtilmiştir.⁴⁵⁶

İştirake teşebbüsü cezalandıran hükmün, cezalandırılmayan olayların bağımsız olarak cezalandırılmasına yönelik genel hüküm şeklinde genelleştirilmesinin ceza hukukunda bir gerileme olduğunu söyleyen *Geyer*, hükmün polis hukuku tedbirleri aracılığıyla polisin ceza hukuku alanında kuralsızca bir müdahalesi anlamına geldiğini ileri sürmüştür.⁴⁵⁷

Doktrinde bir görüş, iştirake teşebbüsün polisin tehlikeyi önleme yükümlülüğü ile gerekçelendirilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür.⁴⁵⁸ Bu görüş, iştirake

⁴⁵³ **Thalheimer**, s. 13-14.

⁴⁵⁴ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 118. Kanunkoyucunun sistematik olarak iştirak ve teşebbüs konularını birbirine karıştırdığını ve bu şekilde keyfiyete kaçıldığı şeklindeki *Meves*’in eleştirileri için bkz. **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 55-56, 57.

⁴⁵⁵ Bkz. aktaran **İnci**, s. 940-941.

⁴⁵⁶ **Thalheimer**, s. 14; **İnci**, s. 944, dn. 97.

⁴⁵⁷ Bkz. aktaran bkz. **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 56-57.

⁴⁵⁸ **Jakobs**, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 752.

teşebbüsle gerçekleşen tehlikenin engellenmesi görevinin polis hukuku alanına girdiğini ve bunun ceza hukukunun görev alanında olmadığını ileri sürmüştür.⁴⁵⁹ Buna mukabil, iştirake teşebbüs gibi tehlikeli davranışların kanun koyucu tarafından cezai yaptırıma bağlanmasına engel bir durumun olmadığı, meselenin suç ve ceza politikası bakımından değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Tehlikeli hazırlık hareketlerinin önlenmesinin ceza yaptırımıyla güçlendirilmesi yoluyla tehlikenin etkili bir şekilde önlenmesini sağlamak kanun koyucunun iradesindedir. Ayrıca her ceza normunda pozitif ve negatif genel önleme mündemiç olup, bununla polis hukukunda hedeflenen amaçlara doğrudan hizmet edilmiş olur.⁴⁶⁰

Tehlikeyi önleme fonksiyonuna yönelik eleştirilerde hükümde tanımlanan fiillerin cezalandırılmasıyla tehlikeli failin ön plana alındığı ileri sürülmüştür. Bu görüş, hükmü fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna doğru bir kayışın ifadesi olarak yorumlanmıştır. Ancak böyle bir hükümle tehlikeli failin değil, özel tehlikeli fiillerin cezalandırılmasının amaçlandığı kabul edilmektedir.⁴⁶¹

b) Düşünce Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku Bakımından Eleştiriler

İştirake teşebbüse ilişkin diğer eleştiriler, düşünce ceza hukuku ve düşman ceza hukuku öğretileri bakımından yapılan eleştirilerdir. İştirake teşebbüsün özel bir ceza normuyla cezalandırılması iştirakin ön alanındaki cezalandırılabilirlik sınırını geriye çekmek demektir. Bundan dolayı iştirake teşebbüse ilişkin hüküm, düşünce ceza hukukunun (*Gesinnungsstrafrecht*) ve düşman ceza hukukunun (*Feindschrafrecht*) bir belirtisi olarak görülmüştür.⁴⁶²

⁴⁵⁹ **Thalheimer**, s. 13, 14.

⁴⁶⁰ **Thalheimer**, s. 13.

⁴⁶¹ **Jakobs**, AT, kn. 6; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 4; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 1. Alman içtihatlarında durumun bu yönde değerlendirildiği hakkında bkz. **BGH**, Urteil vom 4.02.2009-2 StR 165/08, karar için bkz. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/08/2-165-08.pdf> (13.09.2021).

⁴⁶² **Dessecker**, s. 550.

Düşünce ceza hukuku, failin zihniyetine dayalı ceza hukuku olarak tanımlanır.⁴⁶³ *Fieber*, iştirake teşebbüsün cezalandırılmasıyla esasında bir düşünce ve tutumun cezalandırıldığını ileri sürmüştür.⁴⁶⁴ *Nikolidakis*, bir fiilin cezalandırılabilmesi için hukuksal değerlere yönelik objektif tehlikenin gerçekleşmesi gerektiğini, hukuksal değerleri tehlikeye sokan objektif tehlike olmadan irade alanda gerçekleşen iştirake teşebbüsün cezalandırılmasıyla düşünce alanında kalan tehlikenin cezalandırıldığını ve haksızlığın gerçekleşmesini arayan ceza hukukunun totaliter devlet düzenlerinde düşünceyi cezalandıran ceza hukukuna dönüşmesi demek olduğunu ileri sürmüştür.⁴⁶⁵

İştirake teşebbüsün cezalandırılması teşebbüsten önceki ceza sorumluluğunun genişletilmesi şeklinde kendisini gösterir ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sonucunu beraberinde getirir. İştirake teşebbüs fiiliyle gerçekleşen haksızlıktan dolayı cezalandırmanın subjektif niteliğinin güçlü olması cezalandırılabilirliğin düşünce ceza hukukuna yaklaştığı kaygısını beraberinde getirmiştir.⁴⁶⁶

Ceza hukukunda hazırlık aşamasının cezalandırılabilirliğinin genişlemesini önlemek için cezalandırılabilir ve cezalandırılmaz hazırlık hareketleri arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir.⁴⁶⁷ Hukuk devleti ilkesini esas alan ceza hukukunda cezalandırılabilir hazırlık hareketlerinin belirlenmesi elzem olup, iştirake teşebbüsün cezalandırılmasıyla düşünce ceza hukukuna yaklaşıldığı şeklindeki tereddütler ancak bu şekilde bertaraf edilebilir.

⁴⁶³ Çataklı, s. 290.

⁴⁶⁴ Fieber, s. 187.

⁴⁶⁵ Nikolidakis, s. 54.

⁴⁶⁶ Tim Nikolas Müller, *Ceza Hukuku Vasıtasıyla Terörizmi Önleme (Prävention durch Strafrecht Terrorismusabwehr und Vorfeldtatbestände)*, çev. Ayşe Nuhoğlu, in: F. Yenisey/U. Sieber (eds), *Criminal Law in the Global Risk Society*, (453-485), İstanbul 2011, s. 455.

⁴⁶⁷ Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld*, s. 751; Thalheimer, s. 18.

İştirake teşebbüse ilişkin hüküm, *Günther Jakobs*'un düşman ceza hukuku (*Feindstrafrecht*) ve vatandaş ceza hukuku (*Bürgerstrafrecht*) ayırımı çerçevesinde de eleştiri konusu olmuştur.⁴⁶⁸

Düşman ceza hukuku teorisinde vurgulanan husus, failin tehlikenin kaynağı olarak muameleye maruz kalmasıdır. Ayrıca diğerlerinin korkutulmasında düşman ceza hukuku bir araçtır. Düşman ceza hukuku geniş anlamda tedbirler hukuku dahil tehlikelerle mücadele eder. Bu teoride önemli olan tehlikenin bertaraf edilmesidir.⁴⁶⁹ Düşman ceza hukukunda düşman kavramı, fiil öncesine denk gelen ya da buna ek olarak ceza uygulamasının güvenliğini sağlayan süreçlerin kullanılması ile ilgili olarak kullanılmaktadır.⁴⁷⁰

Bu teoride, fiilini teşebbüs aşamasına taşıyan kişiye cezalandırılabilirlik eşiğini geçtiği için vatandaş nazarıyla bakılır. Teşebbüsten önceki aşamada tehlikeli hazırlık hareketlerini işleyen kişiye düşman nazarıyla bakılır. Düşman, fiil hazırlığına başladığı anda yakalanması gerekli olan ve tehlikeliliği ile mücadele edilen kişidir.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ **Jakobs**, *Kriminalisierung im Vorfeld*, s. 753; **Rogall**, s. 859-860. Ayırım için bkz. Hayrettin **Ökçesiz**, “Düşman Ceza Hukukunun” Eleştirisi, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (29-38), Ankara 2008, s. 554, 563; Ayrıca bkz. **Demirbaş**, GH, s. 83. Vatandaş-düşman ceza hukuku sınırlarının kesin olarak çizilemeyeceği yönündeki eleştiri bağlamında düşman ceza hukuku teorisinin meşruiyeti hakkındaki tartışma için bkz. Henning **Rosenau**, “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı”, çev. Erhan Temel, *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 395-398, 401.

⁴⁶⁹ **Günther Jakobs**, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, çev. Cemil Ozansu, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (489-505), Ankara 2008, s. 489, 495, 505. Detaylı bilgi için bkz. **Günther Jakobs**, *Staatliche Strafe Bedeutung und Zweck*, München 2004, s. 44; **Ökçesiz**, s. 554, 563; Arndt **Sinn**, “Modern Ceza Kovuşturması-Düşman Ceza Hukuku Yolunda Mı?”, çev. Yener Ünver, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (611-631), Ankara 2008, s. 624; **Jörg Arnold**, “Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri”, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (527-550), Ankara 2008, s. 535, 536.

⁴⁷⁰ **Günther Jakobs**, “Düşman Ceza Hukuku?-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, çev. Cemil Ozansu, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (507-527), Ankara 2008, s. 520-521.

⁴⁷¹ **Jakobs**, *Yurttaş Ceza Hukuku*, s. 499.

Jakobs’a göre; devlet, bazı hazırlık hareketlerini iştirakin ön alanında kalmasına rağmen iştirake teşebbüsten dolayı cezalandırmakla daha dış alemde rahatsızlık olarak yansımayan ve insanın iç dünyasında kalan düşünceye karşı ceza yaptırımını uygulamak suretiyle tepki gösterir. Devletin faile verdiği bu tepki onun özel hayatına saygı duyma şeklinde değil; daha çok tehlike kaynaklı bir tepki olarak kendisini gösterir.⁴⁷²

Thalheimer’a göre, kayıncıvalidesini öldürmesi için kiralık katili azmettirmeye teşebbüs eden kişinin bu fiilinin onun hayatının özel kısmında kaldığı hususu şüpheli gözükmemektedir. Bu fiilin özel hayat alanının dışına çıktığı aşıkardır ve teknik olanakların sınırsız olarak geliştiği bir zamanda devletin özel hayat alanına giren önemli hukuksal değerleri korumak için müdahale etmesinin mantıklı bir açıklaması vardır. *Jakobs* bu teorisinde haklı olsa bile yaşam hakkı gibi özel hayat alanında korunan önemli bir hukuksal değere yönelik örnek olaydaki gibi bir saldırının farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekir.⁴⁷³

Bu teoride ceza sorumluluğu, hazırlık aşamasına kadar genişletilmektedir. Kanunun genel hükümleri içinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması bunun tipik bir örneği olarak gösterilmektedir.⁴⁷⁴ ACK md.30 gibi düşman ceza hukukunu yansıtan hükümlerle cezada “öne alınmış güvenlik koruması” kabul edilmektedir.⁴⁷⁵ Bugün ACK’da varlığını hala koruyan hüküm; henüz icra aşamasına geçmemiş; sadece planlanan ve zararın gerçekleşmediği müstakbel bir fiilin var olduğu, başka bir ifadeyle aktüel norm geçerliliği zararı yerine müstakbel zarar tehlikesinin ikame edildiği bir düşman ceza hukuku düzenlemesi olarak görülmektedir. Basit bir yağma fiilinin planlanması gibi her türlü suç planının bu düzenleme kapsamına girebileceği, bu yüzden düzenlemenin haklı hiçbir temelini olmadığı ve bu derece aşırılığı yansıtan bir düşman ceza hukuku düzenlemesinin kabul edilmesinin hukuk devleti bakımından

⁴⁷² Bkz. aktaran **Rosenau**, s. 395.

⁴⁷³ **Thalheimer**, s. 15.

⁴⁷⁴ **Arnold**, s. 536.

⁴⁷⁵ **Sinn**, s. 613.

zararlı neticelere yol açabileceği ve hem suç failine hem de azmettirene terörist muamelesinin reva görülmüş olacağı ileri sürülerek hüküm sürekli eleştirilmiştir.⁴⁷⁶

Jakobs, teşebbüsten önceki aşamayı ve bu bağlamda özellikle iştirake teşebbüse ilişkin ACK md.30'u incelemiştir.⁴⁷⁷ Bu hükümden yola çıkan *Jakobs* şu sonuca varmıştır: Burada fail, devlet tarafından vatandaş olarak değil; aksine bir düşman olarak algılanmakta ve muamele görmektedir. Devlet böyle bir hükümle vatandaşın tasarrufunda olan içsel özel hayatına saygı göstermemektedir.⁴⁷⁸ Hükümün kapsamında cezalandırılan fiiller cezalandırılmaması gereken fiillerdir. Dış dünyaya yansımayan ve kişinin özel hayatının içinde kalan fiiller cezalandırılmayan fiillerdir. Kişinin özel alanına giren bu fiillerin cezalandırılması kişiye düşmanca davranmak demek olup, bu kişiyi vatandaşlık statüsünden uzaklaştırmak demektir. Bu düşüncelerden hareketle *Jakobs*, hükmün tamamen ilga edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁷⁹

Jakobs'a göre, ACK md.30/f.2'de düzenlenen "suç için anlaşma, o fiilin suç haline getirilmesi yolunda katkıda bulunana vatandaşlık statüsü verilen hiç kimseye zarar vermemekte ve rahatsız etmemektedir". Bu kişiler bir nev'i hukuksal değerleri ihlal ederler ve düşmanca hareket ederler. Süjenin bu şekilde alçalması, vatandaş ceza hukukundan açık bir şekilde ayrılması gereken, kendine özgü olan ve düşman ceza hukuku olarak nitelendirilen bir ceza hukukuna aittir.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ **Jakobs**, Yurttaş Ceza Hukuku, s. 491-492.

⁴⁷⁷ ACK md.129 (suç işlemek için örgüt kurmak) ve 129a (terör örgütü kurmak) düşman ceza hukukuna örnek hükümlerdir. Bu hükümlerde cezalandırılabilirlik hazırlık aşamasına çekilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Sinn**, s. 613.

⁴⁷⁸ **Rosenau**, s. 395; **Jakobs**, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 756.

⁴⁷⁹ **Jakobs**, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 756-757..

⁴⁸⁰ **Jakobs**, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 756-757. **Jakobs**'un görüşleri için ayrıca bkz. **Jochen Bung**, "Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi", çev. Yener Ünver, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, (595-611), Ankara 2008, s. 597-599; **Rosenau**, s. 395.

II. ALMAN HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS, TARİHSEL GELİŞİMİ, KANUN SİSTEMATİĞİ İÇİNDEKİ YERİ VE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

Azmettirmeye teşebbüs, ACK md.30/f.1’de “*Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23’üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.*” şeklindeki düzenlemeyle açıkça cezalandırılmıştır.⁴⁸¹ Azmettirmeye teşebbüs kuralı olarak cürümlerde (*verbrechen*) yani en az bir yıl hapis cezası gerektiren suçlarda cezalandırmaya layık görülmüştür.

Hükmün kapsamı elverişsiz teşebbüsü (*untauglicher Versuch*) ihtiva edecek şekilde genişletilmiştir (ACK md.23/f.3).⁴⁸² Hükmün kapsamında ayrıca zincirleme azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmıştır.⁴⁸³ *Schönke/Schröder*, müşterek faillğe azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırıldığını ileri sürmüştür. Müşterek faillerden biri bir diğerini suçun işlenmesinde kazanmak için ilk başta onu azmettirdiğinde ve ancak daha sonra müştereken suçu işlediklerinde bu azmettirme teşebbüste kalır, fakat failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği müşterek faillğe azmettirmeye teşebbüs cezalandırılabilir olmaktan çıkar.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ **Joecks**, §30, kn. 27; **Putzke**, s. 1087. **Vogler**, s. 340. Hükmün kapsamında dolaylı failliğin cezalandırılabilir olup olmadığı tartışması için bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 19; **Heinrich**, AT, §35, kn. 1247, 747; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 143-144; **Camargo**, s. 751,752; **Thalheimer**, s. 58, 60, 61. Baskın görüşün dolaylı faillğe teşebbüsün hükmün kapsamında cezalandırılabilir olmadığı yönünde olduğu hakkında bkz. **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4.

⁴⁸² **Fischer**, §30, kn. 2a; **Graul**, s. 251, 252; **Vogler**, s. 333; **Putzke**, s. 1087.

⁴⁸³ **Dessecker**, s. 551; **Roxin**, §30 StGB, s. 169; **Putzke**, s. 1087.

⁴⁸⁴ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 16.

A. Azmettirmeye Teşebbüsün Tarihsel Gelişimi

Alman hukukunda 1975 yılında kanunda yapılan değişiklikle mevcut halini alan ACK md.30/f.1 uzun ve birçok değişikliği barındıran bir tarihçeye sahiptir.⁴⁸⁵ Hükmün tarihçesi 1873 yılında gerçekleşen ve politik bir zeminde gündeme gelen *Duchesne* olayına kadar dayanır. Olaydan üç yıl sonra azmettirmeye teşebbüs iştirake teşebbüsün bir türü olarak kanunun genel hükümleri içinde yaptırıma bağlanır.⁴⁸⁶ *Duchesne* olayına kadar dönemin ACK'da iştirake teşebbüsü cezalandıran herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı.⁴⁸⁷

1. 1800-1873 Yıllarını Kapsayan Dönem (*Duchesne* Olayına Kadarki Dönem)

Modern anlamda şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak azmettirmeye ilişkin tartışmalar 19. yüzyılın ilk yarısında başlamış, tartışmalarda şerikliğe teşebbüs de ele alınmış ve azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık bir fiil olduğu genel olarak kabul görmüştü. 19. yüzyılın başlarında bu fiilin ne dereceye kadar cezalandırılabilir olduğuna ilişkin tartışmalarda şerikliğe teşebbüsün cezalandırılabilirliği *Feuerbach*'a kadar dayanır. *Feuerbach*, bir başkasını azmettirmenin başlı başına kriminal bir aşama olduğunu, bir kimsenin bizzat kendisinin fiili işlemesi ile başkasının işlemesi için onu etkilemesi arasında fark olmadığını ve bunun iştirak ve teşebbüs sorumluluğun genişlemesine dayandığını ileri sürmüştü.⁴⁸⁸

Bu dönemde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması hakkındaki tartışmalar yakın teşebbüs (*nächsten Versuch=angefangenes Verbrechen/conatus proximus*) ve uzak teşebbüs (*enfernten Versuch=vorbereitetes Verbrechen/conatus remotus*)

⁴⁸⁵ **Thalheimer**, s. 5, 6; **Fieber**, s. 47 vd.; **İnci**, s. 926; **Dessecker**, s. 550; **Durl**, s. 414 vd.; **Lüthke**, s. 2 vd.

⁴⁸⁶ Azmettirmeye teşebbüsün yaptırıma bağlanmasının dış politikanın etkisinin ve iç politikanın bu yönde bir hükme ihtiyaç duyduğu şeklindeki yanlış anlam ve yorumlamalara dayandığı ve kanuna eklenen hükmün ceza hukukunda önemli etkilerinin olduğu hakkında bkz. **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 54 vd.

⁴⁸⁷ **İnci**, s. 927.

⁴⁸⁸ Bkz. aktaranlar **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 2, 3; **Letzgus**, s. 136, 137, 138; **Rogall**, s. 862. Ayrıca bkz. **Durl**, s. 414-415.

kavramlarından hayli etkilenmişti.⁴⁸⁹ Yapılan bu ayırmada yakın teşebbüs failin fiilin icrasına başlaması olarak tanımlanırken, uzak teşebbüs fiilin icrasının başlamadığı yani teşebbüsten önceki aşamada fiile hazırlığın gerçekleştirilmiş olması olarak tanımlanmıştı. Azmettiren, dolaylı failliği de kapsayan “olayı ilk başlatan”, “olayın fikir babası”, “suç işleme düşüncesini ilk kez başkasına aşılata” anlamında manevi fail anılmaında “*intellektuel Urheber*”⁴⁹⁰ kategorisinde kabul edildiğinden, faili maddi olmayan araçlarla etkilemek başlı başına bir teşebbüs hali olarak görülmüştü. Fail azmettirme fiilinden etkilenmişse eğer, bu etki artık uzak teşebbüs olarak değil, yakın teşebbüs olarak kabul edilmişti.⁴⁹¹

Zachariae, azmettirmenin başlı başına bir suç tipi olmadığını, azmettirmeye teşebbüste azmettirenin suça teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılması gerektiğini ve asıl fiil işlenmediğinde azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin failin iradesini etkileme hususuna değil, azmettirenin amaçlanan suçun işlenmesi başarısına dayandığını ileri sürmüştü. *Yazara* göre, asıl fiilin teşebbüste kaldığı bir durumda azmettirme başarılı olduğu için azmettireni asıl fiilin tam teşebbüs halinden; failin fiili işleme kararını alamadığı başarısız azmettirmede ise asıl fiili eksik teşebbüs halinden cezalandırmak gerekir.⁴⁹²

*Bauer*⁴⁹³ fiilin teşebbüsü (*das Versuch der Tat*) ile azmettirmenin teşebbüsünü (*das Versuch der Anstiftung*) birbirinden ayırarak meseleyi incelemiş ve azmettirmeye teşebbüsü failde fiili işleme kararının uyandırılammaması, halihazırda fiili işleme kararını almış olması ve fiili işleme kararını almasına rağmen fiilin işlenmemesi şeklinde yaptığı ayırım ile türlerine ayırmıştı. *Yazar*, azmettirmeye teşebbüste

⁴⁸⁹ **Rogall**, s. 862-863.

⁴⁹⁰ **Rinceanu**, Germany, s. 105; **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 3; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 30-32; **Poppe**, s. 95 vd.; **Durl**, s. 415; **Letzgus**, s. 136; **Rogall**, s. 862; **Less**, s. 44. Kavramın tarihsel gelişimi için bkz. **Schroeder**, s. 67.

⁴⁹¹ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 3-4.

⁴⁹² Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 5; **Durl**, s. 416-417, dn. 983.

⁴⁹³ Çağdaş ceza hukukuna en uygun azmettirme tanımını bu dönemde ilk kez yapan *Bauer*’e göre, “kasten bir başkasında bir suçun işlenmesi konusunda iradenin oluşturulması halinde” azmettirmeden bahsedilir. Bkz. aktaran **Özgenç**, Suça İştirak, s. 33-34.

azmettiren kötü kastı (*böse Vorsatz*) nedeniyle cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştü.⁴⁹⁴

Luden, nedensel olmayan şeriklikten hareketle fiilin icrasının başladığı teşebbüse şeriklik halinin cezalandırılabilir olduğunu, şerikliğe teşebbüsün ise kural olarak cezalandırılmaz olduğunu, başarısız şeriklik hareketinin bunun bir istisnası olduğunu ileri sürmüştü; başarısızlık şerikliğinin gerçekleştiği azmettirmeye teşebbüste azmettirenin azmettirme fiilini işlemekle tamamlanmış şerikliğinin gerçekleştiğini kabul etmişti.⁴⁹⁵

Zirkler, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebini asıl failin eksik rızasına, yani azmettirenin suçta kullandığı kişilerin zor durumlarından faydalanmak suretiyle alınan rızaya dayandırmıştı. *Yazara* göre, azmettirmede güzel vaatlerle kışkırtmak veya baskı altında etkilemede genelde sabıkalı ve kötü araçlar kullanılır.⁴⁹⁶

Köstlin, manevi fail olarak sorumlu tutulan azmettirenin, burada artık maddi fail konumuna geçtiğini, asıl failin kendisine yöneltilen suç talebine rağmen bunu kabul etmediği veya kabul etmesine rağmen teşebbüsten vazgeçtiği olaylarda azmettirenin cezalandırılması gerektiğini, asıl fiilin işlenmemesinin tamamen yabancı bir iradeden yani failin bizzat işlememesinden kaynaklandığını ileri sürmüştü ve bunu *bir başkasının iradesinin/yabancı iradenin eseri (Produkt fremden Willens)* olarak tanımlamıştı.⁴⁹⁷ *Köstlin*, azmettirmeye teşebbüsü teşebbüste kalan fiil olarak nitelendirmişti.⁴⁹⁸ *Yazar*, azmettirme ile asıl fiil arasında niceliksel bağlılık ilişkisinin gerçekleşmediği ve failin ya fiili hiç işlemediği veya başka bir fiili işlediği azmettirmeye teşebbüs durumlarında azmettirenin teşebbüsten cezalandırılmasından yanaydı.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 6-7.

⁴⁹⁵ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 138. Yan yana şeriklikte (*Nebenteilnahme*) başarısız şerikliğinin mümkün olduğu hakkında bkz. Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 6-7.

⁴⁹⁶ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 7-8.

⁴⁹⁷ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 8.

⁴⁹⁸ Bkz. aktaran **Özgenç**, Suça İştirak, s. 35.

⁴⁹⁹ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 112.

Halschner, failin fiili işlemediği veya halihazırda fiili işleme kararını aldığı durumlarda azmettirenin cezalandırılmasından yanaydı. *Yazara* göre, fiilin işlenmesi azmettirenin bir başarısı olarak görülmeli ve asıl fiil onun başarısının tamamlanması bakımından önemli kabul edilmelidir.⁵⁰⁰

Hepp, faile bağlılığından dolayı azmettirenin ceza sorumluluğu cihetine gidebilmek için işlenmiş bir asıl fiilin olması gerektiğini, asıl fiilin işlenmediği azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının ancak bağımsız bir suç tipiyle (*selbständige Delikte*) mümkün olduğunu ileri sürmüştü. *Yazara* göre, azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç olarak düzenlendiğinde artık azmettirminin tamamlanması için asıl fiilin işlenmiş olup olmadığının önemi ve hangi sebeplerden dolayı fiilin işlenmediğinin azmettirenin sorumluluğu üzerinde etkisi yoktur. *Hepp*, ayrıca azmettirmeye teşebbüsü azmettirenin faili etkilemesinin ilerlemesine göre tamamlanmış teşebbüs (*conatus perfectus*), yakın teşebbüs (*naher Versuch*) ve uzak teşebbüs (*entfernter Versuch*) gibi farklı aşamalara ayırmıştı.⁵⁰¹

19. yüzyılın ilk yarısında ve ikinci yarısından 1876'ya kadar azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olmadığını kabul eden görüşler bunu bağlılık kuralına dayandırmışlardı.⁵⁰² İmp.CK md.148/f.1'de "işlenmiş cezalandırılabilir fiile bağlılık" ifadesiyle niceliksel bağlılık kuralı kabul edilmişti.⁵⁰³ Niceliksel bağlılık kuralı nedeniyle, sonuçsuz şeriklik hareketlerinin cezalandırılması yasal zeminde-1876'ya kadar-kabul edilmemişti.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 128.

⁵⁰¹ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 8-9; **Durl**, s. 415-416, dn. 492.

⁵⁰² **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 47.

⁵⁰³ **Joecks**, §30, kn. 4; **Poppe**, s. 167-171.

⁵⁰⁴ Bkz. aktaranlar **Rogall**, s. 863; **Letzgus**, s. 138; **Durl**, s. 414; **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 43. 15 Mayıs 1871 tarihli İmp.CK'da azmettirmeye teşebbüsün durumu için bkz. **Lüthke**, s. 7-8.

2. 1873-1876 Yıllarını Kapsayan Dönem (*Duchesne* Olayı ve Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunda Düzenlenmesi)

1876'ya kadarki dönemde İmp.CK'da azmettirmeye teşebbüs yaptırım bağlanmamış, bazı eyaletlerin ceza kanunlarında cezalandırılmıştı.⁵⁰⁵

Azmettirmeye teşebbüsün 26.02.1876'da genel hüküm olarak cezalandırılması başarısız şerikliğın cezalandırılabilirliği bakımından bir dönüm noktası olmuştu. Ancak cezalandırılabilirliği meselesi suç politikası bakımından daha az ele alınmış, konu daha çok dogmatik bakış açısıyla incelenmişti.⁵⁰⁶

Mevcut ACK md.30/f.1'de azmettirmeye teşebbüsün yaptırıma bağlanması önünü açan *Duchesne* olayı 1873 yılında şu şekilde cereyan etmişti⁵⁰⁷: *Duchesne-Poncelet* isimli bir Belçikalı, Paris Başpiskoposu *Monseigneur D'Affre*'ye *Otto von Bismark*'ı 60.000 Fransız Frangı karşılığı öldürmesini öngören üç mektup gönderir. Ancak Başpiskopos bu teklifi kabul etmez. Bir yıl sonra ortaya çıkan söz konusu mektuplar Belçika ve Almanya arasında diplomatik bir skandala yol açar.⁵⁰⁸

Olayın ortaya çıkmasından sonra dönemin Alman Hükümeti, Belçika'dan bu tarz cürüm tekliflerinin cezalandırılmasını sağlayacak bir hükmün kanuna eklenmesini

⁵⁰⁵ Bavyera Ceza Kanunu (1813/md.48; 1861/md.56), Würtemberg Ceza Kanunu (1839/md.74), Braunvayg Ceza Kanunu (1840/md.37), Hannover Ceza Kanunu (1840/md.55), Hesya Ceza Kanunu (1841/md.74), Baden Ceza Kanunu (1845/122), Thüringen Ceza Kanunu (1850/md.34/f.3, Saksonya Ceza Kanunu (1855/md.64/f.2) bu dönem azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran eyalet kanunlarıydı. Bkz. **Durl**, s. 418-422. 1813'ten 1876'ya kadarki dönemde şerikliğe teşebbüs hakkında Almanya'daki eyaletlerin ceza kanunlarında yaşanan gelişmelerin tarihçesi için bkz. **Lüthke**, s. 7, 18-43.

⁵⁰⁶ **Letzgus**, s. 138.

⁵⁰⁷ **Kühl**, AT, §20, kn. 245; **Dessecker**, s. 550; **Rogall**, s. 861-862; **Roxin**, AT II, §28, kn. 9; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 917; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Selter**, s. 270-271; **Okoth**, s. 47; **Fatih Selami Mahmutoğlu**/Karadeniz, Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, İstanbul 2017, s. 902, dn. 60; **Bauman/Weber**, AT, s. 590; **Lüthke**, s. 8; **Zipf**, s. 141. **Busch**'a göre, tarihte cereyan eden bu olay, ceza hukukunun politik ve sosyal olaylarla nasıl değiştiğinin ve şekillendiğinin, yani ceza hukukunun ne dereceye kadar politik ve sosyal çevreyle bağlantılı olduğunun da bir örneğini teşkil eder. Bkz. **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 47-48, 55. Aynı yönde düşünce için bkz. **İnci**, s. 926.

⁵⁰⁸ **Thalheimer**, s. 5; **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 48; **Zipf**, s. 141; **Dessecker**, s. 550; **Roxin**, StGB §30, s. 169; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Rogall**, s. 861; **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 29; **Köhler**, AT, 1. Kapitel, s. 33; **Kapusuzoğlu**, s. 106-107; **İnci**, s. 926.

talep eder; çünkü o dönemde bir kimseyi öldürmeye yönelik cürüm teklifi tek başına cezalandırmayı gerektiren bir fiil olarak kabul edilmediği gibi kanunda bir hüküm de bulunmamaktaydı. İki ülke arasında yaşanan gelişmeler üzerine önce Belçika⁵⁰⁹ sonra Almanya'da başarısız iştirak fiilleri bağımsız hükümlerle yaptırıma bağlanmıştır.⁵¹⁰ Nihayetinde 1876 yılında kanuna Belçika'da *Lex Duchesne*⁵¹¹ maddesi olarak bilinen md.49a⁵¹² hükmü ACK'ya eklenmiş ve azmettirmeye teşebbüs eden kişinin teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılacağı kabul edilmişti.⁵¹³

Bu dönemde kanunlaşma sürecinde kanuna iştirake teşebbüsü cezalandıran bir maddenin eklenmesine gerek olmadığı ileri sürülmüş ve ceza hukukundan çok etik ve ahlaki ilgilendirdiğinden hareketle meseleye ilişkin çok sert tartışmalar yaşanmıştı.⁵¹⁴ Dönemin İmparatorluk meclisinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği

⁵⁰⁹ Azmettirmeye teşebbüs, 08.07.1875 tarihinde Belçika'da cezalandırılmıştır. Bkz. **Binding**, s. 861; **İnci**, s. 927, dn. 29.

⁵¹⁰ **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 29; **Lüthke**, s. 8; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 2; **Dessecker**, s. 550; **Thalheimer**, s. 5; **Rogall**, s. 862; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Roxin**, StGB §30, s. 170. Düzenlemede azmettirmeye teşebbüsün başarısız azmettirme ve neticesiz azmettirme şeklinde ayrıldığı hakkında bkz. **Letzgus**, s. 139.

⁵¹¹ **Vormbaum**, Modern History, s. 133; **Thalheimer**, s. 5; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 170; **Dessecker**, s. 550; **İnci**, s. 927, dn. 29.

⁵¹² 1876 yılında kanuna eklenen hükmün ilk şekli şu şekilde idi: “Her kim, bir başkasından bir cürüm işlemesi veya bir cürme iştirak etmesini talep ederse veya her kim böyle bir isteği kabul ederse, bu eylem kanunda başka bir ceza ile cezalandırılmadığı takdirde, işlenmesi talep veya kabul edilen suç ölüm cezası veya ömür boyu ağır hapis cezasını gerektiriyorsa, üç aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile işlenmesi talep veya kabul edilen suç daha az bir ceza ile cezalandırılıyorsa, iki yıla kadar hapis cezası veya aynı süreyle sürgün (kalebentlik) cezası ile cezalandırılır. (1) Bir cürüm işlemeyi veya bir cürme iştirak etmeyi teklif eden kişi ile böyle bir teklifi kabul eden kişi hakkında da aynı ceza geçerlidir. (2) Sadece sözlü olarak ifade edilen böyle bir talep ve teklif ile kabul, talebin veya teklifin herhangi bir türde avantaj sağlanması ile bağlantılı olması halinde cezalandırılır. (3) Hapis cezasının yanı sıra medeni haklardan mahrumiyet veya polis denetlemesi de uygulanabilir.(4).” Kanun metninin çevirisi için bkz. **İnci**, s. 928-929; **Paul Kichyun Ryu**, “The New Korean Criminal Code Of October 3, 1953 An Analysis Of Ideologies Embedded in It”, *JCLC&PS*, V. 48, No. 3 (Sep.-Oct., 1957), s. 289. 1922 ve 1932 yıllarında kanunda yapılan değişikliklerde md.49a ve md.49b hükümleri ile ilgili değişiklikler için bkz. **Vormbaum**, Modern History, s. 157. 1909 senesine kadar ki md.49a ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Thalheimer**, s. 5-6.

⁵¹³ **Okoth**, s. 47.

⁵¹⁴ **İnci**, s. 927.

mesesi ciddi bir dirençle karşılaşmıştı.⁵¹⁵ Dönemin Prusya Ceza Kanunu'nun 35'inci maddesinde azmettirme ve yardım etmede bağıllık kuralı kabul edilmiş ve hazırlık hareketi olarak nitelendirildiği için azmettirmeye teşebbüs cezalandırmaya layık görülmemişti.⁵¹⁶

Alman hukukçularının düzenlendiği bir kongrede tamamlanmış teşebbüs üzerine bir rapor sunan *Berner*, kanunlaşma sürecindeki müzakerelerde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini, cezalandırılacaksa da sadece bağımsız bir suç tipiyle (*selbständiger Straftatbestand*)⁵¹⁷ bunun mümkün olduğunu ileri sürmüş, bundan hareketle kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılmasını eleştirmişti.⁵¹⁸ *Yazar*, ancak teşebbüs aşamasına varan bir fiilin cezalandırılabileceğini, teşebbüsten önceki alanda işlenen hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesinin tehlike arz etmesine bağlı olduğunu ve teşebbüs hükümlerine göre değil polis hukuku alanında geçerli kurallara göre hüküm verilmesi gerektiğini ileri sürmüştü.⁵¹⁹

Berner'e göre, azmettirme olaylarında iki aşama vardır. İlk aşama azmettirenin failin iradesini etkilemesi aşamasıdır. Bu etkileme kendisini failin fiili işleme kararı ile gösterir. Bu aşamada failin iradesi azmettirenin iradesini de kapsar. Bu aşamaya “fiili işleme kararının alındığı aşama” denir. İkinci aşama failin fiilini gerçekleştirme aşamasıdır. Bu aşama objektif olarak fiilin dışarıya yansıdığı aşamadır. Azmettiren, en baştan beri failin fiili işleme yönündeki iradesinin kararlılığına bağlıdır. Fiilin asıl kaynağı azmettirenin iradesinden kaynaklanmasına rağmen artık belirleyici olacak olan husus failin fiilidir. Fiilin bu noktadan sonra işlenip işlenmemesi failin uhdesinde olan bir durum olup, azmettirenin faile olan bağıllığından dolayı fiilin icra aşamasının faili etkileme aşamasına üstünlüğünün kabul edilmesi gerekir. Bundan hareketle *yazar*,

⁵¹⁵ **Thalheimer**, s. 5.

⁵¹⁶ **Poppe**, s. 141-145.

⁵¹⁷ **Albert Friedrich Berner**, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18. Auflage, 1898, s. 202; **Rogall**, s. 864; **Lüthke**, s. 16.

⁵¹⁸ **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 55-56, 57; **Berner**, s. 202.

⁵¹⁹ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 118.

azmettirmeye teşebbüsün teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaması gerektiğini savunmuştu.⁵²⁰

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmü eleştiren yazarlardan *Meves*'e göre, burada cezalandırılan husus günlük hayatın münferit olaylarında gündeme gelmekte ve bu münferit olaylar için ceza hukukunda açık bir boşluk vardır. Ancak bu boşluk kapatılırken teşebbüs ve iştirake ilişkin genel kurallarda değişikliğin yapılması gerekir. *Yazar*, kanun koyucunun sistematik anlamda iştirak ve teşebbüs kurumlarını birbirine karıştırdığını ve bu konuda keyfiyete kaçtığını dile getirmişti.⁵²¹

Geyer, meselenin genel hüküm şeklinde genelleştirilmesini ceza kanununda üzücü bir geriye gidiş (*bedauerliche Rückschritt der deutschen Strafgesetzbuch*) ve hükmü polis hukuku tedbirleri aracılığıyla ceza hukuku alanında kuralsızca bir müdahale olarak yorumlamıştı.⁵²²

3. 1876-1933 Yıllarını Kapsayan Dönem

1876'dan sonra azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hüküm kanunda varlığını devam ettirmiş ve 1909 yılında bir taslak hazırlanmıştı. Taslağın hazırlanmasına kadar konuya ilişkin önemli herhangi bir değişiklik yaşanmamıştı. Ancak doktrinde hükmün yeniden gözden geçirilmesi gerektiği dile getirilmiş ve tartışmalar hükmün kanunun neresinde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin olmuştu.⁵²³ Kanunun genel hükümleri içinde düzenlenen hükmün iştirak bağlamında ele alınması çok tartışılmıştı. Bu tartışmalarda hükmün hazırlık, teşebbüs ve şeriklik hükümleri bakımından başlı başına bir suç tipi mi olduğu yoksa iştirakin özel bir görünüş şekli mi olduğu meselesi ele alınmıştı.⁵²⁴

⁵²⁰ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 118-119.

⁵²¹ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 55-56, 57.

⁵²² Bkz. aktaranlar **Binding**, s. 861; **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 56-57.

⁵²³ **Thalheimer**, s. 5.

⁵²⁴ **Rogall**, s. 864, 865.

1909'da bahsi geçen taslak yayınlandıktan sonra azmettirmeye teşebbüse ilişkin tartışmalar yeniden başlamıştı.⁵²⁵ Bu taslakla birlikte ceza hukuku reformlarına ilişkin tartışmalarda cezalandırılabilir hazırlık hareketleri alanın genişletilmesi gündeme getirilmiş ve bu yönde muhtelif yıllarda başka taslaklar hazırlanmıştı.⁵²⁶ 1909'dan sonra tartışmalarda azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün kanunun özel hükümleri içinde mi yoksa genel hükümleri içinde mi düzenlenmesi gerektiği yani hükmün kanun sistematigi içindeki yeri ve korunması amaçlanan hukuksal değerlerin belirlenmesi meseleleri ele alınmıştı.⁵²⁷

Cezalandırılmaması gerektiği dile getirilen ve şeriklik hareketinin haksızlığının (değersizliğinin) gerçekleşmemiş olmasından hareketle ele alınan azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm bu dönemde hazırlanan bazı resmi taslaklarda bağımsız bir suç tipi çerçevesinde incelenmişti.⁵²⁸

Mayer, azmettirmeye teşebbüste şerikliğin gerçekleşmediği ileri sürülebilir ise de, bağlılık kuralının gerçekleşmediği şeklindeki bir endişe yüzünden böyle bir fiilin cezasız bırakılmaması ve kanunun genel hükümleri içinde cezalandırmak gerektiğini ve bu şekilde azmettirmeye teşebbüsün bağlılık kuralının bir istisnası olarak kabul edilmesine katlanmak gerektiğini ileri sürmüştü.⁵²⁹

Beling, hükmün *sui generis* bir hüküm olmadığını ileri sürmüştü.⁵³⁰ *Yazara* göre, iştirakte bağlılık kuralında asıl fiile bağlılıkta fiilin tamamlanmasının amaçlanması (istenmesi) yeterlidir. Asıl fiil işlenmese bile şeriklik hareketinin işlenmesi şerikin cezalandırılması için yeterlidir. *Belings*'in "iştirakte varsayımsal bağlılık" teorisi daha sonra *Maurach* tarafından kabul görmüştü. *Yazar*, teşebbüsten hareketle azmettirmeye

⁵²⁵ **Letzgus**, s. 140.

⁵²⁶ **Dessecker**, s. 550. 1911, 1913 ve 1925 yıllarında hazırlanan taslaklar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 84-89. 1925 yılında hazırlanan taslakta azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması tehlike ceza hukukuna doğru gerçekleşen başarılı bir gidişat olarak değerlendirilmişti. Bkz. **Rogall**, s. 865.

⁵²⁷ **Thalheimer**, s. 6.

⁵²⁸ **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 84.

⁵²⁹ Bkz. aktaran **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 82-83.

⁵³⁰ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 223.

teşebbüsün cezalandırılabilirliğini şöyle açıklamıştı: Failin teşebbüs ettiği fiilin kanuni unsurları tamamlanmadığı halde suç işleme planından cezalandırılması gerektiği yönündeki düşüncenin iştirake uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu yaklaşım iştirakin netice unsuruna ilişkin olarak kabul edilmelidir. *Beling*, böylece pozitif hukukta geçerli olan sınırları da dikkate alarak, cürüm niteliğinde fiillerle sınırlamak suretiyle ACK md.30/f.1’de teşebbüs ve iştiraki kaynaştırmak istemişti.⁵³¹

Birkmeyer’e göre, şerikin cezalandırılması bağıllık kuralı gereği bir başkasının suçu işlemesine bağlıdır. Asıl fiilin işlenmesinde azmettirmenin nedensel olması gerektiğini vurgulayan *Yazar*, iştirakin nedenselliği gerçekleşmediğinden ceza hukuku anlamında dikkate alınacak bir fiilin olmadığını ve bu yüzden azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüştü.⁵³²

1927 yılından Nasyonal Sosyalizmin (*National Sozialismus*) yönetimde etkili olduğu döneme kadar azmettirmeye teşebbüs, hukuksal değer öğretisi çerçevesinde kanun sistematigi içindeki yeri bağlamında yeniden gözden geçirilmesi gerektiği yönündeki tartışmaların konusu olmuştu.⁵³³

4. 1933-1945 Yıllarını Kapsayan Dönem (Nazi Dönemi)

Azmettirmeye teşebbüs konusunda asıl değişikliklerin yapıldığı dönem irade ceza hukukunun hâkim olduğu 1933-1945 yılları arasını kapsayan dönem olmuştur.⁵³⁴ Nasyonal Sosyalizmin siyasi yönetimde etkili olduğu dönemde, irade ceza hukuku (*Willensstrafrechts*) veya tehlikenin cezalandırılabilirliği esasına dayanan sübjektif ceza hukuku (*Täterorientierte Subjektiverung des Strafrechts*)⁵³⁵ temelinde ceza hukukunda ciddi değişiklikler yaşanmıştı.⁵³⁶ İrade ceza hukukunun etkisiyle sübjektif

⁵³¹ Bkz. aktaran **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 79-80.

⁵³² Bkz. aktaran **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 43-44; **Birkmeyer**’in görüşleri için detaylı bilgi için bkz. **Poppe**, s. 200-203, 212.

⁵³³ **Thalheimer**, s. 5.

⁵³⁴ Bu dönemde yapılan kanun değişiklikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Lüthke**, s. 9-10; **Rogall**, s. 864, 865.

⁵³⁵ **Fletcher**, *Rethinking*, s. 118-119, 121; **Dursun/Bozbayındır**, s. 63-90, 2015, s. 68.

⁵³⁶ **Dursun/Bozbayındır**, s. 68, 69.

alandan hareket edilmiş ve tamamlanmış suç ile suçun teşebbüs hali için eşit ceza öngörülmüştü. İrade ceza hukuku bu şekilde bağlılık kuralının çözülmesi sonucunu da beraberinde getirmişti.⁵³⁷

Bu dönemde azmettirmeye teşebbüse ilişkin ACK md.49a hükmü şu şekilde düzenlenmişti: *“Her kim bir başkasını cürüm işlemeye veya cürme iştirake azmettirirse, cürüm işlenmese bile başlı başına azmettirmeden dolayı azmettiren gibi cezalandırılır. Ancak cezası indirilebilir.”*⁵³⁸ Bu hüküm, cürüm işlenmese bile bir kimsenin cürme davet edilmesini başlı başına cezalandıran bir düzenlemeydi.⁵³⁹

İrade ceza hukuku savunucularından *Rietzsch*, ceza sorumluluğunun genişletilebileceğini, buradan hareketle şerikin işlediği fiil ile suç işleme yönündeki iradesini ortaya koymuş olduğunu ve şerikin cezalandırılması için failin fiili işlemesini beklemek gerekmediğini ileri sürmüştü. *Yazar*, bu şekilde azmettirmeye teşebbüs gibi başarısız şeriklik hareketlerinin başlı başına cezalandırılmasını irade ceza hukukunun bir semptomu olarak kabul etmişti.⁵⁴⁰

Bu dönemde azmettirmeye teşebbüsün, ceza sorumluluğunun genişletilmesi düşüncesi temelinde genel hükümler altında iştirake ilişkin kısımda cezalandırılması gerektiği kabul edilmişti.⁵⁴¹

⁵³⁷ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 94, 95, 96. 1909-1943 tarihleri arasında ACK'da bağlılık kuralı ile ilgili yaşanan değişiklikler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Poppe**, s. 341-352.

⁵³⁸ **Ryu**, s. 287.

⁵³⁹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 11.

⁵⁴⁰ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 102, 103.

⁵⁴¹ **Rogall**, s. 865.

Azmettirmeye teşebbüs ile ilgili en önemli reform çalışması 1943 yılında gerçekleştirilmiştir.⁵⁴² 29.05.1943⁵⁴³ tarihinde ACK md49a'nın tipikliğinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikle kanunun ilk metninde bulunan “*sadece sözlü olarak ifade edilen böyle bir talep ve teklif ile kabul, talebin veya teklifin herhangi bir türde avantaj sağlanması ile bağlantılı olması halinde cezalandırılır.*” şeklindeki hüküm ilga edilmiştir.⁵⁴⁴ 1943 yılındaki reform kapsamında yapılan önemli değişikliklerden biri azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipikliği alanında olmuştur. Bu değişiklik kapsamında azmettirme kastının ciddiliği (*ernstlichkeit/ernsthaft*) subjektif tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilmiştir.⁵⁴⁵ Bu dönemin reformlarında asıl fiil ile ilgili önemli bir sınırlama getirilmiş, azmettirmeye teşebbüsün konusu ağır (ciddi) suçlar yani cürümlerle sınırlandırılmıştır.⁵⁴⁶ İştirake teşebbüsün diğer türleri ile ilgili de değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda bir cürüm işlenmesi konusunda anlaşmak ve bu konuda ciddi görüşme yapmak ceza yaptırımına altına alınmıştır.⁵⁴⁷ Azmettirmeye teşebbüsle birlikte yardım etmeye teşebbüs de bu değişikliklerden nasibini almıştır. Ancak yardım etmeye teşebbüste cezada indirim veya cezadan vazgeçme konularında

⁵⁴² **Bauman/Weber**, AT, s. 590; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn, 170, s. 261. 29.05.1943 tarihli kanun değişikliği sonucu ACK md.49a hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “*Her kim, bir başkasından bir cürüm işlemesi veya bir cürme iştirak etmesini talep ederse, cürmün işlenmemesi veya talepten bağımsız olarak işlenmesi halinde, azmettiren gibi cezalandırılır. Ceza, 44’üncü madde uyarınca indirilebilir. (f.1). Bir başkasına bir cürüm işlemeyi teklif eden veya böyle bir teklifi kabul eden veya cürüm işlemek hususunda anlaşılan veya bu konuda ciddi bir görüşme yapan kişi de aynı şekilde cezalandırılır. (f.2) Her kim, bir cürüm işlenmesi hususunda faile yardım sağlarsa, cürmün işlenmemesi veya bu yardımdan bağımsız olarak işlenmesi halinde, yardım eden gibi cezalandırılır. Hâkim, cezayı görevi gereği takdiri olarak indirebilir veya ceza vermekten vazgeçebilir. (f.3). Cürmü işlemekten gönüllü ve kesin olarak vazgeçen yahut fiili veya neticeyi gönüllü ve kesin olarak önleyen kişi, suç kendi gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmiş olursa bu hükümlere göre cezalandırılmaz.(f.4).*” Kanun metninin çevirisi için bkz. **İnci** s. 929-930.

⁵⁴³ **Zipf**, s. 141. Azmettirmeye teşebbüs ile ilgili 1943 tarihinde yapılan değişiklikler için bkz. 198; **Joecks**, §30, kn. 7.

⁵⁴⁴ **Thalheimer**, s. 7, **İnci**, s. 930.

⁵⁴⁵ **Joecks**, §30, kn. 7; **Thalheimer**, s. 7.

⁵⁴⁶ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 96.

⁵⁴⁷ **Busch**, Zur Teilnahme, s. 245.

hakime takdir yetkisi verilmişti.⁵⁴⁸ Son olarak yapılan bir diğer önemli değişiklik azmettirmeye teşebbüste gönüllü vazgeçme hükmünün kanuna eklenmesi olmuştu.⁵⁴⁹

5. 1945-1975 Yıllarını Kapsayan Dönem

Almanya’da nasyonal-sosyalist iktidarın çöküşü yeni bir süreci beraberinde getirmiş ve bu durum 1945’ten sonraki dönemde azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hükmü de etkilemişti. Bu süreçte önceki dönemde gerçekleştirilen düzenlemelere karşı hangi kanuni tedbirlerin alınması gerektiği yani ceza hukuku alanında on iki yıl boyunca gerçekleştirilen düzenlemelerin mevcut durumunun ne olacağı doktrinde tartışılmıştı. 1945, 1946 ve 1947 yıllarında kanun koyucu yaptığı düzenlemelerle 1933-1945 yılları arasında ceza hukuku alanında gerçekleştirilen değişikliklerin büyük kısmını ilga edilmiş, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm geçerliliğini korumuştur. Hükümün geçerliliğini korumaya devam mı edeceği yoksa kanun koyucunun bu konudaki sessizliğine rağmen mevcut hükmün sınırlı olarak mı veya hiç uygulanmayacağı mı sorusu merak konusuydu. Nazi rejiminin yıkılmasından sonra aşırı subjektifliği yansıtan azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle ciddi bir şekilde tartışma konusu olmuştu.⁵⁵⁰

Bu dönemde azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hüküm, ceza hukukunun alanının genişlemesi bağlamında ele alınmıştı. *Schwarz*, hükmün nasyonal-sosyalist rejimin ürünü olduğundan hareketle tamamen ilga edilmesi gerektiğini ileri sürmüştü. Doktrinde baskın görüş bu yönde idi. *Lange* ise, hükümde sınırlandırma yapılması ve azmettirenin teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştü. İştirake ilişkin hükmün ACK’nın bünyesine yabancı (*Fremdkörper*)⁵⁵¹ olduğunu ifade eden *Lange*

⁵⁴⁸ **Thalheimer**, s. 130; **Dessecker**, s. 550;

⁵⁴⁹ **Thalheimer**, s. 7.

⁵⁵⁰ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 104-105, 112.

⁵⁵¹ **Rogall**, s. 860.

hükmün politik bir anlamının olduğunu; *Schneidewin*, *Duchesne* maddesinin ilk hali çerçevesinde değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştü.⁵⁵²

1945'ten sonra mahkeme içtihatlarında azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hüküm sınırlayıcı bir bakış açısıyla ele alınmıştı.⁵⁵³ Azmettirmeye ilişkin birbiriyle uyumlu olmayan kararlar verildiği için hükme ilişkin kesin bir yorum yapmanın mümkün olmadığı ve hemen hemen tüm kararlarda hükmün geniş bir uygulamaya sahip olduğu kabul edilmişti. Nihayetinde cezalandırılabilir fiil alanının genişletilmesi suretiyle hükmün bir aşırılık içerdiği kabul edilmişti. İchtihatlarda hükmün anayasaya aykırılığı sorunu da ele alınmıştı.⁵⁵⁴

Örneğin Hamburg Yüksek Mahkemesi (*OLG Hamburg*), cürüm anlaşması (md.49a/f.2)⁵⁵⁵ ile ilgili o dönemde vermiş olduğu bir kararında, hükmün nasyonal-sosyalist düşüncüyü yansıtan özel bir düzenleme olarak cezalandırılabilirliğin objektif unsurlarının keyfi olarak düzenlendiğini dile getirmesine rağmen kararda hükmün ilga edilmesi gerektiği sonucuna varamamıştı. Bununla birlikte, hükme ilişkin nasyonal-sosyalist uygulama metodunun yasaklanması gerektiğini savunmuştu.⁵⁵⁶

AFM, 16.02.1951 tarihinde verdiği bir kararında ACK md.49a hükmünün irade ceza hukukuna yönelik eğilimleri içerdiğini ve fakat bu eğilimlerin tipik anlamda nasyonal-sosyalist karakterde olmadığını ve irade ceza hukukuna ilişkin düşüncelerin Yüksek Mahkeme'nin teşebbüse ilişkin subjektif teorisinden beri devam ettiğini ileri sürmüştü.⁵⁵⁷

⁵⁵² Bkz. aktaran **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 113, 114.

⁵⁵³ 1945 sonrası dönem hakkında değerlendirme için bkz. **Dessecker**, s. 551; **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 106.

⁵⁵⁴ **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 111.

⁵⁵⁵ Cürüm anlaşması md.49a/f.2'de "*Her kim bir cürmü işlemek üzere anlaşır veya cürüm işleme önerisini kabul ederse veya cürmü işlemeye hazır olduğunu açıklarsa aynı ceza uygulanır. Aynı cezayı uygulamaktan maksat azmettirmeye teşebbüse verilen cezadır.*" şeklinde düzenlenmişti. Madde metni için bkz. **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 109.

⁵⁵⁶ **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 109-111.

⁵⁵⁷ **BGHSt 1**, 59 (**Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 110).

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin 1943 yılındaki metin 1953 yılına kadar yürürlükte kalmıştı. 1953 yılında kanunda ACK md.49a'ya ilişkin değişiklik yapılarak yeni bir metin kaleme alınmış⁵⁵⁸ ve bu metin 1975'e kadar yürürlükte kalmıştı.⁵⁵⁹ Hükmün nasyonal sosyalist karakterinden ve maddenin uygulanmasını çok genişlettiğinden bazı sınırlandırmalar yapılmıştı. Azmettirenin kastının ciddiliği unsuru madde metninden çıkarılmış ve cürmün işlenmesi konusunda ciddi görüşme yapılmasının ve yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılmasından vazgeçilerek hükmün kapsamı daraltılmıştı. Ancak maddenin sistematik yapısının korunduğu söylenebilir.⁵⁶⁰

Bu dönemde yapılan en büyük reformlardan biri yeni bir kanun çalışmasının başlatılması olmuştu. 1960'lı yıllarda yeni bir kanunun yapılmasına ilişkin çalışmalar Federal Adalet Bakanı'nın talebi ile başlamış ve kurulan büyük bir komisyon ile 1962 yılında bir taslak oluşturulmuştu.⁵⁶¹ Söz konusu taslağın "İştirake Teşebbüs" başlıklı 35'inci maddesinin ilk fıkrasında azmettirmeye teşebbüs, *"Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılır. Ancak cezası 64'üncü maddenin birinci fıkrasına göre azaltılır."* şeklinde kaleme alınmıştı. Maddenin ikinci fıkrasında suç işlemeye veya azmettirmeye hazır olduğunu açıklama, suç önerisini kabul etme gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağı *"Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının önerisini*

⁵⁵⁸ *"Her kim bir başkasını, bir cürüm işlemek için azmettirmeye teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler (§ 44) uyarınca cezalandırılır. (f.1) Bir cürüm işlemek konusunda anlaşma yapan, böyle bir cürmü işlemeye hazır olduğunu açıklayan veya bu yönde bir cürüm işleme teklifini kabul eden kişi de aynı şekilde cezalandırılır. (f.2) Her kim kendi özgür iradesiyle, 1. Bir başkasını bir cürüm işlemek için azmettirmeye teşebbüs ettikten veya bir başkasının cürüm işleme teklifini kabul ettikten sonra, eylemin işlenmesini engellerse, 2. Bir cürüm işlemek konusunda anlaşma yaptıktan sonra kendi eylemine son verir ve eylemin işlenmesini engellerse, 3. Cürüm işlemeye hazır olduğuna dair açıklamadan dönerse bu maddeye göre cezalandırılmaz. (f.3)."* Kanun metninin çevirisi için bkz. **İnci**, s. 931-932; **Ryu**, s. 287-289.

⁵⁵⁹ **İnci**, s. 931.

⁵⁶⁰ **Thalheimer**, s. 7-8; **Lüthke**, s. 11.

⁵⁶¹ **Rogall**, s. 866-868.

kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşır, aynı şekilde cezalandırılır.” şeklinde ifade edilmişti.⁵⁶²

Sonuç itibarıyla; 19. yüzyılda olduğu gibi suç ve ceza politikası bakış açısından ziyade dogmatik bakış açısıyla ele alınan azmettirmeye teşebbüs iştirakin önemli dogmatik temellerini ihlal etmesine rağmen tehlikeli bir fiil olarak görülmüş ve bu fiilin cezalandırılmasından vazgeçilmemişti.⁵⁶³

6. 1975 Yılından Günümüze Kadarki Dönem

02.01.1975 tarihinde Alman hukukunda ceza hukukunun genel kısmı ile ilgili önemli değişiklikler yapılmıştı. Hukukta bu değişiklikler büyük bir reform (*Große Strafrechtsreform*) olarak nitelendirilmişti.⁵⁶⁴ 1962 Tasarısı’ndaki faillik ve şerikliğe ilişkin esaslar bu kodifikasyonda hemen hemen aynen kabul edilmişti. Faillik-şeriklik arasındaki ayırım konusunda kabul edilen sistem muhafaza edilmişti ve sınırlı bağlılık kuralı aynen kabul edilmişti. Bu değişiklikler çerçevesinde şerikin sorumluluğu için asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi konusundaki belirsizlik de giderilmişti.⁵⁶⁵ Bu reformla azmettirmeye teşebbüse ilişkin metin bazı değişikliklerle yeniden düzenlenmişti. ACK md.30’da başkasını cürüm işlemeye azmettirmeye veya azmettirmesi için azmettirmeye teşebbüs eden kişiyi birinci fıkrafta cezalandıran hükmün ikinci fıkrasında cürüm işlemeye veya azmettirmeye hazır olduğunu açıklayan ya da bu hususta başkasının önerisini kabul eden ya da başkası ile anlaşan bir kimsenin de cezalandırılması kabul edilmişti.⁵⁶⁶ Ayrıca iştirake teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin hüküm bağımsız bir maddede düzenlenmiştir (ACK md.31).⁵⁶⁷ Bu düzenlemeler ACK’da hala yürürlüktedir.

⁵⁶² Lüthke, s. 12-14; Joecks, §30, kn. 9.

⁵⁶³ Letzgus, s. 140.

⁵⁶⁴ Thalheimer, s. 8.

⁵⁶⁵ Poppe, s. 440-442.

⁵⁶⁶ Heintschel-Heinneg, §30, kn. 1, 2.

⁵⁶⁷ “Her kim gönüllü olarak, 1. bir başkasını bir cürüm işlemek için azmettirme teşebbüsüne son verir ve onun suç işleme tehlikesini bertaraf ederse, 2.cürüm işlemeye hazır olduğunu açıkladıktan sonra amacından vazgeçerse, 3. bir cürüm işlemek konusunda, bir başkası ile

01.01.1975 yılından beri geçerliliğini koruyan ACK md.30/f.1 hükmü eski md.49a'ya denk gelen bir hükümdü. Sadece birinci fıkrada ceza yaptırımı konusunda değişiklikler yapılmıştı. ACK md.30/f.1, cüm.2 ve 3'te yapılan değişikliklerle ceza indiriminin zorunlu olarak yapılacağı ifade edilmiştir. Ayrıca doktrinde sıklıkla cezalandırılması gerektiği dile getirilen zincirleme azmettirmeye teşebbüs kanunda açıkça cezalandırılarak hükmün uygulama alanı genişletilmişti.⁵⁶⁸

B. Azmettirmeye Teşebbüsün Kanun Sistematiği İçindeki Yerine İlişkin Doktrindeki Tartışmalar

İştirakin ön alanında özel tehlikeli hazırlık hareketi olarak cezalandırılan azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm sadece kapsamı bakımından değil, kanundaki yeri bakımından da tartışma konusu olmuştur.⁵⁶⁹ Tartışma, azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde mi yoksa özel hükümlerinde mi yaptırıma bağlanması gerektiği meselesine dayanır. Cezalandırılabilirliği bakımından problemli ve kaygı verici nitelikte görülse bile azmettirmeye teşebbüsün Alman Hukuku'nun ilginç ve bir o kadar da sistemin önemli bir parçası olduğu, cezalandırılabilirliğinin belirli fiillerle sınırlandırılmasından hareketle kanun sistematiği içindeki yerinin yeniden ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁷⁰

Kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılan azmettirmeye teşebbüsün iştirak bağlamında ele alınması hususu tartışmaların ana merkezi olmuştur. Bu tartışmalarda azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün hazırlık, teşebbüs ve şeriklik çerçevesinde

birlikte, bir plan üzerinde anlaştıktan veya bir başkasının cürüm işlemeye katılma önerisini kabul ettikten sonra, fiilin gerçekleşmesini önlerse, 30. madde uyarınca cezalandırılmaz. (f.1) Suç gönüllü vazgeçenin katkısı olmadan işlenmemiş olursa veya onun önceki davranışından bağımsız olarak gerçekleştirilirse, failin cezalandırılmaması için, eylemin gerçekleşmesini önlemek yolunda, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olması yeterlidir. (f.2)'' Kanun metninin çevirisi için bkz. Yenisey/Plagemann, s. 25.

⁵⁶⁸ **Thalheimer**, s. 8; **İnci**, s. 932-933.

⁵⁶⁹ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 58.

⁵⁷⁰ **Rogall**, s. 885.

başlı başına bir suç tipi mi yoksa iştirake ilişkin özel bir durum mu olduğu tartışılmıştır.⁵⁷¹

Doktrinde bir görüş hükmün özel hükümler kısmında başlı başına bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini; bir başka görüş iştirake ilişkin olduğundan hareketle hükmün bağlılık kuralının istisnası olduğunu ve kanunun genel hükümleri içinde düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁷² Hükmün mevcut ACK'da genel hükümler altında düzenlenmiş olması bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmediğini gösterir. Hatta hükümde sadece asıl fiile yapılan atfın bunu göstermesi bakımından yeterli olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁷³

1. Azmettirmeye Teşebbüsün Genel Hüküm Olarak Düzenlenmesi Gerektiği Hakkındaki Görüş

Alman kanun koyucusu, genel bir çözüm yolu tercih ederek azmettirmeye teşebbüsü iştirak ve teşebbüs kurumları çerçevesinde cezalandırmayı tercih etmiştir. Burada ceza sorumluluğu iştirakin ön alanına kaydırılarak genişletilmiştir. Ancak cezalandırılabilirliğin ön alanda sınırsız genişlemesini bertaraf etmek için hükmün sadece cürümlerde uygulanacağı kabul edilmiştir.⁵⁷⁴

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün kanun sistematigi içindeki yerinin tespiti bakımından burada incelenmesi gereken husus iştirak ve teşebbüs arasındaki etkileşimdir. İştirak ve teşebbüs kurumları bağlamında cezalandırmanın genişlediği mi yoksa sınırlandırıldığı mı meselesi tartışmalıdır. Azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hükmü ceza sorumluluğunu sınırlandırıcı bir düzenleme olarak nitelendiren görüş, azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmasaydı bile azmettirmeye ilişkin hükme gitmeye gerek kalmadan teşebbüse ilişkin hükümden cezalandırmanın mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Fakat bu görüş azmettirmeye teşebbüste azmettirme fiilinin bağımsız tipik

⁵⁷¹ **Rogall**, s. 864, 865.

⁵⁷² **Baumann/Weber**, AT, s. 590.

⁵⁷³ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 2.

⁵⁷⁴ **Roxin**, AT II, §28, kn. 1.

bir fiil olarak kabul edilmesine dayanır. Daha doğrusu azmettirmeyi suçun özel bir görünüş şekli olarak değil, faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul eder. Ancak bu, iştirakte bağlılık kuralı ile bağdaşmayan bir durumdur. Azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen haksızlık failin işlediği haksızlığa kıyas edilmektedir. Teşebbüs doğrudan doğruya failin bizzat işlediği fiilde uygulanabilir. Şerikler ise, başkasının işlediği ve kendilerine yabancı olan bir fiil ile bağlantı içerisine girer. Bu fiiller failliğin işlenmesi şekilleri değil, fiilin özel görünüş şekilleridir. Doktrinde baskın görüş, hükmü ceza sorumluluğunu genişletici bir düzenleme olarak nitelendirir. İki görüş arasındaki fark, şerikliğin geniş anlamda faillik çerçevesinde mi yoksa suçun birer görünüş şekli olarak mı değerlendirileceği hususu çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Her iki görüş de farklı temellerden yola çıkarak iştirake ilişkin hükmün kanundaki sistematığı çerçevesinde ceza sorumluluğunu genişletici ve sınırlandırıcı bir düzenleme olarak kabul edilip edilmeyeceğini ortaya koymaya çalışmaktadır.⁵⁷⁵

İştirake teşebbüse ilişkin tartışmaların temelinde azmettirmeye teşebbüsün iştirakte teşebbüsün özel bir görünüş şekli mi olduğu yoksa bazı hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı bir düzenleme mi olduğu tartışması yatar. Doktrinde hükmün iştirakin bir görünüş şekli olduğu *Maurach*, *Busch*, *Welzel* ve *Baumann* gibi yazarlar tarafından kabul edilmektedir.⁵⁷⁶ *Mayer*'e göre azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm, teşebbüse ilişkin olup azmettirmeye ilişkin değildir.⁵⁷⁷ *Allfeld*'e göre, azmettirmeye teşebbüs iştirakin bir görünüş şeklidir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm azmettirmeye ilişkin hükmün daraltılmış halidir.⁵⁷⁸

Demek ki asıl mesele hükmün teşebbüse ilişkin bölümde mi yoksa iştirake ilişkin bölümde mi düzenlenmesi gerektiğine dayanır.

Hükmün iştirakte teşebbüsün özel bir hali olarak kabul edilmesi durumunda; hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir durum olarak iştirakte bir ön alanın kabul

⁵⁷⁵ Görüşler için bkz. **Thalheimer**, s. 8-9.

⁵⁷⁶ **Lüthke**, s. 22-23.

⁵⁷⁷ **Max Ernst Mayer**, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, s. 397.

⁵⁷⁸ **Philipp Allfeld**, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9. Auflage, 1934, s. 229.

edilmesi gerekir. Dogmatik eğilim; bir taraftan azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmü, teşebbüs ve iştirake ilişkin düzenlemelerin haricinde kanundaki bağımsız yerinin tespitini açıklarken diğer taraftan hükmü belirli şartlar çerçevesinde cezalandırılabilir hazırlık hareketleri aşamasında özel bir düzenleme olarak görür. Bu düşüncenin geniş bir şekilde kabul gördüğünü ifade etmek gerekir. İçtihatlarda da hüküm, belirli bazı hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı özel bir düzenleme olarak kabul edilmektedir.⁵⁷⁹

Letzgus, kanunda azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir hazırlık hareketi olarak cezalandırıldığını ve hükmün kanunun genel hükümleri içinde iştirak bölümünde değil, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından teşebbüsün bir alt başlığı olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara göre*, nasıl ki teşebbüs ve iştirak kurumları suçun özel görünüş şekilleridir; aynı şekilde iştirakin ön alanında cezalandırılan hazırlık hareketlerinde failin aldığı konspiratif fiili işleme kararı bir dereceye kadar suçun özel bir görünüş şeklini oluşturur.⁵⁸⁰

Roxin, kanun koyucunun özel olarak belirlediği ve tehlikelilik aşamasına geçen ağır suçların hazırlık hareketi olarak ve bağımsız bir şekilde yaptırıma bağlandığı azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmü sadece bağımsız bir tipikliğin gerçekleştirilmesi olarak değil, teşebbüs ve iştirak fiillerinin cezalandırılmasına dair oturmuş kurallara istisnai bir hüküm olarak da algılamak gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁸¹

Thalheimer, iştirake teşebbüse ilişkin hükmün belirli hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı iştirakin ön alanı olarak kabul edilmesinin iştiraki tamamen devreden çıkarmayı gerektirmediğini ileri sürmüştür. Azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanında cezalandırılması buna ilişkin hükmün iştirak başlığı altında düzenlenmesini haklı kılmaktadır. Azmettirmeye teşebbüsün düzenlendiği hüküm ne iştiraktan ne de teşebbüsten bağımsız düşünülebilir; çünkü iştirak ve teşebbüse ilişkin hükümler ACK

⁵⁷⁹ **Thalheimer**, s. 9-10.

⁵⁸⁰ **Letzgus**, s. 220-221.

⁵⁸¹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 5.

md.30/f.1'in işlerliğine hizmet etmektedir. İştirakin ön alanında cezalandırılabilirlik eşiğinin tespiti için her ikisine de ihtiyaç vardır. Yani ön alanda cezalandırılabilirlik eşiğinin tespiti için iştirak ve teşebbüse ilişkin genel kurallardan faydalanılması gerekir. Teşebbüs ve iştirakin cezalandırılabilirliği göz önüne alınarak hükmün belirli hazırlık hareketlerinin özel olarak cezalandırıldığı bir düzenleme olarak kabul edilmesi daha yerinde olur.⁵⁸²

Sonuç itibariyle; azmettirmeye teşebbüs iştirak haricinde bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılmaktadır.⁵⁸³ Böylece Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs bir azmettirme suçu olmaktan ziyade başarısız bir azmettirme hali olarak teşebbüs sorumluluğu çerçevesinde kabul edilmiştir.⁵⁸⁴ Hüküm, bağımsız bir suç tipi olarak değil, ön alana kaydırmak suretiyle ceza sorumluluğunu genişleten bir hüküm niteliğinde olup, ceza yaptırımının sınırlı olarak uygulanması bakımından tahdidi bir karakter taşımaktadır; çünkü hükmün kapsamında ne yardım etmeye teşebbüs ne de cünhalara azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmaktadır.⁵⁸⁵

2. Azmettirmeye Teşebbüsün Özel Hüküm Olarak Düzenlenmesi Gerektiği Hakkındaki Görüş

Ceza kanunun özel hükümleri içinde bir suç tipi olarak cezalandırılması gerektiği ifade edilen azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine ilişkin olarak 19. yüzyılın ilk yarısında önemli bir “dönüm noktası (*Meinungsumschwung*)”⁵⁸⁶ yaşanmıştır. Bu yüzyılın ilk yarısında azmettirmeye teşebbüsün ceza kanunun özel kısmında cezalandırılması gerektiği yönündeki anlayışta bir farklılaşma yaşanmış ve aynı yüzyılın ikinci yarısından itibaren Almanya’da eyaletlerin ceza kanunlarının genel hükümlerinde cezalandırılması gerektiği yönünde bir eğilim hakim olmuştu. Eyaletlerin ceza kanunlarında yer edinmeye başlayan bu anlayış, İmp.CK’ya henüz

⁵⁸² **Thalheimer**, s. 11.

⁵⁸³ **Rogall**, s. 864; **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 59-60, 61-62; **Lüthke**, s. 16.

⁵⁸⁴ **Dubber/Hörnle**, s. 377; **Dessecker**, s. 550.

⁵⁸⁵ **Fischer**, §30, kn. 2a; **Vogler**, s. 340, 343.

⁵⁸⁶ **Zipf**, s. 141.

yansımamıştı. 1876'ya kadar azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılması kabul edilmemişti.⁵⁸⁷

1876'da kanuna eklenen ve *Duchesne* maddesi olarak adlandırılan hüküm cezanın belirliliği çerçevesinde muhtevası itibariyle bağımsız bir suç tipi olarak algılanmıştı.⁵⁸⁸ *Berner*, 1876'da kanuna eklenmesi için dönemin Alman meclisinde yapılan müzakerelerde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini ve eğer cezalandırılacaksa bunun bağımsız bir suç tipi (*selbständiger Straftatbestand*) olarak düzenlenebileceğini dile getirmiş ve azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılmasını eleştirmişti.⁵⁸⁹

Doktrinde asıl fiile ilişkin genel bir sınır koymanın yanında kanunda belli suçlarda düzenlemek suretiyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür. *Letzgus*'a göre, hayata ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar veya devlete karşı suçlar gibi önemli ve üstün nitelikte hukuksal değerlerin korunduğu suçlar ön plana çıkan suçlar olacaktır. Burada cezalandırmaya layık ve cezaya muhtaçlık suçun ağır olmasına değil, azmettiren ve failin iradelerinin birliğinden doğan özel tehlikeye dayanır. Cezalandırılabilirlik ölçüsü, hukuksal değerlerin daha az veya daha çok önemli olması değil; belirli hukuksal değerler bakımından suçun işlenmesine yönelik iştirakçiler tarafından gerçekleşen iradelerin uyuşmasının objektif olarak ortaya koyduğu tehlikelilik oranıdır.⁵⁹⁰

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi ceza sorumluluğunun öne alınmasının önemli hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen ağır haksızlıklarla sınırlandırılması gerektiği üzerinde fikir birliği vardır. Önemli hukuksal değerlerin korunmasının yanında devlete ve askeriyeyle ilişkin menfaatlerin korunması veya

⁵⁸⁷ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 1.

⁵⁸⁸ **Roxin**, AT II, §28, kn. 4; **Rogall**, s. 859; **Berner**, s. 202

⁵⁸⁹ **Berner**, s. 202.

⁵⁹⁰ **Letzgus**, s. 191-193.

iştirakte özel kişisel menfaatlerin korunması amacıyla iştirakin ön alanın belirli suç tipleriyle sınırlandırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁹¹

Busch'a göre, kanuna eklenen böyle bir hükümle özel hukuksal değerler koruma altına alınmış olur. Zira böyle bir hükümle hukuksal değerlere yönelik saldırının gerçekleştiği cezalandırılabilir büyük bir alan da kabul edilmiş olur.⁵⁹²

Bu düşüncelerden hareketle azmettirmeye teşebbüsün genel bir hükümle değil belirli suç tipleriyle düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Bu suç tiplerinin bulunduğu alanlardan hukuksal değer olarak devlete ait ve militarist menfaatlerin korunduğu politik ceza hukukunda, kamusal menfaatlerin korunduğu alanda ve askeri ceza hukukunda önemli hukuksal değerlerin korunduğu suç tipleri çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsün bağımsız olarak düzenlenebileceği ileri sürülmüştür.⁵⁹³ Örneğin ACK md.111/f.2'de "alenen suç işlemeye çağrı"⁵⁹⁴ suçunda çağrının başarıya ulaşmaması durumunda başarısız çağrının cezalandırmaya layık olduğu kabul edilerek aleni suç davetiyle tehlikeye sokulan kamusal menfaatlerin korunması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Azmettirmeye teşebbüsün özel hüküm bazında beyan suçları, gerçek görev suçları veya ticari sırların ifşasına yönelik suçlar, suçluyu kayırma ve firar etmesine neden olmak, çocuk düşürme gibi spesifik menfaatlerinin korunduğu suçlarda da cezalandırılabilir kabul edilmektedir. Bu suçlarda iştirakçilerden birinin şahsi menfaatinin azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilir özel tehlikeliliğin bir ölçütü olabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁹⁵ Örneğin ACK md.159'da bir cünha olarak düzenlenen ve ACK md.153'teki yalan tanıklığa azmettirmenin başarısız olması durumunda

⁵⁹¹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 38.

⁵⁹² **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 64.

⁵⁹³ **Letzgus**, s. 193-195.

⁵⁹⁴ Azmettirmeye teşebbüsü alenen suç işlemeye çağrı suçunun bağımsız bir görünüş şekli olduğunu ileri süren **Liszt, Wachemfeld**'in görüşleri için bkz. **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 59-60; **Lüthke**, s. 16.

⁵⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Letzgus**, s. 195-197.

azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel hükmün (ACK md.30/f.1) uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Azmettirmeye teşebbüsün önem arz ettiği bir diğer suç grubu iştirakçiler arasındaki bağılıktan kaynaklı suçlardır. Örneğin ACK md.357'de⁵⁹⁶ astını suç işlemeye yönlendirme başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁹⁷ Aynı yönde Alman Askeri Ceza Kanunu⁵⁹⁸ md.34'te askeri amirin astını bir cürme veya cünhaya azmettirmeye teşebbüsü cezalandırılmaktadır.⁵⁹⁹

Alman hukukunda bir görüşe göre, azmettirmeye teşebbüs *sui generis suç* (*delictum sui generis*) tipi olarak düzenlenmiştir. Bu görüşü savunan yazarlar, hükümde özel olarak korunan hukuksal değerlerden hareket etmiştir. Örneğin v. *List* ve *Wachenfeld*, burada korunan hukuksal değer devlet gücünün korunması olduğunu ileri sürerken; *Binding* ve *Meyer*'e göre, devlete bağlı sadakatli vatandaş profilinin oluşturulmasına ilişkin menfaat korunmaktadır. Böylece hüküm özel bazı hukuksal değerlerin ihlali olarak algılanmış ve kanunun genel hükümleri içinde düzenlense bile hükmün tehlikenin cezalandırıldığı bağımsız *sui generis* bir suç tipi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ ACK md.357: (1) *Astlarını görev sırasında hukuka aykırı bir fiil işlemeye yönlendiren veya yönlendirmeye girişen veya astlarının böyle bir hukuka aykırı fiili işlemelerine göz yuman [engellenebilmesine rağmen engellemeyen] bir amir, bu hukuka aykırı fiil için öngörülen ceza ile cezalandırılır. (2) İşlenen hukuka aykırı fiilin, söz konusu olan teftiş veya denetime tabi tutulan bir işlem ise, diğer bir kamu görevlisinin yaptığı görevine ilişkin işlemleri teftiş veya denetlemekle görevlendirilen bir kamu görevlisi hakkında da aynı hüküm uygulanır. Yenisey/Plagemann, s. 109.*

⁵⁹⁷ ACK md.357'de astını suç işlemeye yönlendirme başlı başına bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Ancak ACK md.357'de düzenlenen astını suç işlemeye yönlendirme suçu md.30'un özel bir hali olarak düzenlenmiştir. Yani iki hüküm arasında özel-gene norm ilişkisi vardır. Bu bağlamda, görev esnasında amirin astını bir fiile yönlendirmesi başarısız olduğunda ACK md.357'ye göre cezalandırılır. Ancak burada cezada indirim yapma imkânı yoktur. Bkz. *Dölling/Duttge/König/Rössner*, §30, kn. 108. Çünkü düzenlemeye göre bu durumda yönlendirilen suç için öngörülen ceza uygulanır.

⁵⁹⁸ 30.03.1957 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu (*Wehrstrafgesetzbuch*) [RG. 24.05.1974-yeniden ilan tarihi].

⁵⁹⁹ *Letzgus*, s. 199-200.

⁶⁰⁰ v. *List*, *Wachenfeld*, *Binding* ve *Meyer*'in görüşleri için bkz. *Letzgus*, s. 211-214. Karşı görüş için bkz. *Dölling/Duttge/König/Rössner*, §30, kn. 9.

Birkmeyer, azmettirmeye teşebbüste asıl fiil işlenmediğinden cezalandırılabilir bir azmettirme fiilinden de bahsedilemeyeceğini, bu yüzden hükmün şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak değil bağımsız ve *sui generis* bir suç tipi olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, böyle bir hükmün yeri kanunun özel kısmıdır. Azmettirmeye teşebbüs kanunun genel hükümleri içinde yaptırıma bağlanmamalıdır.⁶⁰¹ Azmettirmeye teşebbüste hukuk düzeni yoğun olarak tehlikeye düşürülmektedir. Bu tehlikenin bertaraf edilmesi adına kanunun genel hükümleri içinde azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel bir düzenlemeyle şeriklik genişletilmemelidir. ACK md.111’de düzenlenen suç işlemeye alenen çağrı suçu ile yakın bir ilişkisi olduğunu düşünen *yazara* göre, azmettirmeye teşebbüsün *sui generis* bir suç tipi olarak özel hükümler kısmında düzenlenmesi gerekir.⁶⁰²

3. Kanaatimiz

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün kanun sistematığı içindeki yerini tespit etmek için kurumun hukuki niteliğini belirlemek gerekir. Azmettirmeye teşebbüs azmettirmede başarısızlığın ortaya çıktığı özel bir durumdur. Hüküm ACK’da iştirake teşebbüsün bir türü olarak kabul edilmiş ve iştirake ilişkin hükümlerden hemen sonra düzenlenmiştir. Hükümde teşebbüse açıkça atıf yapılarak teşebbüs sorumluluğunun iştirak üzerinde önemli bir rol oynadığı ifade edilmek istenmiştir. Bu itibarla hüküm teşebbüsün iştirakte ceza sorumluluğunun genişleme gösterdiği bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Hükmün kapsamında teşebbüsten önceki alanda iştirak halinde işlenen bazı özel nitelikli hazırlık hareketlerinin hukuksal değerlere yönelik yol açtığı tehlike cezalandırılmaktadır. Önemli hukuksal değerlerin tespiti için hükümde cürüm-cünha ayırımıyla cezalandırma sınırı belirlenmiş ve azmettirmeye teşebbüsün sadece cürümlerde cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir. Alman kanun koyucusu, önemli hukuksal değerleri koruyan her bir cürümün tipikliğinde azmettirmeye teşebbüsü düzenlemediği gibi özel bir suç tipiyle de bir cürüm katalogunu oluşturmamıştır. Bu

⁶⁰¹ Bkz. aktaran **Poppe**, s. 208-209.

⁶⁰² Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 81.

itibarla hükmün kanunun neresinde düzenlenmesi gerektiği meselesinde iştirak-teşebbüs ilişkisinin ve bu doğrultuda yapılacak sistematik yorumda ceza hukukunda önemli bir yer işgal eden bu iki kurum arasındaki etkileşimin göz ardı edilmemesi gerekir. Teşebbüs ve iştirak kurumlarıyla olan ilişkisi bağlamında azmettirmeye teşebbüsün belli ağırlıktaki suç tipleri için kanunun genel kısmında bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılması gerekir. Alman kanun koyucunun azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün kanundaki yerine ilişkin tespitini yerinde bir belirleme olarak görmek gerekir.

C. Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

1. İştirakin Ön Alanı ve İştirakin Ön Alanında Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

a) İştirakin Ön Alanı

(1) İştirakin Ön Alanının Tehlikeliliği

Ceza hukukunda temel kural hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı yönünde olsa da, kanun koyucu özel suç ve ceza politikası sebeplerinden dolayı bazı durumlarda suça hazırlık aşamasını cezalandırarak teşebbüs, tamamlanma ve bitme aşamalarının gerçekleşmesini aramamaktadır. Hazırlık hareketleri istisnai olarak sadece tek kişi tarafından işlendiklerinde değil, iştirak halinde işlendiklerinde de cezalandırılabilir. Birden fazla kişinin iştirak ettiği hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı aşamaya “iştirakin ön alanı (*Vorstufen der Beteiligung*)”⁶⁰³ denir.⁶⁰⁴

Birden fazla kişinin ön alandaki düşünceleri, birliktelik oluşturmak suretiyle cezai olarak kınanabilir haksızlığın gerçekleşmesi tehlikesini önemli ölçüde arttırmaktadır. Haksızlığın gerçekleşmesi amacına yönelen potansiyel tehlikenin

⁶⁰³ Zipf, s. 141; Roxin, §30 StGB, s. 169; Kühl, Grundfälle, s. 874. Thalheimer, s.1 vd.; Letzgus, s. 1 vd. İştirakin ön alanı kavramının doğru bir kullanım olmadığı hakkında bkz. Rogall, s. 859; Schröder, s. 289.

⁶⁰⁴ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 547.

gerçekleşmesi ihtimali birden fazla kişinin suça yönelik hazırlığıyla daha da artmaktadır.⁶⁰⁵

Suçta hazırlığın iştirak halinde gerçekleştirilmesi durumunda iştirakin hazırlık aşaması söz konusu olur ve Alman hukukunda bu aşama iştirakin ön alanı olarak adlandırılır. İştirakin ön alanı iştirak halinde işlenen hazırlık hareketlerinin asıl fiile yönelik taşıdıkları potansiyel tehlikeliliği sebebiyle cezalandırıldığı alandır.

Günümüzde ceza hukukunun, sınırlarının genişletilmesi kapsamında önleme unsurları ile güçlendirilerek suçun işlenmesinden önceki aşamada ön alan kavramı altında genişletilmesi meselesi tartışılmaktadır. Bu anlayış, cezalandırmanın öne doğru çekilmesi gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir. Cezalandırılabilirliğin öne alınması kusur ilkesi (*Schuldprinzip*), faile yönelme (*Täterorientierung*), haksızlığın kişileştirilmesi (*Personalisierung des Unrechts*) ve önleyici-polis argümanı (*präventiv-polizeiliche Argument*) gibi hususlara dayandırılır.⁶⁰⁶ Özellikle soyut tehlike suçları ve karmaşık fail yapılanması şeklinde ortaya çıkan örgütlenme suçlarında ortaya çıkan bu anlayışta ceza hukuku korumasının ön alana doğru kaydırılması ile cezai sınırların yükseltilmesi genel olarak paralel gitmektedir.⁶⁰⁷

Ön alanın daha doğrusu ön alanda işlenen fiillerin cezalandırılabilirliği tehlikeye dayandırılmaktadır. Ön alanın cezalandırılmasıyla ceza hukuku önleyici temelde bir karakter değişikliği yaşamaktadır. Bu alanda bir kimse hukuksal değerlere saldırı teşkil eden suç işleme yönünde nihai kararını almakla tehlikeli bir şekilde suçluluğunu (kriminal niteliğini) ve iyi bir kişilik taşımadığını ortaya koymuş olmaktadır.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ **Günther**, s. 267.

⁶⁰⁶ **Jakobs**, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 751, 752.

⁶⁰⁷ Ulrich **Sieber**, Grenzen des Strafrecht: Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, çev. Feridun Yenisey, in: Ceza Hukuku'na Giriş, (173-228), 2. bs., İstanbul 2007, s. 194-195.

⁶⁰⁸ **Rogall**, s. 873.

Ön alanda ceza hukukunun müdahalesinin meşru kabul edilebilmesi bu alanda işlenen fiillerin cezalandırılabilirlik eşiğini aşan objektif tehlikeliliğin belirlenmesine bağlı olup, bunun için tehlikeyi gösteren belirtilerin ortaya çıkması gerekir.⁶⁰⁹

(2) İştirakin Ön Alanında Cezalandırılabilir Hazırlık Hareketleri ile Cezalandırılmaz Hazırlık Hareketleri Arasındaki Sınırın Belirlenmesi

Ceza hukukunda hazırlık aşamasının cezalandırılabilirliğini genişletmemek adına iştirakin ön alanında cezalandırılabilir hazırlık hareketleri ile cezalandırılmaz hazırlık hareketleri arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir.⁶¹⁰ Çünkü hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı durumlarda haksızlık karakterinin sübjektif niteliğinin güçlü olması, bu cezalandırılabilirliğin düşünce ceza hukukuna yaklaştığı kaygısını beraberinde getirir. Hukuk devleti ilkesini esas alan ceza hukukunda cezalandırılabilir hazırlık hareketleri ile cezalandırılmaz hazırlık hareketleri arasındaki sınırın mantıklı ve değerlendirilebilir nitelikte ölçütlerle yapılması elzemdir.⁶¹¹ Bu sınırın belirlenmesi ceza hukukunun sınırlarının belirlenmesiyle ilgilidir. Bu noktada ceza hukuku dar bir biçimde hukuksal değerlerin ihlali durumunda uygulanma ile sınırlandırılmalı ve bu kapsamı ne aşılmalı ne de bunun altında kabul edilmelidir.⁶¹²

Hazırlık hareketlerinin bağımsız cezalandırıldığı suç tiplerinde ceza hukukunun haksız bir şekilde genişleme tehlikesinin ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür.⁶¹³ Cezalandırılabilirliğin genişlemesi tehlikesini bertaraf etmek için ön alanda cezalandırılabilirliğin sınırlandırılması ve bunun için kriminal gerekliliğin ortaya konulması gerekir. Kriminal anlamda cezalandırma zorunlu ise bu alanda hazırlık

⁶⁰⁹ Müller, s. 460-461.

⁶¹⁰ Thalheimer, s. 18; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 751.

⁶¹¹ Müller, s. 455.

⁶¹² Douglas N. Husak, *Overcriminalization (The Limits of the Criminal Law)*, New York, 2008, s. 159; William Wilson, *Participation in Crime: Some Thoughts on the Retribution/Prevention Dichotomy in Preparation for Crime and How to Deal with it*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (115-140), England 2013, s. 127-128.

⁶¹³ Müller, s. 455.

hareketinin cezalandırmaya layık olduğu kabul edilebilir.⁶¹⁴ Ayrıca ön alanda işlenen hareketlerin hukuksal değerleri ihlale elverişli olması gerekir.⁶¹⁵

Failin tipik özelliği, failin tehlikeli halini ortaya koyması, bazı hazırlık hareketlerinin tespit edilebilmesinde herhangi bir zorlukla karşılaşılması, korunan hukuki konunun zarara uğramadan enerjik hareket edebilmek suretiyle henüz icraya başlanmadan saldırının ortadan kaldırılması düşüncesi, bazı suçlarda kullanılan aracın göstermiş olduğu tehlike ve toplum üzerinde yarattığı huzursuzluk kanun koyucuyu hazırlık hareketlerini bağımsız suç tipiyle cezalandırmaya zorlayabilir. Azmettirmeye teşebbüste azmettirenin ceza sorumluluğu buradan hareketle temellendirilmektedir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümde özel hazırlık hareketi niteliğinde olan azmettirme bağımsız olarak cezalandırılarak ceza sorumluluğu genişletilmekte ve bu genişleme hukuksal değerlerin tehlikeye girmesiyle açıklanmaktadır. Önemli hukuksal değerlere yönelik özel bir tehlike gerçekleştiği için azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi iştirakin ön alanında hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bağımsız hükümler öngörülmektedir. Azmettirmeye teşebbüste bir başkasının suçu işlemesi için harekete geçildiğinden ceza hukuku tepkisel olarak müdahil olmaktadır.⁶¹⁶

(a) Doktrinde İleri Sürülen Ölçütler

İştirakin ön alanında işlenen tehlikeli hazırlık hareketleri ile bu alanda tehlike arz etmediği için cezalandırmaya layık görülmeyen hazırlık hareketleri arasındaki sınırın belirlenmesi konusunda doktrinde bazı ölçütler ileri sürülmüştür.

Ön alan eylemlerinin sınırları olarak özel hayat ölçütüne göre hazırlık hareketleri alanında ceza hukuku yaptırımlarının meşruiyeti ancak normatif olarak anlaşılan özel hayat garantisi ile ulaşılabilir. Bütünüyle özgür olan özel hayat alanının

⁶¹⁴ **Thalheimer**, s. 18.

⁶¹⁵ **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 898.

⁶¹⁶ **Letzgus**, s. 119-121.

devletin müdahale alanının tamamen dışında tutulması gerekir.⁶¹⁷ Devletin müdahale etmesi durumunda bu alan biter ve kişinin vatandaşlık statüsü varlığını sürdüremez.⁶¹⁸

Ceza hukukunun müdahale alanını sınırlamak adına devletin, dış dünyayı rahatsız eden davranış olmadığı sürece özel hayata müdahalesi kabul edilemez. Ancak failin aktüel planına bakmadan tolere edilemeyeceği düşünülen bir davranışın yasaklanması mümkündür. Sadece özel hayat alanı dışına taşan fiilden dolayı kişiyi cezalandırmak mümkündür.⁶¹⁹

Jakobs'a göre, örneğin kişinin konutundaki yaşamsal faaliyetlerini sürdürmesi müdahaleden arınmış bir alanı gerektirir. Özel hayat alanında her türlü sosyal ilişki kurulabilmektedir. Bir tehlike oluşturmadığı sürece suçu hazırlayan sosyal ilişkilerin de bu kapsamda mütalaa edilmesi gerekir.⁶²⁰

Roxin'e göre, suçluluğun azaltılması amacıyla kişilerin özel hayatlarında izlenmesi hukuk devletinde mümkün değildir. Aşırı dereceye varan bir gözetleme bile ceza hukukunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca böyle bir gözetlemenin her yerde yapılması zaten mümkün değildir.⁶²¹

Yasal riske hakim olma ölçütüne göre, ceza hukuku bakımından önemli bir tehlikenin varlığı, davranıştan kaynaklanan riskin bizzat davranışta bulunan kişi tarafından veya bir diğer kişi tarafından kontrol altına alınamayacak olması halinde kabul edilebilir.⁶²² Failin sebep olduğu tehlike halinin artık bertaraf edilmesinin mümkün olunmadığının anlaşılması durumunda ceza hukukunun müdahalesi gerekebilir. Bu şekilde failin davranışının potansiyel veya aktüel olarak hâkim olunamaz olduğu hallerde hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının meşruluğundan

⁶¹⁷ **Müller**, s. 456.

⁶¹⁸ **Jakobs**, *Kriminalisierung im Vorfeld*, s. 755.

⁶¹⁹ **Müller**, s. 456, 460; **Jakobs**, *Kriminalisierung im Vorfeld*, s. 756-757.

⁶²⁰ **Jakobs**, AT, kn. 1a; **Jakobs**, “*Kriminalisierung im Vorfeld*”, s. 755.

⁶²¹ **Claus Roxin**, “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?”, çev. Yener Ünver, in: Ü. Yener (edt), *Suç Politikası Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi-5*, (55-70), Ankara 2006, s. 56.

⁶²² Wolfgang **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, s. 96-98. Ayrıca bkz. **Köhler**, AT, 1. Kapitel, s. 33.

bahsedilebilir. Bunun için korunan hukuksal değerin işlenen fiilden etkilenmesinin failin elinde olmaması gerekir. Olayın sonraki süreci, failin hakimiyeti haricinde kalıyorsa, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması haklı görülebilir.⁶²³ Köhler'e göre, failin davranışı ikinci bir davranışı gerektirmeden zarar meydana getirebilecek nitelikteyse, kişisel veya kişisel olmayan özgürlüklere zorunlu olarak müdahale mümkündür.⁶²⁴

İsnat edilebilirlik ölçütüne göre, iştirak halinde işlenen suçlarda hazırlık hareketlerinin bir kişiye isnat edilebilmesi bakımından, hukuk sùjelerine yönelik yabancı potansiyel suçlu davranışlarının vaktinden önce önlenmesine sadece istisnai hallerde izin verilmelidir. Hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılmasının meşrulaştırılmasında kural; şayet bir kimsenin fiili yalnızca kişisel sorumluluğu olan üçüncü bir kimsenin kasti suç teşkil eden fiili olarak hukuksal değeri ihlal edebilme niteliğindeyse zamanlama noktasında daha önce hareket eden kişinin bu hareket özgürlüğünün kısıtlanmamasıdır. İlk hareket eden kişinin ikinci hareket eden kişinin davranışına olan her fiili etkisi, onun diğerinin davranışından sorumlu tutmak için yeterli değildir. Üçüncü kişinin suç teşkil edici davranışlarını mümkün hale getiren veya teşvik eden ön alan hareketlerinin cezalandırılmasının engellenmesi mümkün değildir.⁶²⁵ Hazırlık hareketleri davranış niteliği itibariyle kriminal bir amaçla ilişkilendirilmediği sürece bunların cezalandırılması haklı ve meşru görülemez.⁶²⁶

Fonksiyonel eşdeğerli olan diğer hareketler (icrai fiillerle eşdeğer olan hareketler) ölçütüne göre, teşebbüse ilişkin hüküm gereğince fonksiyonel eş değerli hazırlık hareketlerin icrasına başlanması durumunda cezalandırılabilirliği hazırlık aşamasına kadar genişletmek meşru kabul edilebilir. Planlanan asıl fiilin özel tehlikeliliği ve onun önlenmesi amacıyla erken müdahale mecburiyeti hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasındaki haksızlığı ortadan kaldırmaz. Fiil hazırlığının

⁶²³ Müller, s. 457.

⁶²⁴ Köhler, AT, 1. Kapitel, s. 33

⁶²⁵ Müller, s. 457-458.

⁶²⁶ Wolfgang Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrecht*, Stuttgart 2000, s. 336.

objektif olarak ortaya çıkmış olması gerekir. Bunun için failin hazırlık aşamasında fiili işleme kararının objektif olarak ortaya çıkması şarttır. Yani ön alanda tehlikeyi ortaya koyan belirtilerin olması gerekir. Bu bağlamda suçla bağlantısı açıkça belirli olmayan günlük davranışlar ile suçun maddi konusu kapsamında olduğu konusunda tereddüt bulunmayan günlük davranışlar birbirinden ayrılmalıdır. Yani suç teşkil etmeyen ve günlük sosyal yaşamın olağan akışı içinde gerçekleştirilen davranışlar hazırlık hareketlerinin cezalandırılması kapsamında olmamalıdır.⁶²⁷ Müller'e göre, teşebbüste olduğu gibi dogmatik bir bakışla, "yüksek bir hareket fakat düşük bir netice" ortaya koymaları hasebiyle hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlar kabul edilebilir. Teşebbüsün cezalandırılması gerekçesine dayanmak dogmatik olarak doğru olabileceği gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının meşrulaştırılmasında tatmin edici de olabilir. Hareketin objektif olarak ortaya çıkışı, "bir suç bağlantısı ile ortaya çıkışı" şeklinde sınırlandırılmalıdır ve burada tehlikenin varlığı aranmalıdır⁶²⁸

(b) Kanaatimiz

Kanaatimizce iştirakin ön alanında cezalandırılabilir hazırlık hareketleri ile cezalandırılmaz hazırlık hareketleri arasındaki sınırın belirlenmesinde yasal riske hâkim olma ölçütünden hareket edilmelidir. İnceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketi olarak cezalandırılmasının meşruiyeti bu ölçüt esas alınarak açıklanabilir. Azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen tehlike bizzat azmettirme fiilinden kaynaklı olup, bundan sonra azmettiren tarafından kontrol edilmesi güç bir tehlikedir; çünkü bir kimsenin azmettirilmesiyle ok yaydan çıkmış durumdadır. Azmettirenin sebep olduğu tehlikenin artık bertaraf edilmesi kolay olmadığından ceza hukukunun müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır. Azmettiren, azmettirme kapsamında işlediği davranışları üzerinde aktüel hakimiyetini artık tesis edemez durumdadır. Bir kimseyi suç işlemeye ikna etme çabalarıyla elinden geleni yapan azmettiren, başlattığı kriminal süreç üzerindeki kontrolünü kaybetmiştir. Bundan sonra süreç azmettirenin hakimiyeti haricinde gelişmektedir. Azmettiren, hukuksal değerlere yönelik önemli

⁶²⁷ Müller, s. 458-459.

⁶²⁸ Müller, s. 460.

tehikeye yol açmış olup bu değerlerin başlayan kriminal süreçten etkilenmesinin önüne geçemez.

b) İştirakin Ön Alanında Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

Ceza hukukunda zararlar neticelenen hareketlerin cezalandırılması kural olsa da, zarara yol açmayan fakat cezalandırma eşiğini alt sınırlara çekmeye sebep olan birçok faaliyet vardır. Önemli hukuksal değerleri ihlal eden çok farklı risk oluşturuvcu davranışlara günümüzde artık rastlamak mümkündür.⁶²⁹ Hukuksal değerler sadece zarar ile değil zarar tehlikesinden dolayı da ihlal edilebilir.⁶³⁰ Ceza hukuku, hukuken korunan menfaatlere yönelik gerçekleşen zarar niteliğindeki saldırıları cezalandırdığı gibi tehlike niteliğindeki saldırıları da yaptırıma bağlamalıdır. Bu durumda hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlike zarar riskine yol açtığı için cezalandırılır.⁶³¹

Tehlike ile mücadele etme anlayışından hareketle kanun koyucu iştirakin ön alanında gerçekleşen tehlikeyi bertaraf etmek için mücadele araçları üretmeye başlar. Bu araçlardan birisi azmettirmeye teşebbüsü ceza tehdidi altına alan ACK md.30/f.1 hükmüdür. Bu durumda cezalandırma hazırlık aşamasına kadar geriletilir ve ceza failin kınanabilirliğine değil gelecekte işlenecek olan fiillerin önlenmesi çabasına yönelik bir anlam kazanır.⁶³²

Azmettirmeye teşebbüste haksızlık içeriği bağıllık kuralıyla açıklanamayan özel nitelikte bir hazırlık hareketinin cezalandırılmasının ceza hukukunun koruma fonksiyonu ile öne çekilmesi durumu vardır.⁶³³ Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs iştirakin ön alanının cezalandırıldığı (özel) durumlardan biri olarak kabul edilmektedir.⁶³⁴ İştirakin ön alanında cezalandırılabilirliğin öne çekildiği bu durumda

⁶²⁹ **P. George Fletcher**, *The Grammar of Criminal Law (American Comparative, and International)*, V. I: Foundation, New York 2007, s. 41-42,

⁶³⁰ **Keiler**, s. 26.

⁶³¹ **Duff/Green**, s. 44.

⁶³² **Jakobs**, *Yurttaş Ceza Hukuku*, s. 491.

⁶³³ **Bloy**, *Grund und Grenzen* s. 494.

⁶³⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547. Cezalandırılabilirliğe ilişkin tartışmaların günümüzde devam ettiği hakkında bkz. **Schönke/Schröder**, §30, kn. 1, 2.

azmettirme fiilinin bağımsız bir hazırlık hareketi olarak cezalandırmaya layık kabul edilebilmesi için hukuksal değerleri tehlikeye sokması gerekir.⁶³⁵ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği ön alanın cezalandırılabilir olduğundan hareketle hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine dayandırılır.⁶³⁶ Azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hüküm, asıl fiilin tipikliğine ilişkin farklı hukuksal değerlerin korunması amacını yerine getiren bir düzenlemedir.⁶³⁷

Azmettirmeye teşebbüste azmettiren failin iradesine doğrudan etki etmek suretiyle onda suç işleme motivasyonuna yol açmakta ve fail azmettirmeyi reddetse dahi tehlikeli hazırlık hareketi niteliğindeki azmettirme fiilini işlemiş olmaktadır.⁶³⁸ Azmettirmeye teşebbüs hükmünü kriminal nitelikte (*kriminaethischer Natur*) bir norm olarak gören *Dreher*; azmettirmeye teşebbüsü suç işlemeye kesin karar veren failin suçluluğunu, asıl fiilin teşebbüs eşiğini aşmasını sağlayacak nitelikte bir saldırı olmadığı için hukuksal değerlere yönelik daha hafif gerçekleşen bir saldırı olarak nitelendirir.⁶³⁹

Bağılılık kuralından yola çıkan *Nikolidakis* ise; ceza hukukunun üstlendiği vazifeyi nazara vermek suretiyle azmettirmeye teşebbüste hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlikenin gerçekleşmediğini, sadece işlenmiş bir asıl fiilin varlığı halinde hukuksal değerlerin doğrudan doğruya ihlalinden bahsedilebileceğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, en azından teşebbüs aşamasına varan hukuka aykırı bir fiil olmadan, hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir bir tehlikeden ve buradan hareketle azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi şerikliğin bağımsız olarak cezalandırılmasından bahsedilemez. Fiilin yokluğu bu ihlal bağlantısını ortadan

⁶³⁵ **Schönke/Schröder**, §13, kn. 9.

⁶³⁶ **Jakobs**, *Kriminalisierung im Vorfeld*, s. 752; **Letzgus**, s. 127 vd.

⁶³⁷ **Murmann**, §28 kn. 6.

⁶³⁸ **Letzgus**, s. 127.

⁶³⁹ **Thalheimer**, s. 11-12.

kaldırır. Hukuksal değer ihlalinin bahsedilmeyen bir durumda, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir şerikliğinin ön alanı ile ilgisinden de bahsedilemez.⁶⁴⁰

İştirakin ön alanında gerçekleşen ikna faaliyetleri, asıl fiil teşebbüs aşamasına varmamış olsa bile hukuksal değerlere yönelik tehlike anlamında bir saldırı teşkil eder. Burada gerçekleşen tehlike teşebbüsteki kadar yoğun olmasa da hukuksal değerlerin ihlali bakımından önemsiz de değildir. Ancak azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi ön alanda işlenen hazırlık hareketlerinin korunan hukuksal değerleri tek fail tarafından işlenen hazırlık hareketinden daha fazla tehlikeye sokması gerekir.⁶⁴¹ Azmettiren; daha iştirakin ön alanında iken öyle bir tehlikeye neden olmalıdır ki bu tehlike, failin suç planının temelleri hakkında objektif olarak fikir verebilen bir tehlike olmalıdır. Tehlikenin ayrıca hayatın olağan akışı çerçevesinde gerçekleşmeyebileceği ihtimali hesaba katılmalıdır. Fiil ancak büyük bir potansiyel tehlikeyi bünyesinde taşıyan haksızlığı ortaya koyuyorsa hazırlık hareketi niteliğindeki azmettirme fiilinin bağımsız olarak cezalandırılmasından bahsedilebilir.⁶⁴²

Ön alanda azmettirmenin gerçekleşmesiyle ortaya çıkan tehlike, fail aracılığıyla ortaya konulan suçun işlenme rizikosudur. Alman hukukunda bu tehlike azmettirenin olayı elden çıkarmasıyla (olayı terk etmesiyle) ortaya çıkan ve kriminal niteliği olan tehliktir.⁶⁴³ Azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanında işlenen bazı hazırlık hareketlerinin birden fazla kişi tarafından işlenmesinin tek kişi tarafından işlendiğinde ortaya çıkan potansiyel tehlikeyi arttırması (*Gefahrsteigerung*) ve artık üzerinde hakimiyet sağlanamayacak tehlikeli sürece neden olduğu için cezalandırmaya layık görülmüştür.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ **Nikolidakis**, s. 53-54.

⁶⁴¹ **Letzgus**, s. 122.

⁶⁴² **Ulrich Sieber**, “Legitimation und Grenzen von Gefährungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt– Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”, *NStZ*, 2009, s. 361. Burada kuvvetle muhtemel bir zararın gerçekleşme ihtimalinin olması gerektiği hakkında bkz. **Müller**, s. 459-460.

⁶⁴³ **Camargo**, s. 751-752.

⁶⁴⁴ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 1; Aynı yönde bkz. **Kühl**, *Grundfälle*, s. 874; **Rogall**, s. 870.

Teşebbüste cezalandırılan tehlike ile azmettirmeye teşebbüste cezalandırılan tehlikeyi eş değer gören *Lüthke*, azmettirmeye teşebbüste cezalandırılan tehlikenin soyut tehlike olduğunu ve hukuksal değerlere yönelik burada cezalandırılabilir somut bir tehlikeden bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür; çünkü azmettirmeye teşebbüs hazırlık aşamasında genel tehlikeye sebep olan bir fiil olarak işlenmiştir. Azmettirenin faili başarılı bir şekilde etkilemesiyle, azmettirenin elinden çıkıp failin eline geçen nedensel süreç başlamıştır. Failin hukuksal değerlere saldırı teşkil eden fiili işleme kararı failin tehlikeli halini ortaya koymuştur. Azmettiren, ortaya koyduğu bu tehlikelilik hali ile suça teşebbüs eden kişiden daha az kusurlu değildir.⁶⁴⁵

Azmettirenin davranışları bakımından tehlikenin teşhisi için fail ile azmettiren arasındaki somut ilişkinin göz önünde bulundurulması gerekir.⁶⁴⁶ Azmettirenin hukuksal değerlere yönelik tehlikeyi gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti bakımından azmettirmeye yönelik açıklamaların motive edici gücü ve failin kişiliği gibi somut olayın şartları önem arz eder. Ayrıca fail ile azmettiren arasındaki somut ilişki ve suçun işlenmesinde failin menfaati bu tespit bakımından etkili hususlardır.⁶⁴⁷

(1) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Alman hukukunda gerek doktrinde gerekse içtihatlarda, tehlikeli hazırlık hareketlerinin cezalandırılması (failin tehlikeliliği) azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün düzenlenmesinin temel sebebini oluşturur.⁶⁴⁸

Doktrinde tehlike temelinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebeplerine ilişkin “konspiratif tehlike” ve “olay üzerinde hakimiyet kaybının tehlikeliliği” olmak üzere temelde iki görüş ileri sürülmüştür.⁶⁴⁹ Ayrıca “azmettirenin

⁶⁴⁵ **Lüthke**, s. 3-4; İştirake teşebbüse ilişkin normun soyut tehlike suçu olduğu hakkında bkz. **Rogall**, s. 872, 876. Karşı görüş için bkz. **Fieber**, s. 187; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 344.

⁶⁴⁶ **Camargo**, s. 759.

⁶⁴⁷ **Camargo**, s. 754-755.

⁶⁴⁸ **Dolling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 6.

⁶⁴⁹ **Jakobs**, Kriminalisierung im Vorfeld, s. 765, dn. 19; **Rogall**, s. 872; **Thalheimer**, s. 11; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 493; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 170; **Durl**, s. 407.

ahlakının kötülüğü”⁶⁵⁰, “haksızlık anlaşması”⁶⁵¹ ve “varsayımsal bağlılık”⁶⁵² gibi görüşler de azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebepleri olarak ileri sürülen görüşlerdendir.

(a) Konspiratif Tehlike Görüşü

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak ileri sürülen görüşlerden biri iştirakin ön alanında birden fazla kişinin iradesinin birbirine bağlanmasından doğan (özel) tehlikelilik görüşüdür.⁶⁵³

İştirake teşebbüsün bağımsız hazırlık hareketi olarak cezalandırılmasının sebebi olan özel tehlikelilik; “bağlayıcı etki (*Bindungswirkung*)”, “konspiratif irade uyuşması (*konspirative Willensübereinstimmung*)”, “tek taraflı veya karşılıklı telkin etkisiyle manevi kuvvetlendirme (*psychischen Starkung durch einseitige oder wechselseitige Suggestionwirkungen*)” ve “iletişim aracılığıyla normun inkarı (*Normdesavouierung*)” gibi temellere dayandırılır. *Letzgus*, birden fazla kişinin birbiriyle etkileşiminin tek kişinin hareketinden daha tehlikeli olduğunu, ortaya çıkan bu özel tehlikeliliğin irdelenmesi gerektiğini; fiili işleme kararının yol açtığı tehlikeliliğin, organize edilmiş ve planlanmış işbirliğinin neticesi olarak “telkin edici etki (*suggestive Einflüsse*)” ve “psikolojik/manevi kuvvetlendirme (*psychische Starkung*)”⁶⁵⁴ aracılığıyla belirlenebileceğini ileri sürmüştür.⁶⁵⁵ Yazar, telkin edici etki ve manevi kuvvetlendirmeyi, konspiratif irade oluşumunun tehlikeliliği (*besondere Gefährlichkeit konspirativer Willensbildungen*) kapsamında azmettirmeye teşebbüsün özel meşruluk sebepleri olarak kabul etmiştir.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 6 vd.

⁶⁵¹ **Puppe**, AT, §25, kn. 6.

⁶⁵² **Joecks**, §30, kn. 11.

⁶⁵³ **Roxin**, §30 StGB, s. 170-171. **Schröder**, s. 289; **Kühl**, Grundfälle, s. 875.

⁶⁵⁴ Cezalandırmaya layık olmanın bir ölçütü olarak manevi kuvvetlendirme için bkz. **Letzgus**, s. 134, 135.

⁶⁵⁵ **Letzgus**, s. 126, 136; Aynı yönde bkz. **Dolling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 7.

⁶⁵⁶ Bkz. aktaran **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547.

Leztgus'a göre, kriminal bağların tehlikeliliği ölçütü iştirakin ön alanında her bir iştirakçinin hareketinin haksızlığı ve kusurluluğu ölçütünden daha gerçekçi bir ölçüttür. Azmettirmeye teşebbüsteki gibi cezalandırılabilirlik sınırının öne çekilmesi durumlarında hukuksal değerlerin zorunlu olarak korunması noktasında kriminal bağların objektif tehlikeliliği gibi bir ölçütün kabul edilmesi gerekir.⁶⁵⁷

Rogall, iradelerin uyuşmasından doğan tehlikeyi iş bölümü yaparak güçleri birleştirme ve suç üzerine uyuşan iradelerin alışverişinde temellendirmektedir. *Yazara* göre, burada konsipratif bir iletişim gerçekleşmektedir. Kanun koyucu azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmakla konspiratif irade birliğinin ve iradeleri etkilemenin yol açtığı tehlikeye işaret etmiştir. Böylece iştirakçiler arasında yükseltilmiş bir iletişim tehlikesi (*hochgefährlich Kommunikation*) olarak kriminal bir süreç yaşanmaktadır. Bu durum fiilin işlenmesi ihtimalini daha da arttırmaktadır. Kanun iştirakin ön alanını cezalandırmak suretiyle birlikte gerçekleştirilen kriminal iş birliği hazırlıklarını ve tehlikeli haksızlık anlaşmaları şeklindeki oluşumları engellemek istemiştir.⁶⁵⁸

İştirakin ön alanında planlanan fiilin işlenmesine birden fazla kişinin iştirakinin fiilin işlenmesinin tehlikeliliğini arttırdığı, burada tek kişinin suçun hazırlığını yapmasında olduğu gibi fiilin işlenmesi üzerine verilen kararlar birlikte olayın artık tek kişinin tekelinde olmadığı ileri sürülmüştür. Bu noktada azmettirmeye teşebbüste birden fazla kişi arasındaki bu bağıllığın korunan hukuksal değerler için tehlikeli olduğu belirtilmiştir. Bu anlamda bir suçun işlenmesine yönelik birden fazla kişinin iradelerinin karşılıklı olarak birbirine bağlanması ve birbirine geçmesi özel bir tehlikeliliğe işaret etmektedir. 1970'li yıllarda savunulan iştirakin ön alanında iradelerin konspiratif bağıllığının tehlikeliliği görüşü, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı hükmün dar yorumlanması bağlamında temellendirilmesinde esas alınan bir görüş olmuştur. İradelerin konspiratif bağıllığının tehlikeliliği görüşünün, olması gereken hukuk bakımından azmettirmeye teşebbüsün türlerinden sadece failin

⁶⁵⁷ **Letzgus**, s. 220.

⁶⁵⁸ **Rogall**, s. 871-872.

nihai fiili işleme kararını aldığı neticesiz azmettirme bakımından değil; azmettirenin ikna etmeye yönelik faaliyetlerini işlemesine rağmen failin suç işlemeye yönelik nihai kararını almadığı başarısız azmettirme bakımından da geçerli olduğu doktrinde baskın görüş tarafından kabul edilmektedir.⁶⁵⁹

Letzgus, failin fiili işleme kararını almadığı durumda işlenen azmettirmeye teşebbüs fiilinin tek failin işlediği hazırlık hareketlerinden farklı ve cezalandırmaya layık olmadığını ileri sürerek baskın görüşten ayrılmıştır. *Yazara* göre, sadece failde fiili işleme kararının alınmasına neden olma durumunda hareketin tehlikeliliğinden ve bu şekilde fail ile azmettiren arasında gerçek bir bağlanmadan bahsedilebilir. Bir diğer ifadeyle iştirakin ön alanındaki tehlikelilik sınırı failin fiili işleme kararını almasıdır. Dolayısıyla azmettirenin failin fiili işleme kararını almasına neden olmadığı bir olayda işlenen azmettirme fiilinin hazırlık hareketi olarak cezalandırmaya layık olmasından bahsedilemez.⁶⁶⁰

Doktrinde baskın görüşten ayrılarak fiili işleme kararının alınmadığı olaylarda azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmaya layık görmeyen yazarlardan bir diğeri *Zaczyk*'dir. *Yazara* göre, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilmesi için en azından asıl fiili işleme kararının alınmasının yani kısmi bir başarının/neticenin (*Teilerfolg*) sağlanmış olması gerekir.⁶⁶¹ *Zaczyk*, failin fiili işleme kararını almasını azmettirme fiilinin zorunlu kısmi başarısı olarak cezalandırmaya layık olduğunu ileri sürmüştür. Failde fiili işleme kararının alınmasına neden olmak bir taraftan iradelerin tehlikeli bağıllığı anlamında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının bir gerekçesiyken, diğer taraftan somut suç tehlikesinin gerçekleştirilmesi anına kadar teşebbüs başlangıcının geriye çekilmesi olarak anlaşılmaktadır. Buradan hareketle *Zaczyk*, failin en baştan suç işleme teklifini geri çevirdiği veya failin

⁶⁵⁹ **Camargo**, s. 736.

⁶⁶⁰ **Letzgus**, s. 129, 135.

⁶⁶¹ Bkz. aktaran bkz. **Rogall**, s. 870.

halihazırda suçu işleme kararını aldığı *omnidos facturus* durumlarının cezalandırmaya layık olmadığını ileri sürmüştür.⁶⁶²

Letzgus ve *Zaczyk*'in fiili işleme kararının alınmadığı azmettirmeye teşebbüs durumunun cezalandırılmaz olduğu yönündeki görüşleri baskın görüş tarafından kabul edilmemektedir. Baskın görüşe göre, ACK md.30/f.1 çerçevesinde azmettirenin cezalandırılabilmesi için fail tarafından alınmış bir kararın olması gerekmemektedir. Konspiratif bağlanma düşüncesi, baskın görüşte failde fiili işleme kararının alınmasına neden olma olarak azmettirme kavramını içeren tüm olaylarda geçerli kabul edilmemektedir.⁶⁶³

Doktrinde baskın görüşe göre, iradelerin karşılıklı bağlanmasının yol açtığı tehlikelilik azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesini tam olarak açıklayamamaktadır.⁶⁶⁴ İradelerin bağlanması görüşünü kabul etmeyen bu görüş, yönünü “hakimiyet kaybının tehlikeliliğine” çevirmiştir. İradelerin bağlanmasının özel tehlikeliliği görüşünün bir kimseyi azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutmak için yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, azmettiren gelen basit bir suç işleme önerisi dahi failde fiili işleme kararının alınmasına sebep olabilir. Ayrıca basit bir öneri iki kişi arasında iradelerin bağlılığını ortaya koyabilir ve özellikle azmettirme ortamının yaratıldığı ve failin azmettirenin faaliyetlerinden haberinin bile olmadığı durumlarda geçerli olabilir.⁶⁶⁵

Fieber'e göre, ACK md.30/f.1'in yorumundan hareketle, fail ile azmettiren arasındaki tehlike bağlantısının ortaya çıkması baskın görüş tarafından azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak günümüzde artık kabul edilmemektedir. Olayın kontrol edilemez gelişimi ile sonuçlanan konspiratif bağlamda tehlikeliliğin gerçekleştiği yönündeki düşünceye karşı çıkan bu görüşe göre, iştirakçiler arasındaki

⁶⁶² **Camargo**, s. 737.

⁶⁶³ **Camargo**, s. 758.

⁶⁶⁴ Eleştiriler için bkz. **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 545.

⁶⁶⁵ **Camargo**, s. 738.

bağ ne kadar güçlüyse fiil üzerindeki kontrol de o kadar güçlü olur.⁶⁶⁶ Örneğin fail en baştan beri suç teklifini reddetmişse azmettirenin yine de cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir; çünkü burada fail ile azmettiren arasında tehlike bağlantısının gerçekleşmesi aranmamaktadır. Fail fiilin işlenmesine ilişkin esas olan hazırlığını açıkladığı zamanki durum teklifin reddedildiği durumdan daha tehlikeli hale gelir. İlk durumda artık bu tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁶⁶⁷

(b) Olay Üzerinde Hakimiyet (Kontrol) Kaybının Tehlikeliliği Görüşü

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak ileri sürülen bir diğer görüş hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine yol açmak suretiyle olay üzerinde kontrol kaybının (*Kontrollverlust über das Geschehen*) gerçekleşmesi görüşü olup, doktrinde baskın görüş bu yöndedir.⁶⁶⁸ Azmettirmeye teşebbüsün, tehlikeden dolayı başlı başına bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılması olay üzerinde hakimiyet kaybı temelinde meşrulaştırılmaktadır.⁶⁶⁹

Hakimiyet kaybı, azmettirenin elinden çıkardığı olayın bundan sonraki etkisini üstlenmesi anlamına gelir. Hakimiyet kaybı ile azmettiren bundan sonra failin kaderine terk edilmiş olur. Azmettiren faile olan desteğini sürdürürse, henüz hakimiyet kaybı yaşanmamış ve objektif fiil haksızlığı da gerçekleşmemiş demektir.⁶⁷⁰

Bu görüşe göre, bir kimseyi azmettirmekle olay üzerinde hakimiyet (kontrol) kaybı gerçekleşmekte ve azmettiren kriminal olayı elinden çıkarmaktadır.⁶⁷¹

⁶⁶⁶ **Fieber**, s. 187; **Camargo**, s. 753, 757-758.

⁶⁶⁷ **Camargo**, s. 753.

⁶⁶⁸ **Joachim Kretschmer**, “Anforderungen an versuchte Anstiftung”, *NSZ*, 1998, s. 401; **Camargo**, s. 738; **Kühl**, *Grundfälle*, s. 875; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Jörg Eisele**, “Strafrecht AT: Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gegenüber einem verdeckten Ermittler”, *JuS* 2019, s.1029.

⁶⁶⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 912.

⁶⁷⁰ Aynı yönde bkz. **Bloy**, *Grund und Grenzen*, s. 495-496.

⁶⁷¹ **Kühl**, *Grundfälle*, s. 875. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak kontrol kaybı görüşünün kabul edilmesinin elverişsiz teşebbüsü (*untauglicher Versuch*) hükmün kapsamına alma ihtiyacıyla ilişkili olduğu ve bunun özellikle failin azmettiren tarafından ikna edilmiş gibi gözüktüğü olaylarda geçerli olduğu hakkında bkz. **Camargo**, s. 740.

Azmettiren, azmettirme yönünde gerçekleştirdiği ikna faaliyetleriyle elinden geleni yapmıştır.⁶⁷² Burada failin olayı ne dereceye kadar elinde tuttuğu ve fiilin fail tarafından işlenme riskinin ne derecede olduğu önem arz eden hususlardır.⁶⁷³

Bu görüş çerçevesinde azmettirenin bir kimseyi suç işlemeye ikna etmesiyle, içerisine girdiği kriminal süreci elinden çıkarttığı ve artık azmettirenin bundan sonra başka bir şey yapmasına gerek kalmaksızın sürecin suçun tamamlanmasına kadar gidebileceği ileri sürülmüş ve doktrinde yaşanan hakimiyet kaybının hukuksal değerler üzerinde tehlikeye yol açması sebebiyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir.⁶⁷⁴

Hakimiyet kaybı görüşüne göre olay üzerinde kontrol kaybının gerçekleşmesiyle bağımsız ve artık üzerinde hakimiyetin kurulamayacağı nedensellik süreci azmettiren tarafından başlatılmıştır.⁶⁷⁵ Azmettiren tehlikeli kriminal bir süreç başlatarak olayı elinden çıkarmıştır. Böylece işlenmesine devam edilebilirliği her zaman imkân dahilinde olan fiilin işlenmesinde onun katkısı olmayacak şekilde olayı elinden çıkarmıştır.⁶⁷⁶ Nihayetinde kriminal olayın azmettirenin elinden çıkmasıyla hukuksal değerlere yönelik tehlike gerçekleşmiştir.⁶⁷⁷

Azmettirenin olayı elinden çıkarmasıyla tehlikenin gerçekleşmesine sebep olan husus, azmettiren ile fail arasında gerçekleşen fiili işlemeye yönelik gerçekleşen iletişimin başarısızlığa uğramış olmasıdır. Fail kesin olarak fiili işleme kararını almaz veya kararı almasına rağmen fiil teşebbüs aşamasına varmamış olsa bile azmettirenin olayı elinden çıkarmasıyla şeriklik fiilinin tehlikeliliği gerçekleşmiş olur.⁶⁷⁸

⁶⁷² **Roxin**, §30 StGB, s. 170; **Eisele**, versuchte Anstiftung, s. 1029.

⁶⁷³ **Eisele**, versuchte Anstiftung, s. 1029.

⁶⁷⁴ **Roxin**, §30 StGB, s. 170; **Camargo**, s. 739; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 913, dn. 74; **Günther**, s. 268;

⁶⁷⁵ **Camargo**, s. 739; **Eisele**, versuchte Anstiftung, s. 1029.

⁶⁷⁶ **Rengier**, AT, §47, kn. 8; **Roxin**, AT II, §28, kn. 5, 8, 12; **Camargo**, s. 751.

⁶⁷⁷ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Kretschmer**, s. 401.

⁶⁷⁸ **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093.

Tehlikeyi birlikte alınan fiili işleme kararının tehlikeliliğinde arayan görüş, azmettirmeye teşebbüste tehlikenin azmettirenin davranışından kaynaklanmadığını ve bu tehlikenin failin reaksiyonuna dayandığını ileri sürerek hakimiyet kaybı görüşünü eleştirmiştir. *Dreher*, faili göz ardı etmek suretiyle fiilin işlenmesinin azmettirenin müdahalesine bağlı olmadığını, iştirak edenin kusurunun fiilin işlenmemesi sebebiyle azalmadığını ve fiilin işlenmemesinin onun kişiliğini iyileştirmediğini, hâkimiyet kaybı görüşünün benimsenmesiyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması için *kriminal-etik* bir temellendirmenin kabul edilmiş olduğunu ileri sürmüştür.⁶⁷⁹

Lange, iştirak alanında daha hafif bir değerlendirmeye tabi kılınan dogmatik “fiil hakimiyetinin eksikliği” sebebiyle azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün anayasaya aykırı olduğunu, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırabilirliğinin fiil hakimiyeti ölçütüne göre değerlendirilebileceğini, fakat fiilin hazırlayıcısı konumunda olan azmettirenin fiil üzerindeki hakimiyetinin tam olduğunu ve bu hakimiyetin azmettirenin elinden çıkmadığını; bu yüzden azmettirmeye teşebbüsün cezasız kalması gerektiğini ileri sürmüştür.⁶⁸⁰

Letzgus, fiili hakimiyet fiilin işlenmesi konusunda önemli rolü olan bir ilke olmakla birlikte suça hazırlık üzerinde hakimiyetten (*Vorbereitungsherrschaft*) bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, hazırlık aşamasında azmettiren bir taraftan suça hazırlık niteliğini taşıyan azmettirmeyi bu aşamada herhangi bir zamanda sona erdirebilir; diğer taraftan ise failin suç işleme planını sona erdirip erdirmeyeceği artık azmettirenin elinde olmadığı için fiil üzerinde hakimiyet hazırlık aşamasında cezalandırmaya layık olmanın bir ölçütü olamaz. İştirakçinin tehlikeliliğinin derecesi “muhtemel fiil hakimiyetine (*prasumptiven Tatherrschaft*)” değil; aksine fail ile azmettiren arasında gerçekleşen somut iş birliğine dayanır. Cezalandırılabilirlik fiil

⁶⁷⁹ Bkz. aktaran **Camargo**, s. 740.

⁶⁸⁰ Bkz. aktaranlar **Rogall**, s. 859; **Letzgus**, s. 142.

hakimiyeti yokluğuna değil, iştirak edenler arasındaki konspiratif irade uyuşmasına dayanır.⁶⁸¹

Azmettirenin olay üzerindeki kontrol kaybı, doktrinde bazı yazarlarca teşebbüs başlangıcının objektif ölçütü olarak kabul edildiği gibi, özellikle bir araç veya kişi vasıtasıyla gerçekleştirilen azmettirme olaylarında azmettirmeye teşebbüs hareketi, ortaya koyan açıklamaları içeren mesajın azmettirenin hakimiyet alanını terk ettiği durumlarda veya fiilin yeterince somutlaştırıldığı olaylarda teşebbüs başlangıcını belirlemede bir argüman olarak kullanılmaktadır.⁶⁸²

Azmettirmeye teşebbüsün kontrol kaybı olarak formüle edilmesinde, özellikle fiili işleme kararının alınmadığı veya azmettirme fiilinin elverişsizliği olaylarında azmettirenin bağımsız objektif tehlikeliliğe yol açan davranışlarına odaklanılmaktadır. Azmettirme fiilinin objektif tehlikeliliği hukuksal değerleri tehlikeye sokmaktadır.⁶⁸³ Böylece, azmettirmeye teşebbüsün türlerinden başarısız azmettirme ve elverişsiz azmettirme bu görüş temelinde meşrulaştırılmaktadır.

(c) Azmettirenin Ahlakının Kötülüğü Görüşü

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak ileri sürülen bir başka görüş azmettirenin ahlakının kötülüğü görüşüdür. Bu görüşe göre azmettirenin ikna faaliyetlerine girişmesi ahlakının bozulduğunun göstergesidir. Failin kendisine yöneltilen suç teklifini reddetmesinde olduğu gibi fiilin işlenmemesi durumunda azmettirenin yaptığı suç teklifinin bir kötülüğü yansıttığı ve bu yüzden azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin azmettirenin ahlaki kötülüğüne dayandırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür. Azmettirenin ahlakının kötülüğü azmettirmenin başlı başına bir haksızlık teşkil etmesiyle de ilişkilendirilmektedir. Fail için azmettirenin fiilini hazırlık aşamasından çıkarmasının hiçbir zorluğunun olmadığı, azmettirenin teklifinin suçun doğrudan doğruya başlaması olarak anlaşılabileceği ve

⁶⁸¹ **Letzgus**, s. 142.

⁶⁸² **Camargo**, s. 741.

⁶⁸³ **Camargo**, s. 758.

bundan hareketle teşebbüste doğrudan doğruya icraya başlama ölçütünün sadece ceza kanunun özel kısmında düzenlenen suç tiplerinde değil aynı zamanda failin suç işlemesi için onun üzerinde etkisini gösteren şerikin başlı başına haksızlık teşkil eden fiiline de uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre şerikliğin kendisi başlı başına haksızlık teşkil etmektedir. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının temeli azmettirme fiilinin başlı başına bir haksızlık içeriğine sahip olmasına dayandırılmaktadır. Böyle bir fiil azmettirenin başlı başına kusurlu hareket ettiği anlamına gelir. Azmettiren bir kimseyi azmettirmekle hukuksal değerlerin korunduğu tipik bir fiili işlemiş olmaktadır.⁶⁸⁴

19. yüzyılda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olduğunu kabul eden *Bauer*, o dönem azmettirmeye teşebbüste azmettirenin kötü kastının (*böse Vorsatz*) cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştü.⁶⁸⁵

Lüthke'ye göre ise, azmettiren suç işleme yönündeki kötü düşüncesinden dolayı cezalandırılmamaktadır. Azmettirenin cezalandırılmasını sebebi onun, bir başkasını sonuçsuz kalmış ve dış alemde açıkça fark edilebilir etkileme (azmettirme) fiilidir.⁶⁸⁶

(d) Haksızlık Anlaşması Görüşü

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğini haksızlık anlaşmasına dayandıran *Puppe*'ye göre, azmettiren ya suç işlemeye hazır olan birini veya böyle birini temin edecek bir başka hazır olan birini araştırıp bularak, suç işlemeye hazır olanla veya suç işleyecek birini bulacak başka bir hazır olan kişiyle haksızlık anlaşmasını yapmış olur. Burada en az iki iştirakçinin gelecekte işlenecek olan fiiller üzerinde iradelerin uyuşmasıyla bir anlaşmanın gerçekleşmiş olması gerekir.⁶⁸⁷

Haksızlık anlaşması görüşüne göre, azmettiren ile fail arasında suç işleme konusunda farklı haksızlık içeriği olan fiilleri gerçekleştirmeye dayanan bir bağlantı

⁶⁸⁴ **Poppe**, s. 321; 336-337.

⁶⁸⁵ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 6-7.

⁶⁸⁶ **Lüthke**, s. 3-4.

⁶⁸⁷ **Poppe**, Was ist Anstiftung?, s. 424 vd. **Puppe**'nin görüşü için ayrıca bkz. **Rogall**, s. 870.

(anlaşma) gerçekleşmektedir. Fail vazgeçse bile haksızlık anlaşmasının yapılmasını sağlayan hareketlerin veya konuşmaların yapılmış olması sebebiyle azmettiren yine de azmettirmeden cezalandırılmalıdır.⁶⁸⁸

(e) Varsayımsal Bağlılık Kuralı Görüşü

Azmettirmeye teşebbüsün özel bir düzenlemeyle cezalandırılması gerektiğini ileri süren *Maurach*, “hipotetik bağlılık” (*hypothetischen Akzessorietät*) yani “varsayımsal bağlılık” görüşüyle konuyu değerlendirmiştir.⁶⁸⁹ Şerikliğin haksızlığı işlenmiş bir asıl fiilin haksızlığına bağlı olduğundan asıl fiil işlenmemişse şerikliğin haksızlığından bahsedilemez.⁶⁹⁰ Ancak varsayımsal bağlılık görüşüne göre, iştirakçinin fiile ilişkin düşünce ve planı çerçevesinde iştirak fiilinin asıl fiile bağlanması bağlılık kuralı için yeterlidir.⁶⁹¹

Bu görüşü eleştiren *Nikolidakis*, gerçekten işlenmiş bir fiil yoksa iştirakin de gerçekleşmeyeceğini, “gerçek” bir asıl fiil yerine “varsayımsal” bir asıl fiilin ikame edilemeyeceğini, iştirakte gerçek bir fiilin haksızlığın işlenmiş olmasında bir mihenk taşı ve haksızlığın kaynağı olduğunu; bundan hareketle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin varsayımsal bağlılık temelinde izah edilemeyeceğini aksi halde ceza sorumluluğunun fevkalade ve kontrol edilemez bir şekilde genişleyeceğini ileri sürmüştür.⁶⁹²

Beling, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün şekillendirilmesinde sadece hazırlık hareketlerinin dikkate alınmasını eleştirmiş, iştirakte bağlılık kuralında asıl fiile bağlılıkta fiilin tamamlanmasının amaçlanmasının yani asıl fiil işlenmese bile bu fiilin işlenmesini amaçlayan şeriklik hareketinin varlığının şerikin cezalandırılması için yeterli olduğunu ileri sürmüştür. *Yazara* göre, asıl fiil teşebbüs aşamasına

⁶⁸⁸ **Puppe**, AT, §25, kn. 6; Görüş hakkında ayrıca bkz. **Fischer**, §26, kn. 3; **Rogall**, s. 868; **Krüger**, s. 492; **Putzke**, s. 1087; **Özkan**, Azmettirme, 48-49.

⁶⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Lüthke**, s. 2; **Baumann/Weber**, AT, s. 590; **Nikolidakis**, s. 54; **Joecks**, §30, kn. 11.

⁶⁹⁰ **Joecks**, §30, kn. 11.

⁶⁹¹ **Rogall**, s. 878; **Letzgus**, s. 219.

⁶⁹² **Nikolidakis**, s. 54.

varmamış olsa bile buna yönelik failin genel anlamda yaptığı suç işleme planından dolayı cezalandırılması gerektiği yönündeki anlayışın iştirake uygulanması mümkün olup, bunda bir sakınca bulunmamaktadır.⁶⁹³

(2) İçtihadî Durum

Alman hukukunda içtihatlarda iştirake teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni suç işleme yönündeki iradelerin birleşimine ve bu yöndeki anlaşmaların suçla korunan hukuksal değerleri tehlikeye sokmasına dayandırılmıştır. İştirake teşebbüs etmekle fiili işleme kararı tek kişinin irade alanından çıkmış ve bu karar birden çok kişinin planı haline gelmiştir. Tek kişinin planı olmaktan çıkmış ve birden fazla kişiyi etkilemiş fiili işleme iradesi çerçevesinde teşekkül eden birleşmeleri ortadan kaldırmak tek kişi tarafından verilen fiili işleme kararını ortadan kaldırmaktan daha zordur.⁶⁹⁴

İçtihatlarda doktrindeki baskın görüş olan olay üzerinde hakimiyet kaybı görüşü kabul edilmiştir. Azmettirenin olay üzerinde yaşadığı kontrol kaybının ortaya çıkardığı tehlikelilik argümanı AFM'nin kararlarında fiilin somutlaştırılması temelinde ele alınmıştır.⁶⁹⁵ AFM'ye göre, ACK md.30/f.1'de cezalandırılan azmettirmeye teşebbüste ve hukuksal değerlere saldırı teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle üzerinde bundan sonra hakimiyet sağlanamayacak (kontrol edilemeyecek) bir tehlikeye sebep olunmuştur. Bir kimseyi azmettirmekle fiili işleme kararı bireyin iradesi alanından çıkarak haricileşmiştir. Üzerinde hakimiyet sağlanamayacak olan tehlikeye sebep olan azmettirme fiilinin işlenmesiyle azmettirenin kendisini geri çekmesi ve başkasının üzerinde gerçekleştirdiği psikolojik ikna faaliyetiyle sebep olduğu etkiyi etkisiz kılması artık kolay değildir. Kriminal süreci elinden çıkaran azmettiren hukuksal değerlere yönelik tehlikeye sebep olmuştur.⁶⁹⁶

⁶⁹³ Bkz. aktaran **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 79-80.

⁶⁹⁴ LG Traunstein; **BGH**, Urteil vom 5.2.2013-1 StR 405/12; **BGHSt** 1, 309.

⁶⁹⁵ **Camargo**, s. 741.

⁶⁹⁶ **BGHSt** 44, 99, 102 vd. AFM'nin görüşü için bkz. **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Rengier**, AT, §47, kn. 9; **Roxin**, AT II, §28, kn. 5, 8, 12.

(3) Kanaatimiz

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak karşılıklı iradelerin uyuşması yoluyla hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikeyi ifade eden konspiratif tehlike görüşü ile bir kimseyi azmettirmekle üzerinde artık hakimiyetin sağlanamayacağı nedensel sürecin başlatılması tehlikesini ifade eden hakimiyet kaybının tehlikeliliği görüşleri doktrinde en çok benimsenen görüşler olmuştur. Böylece azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi iradelerin uyuşması tehlikesi ve nedensel süreç tehlikesi olmak üzere iki türlü tehlike ile açıklanmıştır. Baskın görüş, azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilir tehlikenin şerikin fiile olan katkısını elinden çıkarmasıyla ortaya çıktığını yani nedensel süreç tehlikesini kabul etmiştir.

Kanaatimizce, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin sebebi azmettirmenin başlı başına haksız bir fiil olduğunun göz önünde bulundurulması suretiyle olay üzerinde hakimiyet kaybıyla gerçekleşen tehlikelilik görüşüne dayandırılmalıdır. Azmettiren ile fail arasında iradelerin birliğinden kaynaklı tehlike bağlantısı yerine, günümüzde artık azmettirenin kriminal nedensel süreci başlatmış olması ve böylece olay üzerindeki hakimiyetini kaybetmesi görüşü kabul edilmektedir. Buna göre, azmettiren azmettirmeye teşebbüs etmekle elinden geleni yapmış, faili ikna yönünde tüm gayretini ortaya koymuş ve olayı elinden çıkarmak suretiyle tehlikeli kriminal süreci başlatmıştır. Kısacası ok yaydan çıkmıştır. Azmettirenin başlattığı kriminal süreç iştirakin ön alanında hukuksal değerlere yönelik artık tehlike teşkil etmektedir. Bu tehlike, asıl fiil işlenirse bile azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil ettiğini ortaya koymaktadır. Bu haksızlık azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran bağımsız bir ceza normuyla bertaraf edilebilir.

2. Önleyici Ceza Hukuku ve Önleyici Ceza Hukuku Olarak Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

Günümüzde ceza hukuku politikaları geleneksel kusur ve yaptırım anlayışına ilişkin baskın karakterini artık risk ve tehlike, önleme ve güvenlik alanına doğru

kaydırmaktadır. Bu da suçun kontrolü alanında geleneksel cezalandırıcı vasfına sahip ceza hukukunun önleyici karaktere bürünmesi sonucunu doğurmaktadır.⁶⁹⁷

Risk ve tehlikenin önem arz eder hale geldiği günümüz dünyasında ceza hukuku hareketin haksızlığı anlayışı çerçevesinde giderek bastırıcı karakterinden sıyrılıp önleyici bir karaktere doğru hızla evrim geçirmektedir. Politik ve sosyal gelişim süreçleri dikkate alındığında hukuksal menfaatlere yönelik tehlikeler geleneksel cezai davranış biçiminden yeni belirsiz risk durumlarına doğru gittikçe artış göstermektedir. Ceza hukukuna “potansiyel içselliklerle potansiyel dışsallıkları dışarı çıkartması” misyonu yüklenirse, ahlakın kontrol edilmesi ve özgürlüğün sınırsız olarak kısıtlanmasının önünün açılmış olacağı ileri sürülmesine rağmen, geleneksel ceza hukukundan suçların önceden işlenmemesini amaç edinen önleyici ceza hukukuna doğru bir kayışın yaşandığı hususu inkâr edilemez.⁶⁹⁸

Ceza hukukunun tehlikeyle mücadele edebilecek şekilde şekillendirilmesi ve tehlikeyi önleme hukukunun vazifelerini üstlenmesi gerektiği suç ve ceza politikasında farklı bir eğilimin adı olarak kabul edilmektedir.⁶⁹⁹ Suç ve ceza politikası bağlamında önleyici ceza hukukunun önceliği suçu önleme ve toplumu korumaktır.⁷⁰⁰

Ceza hukukunun önleyici karakteri ceza sorumluluğunun teşebbüsten önceki aşamaya çekildiği, hazırlık hareketi niteliğini taşıyan hareketlerin bu alanda cezalandırıldığı ve zarar tehlikesinin bertarafını amaçlayan önleyici suçlarda ortaya

⁶⁹⁷ Ulrich **Sieber**, *The New Architecture of Security Law-Crime Control in the Global Risk Society*, in: U.Sieber/V. Mitsilegas/C. Mylonopoulos/E. Billis/N. Knust (eds), *Alternative System of Crime Control (Part I: Paradigm Shift)*, (3-35), Freiburg (Germany) 2018, s. 4, 5-6, 25. Günümüz kanun koyucularının ceza hukukunu önleme hukuku alanına genişletme çabası içinde olduğu hakkında **Müller**, s. 453-454. Ön alanın cezalandırılmasının ceza hukukuna yeni bir misyon yüklemek olduğu hakkında bkz. **Keiler**, s. 517, 518. Önleyici ceza hukukunda ceza hukukunun araç olması hususuna vurgu yapıldığı hakkında bkz. **Keiler**, s. 35-36.

⁶⁹⁸ **Dönmez**, s. 275.

⁶⁹⁹ **Felix Herzog**, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1991, s. 109.

⁷⁰⁰ **Cumes**, s. 4.

çıkılmaktadır.⁷⁰¹ Teşebbüsten önceki alanın (ön alanın) cezalandırılmasının arkasında yatan düşünce ceza hukukunun geleneksel mekanizmalarına atfen yüksek derecede psikolojik direnişe geçen bireylere tam anlamıyla ulaşma anlayışına dayanır. Bunun için tehlike arz eden suça hazırlığı bertaraf etmeye yönelik önlemlere etkili bir şekilde başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁰²

Bireyin özgürlüğünü koruyucu bir kale olan hukuksal değer teorisi, devletin daha fazla müdahalesiyle bir “toplumsal kontrol aracı” olarak dönüşüm yaşamaya başlamıştır. Bu teori, artık bireye karşı kullanılan bir kılıç olmuştur. Günümüzde devlete karşı korunma, devlet tarafından korunmayı talep ile yer değiştirmiştir. Birey artık, kendisine ait hukuksal değerlerin ihlal edilmesi durumunda devletin kendisinin korunmasını talep ederek devletin müdahalesini istemektedir.⁷⁰³

Bu açıklamalar ışığında önleyici ceza hukuku, ön alanda hukuksal değerleri tehlikeye sokan hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı, daha zarar gerçekleşmeden zarar tehlikesini önlemeyi ve önleyici bir karaktere bürünerek suçu erken bir aşamada kontrol altına almayı amaç edinen ceza hukuku şeklinde tanımlanabilir.

Önleyici ceza hukukunun lehine olan görüşlere göre, yeni risklerin sebep olduğu tehlikeler ancak ceza hukuku aracılığıyla en iyi şekilde defedilebilir. Lehe görüşlerde yeni risklerin bertaraf edilmesi için uygulanabilirliği bakımından ceza hukukunun polis hukukundan daha iyi bir araç olduğu ve yeni risklerle mücadele etmede ceza hukukuna başvurulması önerilerek önleyici suçlar ihdas etmenin iyi bir fikir olduğu ve bunun geleneksel ceza hukukunun sınırlarının genişlemesinin bir ihtiyacı olarak kabul

⁷⁰¹ **Ali Emrah Bozbayındır**, “The Advent Of Preventive Criminal Law: An Erosion Of The Traditional Criminal Law?”, *CLF*, V. 29, I. 1, 2008, s. 38.

⁷⁰² **Dönmez**, s. 275-276.

⁷⁰³ **Keiler**, s. 26-27. Ceza hukukunun artık günümüzde cezalandırmaktan ziyade uygulanmasının meşruiyeti olarak “toplumsal kontrol formuna” dönüştüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Wilson**, s. 132 vd. Aynı yönde düşünceler için bkz. **Keiler/Roef**, *Inchoate Offences*, s. 205; **Keiler**, s. 517, 518.

edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu anlayış çerçevesinde önleyici suçların ihdası ile vatandaş hukuka nasıl itaat edeceğini de öğrenmiş olur.⁷⁰⁴

Aleyhe olan görüşler ise önleyici ceza hukukunun, suçun işlenmesinden önceki hazırlık hareketleri aşamasının cezalandırılması suretiyle ceza hukukunun amacının dışında bir kullanım olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlere göre, önleyici ceza hukuku vasıtasıyla ön alandaki fiilleri cezalandırmak devletin hareket alanının genişletilmesi suretiyle sivil hakları ve özgürlükleri ihlal ettiği için kanun koyucunun ceza hukukuna başvurmak suretiyle önleyici amaçlar gütmemesi gerekir.⁷⁰⁵ Bu eleştirilerden hareketle önleyici ceza hukukunun sınırlandırılması gerektiği ve öncelikle yaşam ve vücut gibi önemli değerlere yönelik suçlarda önleyici ceza hukukunun devreye girmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁰⁶

Günümüzde suçun kontrol altına alınmasında başvurulanan önleyici ceza hukuku fail ceza hukukuna doğru ilerleyen bir anlayış olarak değerlendirilmektedir.⁷⁰⁷ Haksızlık anlayışında sübjektif doğrultuda yaşanan ve failin tehlikeliliği öğretisine dayanan önleyici eğilimler cezaya bireysel önleyici bir bakışla yaklaşır. Buna göre, hukuksal değerlerin korunması bağlamında ceza hukuku daha erken bir aşamada müdahale edip hukuksal değer ihlal edilmeden önce bir fonksiyon icra etmelidir. Bu çerçevede, “ceza hukukunun müdahalesini meşru kılan haksızlık anlayışının daha çok failin işlediği fiillerde somutlaşan suça yönelim enerjisi bağlamında müstakbel davranış biçimlerini dikkate alarak yapılandırılması” gereklidir.⁷⁰⁸

Önleyici ceza hukukunda cezalandırma hazırlık alanına çekildiği için fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna doğru gidilmesinden daima korkulmuştur; çünkü fail

⁷⁰⁴ **Bozbayındır**, s. 28-29.

⁷⁰⁵ **Bozbayındır**, s. 48 vd.

⁷⁰⁶ Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926–2014), (2015), s. 422.

⁷⁰⁷ **Keiler**, s. 518.

⁷⁰⁸ **Çataklı**, s. 289.

ceza hukuku kendisini daha çok hazırlık hareketlerinin cezalandırılması alanında göstermektedir.⁷⁰⁹

Ceza hukukunun önleyici karakteri ön alanda başarısız şeriklik hareketlerinin yol açtığı tehlikenin önlenmesinde kendisini gösterir.⁷¹⁰ Başarısız şerikliğin bir türü olarak ortaya çıkan azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi ön alanda söz konusu olmaktadır. Burada olduğu gibi başarısız şeriklik hareketlerinde haksızlık, neticenin haksızlığından hareketin haksızlığına doğru yer değiştirmektedir.⁷¹¹ Hareketin haksızlığının önem arz ettiği bu durumda cezalandırmayı hak ettiğinden bahsedebilmek için azmettirmeye teşebbüsün hukuksal değerleri ihlal etmesi gerekir; fakat hukuksal değerleri ihlal eden her davranış değil, hukuksal değerler bakımından önemli addedilen tehlikeli davranış biçimleri yaptırıma bağlanır.⁷¹²

Doktrinde ceza sorumluluğunun ön alana doğru çekilmesinin ceza hukukunun sınırlarını zorladığı ve fakat ceza hukukunun polis hukuku gibi alanların karşısında sembolik bir düzeye indirgenmemesi gerektiğinden hareketle başarısız şeriklik hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırmaya layık olduğu kabul edilmektedir.⁷¹³ Azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi ceza hukuku sınırlarının genişlediği durumlarda suç işleme iradesini dış alemde gösteren bazı fiillerin işlenmesi tehlike sorumluluğunu gündeme getirmekte ve fiilin tamamlanması aranmamaktadır. Asıl fiilin işlenmediği ve fakat asıl fiille ortaya çıkacak olan zararın gerçekleşme tehlikesini barındıran azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması mukayeseli hukukta artık kabul edilmekte ve önleyici ceza hukukunun bir örneğini teşkil etmektedir. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması ayrıca ceza hukukunun sadece somut zararlarla ilgilenmediğini; hukuksal değerlere yönelik zararın gerçekleşmesi tehlikesiyle de artık ilgilenir hale

⁷⁰⁹ **Sinn**, s. 629-630.

⁷¹⁰ **Sieber**, New Architecture, s. 25.

⁷¹¹ **Sieber**, New Architecture, s. 4, 5-6, 25.

⁷¹² **Özgenç**, Suça İştirak, s. 142-143.

⁷¹³ **Sieber**, Grenzen, s. 185-186, 193; **Picotti**, s. 435. **Zaczyk**'in azmettirmeye teşebbüse ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümleri içinde polis hukukunu yansıtan bir düzenleme olduğu şeklindeki nitelendirmesi için bkz. **İnci**, s. 940.

geldiğini göstermektedir.⁷¹⁴ Bu itibarla, ceza hukukuna önleyici bir fonksiyon yüklemenin azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının meşruiyetini sağlayacağı ileri sürülmüştür.⁷¹⁵

Dreher, hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen saldırının hukuksal değeri tehlikeye sokmasıyla cezalandırmaya liyakatin de gerçekleşmiş olacağını ve iştirake teşebbüs düzenlemesinin bir taraftan önleyici bir karaktere sahip iken, diğer taraftan düzenlemenin suç etiği düşüncesi (*kriminaethischer Gedanken*) ile doğrudan ilişkisinin olduğunu ileri sürmüştür. *Yazara* göre, hukuksal değerlerin ancak bu değerlere yönelik saldırı açıklandığı anda en iyi şekilde korunabileceğinden hareketle düzenlemenin önleyici karakterde olduğu söylenebilir. Fiil işlenmediği veya en azından teşebbüste kalmadığı için hukuksal değerlere yönelik saldırıyı gerçekleştirme ve bu yönde fiili işleme kararının alınmasıyla ortaya çıkan irade açıklamasının göz ardı edilmemesi gerekir. Bu irade açıklamasının cezalandırılmaması suç etiği düşüncesine aykırılık teşkil eder. Suç teşkil eden saldırıyı gerçekleştirme yönünde iradesini açıklayan kişinin karakterinin daha iyi olmadığı ve kusurunun daha az olmadığını söylemek mümkündür.⁷¹⁶

Rogall, iştirake teşebbüs düzenlemesiyle ceza hukukunun polis hukukuna evirildiği sonucunun çıkarılamayacağını ileri sürmüştür. *Yazara* göre, Alman hukukunda bu düşünce temelinde azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir ceza normuyla yaptırıma bağlanmıştır. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm önleyici karakterde bir norm olup bu düzenlemeyle asıl fiilin erken bir aşamada işlenmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır.⁷¹⁷

⁷¹⁴ **Keiler/Roef**, Inchoate Offences, s. 203; **Husak**, Overcriminalization, s. 159; **Michael J. Allen**, *TextBook on Criminal Law*, 13. edit., United Kingdom 2015, s. 277; Michael Cahill, “Inchoate Crimes”, in: M. D. Dubber and T. Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014.

⁷¹⁵ **Andrew Ashworth**, “Conceptions of Overcriminalization”, *OSJCL*, V. 5, No. 2, 2008, s. 413-417.

⁷¹⁶ Bkz. aktaran **Thalheimer**, s. 11, 12. Ayrıca bkz. **Fieber**, s. 105 vd.

⁷¹⁷ **Rogall**, s. 872-873.

Dubber, gelecekte bir suçun işlenmesi tehlikesini barındıran bir fiile ilişkin ceza hukuku alanındaki bir düzenlemede sadece suç türünün değil, suçun süjesinin de dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, azmettirmeye teşebbüste azmettiren anormal tehlikeli kişi olarak tanımlanır. Sadece azmettirenin yol açtığı tehlikeli hareketler değil, bizatihi failin kendisinin tehlikeliliği de dikkate alınmalıdır. Burada amaç sadece belirli bir hareketin sebep olduğu belirli bir zararı önlemek olmayıp, aynı zamanda toplumun diğer bireylerini tehlikeye sokabilecek tehlikeli failleri izale etmek ve onları toplumdan uzaklaştırmak da amaçlanmaktadır. Bu itibarla azmettirmeye teşebbüste hareket üzerine odaklanmaktan fail üzerine odaklanmaya doğru bir eğilim gerçekleşmektedir.⁷¹⁸

3. Suç ve Ceza Politikasının Bir Gereği Olarak Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi ceza hukukunun önleyici fonksiyonu bağlamında suç ve ceza politikasını da ilgilendirmektedir.⁷¹⁹ Ceza hukuku bakımından suç ve ceza politikası, “kanun koyucunun ceza kanunları aracılığıyla belirlemiş olduğu ilkelerin iyi ve etkin bir şekilde işlenmesini sağlayacak esasların belirlenmesi” olarak tanımlanır.⁷²⁰ Suç ve ceza politikası, suçun işlenme sebeplerini, suçla mücadelede bir vasıta olarak kullanılan cezanın veya bununla ilişkili yaptırımların belirlenen prensiplere olan tesirini bilimsel metotlar kullanarak

⁷¹⁸ **Markus Dirk Dubber**, “The Possession Paradigm: The Special Part and The Police Power Model of the Criminal Process”, in: Duff R A/Green S. P (eds), *Defining Crimes (Essays on the Special Part of the Criminal Law)*, (91-118), New York 2005, s. 101.

⁷¹⁹ Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesinin sadece suç politikası kavramıyla açıklanamayacağı hakkında bkz. **İnci**, s. 942.

⁷²⁰ Suç ve ceza politikasına ilişkin farklı tanımlar için bkz. **Timur Demirbaş**, *Kriminoloji*, 2. bs., Ankara 2005, s. 48-49. Ceza hukukunda suç ve ceza politikası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Dinler**, s. 158; **Dessecker**, s. 550. Suç ve ceza politikasını ilgilendiren hususlar için bkz. **Soner Demirtaş**, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan)*, C. 1, S. Özel Sayı, 2019, s. 491-515, s. 494, dn. 4; **Thalheimer**, s. 11. Suç ve ceza politikasının tarihsel gelişimi için bkz. **Demirbaş**, *Kriminoloji*, s. 48; **Mehmet Emin Artuk**, “Ceza Kanunun Suç Siyaseti Açısından Değerlendirilmesi”, *CHD*, C. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 9.

incelemeyi amaçlar. Burada asıl amaç, toplumu korumak olup, ceza hukuku bu amacın gerçekleşmesine hizmet eden bir vasıtaadır.⁷²¹

Azmettirmeye teşebbüs gibi karma yapısı olan iştirak şekilleri iştirakten dolayı cezalandırılmadığından önleme düşüncesi temelinde suç ve ceza politikasının gereği olarak yaptırıma bağlanır.⁷²² Alman hukukunda bu mesele 1876 yılından beri sadece dogmatik bakış açısıyla değil; suç ve ceza politikası bakımından da tartışılmış ve burada suç ve ceza politikası sınırının ne aşamaya kadar öne çekilmesi gerektiği konusu ele alınmıştır. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm sürekli eleştiri konusu olsa da uygulamada ve teoride bugünkü metniyle makul ve yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine ilişkin 19. yüzyılın başlarından beri dogmatik ve suç ve ceza politikası bakımından yapılan tartışmalar günümüzde hala devam etmektedir.⁷²³

Nikolidakis, azmettirmeye teşebbüsün suç ve ceza politikası bakımından cezalandırılabilirliğinin temellendirilmesinde adalet duygusunu nazara vermektedir. *Yazara* göre, azmettirmeye teşebbüsün suç ve ceza politikası gereği cezalandırılması adalet duygusuna uygun gözüke de, adalet duygusu kanun yapımında önemli bir faktör değildir. Bir hareketin cezalandırılmasının dogmatik bir temeli olmalıdır. Sosyal etik (*sozial-ethischen*) ve suç politikası (*kriminalpolitischen*) gibi temellendirmelerle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının meşruiyeti açıklanamaz. Hem bağıllık kuralını ihlal eden hem de teşebbüs ve iştirak arasında bir tutarsızlığa sebep olan azmettirmeye teşebbüs hükmü Alman ceza adaleti sistemine yabancı ve sistemle uyumlu olmayan bir düzenlemedir. Bundan hareketle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması mümkün olmadığından olması gereken hukuk bakımından hükmün ilga edilmesi gerekir.⁷²⁴

⁷²¹ **Artuk**, Suç Siyaseti, s. 10-12, 17.

⁷²² **Zipf**, s. 146.

⁷²³ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 3.

⁷²⁴ **Nikolidakis**, s. 55.

Busch, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasında ceza sorumluluğu aşırı bir şekilde genişlediğinden etkin ve gerçek bir suç ve ceza politikasının gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, iştirake teşebbüs düzenlemesi, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıyla ceza sorumluluğunu düşündürücü bir şekilde genişletmektedir. Suç politikası bakımından gerektiğinde hazırlık hareketleri bağımsız olarak cezalandırılmalıdır. Azmettirmeye teşebbüs gibi iştirake teşebbüs türlerinin cezalandırılması ancak bağımsız suç tipleriyle mümkündür. Gerçek bir suç politikası azmettirmeye teşebbüsün genel hüküm olarak değil, kanunun özel hükümleri içinde cezalandırılmasını gerektirir.⁷²⁵

⁷²⁵ **Busch**, Zur Teilnahme, s. 245, 426; **Roxin**, AT II, §28, kn. 7.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, TÜRLERİ, TİPİKLİĞİ, AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSTEN VAZGEÇME VE YAPTIRIMI

I. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS KAVRAMI

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin kavramsal tartışma *akim kalmış azmettirme* ile *azmettirmeye teşebbüs* kavramları çerçevesinde yapılmaktadır.

Akim kalmış azmettirme anlamına gelen *missglückte Anstiftung*, *misslungene Anstiftung* ve *erfolglose Anstiftung* yaygın kullanılan kavramlardır.⁷²⁶ Azmettirmeye teşebbüs veya teşebbüste kalmış azmettirme anlamlarına gelen *versuchte Anstiftung* ve *versuchte Bestimmung* akim kalmış, neticesiz ve sonuçsuz kavramlarını ihtiva edecek şekilde doktrinde daha fazla tercih edilen kavramlardır.⁷²⁷ Azmettirmeye teşebbüs kavramının, tüm türlerini ihtiva edecek şekilde daha genel ve daha kapsayıcı olduğu ileri sürülmüştür.⁷²⁸

ACK md.30 hükmü, *Versuch der Beteiligung* kenar başlığı ile düzenlenmiş olup, madde kapsamında sadece azmettirmeye teşebbüs değil, iştirake teşebbüsün başka halleri de cezalandırılmıştır.⁷²⁹ Kanun koyucunun madde başlığında kullandığı söz konusu kavram iştirake teşebbüs veya iştirakin teşebbüste kalması anlamlarına gelir. Bu kavram başarısız olan tüm iştirak şekilleri için kullanılmıştır.

⁷²⁶ Alman hukukunda akim kalmış azmettirme kavramı ilk kez **Dreher** tarafından kullanılmıştır. Bkz. **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 494, dn. 8.

⁷²⁷ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 546; **Thalheimer**, s. 23; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 912 vd.; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1365 vd; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1 vd; **Fischer**, §26, kn. 12 vd.; **Roxin**, AT, II, §28, kn. 9 vd.; **Rengier**, AT, §45 kn. 6 vd.; **Kühl**, AT, §20, kn. 243 vd.; **Urs Kindhäuser**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Baden-Baden 2017, §43 kn. 1 vd; **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 31 vd, s. 466; **Jakobs**, AT, kn. 3 vd.; **Letzgus**, s. 35; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 340; **İnci**, s. 924.

⁷²⁸ **İnci**, s. 924.

⁷²⁹ **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 544-545; **Roxin**, AT, II, §28, kn. 1; **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 28 vd.; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. vd.; **Rengier**, AT, §45 kn. 1; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 175.

Doktrinde madde başlığı için kullanılan iştirake teşebbüs kavramının yanlış anlamlandırılmaması ve birinci fıkrada cezalandırılan azmettirmeye teşebbüs fiili için kullanılacak terminolojinin tüm türlerini kapsayıcı nitelikte olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.⁷³⁰ Bu bağlamda madde başlığında kullanılan kavram doktrinde eleştiri konusu olmuştur. *Wessels/Beulke/Satzger* ve *Heinrich*, şerikliğe teşebbüs anlamında *versuchte Teilnahme* kavramını önermişlerdir.⁷³¹ *Kindhäuser/Zimmerman*, tüm iştirake teşebbüs halleri için gizli plan/komplot anlamında *Verschwörung* kavramını tercih etmişlerdir.⁷³² ACK'nın İngilizce çevirisinde iştirake teşebbüs için *conspiracy* kavramını kullanan *Bohlander*, azmettirmeye teşebbüsün Alman hukukunda bağımsız suç tipi olarak düzenlenmediğini, burada belirli hazırlık hareketlerinin teşebbüs öğretisi çerçevesinde cezalandırıldığını ve bu itibarla bu kavramın daha yerinde olduğunu ileri sürmüştür.⁷³³ Kanaatimizce, *conspiracy* cürüm anlaşması demek olup, azmettirmeye teşebbüs dahil tüm iştirake teşebbüs hallerini ihtiva edecek nitelikte bir kavram değildir. Madde metninin çevirisinde *attempted participation* gibi genel bir kavram tercih edilebilirdi. Yazar, madde metninin çevirisinde kullandığı *attempted to induce* kavramı ile buna işaret etmiştir.

ACK md.30/f.1'de azmettirmeye teşebbüs veya teşebbüste kalmış azmettirme anlamına gelen *versuchte Anstiftung* kavramı açıkça kullanılmamıştır. Azmettirmeye teşebbüs metinde *bestimmen versuch* şeklinde ifade edilmiştir. *Anstiftung* kavramı yerine *bestimmen* kavramı kullanılmıştır. Bu kavramla “failde fiili işleme kararının uyandırılması/oluşturulması” anlatılmak istenmektedir.⁷³⁴ *Bestimmen* kelime anlamıyla neden olmak (*veranlassen*) demektir.⁷³⁵ *Krüger*'e göre, kanun koyucu neden olmak anlamında *hervorrufen* veya *verursachen* fiilleri yerine *bestimmen* fiilini tercih

⁷³⁰ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 342.

⁷³¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 912 vd.; Heinrich, AT, §33, kn. 1362 vd..

⁷³² İnci'nin (İnci, s. 933, dn. 49) aktarmasıyla Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 9. Auflage, Baden-Baden, 2020, s. 403.

⁷³³ Bohlander, German Criminal Code, s. 44.

⁷³⁴ Kretschmer, s. 401.

⁷³⁵ Schroeder, s. 65.

etmek suretiyle azmettirenin cezalandırılmasının esasının nedensellik teorisine dayandığını vurgulamak istemiştir.⁷³⁶ Selter’e göre ise, kanun koyucu *bestimmen* kavramını kullanmakla kanun metnini teknik olarak hatalı düzenlemiştir.⁷³⁷

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün, teşebbüs kurumunun genel ilkelerine göre cezalandırılmaması gerektiğini vurgulamak ve meselenin teşebbüse dayandırılmasının önüne geçmek için akim kalmış azmettirme kavramının kabul edilmesi gerektiğinden hareketle azmettirmeye teşebbüs kavramının yanlış bir kullanım olduğu ve kanun metnindeki bu hatanın düzeltilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁷³⁸

Bloy, madde başlığı için iştirake teşebbüs başlığının kullanılması teşebbüsün iştirak üzerinde bir rol üstlendiği izlemine yol açtığını, bu şekilde teşebbüs ile iştirakin birbiriyle karıştırıldığını ileri sürmüştür. Yazara göre, azmettirmeye teşebbüs kavramı teknik olarak hatalı bir kullanım olmasına rağmen doktrinde ve içtihatlarda daha çok tercih edilmiştir. Suça ilişkin teşebbüs ve tamamlanmanın iştirak ile ilişkilendirildiği ve teşebbüse ilişkin kurallara müracaat edildiğinden bu kavram tercih edilmemelidir. Azmettirmeye teşebbüs kavramının doğru bir kullanım olmadığını ileri süren yazar, akim kalmış azmettirme kavramını önermiştir.⁷³⁹

Kühl hem daha açık hem de anlaşılır olduğundan hareketle, doğrudan doğruya icra başlangıcını ifade etmek için tercih edilen azmettirmeye teşebbüs kavramı yerine akim kalmış azmettirme kavramını önermiştir.⁷⁴⁰

Niceliksel bağlılık kuralından hareketle azmettirmeye teşebbüs kavramının daha yerinde bir kullanım olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Niceliksel bağlılık kuralının şerikin sorumluluğu için asıl fiilin suç yolunda hangi aşamaya kadar varması gerektiği noktasında bir fonksiyonu vardır. Bu fonksiyonu bağlamında fiilin icrasına başlanmış

⁷³⁶ Krüger, s. 494;

⁷³⁷ Selter, s. 280, 281.

⁷³⁸ Selter, s. 282; Dreher, “Das Dritte Strafrechtänderungsgesetz”, JZ, 1953, s. 425.

⁷³⁹ Bloy, Grund und Grenzen, s. 493, s. 494 (dn. 7); Bloy, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 157.

⁷⁴⁰ Kühl, AT, §20, kn. 248.

olmasından “tamamlanmış şeriklik (*erfolgreiche Teilnahme*)” ve başlanmamış olmasından “tamamlanmamış şeriklik (*versuchte/erfolglose Teilnahme*)” kavramları türetilmektedir.⁷⁴¹ Niceliksel bağlılık kuralı, sadece suça teşebbüs bakımından değil, aynı zamanda azmettirmenin tamamlanması veya tamamlanmaması noktasında önemli bir fonksiyon icra etmektedir.⁷⁴² Bu fonksiyonu bağlamında, azmettirme niceliksel anlamda “tamamlanmış azmettirme” ve “tamamlanmamış azmettirme” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Fiilin işlenmesi durumu olan tamamlanmış azmettirme başarılı azmettirme; işlenmediği durum olarak başarısız/neticesiz azmettirme şeklinde ifade edilebilir. Azmettirmenin başarılı veya başarısız olması asıl fiilin teşebbüs aşamasına varıp varmaması ile tespit edilir.⁷⁴³

Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine ilişkin doktrinde yapılan açıklamalarda akim kalmış azmettirme, neticesiz azmettirme, sonuçsuz azmettirme ve etkisiz azmettirme gibi kavramlar daha çok tercih edilmiş olmakla birlikte; azmettirmeye teşebbüs veya teşebbüste kalan azmettirme kavramları da kullanılmıştır.

Sonuçsuz kalmış kavramını parantez içerisinde akim kavramıyla birlikte kullanan *Koca/Üzülmez*, arka plandaki kişinin araç durumundaki kişinin kastı konusunda düştüğü hata haline ilişkin yaptıkları değerlendirmelerinde “bu durumda azmettirmeye teşebbüsün varlığından bahsedilmektedir. Ancak ortada kasten işlenen bir fiil olmadığı için ne azmettirmeden ne de azmettirmeye teşebbüsten cezalandırma mümkündür” ifadeleriyle azmettirmeye teşebbüs kavramını da kullanmışlardır.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ **Rengier**, AT, §45 kn. 17, 18; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 340.

⁷⁴² **Kleszczewski** meseleyi “*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 bulunmasının gerekip gerekmediği*” şeklinde açıklamıştır. Bkz. aktaran **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 297, dn. 519.

⁷⁴³ **Letzgus**, s. 35.

⁷⁴⁴ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 490, 470.

Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, akim kelimesinin sonuçsuz/neticesiz anlamına geldiğini belirterek akim kalmış azmettirme kavramını kullanmışlardır.⁷⁴⁵ *Özgenç, Hakeri ve Özkan* akim kalmış azmettirme kavramının yanında parantez içerisinde sonuçsuz/neticesiz kavramlarına da yer vermişlerdir. *Kapusuzoğlu* akim kalmış azmettirme kavramını önermiştir.⁷⁴⁶ *Mahmutoğlu/Karadeniz*, sonuçsuz kalan azmettirme kavramını tercih etmişlerdir.⁷⁴⁷ *Soyaslan* ise, etkisiz azmettirme kavramına yer vermek suretiyle farklı bir kavram kullanmıştır.⁷⁴⁸ *Demirel*, “teşebbüs aşamasında kalmış şeriklikten anlaşılması gereken, asla fail tarafından işlenmekte olan bir suç, şerikler tarafından yapılmakta olan veyahut yapılmak istenen katkının bir şekilde sunulmaya başlaması ve fakat nihayete erdirilememesi değildir” anlayışından hareketle akim kalmış azmettirme kavramını önermiştir.⁷⁴⁹ *Demirel*, suça iştirakte bağlılık kuralına ilişkin çalışmasının 410’ncü sayfasında failin nitelikli sınır aşımaları durumlarında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğuna değinirken “azmettirme teşebbüsünde bulunduğu suçtan” ifadesiyle meselenin teşebbüs bağlamında gündeme geldiğine ve teşebbüsün başarısız iştirak üzerinde rol üstlenebileceğine işaret etmiştir.

Doktrinde sadece azmettirmeye teşebbüs kavramını tercih edenler olduğu gibi bu kavramı sonuçsuz kalmış azmettirme/neticesiz azmettirme ve akim kalmış azmettirme ile birlikte kullanan yazarlar da vardır.

Akbulut ve Özbek/Doğan/Bacaksız, azmettirmeye teşebbüs kavramını tercih etmişlerdir.⁷⁵⁰ Aynı şekilde *Özkan*, azmettirmeye teşebbüs kavramını kullanmayı tercih etmiştir.⁷⁵¹ *Demirbaş*, neticesiz azmettirme ve azmettirmeye teşebbüs

⁷⁴⁵ *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, GH, s. 748.

⁷⁴⁶ *Kapusuzoğlu*, s. 96.

⁷⁴⁷ *Mahmutoğlu/Karadeniz*, s. 901.

⁷⁴⁸ *Soyaslan*, GH, s. 505.

⁷⁴⁹ *Demirel*, Bağlılık Kuralı, s. 342..

⁷⁵⁰ *Akbulut*, Bağlılık Kuralı, s. 195; *Özbek/Doğan/Bacaksız*, GH, s. 521.

⁷⁵¹ *Özgenç*, Gazi Şerhi, s. 529; *Hakeri*, GH, s. 538; *Özkan*, Azmettirme, s. 167.

kavramlarını birlikte kullanmıştır.⁷⁵² *İnci*, azmettirmeye teşebbüs kavramını tercih etmekle birlikte akim kalmış azmettirme kavramına da yer vermiştir.⁷⁵³ *Mahmutoğlu, Aydın, Evik, Öztürk/Erdem* sonuçsuz kalmış azmettirme ve teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme kavramlarını önermişlerdir.⁷⁵⁴

Teşebbüse iştirakin bir türü olan teşebbüse azmettirme kavramından hareketle de azmettirmeye teşebbüs kavramının daha yerinde bir kullanım olduğunu söylemek mümkündür. ACK'da teşebbüse azmettirme kavramına yer verilmemiştir. Bu kavram azmettirme ve teşebbüs kavramlarından türetilmiştir.⁷⁵⁵ Fail suçu tamamladığında başarılı azmettirme gerçekleşir. Örneğin kasten öldürme suçuna azmettirilen bir kimse mağduru öldürdüğünde azmettirenin sorumluluğu “kasten öldürme suçuna azmettirmeden sorumluluk” şeklinde ifade edilir. Bu sorumluluk azmettirenin başarılı azmettirmeden sorumlu tutulacağı şeklinde ifade edilmez. Ancak fiil tamamlanmadığında daha teknik bir tabirle teşebbüste kaldığında (örnek olayda fail ateş etmiş olmasına rağmen fail ölmemiş olabilir) bu tamamlanmama “teşebbüs aşamasına varmamış başarılı azmettirme” veya “başarılı azmettirilenin teşebbüs aşamasına varmış olması” şeklinde ifade edilir. Teşebbüse azmettirmeyle fiil teşebbüste kalsa bile azmettiren azmettirmeden sorumlu tutulur. Nasıl ki failin teşebbüs aşamasına girmesiyle azmettirenin sorumluluğu daha teknik bir tabirle teşebbüse azmettirme kavramı ile ifade edilir; fail teşebbüse girmediğinde azmettirilenin tamamlanmadığını/başarısız kaldığını belirtmek için tamamlanmamış veya başarısız kalmış azmettirme yerine azmettirme ve teşebbüs kavramlarından türetilen azmettirmeye teşebbüs ifadesinin kullanılması daha yerindedir. Fiilin tamamlanmaması ceza hukukunda teşebbüs kavramı ile ifade edilir. Bundan hareketle azmettirilenin başarısız olması da azmettirmeye teşebbüs kavramı ile ifade edilebilir.

⁷⁵² **Demirbaş**, GH, s. 520-521.

⁷⁵³ **İnci**, s. 924, dn. 23.

⁷⁵⁴ **Mahmutoğlu**, s. 92; **Aydın**, İştirak, s. 156; **Evik**, s. 173; **Öztürk/Erdem**, s. 425.

⁷⁵⁵ **Max Theodor**, *Die Anstiftung zum Versuch einer Strafbaren Handlung*, 1909, s. 1.

Nasıl ki asıl fiilin cezalandırılabilirliği bakımından bir sınır vardır ve bu sınır teşebbüs ile belirlenir; aynı şekilde azmettirmeye teşebbüs için de böyle bir sınır kabul edilmeli ve bu sınırı ifade etmek için teşebbüs kavramı kullanılmalıdır. Kanaatimizce, azmettirmeye teşebbüsün sonuçsuz veya neticesiz bir azmettirme olduğu açıktır ve azmettirmenin herhangi bir sebeple tamamlanmadığına işaret etmek için akim kalmış azmettirme kavramının kullanılması haklı görülebilir; fakat azmettirenin asgari ceza sorumluluğunu hem kavramsal hem de ceza hukukunun tekniği bakımından en iyi anlatan azmettirmeye teşebbüs kavramıdır. Azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini ihtiva eden daha genel bir kavramdır. Başarısız, akim kalmış ve neticesiz kavramları azmettirmeye teşebbüsün türleri için kullanılır. Bu durumda azmettirmeye teşebbüs, daha açık, anlaşılır ve bütün türlerini kapsayıcı bir kavramdır. YTCK'da muhtemel bir kanun hükmünde bu kavramın tercih edilmesi gerekir. Nitekim YTCK'da yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, ETCK'da yalancı tanık, bilirkişi veya tercüman tedarikine teşebbüs (md.291/f.2) gibi bazı suçlarda kanun koyucu teşebbüs kavramını tercih etmiştir. Bu itibarla başarısız/neticesiz/akim kalmış azmettirmeyi ifade ederken azmettirmeye teşebbüs kavramını kullanılmak daha yerinde bir tercih olacaktır. Akim kalmış azmettirme kavramını öneren yazarların azmettirmeye teşebbüs kavramını tercih etmemelerinin sebebi iştirakte bağlılık kuralının tamamen etkisiz kalacağı ve teşebbüste kullanılan doğrudan doğruya icraya başlama ifadesinin burada karışıklığa yol açacağı kaygılarına dayanır.

II. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs faillik-şeriklik üst başlığı altında kanunun genel hükümleri içinde bağımsız bir ceza normuyla yaptırıma bağlandığından, hukuki niteliği iştirak çerçevesinde ele alınmıştır. Kanun koyucunun iradesi bu yönde olsa da azmettirmeye teşebbüsün teşebbüs kurumuyla ilişkisi kabul

edilmektedir. Azmettirmeye teşebbüs, iştirak ve teşebbüsün kaynaştığı bir kurum görünümüne sahiptir.⁷⁵⁶

Doktrinde ve içtihatlarda azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliği şerikliğin ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının esasına göre değerlendirilmektedir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler tali nitelikte olup, ne bağımsız ne de *sui generis* suç tipidir. Hükmün kapsamında azmettirmeye teşebbüs özel bir hazırlık hareketi olarak bağımsız cezalandırılmıştır.

A. Azmettirmeye Teşebbüsün Tali Norm Niteliğinde Olması

ACK md.30/f.1’de iştirake teşebbüsün bir türü olarak düzenlenen azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler, tali nitelikte hükümlerdir. Asıl fiilin doğrudan icrasının başlamasıyla azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler geri çekilir; çünkü asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasıyla azmettirenin şerik sıfatıyla cezalandırılabilmesi mümkündür.⁷⁵⁷ Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olmasıyla hukuksal değerler daha yoğun bir şekilde tehlikeye girmektedir.⁷⁵⁸ Bu aşamada asıl fiile iştirakin haksızlığı, hazırlık aşamasında kalan iştirakin haksızlığını da ihtiva etmektedir.⁷⁵⁹

Fail, fiili işlemeyi reddettikten sonra, azmettiren bir başkasını bu fiile azmettirir ve ikinci fail fiili teşebbüs aşamasına taşırırsa, bu durumda da azmettirmeye teşebbüsün tali niteliğinin devreye gireceği doktrinde kabul edilmektedir. Fiil teşebbüs aşamasına vardığı için başkası tarafından işlense bile azmettirmeye teşebbüsten dolayı ceza

⁷⁵⁶ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 548. Azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliği için bkz. **İnci**, s. 938-940.

⁷⁵⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 37; **Fischer**, §30, kn. 17; **Krey/Esser**, AT, §47, kn. 1334a; **Rengier**, AT, §47 kn. 41; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 4; **Heintschel-Heinneg**, § 30, kn. 18; **BGHSt** 44, 91 (**Schönke/Schröder**, §30, kn. 38); **BGHSt** 14, 379 (**Krey/Esser**, AT, §47, kn. 1334a); **Eser**, II, §47, kn. 21; **Joecks**, § 30, kn. 73; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 552. Doktrinde ve içtihatlarda azmettirmeye teşebbüste asli-tali, özel-genel norm ilişkisi gibi görünüşte içtima durumunun olduğu birden çok durumun gerçekleşebileceği hakkında bkz. **Eser**, *Strafrecht II*, §47, kn. 21; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 96; **Fischer**, §30, kn. 15, 17; **Joecks**, §30, kn. 73-80.

⁷⁵⁸ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 552-553.

⁷⁵⁹ **Krey/Esser**, AT, §47, kn. 1334a.

verilmez; çünkü fail değişmiş olsa bile azmettirenin cezalandırılması için fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması yeterlidir. Azmettiren ilk failin fiili işlemeyi reddetmesi nedeniyle azmettirmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Her iki azmettirme olayında azmettirilen fiil ortak olduğundan azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk doğmaz.⁷⁶⁰ *Roxin*’e göre, tamamlanmış azmettirmeden ceza verilir ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm geri çekilir. Azmettiren artık ikinci olayda gerçekleşen fiile azmettirmeden sorumlu olur. Çünkü her iki olayda aynı hukuksal değerler tehlikeye sokulmuştur. Azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen ihlalin tehlikesi, zaten ikinci olayda daha yoğun bir şekilde ortaya çıkmıştır. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm tali nitelikte bir norm olduğundan uygulanmaz.⁷⁶¹

Karşı görüşe göre ise, azmettirenin yaptığı suç davetini fail kabul etmediği için, azmettiren bir üçüncü kişiyi azmettirdiğinde esasen burada mağdurda bir değişiklik gerçekleşmez. İlk fiil olan başarısız azmettirme daha sonra başka bir failin fiile azmettirilmesi karşısında bağımsız bir azmettirmedir. İkinci azmettirme olayında fiil teşebbüs aşamasında kalsa veya tamamlansa, ilk fiil olan azmettirmeye teşebbüs, teşebbüs aşamasında kalan veya tamamlanan fiilin içinde erimez. Burada iki farklı azmettirme fiili vardır ve fiil tekliğinden değil, fiil çokluğundan yani farklı fiillerle farklı kanun maddelerinin ihlalinin bahsedilir. İkinci azmettirme olayında artık yeni bir suç kararına dayalı fiilin işlendiği dikkate alınarak azmettirmeye teşebbüsün tali nitelikte olması, bu görüşte kabul edilmemektedir.⁷⁶² *Geppert*’e göre, azmettiren, faili azmettiremediği için bundan vazgeçse ve daha sonra tamamen yeni bir fiil kararına dayalı olarak bu planını işleterek bir başkasını azmettirse ve azmettirilen yeni kişi fiili teşebbüs aşamasında bıraksa veya tamamlasa ilk durumda gerçekleşen azmettirmeye teşebbüs ile sonradan işlenen fiile azmettirme arasında gerçek içtima söz konusu olur.⁷⁶³

⁷⁶⁰ **Heintschel-Heinneg**, § 30, kn. 19; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 38; **Fischer**, §30, kn. 17.

⁷⁶¹ **Roxin**, *A.T. II*, §28, kn. 39, s. 302.

⁷⁶² **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 101.

⁷⁶³ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 553.

Doktrinde bir suça azmettirmeye teşebbüs fiili, bir başka suçun tipikliğini de ihlal ettiğinde, bir diğer ifadeyle birden fazla tipik fiile azmettirme durumu ortaya çıktığında fikri içtimanın yapılması kabul edilmektedir.⁷⁶⁴ Örneğin bir annenin, kızını bir başkasını zorla öldürmeye azmettirmeye teşebbüs ettiği bir olayda, nitelikli kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs ile cebir suçu arasında fikri içtima uygulanır.⁷⁶⁵ Bir başka örnek vermek gerekirse, yalan yere yemin suçuna azmettirme durumunda aynı zamanda bu fiil azmettirmeye teşebbüs, yalan yere yemin etme, yemin etmeksizin yalan tanıklık ve azmettirmeye ilişkin tipiklikleri ihlal etmektedir. Azmettirilene yemin ettirilmediğinde, sadece yemin etmeksizin yalan tanıklık suçu gerçekleşir. Yani yalan tanıklık suçuna azmettirmeden sorumluluk doğar. Burada artık yemin etmeksizin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk doğmaz. Yemin etmeksizin azmettirmeye teşebbüs geri çekilir.⁷⁶⁶ Bu durumda nitelikli haline azmettirilen fail fiilin basit halini yani daha hafif halini işlemiş olur. Esasen burada hem yalan yere yemine azmettirmeye teşebbüs ve yemin etmeksizin yalan tanıklığa azmettirme arasında fikri içtima kuralları uygulanarak yemin etmeksizin yalan tanıklık suçundan sorumluluk belirlenmiş olmaktadır.

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı hüküm ile iştirake teşebbüsün diğer türlerinin cezalandırıldığı hüküm arasında da asli-tali norm ilişkisi gerçekleşmektedir. Örneğin, bir kimse suç işlemek üzere bir başkasıyla anlaştığında, suç anlaşmasına ilişkin ikinci fıkra hükmü asli nitelikte bir norm olarak kabul edilmekte ve azmettirmeye teşebbüs karşısında öncelikle uygulanmaktadır.⁷⁶⁷ Bu durumda azmettirme, faillik karşısında daha hafif bir iştirak formudur. Aynı şekilde, örneğin

⁷⁶⁴ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 41.

⁷⁶⁵ **Roxin**, AT II, §28, kn. 41.

⁷⁶⁶ **Roxin**, AT II, §28, kn. 38; **Rengier**, AT, §47 kn. 41, 44; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 39; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB; **BGHSt** 9, 131 (**Roxin**, §30 StGB, Fall: 10, s. 174); **Schröder**, §49a StGB, s. 294.

⁷⁶⁷ **Rengier**, AT, §47 kn. 41, 44. Ayrıca bkz. **Schönke/Schröder**, §30, kn. 39; **Fischer**, §30, kn. 16; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 10; **Roxin**, §30 StGB, s. 175. ACK md.30'un birinci ve ikinci fıkrası arasında gerçekleşebilecek içtima halleri için bkz. **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 21, s. 348; §30, kn. 18.

suç işlemeye hazır olduğunu açıklama ile azmettirmeye teşebbüs karşı karşıya geldiğinde azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm geri çekilir.⁷⁶⁸ Netice itibariyle, ACK md.30/f.1 ile ACK md.30/f.2 arasında gerçekleşen içtima ilişkisinde en ağırından ceza belirlenir. İştirake teşebbüsün en ağırından ceza verilmesinin gerekçesi, fiilin suçun işlenmesine en yakın olan aşamada gerçekleşme durumu ve işlenen fiilin hukuksal değerleri tehlikeye sokma derecesinin dikkate alınmasıdır.⁷⁶⁹

Asli-tali norm ilişkisi, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm ile failliğe ve suça yardım etmeye ilişkin hükümler arasında gerçekleşebilir.⁷⁷⁰ Azmettirmeye teşebbüs ile tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir fiile yardım etme arasındaki içtima ilişkisi doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, burada artık asıl fiil işlendiği için azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm tali niteliktedir.⁷⁷¹

Failin zaten fiili işleme kararını aldığı *omnido facturus* durumunda, azmettirmeye teşebbüs ile yardım etme arasında asli-tali norm ilişkisi söz konusu olmaktadır. Örneğin A, B'yi C'yi öldürmeye azmettirir; ancak B zaten bu fiili işleme kararını almıştır. Baskın görüşe göre, A'nın fiili B'nin fiili işleme kararını kuvvetlendirmekte olduğundan burada azmettirmeye teşebbüsten veya hem azmettirmeye teşebbüsten hem de yardım etmeden ceza verilmez. Sadece kasten öldürme suçuna yardım etmeden ceza belirlenir. Bu durumda ACK md.30/f.1 hükmü, asıl fiil işlendiği için geri çekilir. Bu görüş, teşebbüs aşamasında kalmış veya tamamlanmış bir fiile yardım etmede hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen ihlalin azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen ihlalden daha yoğun olduğunu kabul etmektedir.⁷⁷² Aynı şekilde, azmettirmesinin başarısız olmasından sonra, azmettirenin

⁷⁶⁸ **Schneider**, s. 120.

⁷⁶⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 98, 99.

⁷⁷⁰ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 39.

⁷⁷¹ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 38.

⁷⁷² **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 105; **Roxin**, AT II, §28, kn. 40; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 553. Doktrinde bir görüş, yardım etmeden cezalandırmanın azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün cezai sınırını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, ACK md.27/f.2 gereği yardım edenin cezası için belirlenen cezai sınır, ACK md.30/f.1'de belirlenen cezai sınırla aynıdır. Bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 40.

failin fiiline yardım etmesi durumunda asıl fiil tamamlanırsa veya teşebbüs aşamasında kalırsa asıl fiilin işlenmesiyle hukuksal değerlere yönelik daha ağır bir ihlal gerçekleştiğinden burada da azmettirmeye teşebbüs yardım etme karşısında geri çekilir.⁷⁷³ Yardım etmenin dayandığı asıl fiil en az teşebbüs aşamasında kalmazsa yardım etmeye teşebbüs ile azmettirmeye teşebbüs arasında asli-tali norm ilişkisi gerçekleşir ve burada yardım etmeye teşebbüs geri çekilir. Ayrıca yardım etmeye teşebbüs, mevcut ACK'da cezalandırılmadığından azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğun belirlenmesi gerekir.

Alman Hukuku'nda azmettirmeye teşebbüs ve teşebbüs aşamasına girdikten sonra azmettirenin faili teşebbüs aşamasına giren fiili işlemekten vazgeçirmesi durumları arasında da asli-tali norm ilişkisi tartışılmaktadır.⁷⁷⁴ Azmettirenin gönüllü olarak faili teşebbüs aşamasına giren fiili işlemekten vazgeçirmesi durumunda, baskın görüşe göre azmettiren işlenmesinden vazgeçilen fiile azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmamalıdır. Aksi halde şerik (azmettiren) için kanunun öngördüğü gönüllü vazgeçmenin sağlamış olduğu ayrıcalığın burada hiçbir anlamı kalmaz ve asıl fiilin işlenmesini engelleyen azmettiren, bu gönüllü faaliyetine rağmen teşebbüsünden

⁷⁷³ **Roxin**, başarısız azmettirmeden sonra gerçekleşen şerikliğin yeni bir fiil kararına dayandığını, burada tamamlanmış şeriklik ile azmettirmeye teşebbüs arasında gerçek içtima yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 40.

⁷⁷⁴ **BGHSt**, 14, 378, 380, karar için bkz. **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 18. Failin icra hareketlerini işlemekten vazgeçtiği fiilin, işlenmesine azmettirilen asıl fiilden daha hafif olduğu durumda azmettirmeye teşebbüsün tali niteliğinin geçerli olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bkz. **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 18; **Joecks**, §30, kn. 76-77. Bu durum nitelikli sınır aşımalarında söz konusu olabilir. Örneğin azmettiren faili nitelikli yağma suçuna azmettirir. Ancak yağma suçunun temel halinin icra hareketlerine başlayan fail icra hareketlerini tamamlamaz veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen vazgeçerek neticenin gerçekleşmesini engeller. Burada fail artık yağma suçunun teşebbüs aşamasına girmiştir. Nitelikli sınır aşımalarında benimsediğimiz görüşe göre, bu tür sınır aşımalarında azmettirenin işlenmesi istenilen ve fakat işlenmeyen suça azmettirmeye teşebbüsten; gerçekten işlenen suç bakımından olası kastı kapsamında olduğu için bu suça azmettirmeden sorumluluğu doğar. Buna göre, nitelikli yağma suçuna azmettirmeye teşebbüs ve yağma suçunun temel haline azmettirme arasında fikri içtima yapılır. Failin yağmanın temel halinden vazgeçmesi, azmettirenin fikri içtimanın uygulandığı her iki sorumluluğunu bertaraf etmez. Vazgeçme cezayı kaldıran bir şahsi sebep olduğu için bir kere fail fiilin teşebbüs aşamasına girmiş ve teşebbüsün haksızlığı işlenmiştir. Teşebbüs edilen suç (yağmanın temel hali), azmettirenin kastı kapsamında olup; vazgeçme, azmettirenin sorumluluğunu bertaraf etmez. İşlenmeyen nitelikli yağma suçuna azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu zaten devam etmektedir.

vazgeçilen fiilin hazırlık hareketlerinden sorumlu tutulmuş olur.⁷⁷⁵ Ancak *Dreher* ve *Tröndle* gibi yazarların savunduğu azınlıkta kalan görüşe göre, burada azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm yeniden canlanır ve hükmün uygulama kabiliyeti söz konusu olur.⁷⁷⁶ Kanaatimizce, fiil teşebbüs aşamasına girdikten sonra failin teşebbüsü oluşturan icra hareketlerinden vazgeçmesi, teşebbüs aşamasına varmış fiilin haksızlığını bertaraf etmez. Çünkü vazgeçme suç ve ceza politikası gereği tanınan bir imkân olup; teşebbüs aşamasında kalan fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaz. Keza vazgeçme, cezayı kaldıran bir şahsi sebeptir. Bu durumda azmettirmeye teşebbüs hükmü geri çekilir ve azmettirmeye ilişkin değerlendirme yapılarak azmettirenin sorumluluğunun tespit edilmesi gerekir.⁷⁷⁷

Alman hukukunda içtihatlarda da azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün tali nitelikte olduğu ve fiilin teşebbüste kaldığı durumda azmettirmeye teşebbüsün haksızlığının teşebbüsün haksızlığında mündemiç olduğundan hareketle hükmün geri çekilmesi gerektiği ve ancak bunun cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği kabul edilmiştir.⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 106; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 40; **BGHSt 14**, 378 (**Roxin**, §30 StGB, Fall: 12, s. 175).

⁷⁷⁶ **BGHSt 14**, 378 (**Roxin**, §30 StGB, Fall: 12, s. 175).

⁷⁷⁷ Teşebbüs aşamasına varmış fiilin icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmenin hukuki niteliğinin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğu, teşebbüsü oluşturan icra hareketlerinden sonra gerçekleşen vazgeçmenin teşebbüs aşamasına varmış haksızlığın unsurlarını ve failin kusurluluğunu etkilemeyen, yalnızca teşebbüs aşamasına varmış haksızlık bakımından failin cezai sorumluluğunu kaldıran bir hareketi oluşturduğu hakkında bkz. **Koca/Üzülmüş**, GH, s. 436.

⁷⁷⁸ Frankfurt am Main Eyalet Mahkemesi'nin ağır kundaklama suçuna azmettirmeye teşebbüsten (ACK md.306a) iki yıl üç ay hapis cezası verdiği hükmü bozan ve burada artık ağır kundaklama suçunun olduğu sonucuna varan AFM'nin azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün tali nitelikte olduğu yönünde verdiği karara konu olayda, "sanık 01.12.2005 tarihinden yaklaşık bir hafta önce sigorta yardımından haksız menfaat elde etmek için bir tanıdığını kendi işlettiği dükkanı 5.000 avro karşılığında azmettirir. Ancak, failin harekete geçmemesi sebebiyle söz konusu tarihte kendisi dükkanı ateşe verir. Yoldan geçenlerin haber vermesi üzerine gelen itfaiye ekipleri yangın binanın önüne sıçramadan söndürmeyi başarır ve dumandan etkilenen birçok kişi binanın üst katından tahliye edilir. Olaydan sonra sigorta şirketi ödeme yapmayı reddeder." Frankfurt am Main; **BGH** Urteil vom 14.04.2010, 2 StR 87/10.

Netice itibariyle doktrinde işlenmesi planlanan fiile azmettirmeye teşebbüsün ortaya çıkardığı haksızlık, işlenen fiile azmettirmenin ortaya çıkardığı haksızlık karşısında geri çekilir.⁷⁷⁹

B. Azmettirmeye Teşebbüsün Bağımsız veya *Sui Generis* Suç Tipi Olmaması

Alman kanun koyucusu, iştirake teşebbüs genel başlığı ile ACK md.30'da iştirakin ön alanında gerçekleşen bazı fiilleri bağımsız bir hükümle cezalandırmıştır. Söz konusu hüküm başlı başına bir suç tipi değildir. Kanun koyucu, böyle bir hükme genel hükümlerde yer vermek suretiyle cezalandırılabilirlik sınırını iştirakin ön alanına yani daha geriye çekmiştir.⁷⁸⁰ Böylece suç ve ceza politikası gereği iştirake ilişkin bazı hazırlık hareketleri ön alanda cezalandırılmaktadır.⁷⁸¹

Alman hukukunda her ne kadar azmettirmenin ve asıl fiilin haksızlık içerikleri bağımsız kabul edilse de azmettirmeye teşebbüs ve asıl fiilin tipikliği daima bir arada değerlendirilir.⁷⁸² Suça teşebbüs gibi azmettirmeye teşebbüs de bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Nasıl ki teşebbüsten dolayı failin sorumluluğu cihetine gidebilmek için teşebbüs ilgili suçun tipikliği ile birlikte değerlendirilmektedir; aynı esastan hareketle ilgili suçun tipikliği dikkate alınmadan azmettirmeye teşebbüse ilişkin değerlendirme de tek başına yapılamaz.⁷⁸³ Bu yüzden ACK md.30/f.1'in tek başına değil; asıl fiilin tipikliği bağlamında ele alınması gerekir.⁷⁸⁴

⁷⁷⁹ Rengier, AT, §47 kn. 45.

⁷⁸⁰ Murmann, §28 kn. 1, 6; BGHSt 32, 133; Letzgus, s. 1 vd.; Thalheimer, s. 1 vd.; Dessecker, s. 549 vd.; Roxin, StGB §30, s. 169 vd.

⁷⁸¹ Camargo, s. 734.

⁷⁸² Rengier, AT, §47 kn. 2.

⁷⁸³ Hilgendorf/Valerius, AT, §10, kn. 114.

⁷⁸⁴ Heintschel-Heinneg, §30, kn. 4; Sax, s. 958; BGH, Urteil vom 10.09.1986-3StR 287/86 (Karar için bkz. BGH MDR [H], s. 271).

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm, ne bağımsız ne de *sui generis* suç tipi olarak düzenlenmiştir.⁷⁸⁵ 1876 yılında kanuna eklenen ilk metin ise bağımsız bir suç tipi olarak nitelendirilmişti.⁷⁸⁶

Azmettirmeye teşebbüsü ihtiva edecek şekilde iştirake teşebbüsü cezalandıran ACK md.30 hükmü, *sui generis* bir suç tipi olarak değil, iştirake teşebbüsü iştirak ve teşebbüs kurumlarıyla birlikte ele alan ve cezalandırılabilirliği genişleten bir norm olarak kabul edilmektedir.⁷⁸⁷

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün ne bağımsız bir suç tipi ne de *sui generis* bir düzenleme olduğu ileri sürülse de, kurumun hukuki niteliği Alman hukukunda günümüzde hala tartışılan bir meseledir.⁷⁸⁸

C. Şeriklik ve Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılmasının Esasına Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Hukuki Niteliği

Azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliği konusunda teşebbüse ilişkin, iştirake ilişkin ve hazırlık hareketlerinin bağımsız cezalandırılmasına ilişkin özel düzenleme olması şeklinde doktrinde üç görüş ileri sürülmüştür.⁷⁸⁹

Azmettirmeye teşebbüs hükmü asıl fiilin teşebbüste kalmış halinin cezalandırıldığı bir hüküm değildir; çünkü teşebbüs için doğrudan doğruya icranın başlamış olması gerekir. Azmettirmeye teşebbüste bu unsur gerçekleşmediğinden ön alanda işlenen azmettirme fiili asıl fiilin hazırlık hareketi niteliğindedir. Asıl fiil işlenmediği için niceliksel bağlılık kuralının gereği gerçekleşmemektedir. Bu yüzden azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler iştirake ilişkin özel hükümler de değildir.⁷⁹⁰

⁷⁸⁵ Letzgus, s. 211.

⁷⁸⁶ Fieber, s. 56.

⁷⁸⁷ Murmann, §28 kn. 1, 6; Thalheimer, s. 8.

⁷⁸⁸ Joecks, §30, kn. 2, 4, 11.

⁷⁸⁹ İnci, s. 939.

⁷⁹⁰ Roxin, AT II, §28, kn. 2; Eser, II, §47, kn. 2.

Asıl fiilin icrası başlamamasına rağmen azmettirmeye teşebbüs özel bir ceza normuyla yaptırıma bağlanmıştır. Bu itibarla doktrinde azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler iştirake ve teşebbüse ilişkin hükümler olarak değil, iştirakin ön alanında hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilir olduğu özel hükümler olarak kabul edilmektedir.⁷⁹¹ Azmettirmeye teşebbüsün, suça teşebbüs ve iştirak alanında değil; iştirakin ön alanında işlenen bir fiil olduğu kabul edilmektedir.⁷⁹²

Doktrinde azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümlerin iştirake ilişkin özel hükümler olduğunu ileri süren görüşler de vardır. *Roxin*, azmettirmeye teşebbüsün kısmen de olsa iştirake ilişkin özel bir düzenleme olarak görülebileceğini ve asıl fiil işlenmemesine rağmen kanun koyucu tarafından belirlenen bazı hazırlık hareketlerinin iştirak çerçevesinde bağımsız cezalandırıldığı bir düzenleme olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁷⁹³ *Letzgus*, azmettirmeye teşebbüs iştirakin ön alanında hazırlık hareketi olarak bağımsız bir şekilde cezalandırılabilir teşebbüs ve iştirak gibi azmettirmeye teşebbüs de suçun özel bir görünüş şekli olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁹⁴

Sistematik yorumdan hareketle, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümlerin ne iştirake ne de teşebbüse ilişkin özel hükümler olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁹⁵ Çünkü, ceza sorumluluğunun genişlediği bu durumda ne iştirake ne de teşebbüse ilişkin temel gerekler karşılanmaktadır.⁷⁹⁶

Yeager, azmettirmeye teşebbüsün ne teşebbüs ne de teşebbüs benzeri bir kurum olduğunu ve bu yüzden bağımsız olarak cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁷⁹⁷

⁷⁹¹ **Kühl**, AT, §20, kn. 243. Ayrıca bkz. **BGH**, NStZ, 1996, 562 f; **BGH** NStZ, 2000, 421 f. M. Bspr; **Joecks**, §30, kn. 1.

⁷⁹² **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 64.

⁷⁹³ **Roxin**, AT II, §28, kn. 2.

⁷⁹⁴ **Letzgus**, s. 220-221.

⁷⁹⁵ **Roxin**, AT II, §28, kn. 2.

⁷⁹⁶ **Engelhart**, s. 442-443. Azmettirmeye teşebbüsün ceza sorumluluğunun hazırlık aşamasına kadar genişlediği bir durum olduğu hakkında bkz. **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 28; **Krey/Esser**, AT, §48, kn. 1334.

⁷⁹⁷ **Daniel B. Yeager**, “Helping, Doing and the Grammar of Complicity”, *Criminal Justice Ethics*, V. 15, I. 3, 1996 (24-35), s. 33, 35.

Geppert, azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliğinin aşağıda ele alınacak olan şeriklik ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının esasına ilişkin teoriler çerçevesinde tartışılmasının gereksiz olduğunu ve hükmün iştirak ve teşebbüs kurumlarının karşımı niteliğinde bir hüküm olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁹⁸ *Bloy*, azmettirmeye teşebbüsün ne iştirak ne de teşebbüs kurumuna dahil olduğunu ve hukuka aykırılık içeriğinin bağıllık kuralıyla açıklanamayacağını ileri sürmüş ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin düzenlemeyi ön alan suçluluğu kapsamında iştirake hazırlığa ilişkin özel bir durum olarak nitelendirmiştir.⁷⁹⁹

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümlerin hukuki niteliği meselesi şeriklik ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının esasına göre değerlendirilmektedir. Doktrinde bu konuda *şeriklik (teilnahmetheorie)* ve *hazırlık (Vorbereitungstheorie)* teorileri ileri sürülmüştür. Buna göre azmettirmeye teşebbüs ya iştirake ilişkindir ya da hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliğine ilişkindir.⁸⁰⁰

Şeriklik teorisine göre, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler kanunun faillik-şeriklik başlığı altında düzenlenmiştir. Burada işlenmiş bir fiil olmadığından azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği fiilin haksızlığına dayandırılmaz. Hükümde belirli hareketlerin cezalandırılmasıyla suç işleme kastının dış dünyaya aksetmesi ve birden çok kişinin suç işlemek amacıyla birlikteliği cezalandırılmaktadır. Böylece kötü amaçlı suç teşkil edici birleşimler ve anlaşmalar ceza yaptırımına altına alınarak işlenmesi istenilen fiilden bağımsız olarak cezalandırılmaktadır.⁸⁰¹ Bu teoriyi

⁷⁹⁸ *Geppert*, §30 Abs.1 StGB, s. 548.

⁷⁹⁹ *Bloy*, Grund und Grenzen, s. 494.

⁸⁰⁰ *Baumann/Weber*, AT, s. 590; *Letzgus*, s. 215; *Geppert*, §30 Abs.1 StGB, s. 547-458; *Rogall*, s. 878; *Dessecker*, s. 553-554; *Joecks*, *Komm. (StGB)*, §30, kn. 4. Aynı tartışma, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün genişletilmiş bir hali olarak kabul edilen gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüse için yapılmaktadır. Tartışma için bkz. Thomas *Vormbaum*, “Versuchte Beteiligung an der Falschaussage-Zum Verhältnis der §§30 und 159-“; T. Vormbaum (Hrsg.)/A. Gipperich (Redaktion), *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, Band: 3, Berlin 2011, s. 179-181. Görüşler için bkz. *Lüthke*, s. 21-29; *Rogall*, s. 877. Bu hususta hazırlık teorisinin daha elverişli olduğu hakkında bkz. *Dölling/Duttge/König/Rössner*, §30, kn. 10; *Letzgus*, s. 220; *Geppert*, §30 Abs.1 StGB, s. 548.

⁸⁰¹ *Jescheck/Weigend*, AT, s. 701-702.

savunanlar, azmettirmede olduğu gibi azmettirmeye teşebbüste de bir bağıllığın olması gerektiğini ve bunun varsayımsal bağıllık kuralı ile açıklanabileceğini ileri sürmüşlerdir.⁸⁰² Azmettirmeye teşebbüs de, azmettirme gibi iştirakin bir şekli olarak ortaya çıkar ve asıl fiil işlenmese bile varsayımsal bağıllık kuralına göre azmettirenin cezalandırılabilmesi mümkündür.⁸⁰³

Hazırlık teorisine göre, azmettirmeye teşebbüste istisnaen bir hazırlık hareketi cezalandırılmaktadır. Bundan dolayı azmettirmeye teşebbüsü yaptırma bağlayan hüküm hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılabilir olduğuna ilişkin özel bir düzenlemedir.⁸⁰⁴ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasıyla iştirak halinde işlenen bazı hazırlık hareketlerinin yol açtığı tehlikenin cezalandırılması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda hüküm ön alanın cezalandırılmazlığı kuralının bir istisnası olarak düzenlenmiştir.⁸⁰⁵ Bu teoriye göre azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel kısmında ama iştirake ilişkin bölümde değil teşebbüse ilişkin bölümde düzenlenmelidir.⁸⁰⁶

Alman içtihatlarında hükmün iştirakin ön alanında cezalandırılabilir hazırlık hareketlerini ihtiva ettiğinden hareketle hazırlık teorisine itibar edilmiştir.⁸⁰⁷ AFM, kararlarında azmettirmeye teşebbüsün, iştirakin ön alanında bağımsız olarak cezalandırılan bir hazırlık hareketi olduğu değerlendirmesini yaparak azmettirmeye teşebbüs fiilinin cezalandırılabilirliğini hazırlık hareketi teorisi temelinde izah etmiştir.⁸⁰⁸

Sonuç itibariyle; gerek doktrinde gerekse içtihatlarda hazırlık teorisine itibar edilmekte ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümlerin ön alanda iştirak halinde

⁸⁰² **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Dessecker**, s. 553-554.

⁸⁰³ **Dönmez**, s. 273-274; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 3.1. Şeriklik teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Letzgus**, s. 217-219.

⁸⁰⁴ **Dönmez**, s. 274; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 3.1; **Murmann**, §28 kn. 1, 6.

⁸⁰⁵ **Joecks**, §30, kn. 1; **Dessecker**, s. 553-554; **Picotti**, s. 411, 420; **Eser**, II, §47, kn. 6a.

⁸⁰⁶ **Letzgus**, s. 221; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 12; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 548; **Letzgus**, s. 220.

⁸⁰⁷ **BGH**, Urteil vom 14.08.2012-3 StR 252/12 (LG Düsseldorf); **BGHSt** 9, 131, 134; 14, 378, 379; **BGHSt** 10, 388, 389.

⁸⁰⁸ **Letzgus**, s. 220; **Lüthke**, s. 17, 19.

işlenen belirli hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına imkan veren hükümler olduğu kabul edilmektedir.⁸⁰⁹

ACK'da azmettirmeye teşebbüsün daha özel tehlikeli hazırlık hareketleri olarak cezalandırıldığı suç tipleri de vardır. Bu suç tipleri ile azmettirmeye teşebbüse ilişkin ACK md.30 hükmü arasında özel-genel norm ilişkisi söz konusu olup, ilgili suça azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı hüküm öncelikle uygulanır.⁸¹⁰ Örneğin cürüm olarak düzenlenen ACK md.81'te düzenlenen vatana ihanete azmettirmeye teşebbüs ile vatana ihanet suçunun hazırlığı (ACK md.83) arasında böyle bir ilişki söz konusudur. Ayrıca ilgili suç tipinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı hüküm ile aynı suç tipinde suça hazırlığın cezalandırıldığı hüküm arasında da özel-genel norm ilişkisi kabul edilmektedir. Bu durumda ilgili suç tipine azmettirmeye teşebbüs hükmü suça hazırlığın cezalandırıldığı hükme göre öncelikli olarak uygulanır. Örneğin; ACK md.234a/III' te insan kaçırma suçunun hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. İnsan kaçırmaya azmettirmeye teşebbüsün ayrıca cezalandırıldığı birinci fıkra, suçun hazırlık hareketlerinin ayrıca cezalandırıldığı üçüncü fıkra göre öncelikli uygulanır. Bu durumda insan kaçırma suçunun hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı hüküm geri çekilir. İnsan kaçırmaya azmettirmeye teşebbüsün cezası insan kaçırmaya hazırlığın cezasından daha ağırdır. Üçüncü fıkra sadece tek kişi tarafından işlendiğinde cezası uygulanacak olan bir hüküm olarak düzenlenmiştir.⁸¹¹

D. Azmettirmeye Teşebbüsün Hukuki Niteliğine İlişkin Kanaatimiz

Asli-tali norm ilişkisinde azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler tali nitelikte hükümlerdir. Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olmasıyla bağlılık kuralının niceliksel şartı gerçekleştiği için azmettirenin cezalandırılabilmesi mümkün hale gelir. Bu durumda azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler geri çekilir ve fiilin teşebbüs aşamasına varmış hali üzerinden azmettirenin ceza sorumluluğu cihetine gidilir.

⁸⁰⁹ Lüthke, s. 21.

⁸¹⁰ Fischer, §30, kn. 18.

⁸¹¹ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 108; BGHSt 6, 85, 86 (Bkz. Roxin, AT II, §28, kn. 42).

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin norm ne bağımsız suç tipi niteliğinde ne de *sui generis* norm niteliğindedir. Kanunun genel hükümleri içinde bağımsız ceza normu olarak düzenlenen azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler ne iştirake ilişkin ne de teşebbüse ilişkin olup, iştirakin ön alanında belirli bazı hazırlık hareketlerinin özel tehlikelilik halleri ceza tehdidi altına alınmıştır. ACK md.30, iştirak halinde işlenen belirli hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına imkân veren hükümler ihtiva etmektedir. Hükmün kapsamında azmettirmeye teşebbüs özel tehlikeli hazırlık hareketi olarak cezalandırılmaktadır. Teşebbüs ve iştirakin bir arada değerlendirildiği bu hükümle, azmettirmeye teşebbüs özel bir hazırlık hareketi olarak suç ve ceza politikası gereği erken bir aşamada cezalandırılmaktadır. Bu itibarla azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler ceza sorumluluğunu genişletici hükümler olup, bu hükümlerin hukuki niteliği konusunda kurumun cezalandırılabilirliğinin izahı açısından hazırlık teorisi daha isabetli ve elverişli bir teoridir.

III. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN TÜRLERİ

Azmettirmeye teşebbüsün tüm türleri azmettirmenin teşebbüste kaldığı haller olup, türlerin tümünde azmettirme ile nedensellik bağının kurulabileceği bir asıl fiil bulunmamaktadır.⁸¹²

Alman hukukunda doktrinde azmettirmeye teşebbüsün türleri konusunda farklı sınıflandırmalar yapılmakta ve sınıflandırmalarda asıl fiilin var olup olmaması, irade uyuşmasının gerçekleşip gerçekleşmemesi ve failin fiili işleme kararını alıp almaması ölçütlerinden hareket edilmektedir.

A. Asıl Fiilin Var Olup Olmamasına Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Türlerinin Sınıflandırılması

Asıl fiilin işlenmediği durumlarda azmettirmeye teşebbüsün türleri başarısız, neticesiz ve elverişsiz azmettirme şeklinde ayrılmaktadır.⁸¹³ Başarısız, neticesiz ve

⁸¹² Yekebaş, s. 114-115; Hakeri, GH, s. 538.

⁸¹³ Thalheimer, s. 25.

elverişsiz azmettirmede ne tamamlanmış ne de en azından teşebbüste kalan bir asıl fiil vardır.⁸¹⁴

Asıl fiilin işlendiği ancak farklı sebeplerden dolayı bu fiilin azmettirene objektif olarak isnat edilemediği azmettirmeye teşebbüsün türleri hatalı azmettirme, kısmen tamamlanmış azmettirme ve failin sınır aşımı hallerinde azmettirmeye teşebbüs şeklinde ayrılmaktadır.⁸¹⁵

B. İrade Uyuşmasının Gerçekleşip Gerçekleşmemesine Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Türlerinin Sınıflandırılması

Doktrinde azmettirmeye teşebbüs türlerinde, irade uyuşmasının gerçekleşmediği (*fehlende Willensübereinstimmung*) ve gerçekleştiği (*Willensübereinstimmung*) şeklinde bir sınıflandırma da yapılmaktadır. İrade uyuşmasının gerçekleşmediği hallerden birisi başarısız azmettirme diğeri hatalı azmettirmedir. Neticesiz azmettirme, elverişsiz azmettirme ve etkisiz azmettirme ise azmettiren ile fail arasında irade uyuşmasının gerçekleştiği türler olarak kabul edilmektedir.⁸¹⁶ Kısmen tamamlanmış azmettirmede ise fail bir taraftan azmettirenin beklentisinin altında kalarak daha azını işlemek suretiyle azmettiren ile başlangıçta fikir ayrılığı (*anfanglicher Dissens*) yaşarken; diğer taraftan azmettiren, failde amaçlanan fiili işleme kararının alınmasına sebep olduğundan fail onunla fikir birliği (*anfanglicher Konsens*) içerisinde.⁸¹⁷

C. Failin Fiili İşleme Kararını Alıp Almamasına Göre Azmettirmeye Teşebbüsün Türlerinin Sınıflandırılması

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün türlerinin ayırımında azmettirme neticesinin derecelendirilmesine göre (*nach dem Erfolgsgrad der Anstiftung*) bir ayırım ölçütü kullanılmaktadır.⁸¹⁸ Azmettirmede ara netice (*Zwischenerfolg*) ve son

⁸¹⁴ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 547.

⁸¹⁵ Thalheimer, s. 25.

⁸¹⁶ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 30.

⁸¹⁷ Letzgus, s. 61; Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 37.

⁸¹⁸ Thalheimer, s. 25.

netice (*Enderfolg*) olmak üzere iki aşama kabul edilir. Azmettirenin faile fiili işleme kararını aldırıldığı durumda ara netice gerçekleşir. Failin fiili işlemeye teşebbüs etmesi durumunda son netice gerçekleşir.⁸¹⁹ Azmettirmenin bu ayırıma göre çifte neticesi (*doppelter Erfolg*) vardır. Bir kimsede fiili işleme kararının uyandırılması başlı başına bir netice olup, azmettirenin ara neticesini oluşturur.⁸²⁰ Azmettirmenin bu neticesinin gerçekleşmiş olması için azmettirenin failde kesin ve yeterince somutlaştırılmış fiili işleme kararının aldırılmasına neden olmuş olması gerekir.⁸²¹

Doktrinde failin fiili işleme kararını alıp almamasının sınır kabul edilerek yapılan bu ayırımın amacı azmettirmede yaşanan başarısızlıkla hazırlık aşamasında hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin derecelendirmesini yapmaktır.⁸²² Hukuksal değerlere yönelik tehlikenin yoğunluğu ara neticenin gerçekleşmesi ve gerçekleşmemesi durumlarında aynı değildir. Failin fiili işleme kararını aldığı yani ara netice aşamasının gerçekleştiği durumda belli bir yoğunlukta ortaya çıkan tehlike, son netice aşamasının gerçekleşmesiyle daha da artmaktadır. Ancak iştirakin ön alanında gerçekleşen bu tehlike failin suça teşebbüs etmesiyle hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlike kadar ağır değildir. Asıl fiil teşebbüs aşamasına vardığında artık azmettirmeye teşebbüs değil azmettirmeye ilişkin hükümler devreye girer.

Türk hukukunda azmettirmenin çifte neticesinden söz edilemeyeceğini, bu ayırımı yapan görüşün klasik suç teorisi döneminde ileri sürülen görüşlerin etkisinde ortaya çıktığını ifade eden *Demirel*, failin suçun icra hareketlerini işlemek suretiyle neticeye ulaşması azmettirmenin son neticesi olarak addedilecek olsa bile “failde fiili gerçekleştirme yönünde bir kararın oluşturulmasının, fail bakımından henüz dış dünyaya yansımış bir durum, olay veya olgu bulunmadığından dolayı ara netice ya da

⁸¹⁹ **Letzger**, s. 22, 23, 36-37; **Zipf**, s. 142; **Letzger** tarafından yapılan bu ayırımın izlerine Türk hukukunda rastlamak mümkündür. **Özkan**, “Ceza Hukukunda Azmettirme” başlıklı çalışmada “azmettirme neticesi” başlığına yer vermiş ve azmettirenin failin kararında meydana getirdiği değişikliği azmettirmenin neticesi olarak nitelendirmiştir. **Özkan**, Azmettirme, s. 104.

⁸²⁰ **Schroeder**, s. 66.

⁸²¹ **Satzger**, s. 1171.

⁸²² **Zipf**, s. 142.

azmettirme neticesi olarak görülemeyeceği görülse bile bu neticenin soyut anlamda kavramsal bir ifadeden öteye geçemeyeceğini” ileri sürmüştür.⁸²³ Yazara göre, klasik suç teorisinin yansıması olan bu kavramsal ifadeler yerine azmettirmenin üç boyutlu bir yapıya sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Azmettirenin ilk boyutu “suç işleme kararı bulunmayan bir kimsede karar oluşturmaya yönelik sarf edilen çaba hareketleri, ikinci boyutu “muhatapta kararın oluşturulması” ve üçüncü boyutu “failin karar verdirilen suçun icra hareketlerine başlamasıdır”. Azmettirmenin ilk boyutu gerçekleştikten sonra ikinci boyut her zaman gerçekleşmeyebilir. İlk iki boyutun gerçekleşmesinden sonra failin suçun icra hareketlerine başlaması tamamlanmış azmettirme olarak ortaya çıkar ve bu boyut azmettirmeye teşebbüs haricinde kalmaktadır.⁸²⁴

Son netice olarak adlandırılan suçun teşebbüs aşaması azmettirmenin haksızlığının gerçekleşmesine etkisi olmayan ve bağlılık kuralı çerçevesinde mütalaa edilmesi gereken bir boyuttur. Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması azmettirmenin haksızlığının gerçekleşmesiyle ilgili bir unsur değildir. Azmettirme başlı başına bir haksızlık teşkil ettiğinden bu fiilin neticesi faile fiili işleme kararını aldirmek, yani azmettirenin ikna faaliyetlerinin başarıya ulaşmasıdır. Ancak azmettirmede fail her zaman fiili işleme kararını almayabilir. Azmettirme fiili ikna faaliyetleri aşamasında kalabilir. Başarısızlık asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmamış olması şeklinde değil, ikna faaliyetlerinin sonuç vermemesi ve failin fiili işleme kararını almaması şeklinde ortaya çıkar. Faile fiili işleme kararının aldırılmadığı böyle bir durumda tehlikeli ikna faaliyetlerinin varlığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, ara netice aşaması ikna faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve ikna faaliyetleriyle failde nihai fiil kararının alınmasının sağlamış olması şeklinde ikili bir ayırımı tabi tutulmalıdır. Ara neticenin ilk boyutu olan ikna faaliyetlerinin işlendiği aşama *kısmen tamamlanmış ara netice*, failin fiili işleme kararını aldığı aşama

⁸²³ Alman hukukunda doktrinde ACK md.30/f.1’in fiilin ara netice aşamasına girip girmemesine göre azmettirmeye teşebbüsü türlerine ayırmadığı şeklinde bir sonuç çıkarılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Thalheimer**, s. 25.

⁸²⁴ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 343-344.

tamamlanmış ara netice olarak adlandırılabilir. Bu ayırım, azmettirmeye teşebbüsün yol açtığı tehlike kadarıyla azmettirenin cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte bir ayırımdır. Böylece tamamlanmış ara netice aşaması gerçekleşmese bile kısmen tamamlanmış ara netice aşamasında azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması sağlanmış olur. Kısmen tamamlanmış-tamamlanmış ara netice ayırımı, ayrıca “azmettirenin kriminal süreci harekete geçirdiği ve olay üzerinde yaşadığı hakimiyet (kontrol) kaybıyla hukuksal değerleri tehlikeye soktuğu” temellendirmesine uygun düşmektedir. Hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlike ikna faaliyetleri sonucu kısmen tamamlanmış ara netice aşamasında söz konusu olur. Alman hukukunda ikna faaliyetlerinin gerçekleştiği ve ancak failin fiili işleme kararını almadığı durumlarda azmettirenin ikna faaliyetleriyle yol açtığı tehlikenin cezalandırılması baskın görüş⁸²⁵ olarak kabul edilmektedir. Baskın görüşe göre, azmettiren bağımsız ve bundan sonra artık üzerinde hakimiyetini kuramayacağı kriminal nedensellik sürecini harekete geçirmekle tehlikeliliğini ortaya koymuştur.

Azmettirmeye teşebbüsün türlerinin ayırımında ara netice-son netice ayırımını kabul eden görüş Alman hukukunda baskın görüştür.⁸²⁶ Baskın görüş başarısız azmettirme (*misslungene Anstiftung*), neticesiz azmettirme (*erfolglose Anstiftung*) ve elverişsiz azmettirme (*fehlgeschlagene Anstiftung*) olmak üzere azmettirmeye teşebbüsün temelde üç türünü kabul etmektedir.⁸²⁷ Demek ki azmettirenin suç davetini reddetmesinde olduğu gibi fail fiili işleme kararını almamış olabilir. Fail fiili işleme

⁸²⁵ Baskın görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. **Camargo**, s. 739.

⁸²⁶ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547.

⁸²⁷ **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Dessecker**, s. 551. **Thalheimer**, s. 24; **Kühl**, AT, §20, kn. 24; **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 546; Bu ayırımın geleneksel (klasik) bir ayırım olduğu hakkında bkz. **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 494; **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 546. 19. yüzyılın ilk yarısında azmettirmeye teşebbüsün türleri azmettirenin failde fiili işleme kararının alınmasına neden olmada başarılı olup olmama ölçütünden hareketle başarısız ve neticesiz azmettirme şeklinde sınıflandırılmıştı. Eğer failde fiili işleme kararının alınmasında başarılı olunmamışsa başarısız azmettirme; fail fiili işleme kararını almış ve fakat fiil teşebbüs aşamasında kalmamışsa neticesiz azmettirmenin gerçekleştiği ve bu sınıflandırmanın hem dogmatik bir anlamının olduğu hem de suç ve ceza politikasına dayandığı kabul edilmişti. Bkz. **Letzgus**, s. 137. Türk hukukunda ETCK döneminde **Yekebaş**, azmettirmeye teşebbüs durumlarının gerçekleşebileceği halleri Alman hukukundaki gibi üçe ayırmıştı. Bkz. **Yekebaş**, 112-115.

kararını almasına rağmen fiil teşebbüs aşamasına varmamış olabileceği gibi; fail halihazırda fiili işleme kararını almış da olabilir.⁸²⁸

Başarısız azmettirme, elverişsiz azmettirme ve hatalı azmettirmede ara netice gerçekleşmezken; neticesiz, etkisiz azmettirme, failin sınır aşımı hallerinde ve kısmen tamamlanmış azmettirmede ara netice gerçekleşir.⁸²⁹

Azmettirmeye teşebbüsün türlerini temelde başarısız, neticesiz ve elverişsiz şeklinde ayıran baskın görüş; kısmen tamamlanmış ve etkisiz azmettirme ile failin sınır aşımı durumlarında azmettirmeye teşebbüsü neticesiz azmettirmenin görünüş şekilleri olarak kabul eder. Bu üç türde de ara netice gerçekleşmiştir ve fakat farklı sebeplerden dolayı isnat edilebilir son netice gerçekleşmemiştir. Kısmen tamamlanmış azmettirmede fail ağır bir fiili işlemeye azmettirilmesine rağmen daha hafif bir fiili işler. Ya da fiilin temel halini işlemeye azmettirilen fail daha nitelikli halini işler. Etkisiz azmettirmede neticesiz azmettirmede olduğu gibi fail fiili işlemekten vazgeçer ve daha sonra aynı fiile yönelik önceki kararından tamamen bağımsız yeni bir karar alır. Son olarak failin sınır aşımında ise azmettirenin kastı haricinde başka fiil işlenmektedir. Etkisiz azmettirme ile sınır aşımı hallerinde fail, azmettirenin azmettirme talebine karşı ilk başta duyarlılığını gösterir ancak daha sonra başka bir fiil işler. Her iki durumda da fiili işleme kararından vazgeçilmiş olmakta ve fail tarafından yeni bir fiil kararı alınmaktadır. Her üçünde de fail azmettirenin iradesi dışına çıkmak suretiyle yeni bir fiili işleme kararı almaktadır. Her üç tür elverişsiz azmettirmenin görünüş şekilleri olarak kabul edilmemektedir; çünkü azmettirenin iradesi dışına çıkılsa bile son netice aşaması azmettirenin planladığından farklı bir şekilde de olsa gerçekleşmiştir.⁸³⁰

Alman hukukunda doktrinde azmettirmeye teşebbüsün türleri konusunda farklı sınıflandırmalar benimsenmiştir.

⁸²⁸ **Murmann**, §28 kn. 1; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 3; **Roxin**, AT II, §20, kn. 24; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 548; **Joecks/Jäger**, §30, kn. 5; **Roxin**, §30 StGB, s. 169.

⁸²⁹ **Thalheimer**, s. 25; **Zipf**, s. 142.

⁸³⁰ **Thalheimer**, s. 25-27.

Azmettirmeye teşebbüsü başarılı azmettirmeye teşebbüs ve başarısız azmettirmeye teşebbüs olarak ikiye ayıran ve cezalandırılabilirlik bakımından bu ayırmada objektif kriter olarak azmettirmenin etkisinin dikkate alınması gerektiğini ileri süren *Letzgus*, başarılı azmettirmeye teşebbüsü etkisiz ve elverişsiz azmettirme başlıkları ile inceler. Başarısız azmettirmeye teşebbüsü neticesiz azmettirme, başarısız azmettirme, failin sınır aşımalarında azmettirmeye teşebbüs ve kısmen tamamlanmış azmettirme şeklinde sınıflandırır.⁸³¹ *Geppert, Deseccker, Köhler ve Schünemann* baskın görüşten hareketle azmettirmeye teşebbüsü başarısız azmettirme, neticesiz azmettirme ve elverişsiz azmettirme şeklinde ayırır.⁸³² *Heinrich*, azmettirmeye teşebbüsün birden çok türünün olabileceğini ifade etmiş ve konuyu bu üç tür üzerinden örneklendirmiştir.⁸³³ *Kroß*, azmettirmeye teşebbüsü, başarısız ve neticesiz olmak üzere ikiye ayırmakta ve elverişsiz teşebbüsü bu iki türün bir görünüm şekli olarak ele almıştır.⁸³⁴ *Thalheimer* ve *Roxin* ise, azmettirmeye teşebbüsü başarısız azmettirme, neticesiz azmettirme, elverişsiz azmettirme, etkisiz azmettirme, hatalı azmettirme, failin sınır aşımı hallerinde azmettirmeye teşebbüs ve kısmen tamamlanmış azmettirme şeklinde yedi başlık altında inceler.⁸³⁵

Roxin, azmettirmeye teşebbüste önemli olan hususun asıl fiilin teşebbüste kalmamış olması ve azmettirme fiilinin işlenmiş olması olduğunu, tüm türlerde bu husus gerçekleştiği için türler arasında sınıflandırma yapmanın çok da önemli olmadığını ileri sürmüş ve bundan hareketle azmettirmeye teşebbüs türlerini kısaca incelemiştir.⁸³⁶

⁸³¹ *Letzgus*, s. 24, 35, 36..

⁸³² *Geppert*, §30 Abs.1 StGB, s. 547; *Dessecker*, s. 551; *Köhler*, AT, 9. Kapitel, s. 546; *Schünemann*'ın ayırımı için bkz. *Thalheimer*, s. 24.

⁸³³ *Heinrich*, AT, §33, kn. 1365.

⁸³⁴ *Kroß*, s. 250 vd.

⁸³⁵ *Thalheimer*, s. 24-25, 26-27; *Roxin*, AT II, §20, kn. 9. Aynı yönde sınıflandırma yapan görüşler için bkz. *Dölling/Duttge/König/Rössner*, §30, kn. 30; *Letzgus*, s. 24 vd.;

⁸³⁶ *Roxin*, AT II, §20, kn. 9.

Dessecker, Roxin ve Thalheimer'in sınıflandırmasının dogmatik anlamda çok da büyük bir faydasının olmadığını, tüm türlerde azmettirmeye teşebbüs gerçekleştiği için cezalandırılabilirliğe ilişkin hukuki sonucun değişmediğini ileri sürmüş ve başarısız, neticesiz ve elverişsiz azmettirme haricindeki azmettirmeye teşebbüsün türlerinin tek tür altında sınıflandırılabilirliğini önermiştir.⁸³⁷

Kanaatimizce, azmettirmeye teşebbüsün türlerinin sınıflandırılmasında ara netice-son netice ayırımı temelinde failin fiili işleme kararını alıp almamasına göre yapılan sınıflandırmanın esas alınması gerekir. Bu ayırım çerçevesinde doktrinde ölçüt olarak failin fiili işleme kararını kullanan baskın görüşün kabul ettiği başarısız, neticesiz ve elverişsiz azmettirme türleri azmettirmeye teşebbüsün temel türleri olarak kabul edilmeli ve bu ölçüt çerçevesinde fail tarafından alınmış bir fiil kararı olmadığı için hatalı azmettirmenin bu ayırıma dahil edilmesi gerekir. Kısmen tamamlanmış ve etkisiz azmettirme ile failin sınır aşımı durumlarında ortaya çıkan azmettirmeye teşebbüs türleri ise neticesiz azmettirmenin alt başlıkları olarak incelenmelidir. Ayrıca azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipikliği bağlamında ele alınan döndüren, azalan ve artan azmettirmeye teşebbüs türleri de failin fiili işleme kararının azmettiren tarafından değiştirilmesi halleri olarak azmettirmeye teşebbüsün türlerine ilişkin sınıflandırmanın kapsamında ele alınmalıdır.

1. Başarısız Azmettirme

Failin fiili işleme kararını almadığı azmettirmeye teşebbüs türüne başarısız azmettirme (*misslungene Anstiftung*) denir.⁸³⁸ Fail fiili işleme kararını almadığı için başarısız azmettirme doktrinde tamamlanmamış azmettirmeye teşebbüs (*unbeendete Anstiftungsversuch*) olarak da tanımlanır.⁸³⁹

⁸³⁷ **Dessecker**, s. 551.

⁸³⁸ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Geppert**, §26 StGB, s. 302; **Zipf**, s. 142; **Dessecker**, s. 551; **Nikolaus Bosch**, “Unmittelbares Ansetzen bei versuchter Anstiftung”, JURA-K, 10/2019, s. 1120; **Joecks**, §30, kn. 27; **Roxin**, §30 StGB, s. 169. **Kroß**, s. 250-251; **Hans Kudlich**, “Rücktritt vom Versuch der Anstiftung”, JA, 2006, s. 92.

⁸³⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 17-20.

Başarısız azmettirmede azmettiren failin fiili işleme kararını almasında başarılı olamaz. Fail azmettirenin ikna çabalarına rağmen suç davetine olumsuz yanıt verir.⁸⁴⁰ Örneğin E; arkadaşı B'yi, G'yi öldürmeye azmettirir. B ise E'nin suç işleme teklifini reddeder. Bu durumda Alman hukukunda E'nin kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir.⁸⁴¹ Ya da on sekiz yaşında hamile kalmış olan A, yasal süreyi geçirmesine rağmen kürtaj olmak ister ve doktora gider, ancak bu talebi doktor tarafından reddedilir.⁸⁴²

Başarısız azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olan ve ACK md.159'da düzenlenen gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüste gerçekleşebilir. Gerçek dışı beyan içerikli mektubun tanığa ulaşmamasında olduğu gibi suç talebinin faile hiç iletilmediği durumlarda gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilir.⁸⁴³

Letzgus, başarısız azmettirmede failin fiili işlemeyi reddetmesi aşamasına kadar süreci şu aşamalara ayırır: Azmettirenin suça davet etmesi veya suç işleme teklifini vermesi (*Abgabe*), suça davet aşamasına giriş (*Zugang*), işlenmesine davet edilen suç hakkında bilgi sahibi olma, yani suçu öğrenme (*Kenntnisnahme*)⁸⁴⁴, bu daveti zihni olarak anlama (*geistiges Verstehen*) ve son olarak bu daveti reddetmek (*Ablehnung*).⁸⁴⁵

Başarısız azmettirmede azmettirminin başarısızlığı failden veya azmettirenden kaynaklanabileceği gibi tamamen ikisinin etki alanı haricinde gerçekleşen sebeplerden de kaynaklanabilir.⁸⁴⁶

⁸⁴⁰ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 20; **Hecker**, s. 749; **Thalheimer**, s. 24; **Jäger**, AT, §6, kn. 276; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093; **Yekebaş**, s. 112.

⁸⁴¹ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1365; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093; **Dessecker**, s. 551.

⁸⁴² **Letzgus**, s. 40.

⁸⁴³ **Rudolf Rengier**, *Strafrecht Besonderer Teil* (BT II), §49, kn. 62. ACK md.159 çerçevesinde ortaya çıkabilecek örnek olaylar için bkz. **Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald**, *Strafrecht Besonderer Teil (Teilband 2)*, 10. Auflage, München 2012, §75, kn. 89.

⁸⁴⁴ **Eser**, II, §47, kn. 19.

⁸⁴⁵ **Letzgus**, s. 41-42.

⁸⁴⁶ **Letzgus**, s. 42-43.

Başarısızlık failden kaynaklanabilir. Fail, riskli bulduğu için azmettirenin kendisine sunduğu teklifi reddetmiş olabilir.⁸⁴⁷ Fail, azmettirenin suç işlemeye yönelik davetini hiç önemsememiş de olabilir.⁸⁴⁸ Başarısızlık azmettirenin kaynaklanabilir. Örneğin azmettiren, azmettirmeye yönelik yazdığı mektubun faile ulaşmasını bizzat engelleyebilir.⁸⁴⁹ Bu durumda failin azmettirenin suç davetinden haberi olmaz ya da mektup ulaşsa bile fail mektubun içeriğini anlamamış olabilir.⁸⁵⁰ Başarısızlık fail ve azmettirenin haricindeki sebeplerden de kaynaklanabilir. Azmettirenin herhangi bir etkisi olmadan mektup yanlış adrese gönderilmiş olabilir.⁸⁵¹ Örneğin; A, B'ye belirlenen (bildirilen) zamanda eğer yağma suçunu işlerse ona yüksek bir meblağ ödeyeceğini yazılı olarak bir mektupta yazar ve mektubu postaya verir. Ancak mektup posta yoluyla yanlış adrese gider.⁸⁵² Mektup faile ulaşmadan önce çöp kutusuna atılmış veya yakılmış olabileceği gibi aynı adreste farklı bir posta kutusuna atılmış olabilir.⁸⁵³ Bunların haricinde; örneğin mektup postada kaybolmuş, polis tarafından mektuba önceden el konulmuş⁸⁵⁴ veya mektup hapishane duvarından atılmış ve fakat alıcısına ulaşmadan bir hapishane görevlisi tarafından bulunmuş olabilir.⁸⁵⁵

Başarısız azmettirmede, azmettirme failde fiili işleme kararını uyandırmak bağlamında iştirakin ön alanında sıkışıp kalmaktadır.⁸⁵⁶ Azmettirmeye teşebbüsün bu türünde fail henüz fiili işleme kararını almadığından fail ile azmettirenin iradelerinin uyuşmasından bahsedilemez.⁸⁵⁷ Fiilin hazırlık aşamasında kalıp icra aşamasına

⁸⁴⁷ **Dessecker**, s. 551.

⁸⁴⁸ **Roxin**, AT II, §28, kn. 9.

⁸⁴⁹ **Letzgus**, s. 43.

⁸⁵⁰ **Roxin**, AT II, §28, kn. 9, s. 289; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 913; **Lüthke**, s. 45; **Kroß**, s. 250; **Thalheimer**, s. 24; **Roxin**, §30 StGB, s. 169.

⁸⁵¹ **Letzgus**, s. 42-43.

⁸⁵² **Kindhäuser**, AT, §43, kn. 5, (Fall: 1).

⁸⁵³ **Zipf**, s. 144.

⁸⁵⁴ **Schünemann**'ın mektuba postada el konulması durumunda, azmettirenin cezalandırılmaması gerektiği yönündeki görüşü için bkz. **Thalheimer**, s. 40.

⁸⁵⁵ **Letzgus**, s. 43.

⁸⁵⁶ **Kühl**, AT, §20, kn. 248.

⁸⁵⁷ **Letzgus**, s. 41-42.

geçemediği bu durumda esasında azmettiren fail üzerinde yeterince tesir edememiş demektir. Azmettiren elinden geleni yapmış, ancak başka sebeplerden dolayı azmettirme akim kalmıştır. Azmettirenin fail üzerinde tesir edememesi azmettirenin iradesi haricinde bir durum olarak kabul edilmektedir.⁸⁵⁸

Alman hukukunda doktrinde başarısız azmettirmenin cezalandırılabilirliği meselesi tartışılmıştır. Bir görüş, azmettiren ile failin iradeleri arasında bir birlik sağlanamadığından başarısız azmettirmenin cezalandırmaya layık olmadığını ileri sürmüştür. İkna faaliyetleri etkisiz kaldığı için failin fiili işleme kararını almamış olmasını cezalandırılabilir tehlike sınırının aşılması olarak kabul eden ve bu yüzden başarısız azmettirmenin iştirakin ön alanında cezalandırılmaz olduğunu ileri süren bu görüş azınlıkta kalmıştır.⁸⁵⁹ Bu görüş, en azından failin fiili işleme kararını aldığı anda tehlike sınırına ulaşmış olacağını, fail tarafından henüz fiili işleme kararı alınmamışsa azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmamasının olması gereken hukuk bakımından bir gereklilik olduğunu ileri sürmüştür.⁸⁶⁰

Baskın görüş ise, fail fiili işleme kararını almamış olsa bile azmettirenin ikna etmeye yönelik çabasını tehlike sınırının aşılması için yeterli ve bu itibarla başarısız azmettirmeyi iştirakin ön alanında cezalandırmaya layık görmektedir.⁸⁶¹ Fiili işleme kararının failde uyandırılmasında azmettirenin henüz başarılı olamadığı bu durumu azmettirmeye teşebbüsün bir alt başlığı olduğunu kabul etmektedir.⁸⁶² Başarısız azmettirmenin cezalandırılmasından yana olan baskın görüş, sadece failin fiili işleme kararını aldığı ve fakat failin teşebbüs aşamasına varmadığı neticesiz azmettirmenin değil, failin fiili işleme kararını henüz almadığı başarısız azmettirmenin de cezalandırılmasından yanadır. ACK md.30/f.1’de yapılan açık atıftan hareketle teşebbüse ilişkin kuralların burada uygulanmasından yana olan bu görüş, failin davet

⁸⁵⁸ Yekebaş, s. 112-114.

⁸⁵⁹ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 30; Letzgus, s. 150.

⁸⁶⁰ Letzgus, s. 40; BGHSt 8, 262 (Eser, II, §47, kn. 18). Tartışma için bkz. İnci, s. 944, dn. 98.

⁸⁶¹ Eser, II, §47, kn. 18.

⁸⁶² Bloy, Grund und Grenzen, s. 494; Heintschel-Heinneg, §30, kn. 7.

konusu suç hakkında bilgi sahibi olmasıyla yani azmettirme açıklamasından haberdar olmasıyla azmettirenin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁸⁶³ Azmettirme açıklaması, “azmettirmeye teşebbüs hareketinin azmettiren tarafından açıklanması” anlamına gelir.⁸⁶⁴

Bir başka görüş ise, azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için ikna faaliyetleri kapsamında faili azmettirmeye yönelik yapılan açıklamaların en azından azmettirenin hakimiyet alanından çıkmış olması gerektiğini ileri sürmüştür. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi sebebiyle, ACK md.30/f.1 bakımından teşebbüse ilişkin kuralların sınırsız olarak burada uygulanamaz olduğu ileri süren bu görüşe göre, azmettirme açıklamasının en azından faile asıl fiil hakkında bilgiyi edinme ihtimalini (*Möglichkeit der Kenntnisnahme*) vermesi gerekir.⁸⁶⁵

Başarısız azmettirmede azmettiren, iştirakin ön alanında faili ikna etmeye yönelik faaliyetler içine girmiş ve azmettirmeye teşebbüsün doğrudan icrasına yönelik açıklamalarda bulunmuştur. Azmettirmeye teşebbüs etmekle üzerinde hakimiyetini tekrardan kuramayacağı tehlikeli bir nedensellik sürecini başlatmış ve olayı elinden çıkarmıştır. Azmettirme fiilinin işlenmesiyle ortaya çıkan tehlike bu aşamadan itibaren gerçekleşmiştir. Failin fiili işleme kararını almasıyla hukuksal değerlere yönelik halihazırda başlayan tehlike ağırlaştığından başarısız azmettirmenin ACK md.30/f.1 kapsamında cezalandırmaya layık olduğu kanaatini taşıyoruz. Bu noktada, azmettirmeye teşebbüse teşebbüsün de cezalandırılmış olacağı yönünde eleştiri ileri sürülebilir. Kanaatimizce, azmettirmenin bu aşamasında bir haksızlık işlenmekte, ancak bu failin fiili işleme kararını alması gibi daha tehlikeli bir aşamanın başlamamasıyla sonuçlanmaktadır. Bu eleştiriye bertaraf etmek adına bu durumda hakime azmettirenin cezasında indirim yapma veya tamamen ceza vermekten imtina etme yönünde takdir yetkisinin verilmesi mümkündür.

⁸⁶³ **Letzgus**, s. 40.

⁸⁶⁴ **Roxin**, §30 StGB, s. 171. Azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icra sınırının tespiti konusunda “azmettirme açıklaması” kavramına ayrıca değinilecektir.

⁸⁶⁵ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 17-20.

2. Neticesiz Azmettirme

Failin fiili işleme kararını aldığı ve fakat fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı azmettirmeye teşebbüs türüne neticesiz azmettirme (*erfolglose Anstiftung*) denir. Neticesiz azmettirmede azmettiren faile fiil işleme kararını aldırma başarılı olur, fakat örneğin fail fiili işlemekten vazgeçtiği için veya polis tarafından yakalandığı için teşebbüsten önceki aşamada azmettiren için bir başarısızlık durumu gerçekleşir.⁸⁶⁶ Fail tarafından alınmış bir fiili işleme kararından dolayı neticesiz azmettirme tamamlanmış azmettirmeye teşebbüs (*beendete Anstiftungsversuch*) olarak da tanımlanır.⁸⁶⁷

Neticesiz azmettirme ile başarısız azmettirme arasındaki fark, failin fiili işleme kararını almış olup olmamasında ortaya çıkar. Başarısız azmettirmede faile fiili işleme kararı aldırılmamakta, neticesiz azmettirmede ise fail fiili işleme kararını almakta ve ancak fiilin icrasına başlayamamaktadır.⁸⁶⁸

Neticesiz azmettirmede azmettiren faile fiili işleme kararını aldırıldığı için ilk başta başarılı olur; fakat en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin yokluğundan dolayı bir başarısızlık gerçekleşir. Örneğin; A'nın B'yi C'yi öldürmeye azmettirdiği bir olayda fiili işleme kararını alan B'nin, C'nin evini bulamadığı için fiili işlemekten vazgeçmesi durumunda en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilden bahsedilemez.⁸⁶⁹ B, A'nın C'yi öldürmesi talebini kabul edip fiili işleme kararını vermesine rağmen, vicdan azabı duyduğu için veya işlemiş olduğu başka bir suç sebebiyle tutuklandığı için icraya başlamamış da olabilir.

Neticesiz azmettirmede azmettirminin başarısızlığının sebebi genelde failde aranmaktadır. Her ne kadar bu başarısızlık failin fiili işlememesine bağlansa da sebep

⁸⁶⁶ **Thalheimer**, s. 24. **Zipf**, s. 142; **Lüthke**, s. 5; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093; **Jäger**, AT, §6, kn. 276; **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 546; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Geppert**, §26 StGB, s. 302; **Dessecker**, s. 551; **Bosch**, s. 1120; **Roxin**, §30 StGB, s. 169; **Roxin**, AT II, §28, kn. 9; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 913; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093; **Kroß**, s. 251; **Kühl**, Grundfälle, Fall: 3b, s. 875-876; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92.

⁸⁶⁷ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 17-20.

⁸⁶⁸ **Letzgus**, s. 40.

⁸⁶⁹ **Hilgendorf/Valerius**, AT, §10, kn. 120; **Heinrich**, AT, §39, kn. 1365; **Kühl**, Grundfälle, Fall: 3b, s. 875-876; **Dessecker**, s. 551. **Putzke**, s. 1087.

doğrudan failden kaynaklanmayabilir. Bu sebep azmettiren hatta ilgisiz bir üçüncü kişiden kaynaklanabilir. Başarısızlık sebebi sadece herhangi birisinden veya ikisinden veyahut hepsinden de kaynaklanabilir.⁸⁷⁰

Başarısızlığın sebebi failden kaynaklanabilir. Fiilin işlenmemesinin en bilinen sebebi failin fiili işlemekten vazgeçmesidir.⁸⁷¹ Failin fiili işlememe kararı failin isteğine dayanabileceği gibi onun istemi haricindeki bir sebebe de dayanabilir. Fail, örneğin cezalandırılmaktan korktuğu için fiili işlememe kararı almış olabilir. Kendi ihtiyarı haricinde kalan sebepler çeşitli olabilir. Örneğin, fail bir politikacı ise bu konumunu kaybetme korkusu olabilir. Fiilin artık işlenmesinin mümkün olmaması da bir başka sebeptir. Örneğin fail fiili işleme kararını aldıktan sonra ölmüş olabilir.⁸⁷²

Başarısızlığın sebebi azmettiren kaynaklanabilir. Azmettiren failin fiili işlenmesi kararının alınmasına neden olma şeklindeki katkısını geri alabilir. Bunun için faili fiili işlememeye ikna edebilir veya fiilin işlenmesini engelleyebilir. Bunu failin bilgisi dahilinde yapabileceği gibi ondan habersiz de yapabilir. Örneğin başkasını yalan tanıklık yapmaya azmettiren bir kimse, sonradan azmettirdiği kişiyi doğru söylemeye ikna edebilir. İkna faaliyeti sonucu azmettirdiği kişiyi engellerse başarısızlık azmettiren kaynaklanmış olur. Azmettiren vazgeçme yönündeki ikna çabasını azmettirdiği kişinin haberi olmadan örneğin başkasının aracılığıyla yapabilir. Bunların haricinde somut olayda başka çare bulamayan azmettiren durumdan polisi haberdar edebilir.⁸⁷³

Başarısızlığın sebebi tamamen azmettiren veya failin etki alanının haricinde gerçekleşebilir. Örneğin polis suçun işlenmesinden önce durumdan haberdar olmuş olabilir. Ya da yalan tanıklık olayında sanık ölmüş olabilir.⁸⁷⁴ Azmettirildiği banka

⁸⁷⁰ **Letzgus**, s. 37-39.

⁸⁷¹ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 20.

⁸⁷² **Letzgus**, s. 38.

⁸⁷³ **Letzgus**, s. 38.

⁸⁷⁴ **Letzgus**, s. 39.

soygunundan vazgeçen failin bu kararını bankanın alarm ve güvenlik sisteminin varlığı kuvvetlendirmiş olabilir.⁸⁷⁵

Neticesiz azmettirmeyi başarısız azmettirmeden ayıran nokta failin suçu işleme kararını almış olmasıdır. Bu karar fail ile azmettiren arasında iradelerin uyuştüğunu gösteren bir sınırdır. Bu itibarla neticesiz azmettirmenin cezalandırılabilirliğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmamaktadır.⁸⁷⁶ Neticesiz azmettirme cezalandırmaya layık bir fiil olarak görülmekte ve cezalandırılabilirliği azmettiren ile failin iradeleri arasında gerçekleşen uyuşmaya dayandırılmaktadır.⁸⁷⁷

Neticesiz azmettirmede azmettiren artık üzerinde hakimiyetini kuramayacağı tehlikeli nedensel süreci elinden çıkarmıştır. Başarısız azmettirmeden farklı olarak azmettirenin ikna faaliyetleri failde fiil kararını alınması sonucunu beraberinde getirmiştir. Azmettirenin olay üzerinde yaşadığı hakimiyet kaybı gerçekleştikten sonra alınan fiili işleme kararı ile azmettirmeye yönelik çabalar sonuç vermiş ve süreç daha da tehlikeli hale gelmiştir. Bu yüzden, neticesiz azmettirme azmettirmeye teşebbüsün bir türü olarak cezalandırmaya layık bir fiil olarak görülmelidir.

Doktrinde kısmen tamamlanmış ve etkisiz azmettirme ile failin sınır aşımı gibi durumları fail tarafından alınmış bir fiil işleme kararının varlığından dolayı neticesiz azmettirmenin görünüş şekli olarak kabul edilmektedir. Failin fiili işleme kararını esas alan ölçüt çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsün bu üç türü neticesiz azmettirmenin alt türleri olarak incelenecektir.

a) Kısmen Tamamlanmış Azmettirme

Failin azmettirildiği fiilden daha hafif bir fiili işlemesi durumunda azmettirenin azmettirilen ve fakat işlenmeyen fiile azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun kabul edildiği azmettirmeye teşebbüs türüne kısmen tamamlanmış azmettirme (*teilweise vollendete Anstiftung*) denir. Kısmen tamamlanmış azmettirmede ağır-hafif fiil ilişkisi

⁸⁷⁵ Letzgus, s. 37-39.

⁸⁷⁶ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 21.

⁸⁷⁷ Letzgus, s. 141.

birbirinden farklı tipik fiiller arasında gerçekleşebileceği gibi, aynı fiilin temel-nitelikli halleri arasında da gerçekleşebilir.⁸⁷⁸

Kısmen tamamlanmış azmettirmenin ilk görünüş şekli ağır bir fiili işlemeye azmettirilen failin kanunda farklı bir tipiklik olarak tanımlanan daha hafif bir fiili işlemesi durumudur. Örneğin A, B'yi zorla C'nin saatini almaya azmettirir. B ise C'nin bir anlık dalgınlığından faydalanarak yani zor kullanmadan saati alır ve hırsızlık fiilini işler. Olayda yağma fiilinin kısmen tamamlanmış halinden azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir.⁸⁷⁹ Azmettirilen fiilin bir kısmına yönelik fail tarafından alınmış fiil kararı bulunduğundan kısmen tamamlanmış azmettirme neticesiz azmettirmenin bir türü olarak kabul edilmekte ve azmettirenin sorumluluğu azmettirmeye teşebbüs çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Failin; tipik fiilin nitelikli şekline azmettirilmesine rağmen, fiilin temel halini işlemesi durumunda da kısmen tamamlanmış azmettirmenin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu da kısmen tamamlanmış azmettirmenin ikinci görünüş şeklidir.⁸⁸⁰ Örneğin; silahla yağma suçunu işlemeye azmettirilen failin silah kullanmadan fiilin temel halini işlemesi durumunda kısmen tamamlanmış azmettirme kabul edilmektedir.

Örneğin; yalan yere yemin suçuna (ACK md.154) azmettirilen fail yeminsiz yalan tanıklık suçunu (ACK md.153) işlerse kısmen tamamlanmış azmettirmenin ikinci görünüş şekli gerçekleşir. Olayda yalan tanıklık suçu bakımından azmettirme, yalan yere yemin suçu bakımından ise kısmen tamamlanmış azmettirme gerçekleşir. Azmettirenin yalan yere yemin suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir.⁸⁸¹

Kısmen tamamlanmış azmettirmede failin işlediği daha hafif fiilden sorumlu olacağından kuşku bulunmamaktadır. Asıl problem azmettirenin işlenen daha hafif

⁸⁷⁸ **Thalheimer**, s. 25; **Roxin**, AT II, §28, kn. 9.

⁸⁷⁹ **Thalheimer**, s. 25.

⁸⁸⁰ **Kühl**, Grundfälle, Fall: 6a; **Letzgus**, s. 60, 61.

⁸⁸¹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 9.

fiilden mi yoksa azmettirilen ve fakat işlenmeyen fiile azmettirmeye teşebbüsten mi sorumlu olacağıdır. Kısmen tamamlanmış azmettirmede azmettirenin cezalandırılması konusunda doktrinde üç görüş ileri sürülmüştür. İlk görüş, azmettirenin daha hafif olan fiile azmettirmeden cezalandırılması gerektiği görüşüdür. Bu görüş hukuksal değer tehlikeye girmesinin daima daha hafif düzeyde kaldığı esasına dayanır. İkinci görüş azmettirenin daha ağır fiile azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini ileri süren görüştür. Bu görüşe göre, işlenmiş daha hafif fiil başka bir suç teşkil ettiği için bu suç bakımından azmettirenin kastı yoktur. Son görüş, daha hafif fiile azmettirme ile daha ağır fiile azmettirmeye teşebbüs arasında fikri içtimanın yapılması gerektiği görüşüdür. Bu görüş hem daha ağır olması hasebiyle ihlalin yoğunluğunu hem de gerçekleşmiş neticeyi dikkate almaktadır.⁸⁸² Doktrinde baskın görüş, hem işlenen daha hafif fiile azmettirmede hem de ağır fiile azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğun doğduğu ve her iki fiil arasında fikri içtimanın yapılması gerektiği yönündedir.⁸⁸³

Roxin, kısmen tamamlanmış azmettirmede azmettirenin fiilin nitelikli haline azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulmasının “suçun hiç işlenmediği” gibi bir anlama yol açtığını; halbuki suçun temel halinin işlenmesiyle azmettirenin büyük ölçüde amacına ulaştığını; bu yüzden azmettirenin fiilin nitelikli haline azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulmasının mantıksız olduğunu ileri sürmüştür.⁸⁸⁴

Letzgus, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği cürüm niteliğini haiz fiillerle sınırlandırıldığı için işlenmiş daha hafif fiile azmettirme ile işlenmemiş ve fakat başarısız olunan daha ağır fiile azmettirmeye teşebbüs arasında ancak ağır fiilin cürüm olması halinde fikri içtimanın mümkün olabileceğini, aksi halde fikri içtimaya müracaat etmeden sadece daha hafif fiile azmettirmeden ceza verilmesinin yeterli olacağını ileri sürmüştür.⁸⁸⁵

⁸⁸² Görüşler için bkz. *Letzgus*, s. 62-64.

⁸⁸³ *Dölling/Duttge/König/Rössner*, §30, kn. 36; *Letzgus*, s. 61; *İnci*, s. 952.

⁸⁸⁴ Bkz. aktaran *İnci*, s. 952, dn. 133.

⁸⁸⁵ *Letzgus*, s. 63-64.

Alman hukukunda içtihatlarda bu konuda birinci görüşe itibar edilmiştir. AFM, nitelikli yağma suçuna azmettirilen failin yağmanın temel halini işlediği bir olayda nitelikli yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsün yağmanın tamamlanmış temel halinin gerisinde kaldığına ve azmettirenin yağmanın temel haline azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁸⁶

Kanaatimizce, kısmen tamamlanmış azmettirmede azmettirenin hem fiilin hafif hali işlendiği için azmettirmeden hem de fail en başta fiilin daha ağır haline azmettirme gerçekleştiği için bu fiile azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmeli ve iki fiil arasında fikri içtmanın yapılması gerekir. Azmettirenin kastı daha hafif olan fiili kapsasa bile, kastının daha ağır fiile veya aynı fiilin nitelikli haline yönelik kısmının yol açtığı tehlikelilik cezalandırılmamış olur. Yukarıdaki yağma olayında azmettiren sadece işlenen hırsızlık suçundan cezalandırılırsa zor kullanmaya yönelik iradesi göz ardı edilmiş olur. Daha ağır başka bir fiile veya fiilin nitelikli haline yönelik ortaya konulan bu iradenin fikri içtima ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

b) Etkisiz Azmettirme

Azmettirenin failde ilk başta fiili işleme kararını aldırıldığı, ancak daha sonra fiili işlemekten vazgeçen failin ilk azmettirme olayından tamamen bağımsız tekrardan aynı fiili işleme kararını aldığı azmettirmeye teşebbüs türüne etkisiz azmettirme (*unwirksame Anstiftung*) denir. Etkisiz azmettirme, karakteristik olarak azmettirmeye teşebbüsün diğer türlerinden farklı bir türdür.⁸⁸⁷ Etkisiz azmettirmeye şu örnekler verilebilir:

Örneğin; A, B'yi C'yi öldürmeye azmettirir. B başta suçu işleme kararını alır; ancak daha sonra bu kararını icra etmekten vazgeçer. B'nin azmettirildiği suçu yeniden işleme kararını alması daha önceki A'nın azmettirme olayından artık bağımsızdır. Araya belli bir zaman girdikten sonra B, karısının C ile olan ilişkisini öğrenmiş ve bu

⁸⁸⁶ BGHSt 1, 131 (Karar için bkz. İnci, s. 952).

⁸⁸⁷ Roxin, AT II, §28, kn. 9; Letzgus, s. 34; Lüthke, s. 5; Bosch, s. 1120.

yüzden karısını öldürmeye karar vermiş olabilir. Ancak C geçirdiği bir trafik kazasında öldüğü için failin tekrardan işlemeye karar verdiği fiilin teşebbüsü gerçekleşmez.⁸⁸⁸

Örneğin; A, C bankasını soyması ve çalınacak paranın belli bir miktarını alması konusunda ekonomik bakımdan zor durumda olan B'yi azmettirir. Bankayı soymayı kabul eden B, gerekli hazırlıkları yaparken lotodan para kazandığını öğrenince icraya başlamaz ve fiili işlemekten vazgeçer. Olayın üzerinden bir yıl geçtikten sonra B, yine ekonomik sıkıntı yaşamaya başlar ve A'nın bir yıl önceki azmettirmesinden tamamen bağımsız olarak bankayı soyma kararını verir ve nihayetinde verdiği karar neticesinde fiili işler. Fiili işlemekten önce A ile tekrardan irtibata geçmez.⁸⁸⁹

Örnek olaylardan anlaşılacağı üzere etkisiz azmettirme iki basamaklıdır. İlk basamakta neticesiz azmettirme gerçekleşir. İkinci basamakta fail, önceki azmettirme olayından tamamen bağımsız yeni bir fiili işleme kararı almakta ve bunun icrasını gerçekleştirmektedir. Burada ilk azmettirme fiili ile failin aynı fiile yönelik sonradan verdiği karar arasında nedensellik bağı bulunmadığı için etkisiz azmettirme neticesiz azmettirmenin türü olarak kabul edilmektedir.⁸⁹⁰ İlk basamakta neticesiz azmettirme olarak gerçekleştiğinden etkisiz azmettirme; ilk basamağı bakımından tartışılmakta ve azmettiren bir kimseyi azmettirmekle daha ilk basamakta tehlikelilik halini ortaya koyduğu için neticesiz azmettirmenin bir alt türü olarak değerlendirilmektedir.⁸⁹¹

Fail fiili işleme kararını icra aşamasına taşımadığından ve sonradan aynı fiile yönelik aldığı karar ile azmettirme arasında nedensellik ilişkisi kurulamadığından dolayı etkisiz azmettirmede azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu kabul edilmektedir. Etkisiz azmettirmede fail fiili işleme kararını aldığından ara netice gerçekleşirken, fiilin icrası başlamadığından son netice gerçekleşmez.

⁸⁸⁸ **Thalheimer**, s. 24-25.

⁸⁸⁹ **Letzgus**, s. 34.

⁸⁹⁰ **Thalheimer**, s. 26.

⁸⁹¹ **İnci**, s. 948.

Etkisiz azmettirmede fail sonradan farklı bir sebeple aldığı karar sonucu aynı fiili işlemiş de olabilir; yani fiil en azından teşebbüste kalabilir veya tamamlanabilir. Ancak azmettirme ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı eksik olduğundan işlenen fiil yeni bir fiil kararına dayanır. Fail aynı fiili tekrardan işleme kararını önceki azmettirme olayından tamamen bağımsız aldığından azmettirme failin yeni bir karar alması üzerinde etkisiz kalmaktadır. Bu durumda doktrinde azmettirenin işlenen fiile azmettirmeden değil, azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür.⁸⁹²

Baumann, etkisiz azmettirmeyi failin başka fiili işlemesi ve önceden işlemeye karar verdiği fakat vazgeçtiği fiilin sınırını aşma hali olarak değerlendirir. *Yazar*, nihayetinde burada gerçekleşen sınır aşımında azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini ileri sürer. Karşı görüş ise, azmettirme ile işlenen fiil arasında nedensellik bağı gerçekleşmediği için etkisiz azmettirmeyi failin sınır aşımı hali olarak kabul etmez.⁸⁹³

Etkisiz azmettirmenin cezalandırmaya layık bir fiil olduğunu fail ile azmettiren arasındaki suç üzerinde konspiratif fikir birliğine (*konspirativen Übereinstimmung*) dayandıran görüş; azmettirenin ilk başta faile fiili işleme kararını aldırarak tehlikelilik sınırını aştığını, failin fiili işlemekten vazgeçmesinin azmettireni sorumluluktan kurtarmayacağını ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, başka bir sebepten dolayı asıl fiilin işlenmesiyle gerçekleşen haksızlık daha öncesinde azmettirmeye teşebbüsle gerçekleşen haksızlığı ne arttırabilir ne de azaltabilir.⁸⁹⁴

Kanaatimizce, failin fiili işlemeye yönelik ilk kararından vazgeçip sonradan başka sebeplerle aynı fiili işleme kararını alması ve fakat bu fiilin icrasına başlamaması durumunda failin bu ikinci kararı aldığını bilip bilmemesine itibar edilmeden işlenmiş bir asıl fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden azmettirenin azmettirmeye teşebbüs

⁸⁹² **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 27; **Letzgus**, s. 30-31, 34-35.

⁸⁹³ Bkz. aktaran **Letzgus**, s. 34-35, 51-52.

⁸⁹⁴ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 29; **Letzgus**, s. 142-143.

sorumluluğunun kabul edilmesi; ancak teşebbüsün gerçekleşmesiyle azmettirenin iradesine uygun bir fiil işlendiği için sonraki karar ile fiilin teşebbüs aşamasına varmış olmasını farklı değerlendirmek gerekir. Azmettiren fiilin işlenmesinden haberdar olmuşsa (biliyorsa) artık azmettirmeden sorumluluğu cihetine gidilmelidir; çünkü ilk karardan bağımsız yeni bir fiil kararı neticeyi değiştirmemektedir. Azmettiren fiilin başka sebeplerden dolayı fail tarafından işlendiğini bilmiyorsa, yani daha öncesinde azmettirdiği fiile yönelik failin aldığı yeni karardan haberi yoksa; azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmelidir. Olay daha sonra failin etkisiyle farklı bir seyir izlese de, azmettiren tehlikeli nedensel süreci çoktan başlatmış durumdadır. Böylece, hem asıl fiilin icrasının başlamadığı ilk durumda hem de asıl fiilin icrasının başladığı ve ancak azmettirenin haberinin olmadığı ikinci durumda azmettiren faile fiile işleme kararını aldırarak ortaya koyduğu tehlikeliliği sebebiyle cezalandırılmış olur.

c) Failin Sınır Aşımı Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs

Azmettirmede fail, kendi kararıyla azmettirenin iradesinden ve onun etkisinden bağımsız bir şekilde fiilin haksızlık ölçütünü aşarak veya başka bir tipik fiili işleyerek azmettirildiği fiili değiştirebilir. Bu durumda, failin gerçekte işlediği fiil ile azmettirenin işlenmesini istediği fiil arasında uygunluktan bahsedilemeyeceği gibi, failin azmettirildiği fiilden uzaklaşarak daha azını veya daha fazlasını işlemesi söz konusu olur. Böylece azmettirilen fiilden bir sapma gerçekleşir.⁸⁹⁵ Azmettirenin işlenmesini istediği fiilden yaşanan bu sapmaya failin sınır aşımı (*Exzess des Haupttäters*) denir.⁸⁹⁶

Failin sınır aşımı hallerinde, azmettiren faili azmettirmeyi başarır ve nihayetinde gerçekte bir fiil işlenir. Ancak işlenen fiil işlenmesi istenilen fiilden farklı bir fiildir.

⁸⁹⁵ **Roxin**, AT II, §26, kn. 109.

⁸⁹⁶ **Roxin**, AT II, §26, kn. 90; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 148.

Burada esasen ortaya çıkan problem, azmettirenin istediğinden farklı olarak işlenen fiilin objektif olarak ona isnat edilebilir olup olmadığıdır.⁸⁹⁷

Azmettiren, gerçekleşmesini istediği fiilin işlenmesini bir başka kişiye bırakmakla sürece olan hakimiyetini terk etmiştir. Bu durumda azmettirenin kastı kapsamında yer alan fiil tam anlamıyla gerçekleşmeyebilir. Gerçekleşen aşan kısmın azmettirene isnat edilebilmesi için işlenmesi istenilen fiil ile gerçekte işlenen fiilin aynı olması zorunlu olmasa bile eş değer olması gerekir. Objektif isnadiyet bakımından bu ikisi arasında bir eşdeğerlilik yeterli olup, bu eşdeğerlilik ancak önemlilik ölçütüne göre belirlenebilir. Bunun için, failin işlediği fiilin azmettirenin işlenmesini istediği fiile önemli oranda uygun olması ve işlenen fiilin azmettirilen fiilden sapmasının önemli olup olmadığının (*erhebliche/unerhebliche Abweichung*) tespit edilmesi gerekir.⁸⁹⁸

Fiil genel yaşam tecrübelerine göre öngörülebilirlik sınırları içerisinde kalıyorsa önemsiz sapmadan bahsedilir.⁸⁹⁹ Sapma sonucu işlenen suçun tipikliğinde değişiklik meydana geliyorsa bu sapma tamamen de önemsiz değildir.⁹⁰⁰

Failin sınır aşımı hallerinde azmettirenin işlenmesini istediği fiilden gerçekleşen sapmanın önemli olup olmadığı fiilin yeterince somutlaştırılması bakımından ortaya konulan kurallar çerçevesinde tespit edilmesi gereken bir meseledir. Fail aynı suç tipi içerisinde kaldığı sürece fiilin işleniş yöntemi, zamanı ve yeri farklılaşma gösterse dahi sapmadan bahsedilemez. Fiilin tüm detaylarının ortaya konulması gerekmediğinden detaylardaki sapmaların bir önemi yoktur. Örneğin fiilin işleneceği zaman olarak fail ile azmettiren cumartesi günü üzerine karar alırlar; ancak fail fiili cuma günü işler. Ya da hırsızlık suçu, fiilin işleneceği mekân olarak kararlaştırılan markette değil de başka markette işlenmiş olabilir. Bu sapmalar önemsiz sapmalardır.⁹⁰¹

⁸⁹⁷ **Thalheimer**, s. 25.

⁸⁹⁸ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 384-385.

⁸⁹⁹ **Thalheimer**, s. 36-37.

⁹⁰⁰ **Özkan**, Azmettirme, s. 103.

⁹⁰¹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 110; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 488.

Suçun işlenmesinde kullanılacak aracın değiştirilmesinde aracın değiştirilmediği hallerde de sınır aşılmış olabileceğinden bu değişiklik doğrudan failin sınır aşımı olarak kabul edilmemektedir.⁹⁰² Azmettiren kullanılacak belli bir araç bakımından bir nitelikli hale azmettirmiş ancak asıl fail farklı bir araç kullanarak suçun nitelikli halini işlemiş olabilir.⁹⁰³ Örneğin A, C'yi silah ile yaralamak üzere B'yi azmettirir; fakat B, C'ye zehir vererek yaralar. Örnekte olduğu gibi suçun işlenmesinde kullanılan araç bakımından önemsiz sapma gerçekleştiğinde azmettiren yine de azmettirmeden dolayı sorumlu olur.⁹⁰⁴ Fiilin işlenme sebebine ilişkin gerçekleşen sapma da bu çerçevede mütalaa edilmektedir.⁹⁰⁵

Failin azmettirenin istediği kişi dışındaki birinin malını çalması veya başka birini öldürmesi örneklerinde olduğu gibi kararlaştırılan mağdurdan başka birini seçmesi ise esaslı bir farklılık olup, sınır aşımında önemli sapma olarak kabul edilmektedir.⁹⁰⁶

Önemsiz sapmalar azmettirenin kastını ve işlenen suçtan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁹⁰⁷ Buradaki sapmaların önemsiz olmasının ve azmettirenin kastını bertaraf etmemesinin sebebi söz konusu hususların fiile ilişkin detaylar olması ve detaylardaki farklılaşmaların fiilin haksızlık oranına etki etmemesi olup, azmettirenin söz konusu fiilden kopmasına sebep olacak kadar bir değişikliğe yol açmamasıdır. Burada önemli olan gerçekleşen fiil ile işlenmesi istenilen fiilin haksızlık oranları arasındaki farktır.⁹⁰⁸

İşlenen fiilden dolayı sorumluluğun azmettirene objektif olarak isnat edilmesi bakımından önemsiz sapmalarda esasen bir problem çıkmamaktadır. Azmettiren bu sapmalara rağmen işlenmesini istediği fiile azmettirmeden sorumlu olur. Asıl mesele

⁹⁰² Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 385.

⁹⁰³ Letzgus, s. 47; Taner, s. 534.

⁹⁰⁴ Thalheimer, s. 36; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 750.

⁹⁰⁵ Roxin, AT II, §26, kn. 110.

⁹⁰⁶ Heinrich, AT, §37, kn. 1306.

⁹⁰⁷ Özgenç, GH, s. 567; Özkan, Azmettirme, s. 103.

⁹⁰⁸ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 385.

sapmanın önem arz ettiği hallerde söz konusu olmaktadır.⁹⁰⁹ Sapmanın önem arz ettiği sınır aşımı halleri niceliksel ve niteliksel olarak gerçekleşebilir.⁹¹⁰

(1) Niceliksel Sınır Aşımı Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs

Failin, azmettirenin kastının kapsamındaki fiilden daha azını veya daha fazlasını gerçekleştirmesine niceliksel sınır aşımı denir.⁹¹¹

Niceliksel sınır aşımının birinci görünüş şekli failin azmettirenin istediğinden daha azını gerçekleştirmesidir. Failin azmettirenin istediğinden daha azını gerçekleştirmesine “negatif yönlü sapma (*Anstiftung des minus facturus et minus faciens*)”⁹¹² denir. Negatif yönlü sapmalarda bağlılık kuralı gereği azmettiren; işlenmesini istediği suça azmettirmeden değil, suçların aynı olması şartıyla daha az ağır olan suça azmettirmeden sorumlu olur.⁹¹³ Bir suçun nitelikli haline azmettirilen fail suçun temel halini işlediğinde, azmettiren suçun temel haline azmettirmeden sorumlu olur. Burada işlenen fiilin haksızlığının asıl fiilin haksızlığı içinde mündemiç olduğundan böyle bir sapma önemsiz kabul edilse bile azmettirenin kastının daha ağır olan suça yönelik olduğu ve bunun cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹¹⁴ Yani failin, fiilin daha azını gerçekleştirmesi durumunda azmettirme bir taraftan kısmen başarılı olur, diğer taraftan kısmen başarısız olur.⁹¹⁵

Alman hukukunda negatif yönlü sapmalarda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir. Azmettirilen fakat işlenmeyen suça

⁹⁰⁹ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 387.

⁹¹⁰ Öztürk/Erdem, kn. 755.

⁹¹¹ Axel Montenbruck, “Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat”, ZStW, V. 84, I. 2, 2009, s. 326; Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 33; Letzgus, s. 44; Bohlander, German Criminal Law, s. 170; Stratenwerth/Kuhlen, AT, s. 255. Fischer, §26, kn. 14a, 16, 17; Vogler, s. 338-339.

⁹¹² Letzgus, s. 45, 53; Zipf, s. 146. Kavramsal tartışma için bkz. Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 389.

⁹¹³ Roxin, AT II, §26, kn. 115. Bohlander, German Criminal Law, s. 170; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), §26, kn. 61.

⁹¹⁴ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 388.

⁹¹⁵ Letzgus, s. 45.

azmettirmeye teşebbüsten dolayı azmettirenin sorumluluğunun doğabileceği ileri sürülmüştür.⁹¹⁶ İşlenen fiil ile işlenmesi planlanan ancak azmettirmeye teşebbüs aşamasında kalan fiil arasındaki içtima ilişkisi doktrinde tartışmalıdır.⁹¹⁷ Failin sınır aşımalarında içtima durumu gündeme gelebilir.⁹¹⁸ İşlenen fiil ile işlenmesi planlanan ancak azmettirmeye teşebbüs aşamasında kalan fiil arasındaki içtima ilişkisi doktrinde tartışmalıdır. Burada gerçekte işlenen fiil azmettirmeye teşebbüs aşamasında kalan fiil ile aynı değildir. İşlenen fiil, azmettirmeye teşebbüs aşamasında kalan fiilden daha hafif bir fiil ise, baskın görüşe göre işlenen daha hafif fiilin tipikliği ile azmettirmeye teşebbüs aşamasında kalan fiilin tipikliği arasında fikri içtima yapılır. Ancak işlenen fiil daha ağır bir fiil olarak ortaya çıkmışsa yani tam tersi bir durumda işlenmesi planlanan fiile ilişkin azmettirmeye teşebbüs geri çekilir.⁹¹⁹ Kısacası, daha hafif olan suça azmettirme ve daha ağır olan suça azmettirmeye teşebbüs olmak üzere azmettirenin iki fiilden sorumluluğu kabul edilmekte ve iki suç arasında fikri içtima uygulanmaktadır.⁹²⁰ Örneğin konutta yağma suçuna azmettirilen bir kimse, karşısına kimse çıkmadığı için konutta sadece hırsızlık suçunu işlediğinde, azmettiren hem hırsızlık suçuna azmettirmeden hem de yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olur. Her iki fiil arasında fikri içtima yapılarak azmettirenin cezası en ağır olan fiilden belirlenir.⁹²¹

Alman hukukunda doktrinde negatif yönlü sapmalarda fikri içtimanın yapılmasına karşı çıkan görüşler de vardır. *Roxin*, azmettirmeye teşebbüs, daha hafif olan suçun işlenmesiyle sonuçlanan azmettirmeden daha ağır bir cezayla cezalandırılmayacağından, hem azmettirilen fiilden daha hafif bir fiilin işlenmesi durumunda sorumluluğun azmettirmeden doğacağından hareketle azmettirmeye

⁹¹⁶ **Keiler**, s. 234; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1080; **Roxin**, AT II, §26, kn. 115; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, s. 255-256; **Zipf**, s. 146.

⁹¹⁷ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 38; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 10.

⁹¹⁸ **Schönke/Schröder**, *Komm.StGB*, §30, kn. 38; **Lackner/Kühl**, *Komm.StGB*, §30, kn. 10.

⁹¹⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, *Komm.StGB*, §30, kn. 102, 103, 104, s. 370.

⁹²⁰ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 388; **Zipf**, s. 146.

⁹²¹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 11; **Roxin**, AT II, §28, kn. 38, 39; Aynı yönde örnek için bkz. **Lackner/Kühl**, §30, kn. 10; **Joecks**, §30, kn. 74.

teşebbüsün geri çekileceği görüşünün hem de sadece azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğun doğacağı görüşünün doğru olmadığını ileri sürmüştür. *Yazara* göre, failin, azmettirildiği fiilden daha nitelikli halini içeren bir tipikliği işleyerek sınır aşımını gerçekleştirmesi mümkündür.⁹²² *Busch*’a göre, daha ağır nitelikteki bir cürüm ve daha hafif nitelikteki bir cünha varsa böyle bir durumda, her ikisinde de suçun niteliği önemli değildir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm tali nitelikte kalır.⁹²³

Niceliksel sınır aşımının ikinci görünüş şekli failin azmettirenin istediğinden daha fazlasını gerçekleştirmesidir. Failin azmettirenin istediğinden daha fazlasını gerçekleştirmesine “pozitif yönlü sapma (*Anstiftung des plus facturus et plus faciens*)”⁹²⁴ denir. Pozitif yönlü sapmalarda, failin azmettirenin işlenmesini istediği fiilden daha fazlasını işlemesi durumunda, burada artık fiilin haksızlık derecesi noktasında artış gösterecek biçimde bir farklılaşma yaşanır. Kastının kapsamında olmayan aşan kısımdan dolayı azmettirenin sorumluluğu kabul edilmemektedir.⁹²⁵ Örneğin azmettiren mağdura yönelik kasten yaralamanın temel halinin işlenmesini ister. Ancak fail azmettirildiği suçu silah ile işler veya mağdurun gözünü kör eder ya da dişlerini kırarak kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birini işler. Fiilin nitelikli halinin veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin işlenmesi durumunda cezai sorumluluğun azmettirenin kastının kapsamına göre belirlenmesi gerekir. Bu hallerde kastının kapsamı haricindeki ağır neticelerden azmettiren sorumlu tutulmamalıdır.⁹²⁶

Özetle, niceliksel sınır aşımalarında suç tipi bağlamında bir farklılaşma olmamakta, sadece fiilin haksızlık derecesinde bir sapma yaşanmaktadır.⁹²⁷ Niceliksel sınır aşımı suçun konusu üzerindeki ihlalin arttırılması şeklinde gerçekleşebilir.

⁹²² **Roxin**, AT II, §28, kn. 39.

⁹²³ **Busch**, *Gesichte des 49a StGB*, s. 36.

⁹²⁴ **Letzgus**, s. 44; **Zipf**, s. 146.

⁹²⁵ **Baumann/Weber Mitsch/Eisele**, AT, §26, kn. 62.

⁹²⁶ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 487-488. Aynı yönde bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 105. **Özgenç**, GH, s. 567-568; **Gillies**, s. 143.

⁹²⁷ **Roxin**, AT II, §26, kn. 114.

Örneğin mağdura bir tokat atmak üzere azmettirilmiş bir kimse on tokat attığında fiilin niteliğinde bir değişiklik yaşanmaz; sadece fiilin haksızlığı oranında bir artış gerçekleşir. Gündüz işlemeye azmettirilen bir kimsenin gece vakti suçu işlemesi örneğinde olduğu gibi suçun temel şekline azmettirilen failin daha ağır ceza gerektiren nitelikli halini işlemesi şeklinde gerçekleşebilir. Suç tipinde belirtilen hareketlerden sadece birini işlemeye azmettirilen failin suç tipinde yer alan başka bir hareketi işlemesi şeklinde de niceliksel sınır aşımı gerçekleşebilir. Örneğin azmettiren, failden arabanın lastiklerinin patlatılmasını ister; ancak fail camları da kırar. Son olarak niceliksel sınır aşımı suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halinin işlenmesi durumunda gerçekleşebilir. Örneğin kendisinden mağdurun sopayla sadece dövülmesi istenmesine rağmen fail mağduru felç ederse niceliksel olarak sınırı aşmış olur.⁹²⁸

Niceliksel sınır aşımı hallerinin hepsinde azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğunun doğmayacağı pozitif yönlü sapmalarda olduğu gibi meselenin azmettirme sorumluluğu çerçevesinde ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹²⁹

Kanaatimizce, negatif yönlü sapmalarda yaşanan sınır aşımalarında azmettirenin daha hafif olan suça azmettirmeden ve daha ağır suça azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğu kabul edilerek ikisi arasında fikri içtimaya ilişkin kuralların uygulanması gerekir. YTCK'da azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel bir hüküm olmadığından Türk hukuku bakımından böyle bir içtima problemi doğmaz. Bu durumda azmettirenin azmettirdiği ancak işlenmeyen daha ağır olan suça azmettirmeden sorumluluğu kabul edilmemektedir. Fail hangi suçu işlemişse azmettiren o suça azmettirmeden sorumlu olur. Pozitif yönlü sapmalarda fiilin haksızlık içeriğinde azmettirenin kastı haricinde kalan bir farklılaşma yaşandığından bu aşan kısmın ona isnat edilmesi mümkün

⁹²⁸ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 390-391.

⁹²⁹ **Letzgus**, s. 44-45; Niceliksel sınır aşımalarında azmettirenin sorumluluğuna ilişkin Türk hukukunda doktrinde yapılan değerlendirmeler için bkz. **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 393-403; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 520-521; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 488-489; **Taner**, s. 535; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 749-750. YTCK md.23'ün uygulanması gerektiği hakkında bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 108; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 750; **Önok**, Turkey, s. 460; **İçel**, GH, s. 497-498.

değildir. Azmettirenin kastı haricinde kalan ağır neticelerden dolayı azmettirenin sorumluluğu bulunmamaktadır.

(2) Niteliksel Sınır Aşımı Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs

Failin azmettirenin istediğinden farklı hareket ederek farklı bir suç tipini işlemesine niteliksel sınır aşımı denir.⁹³⁰ Örneğin hırsızlık suçuna azmettirilen failin yağma suçunu veya hırsızlık suçuna ek olarak cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda niteliksel sınır aşımı söz konusu olur. Ya da birini korkutması için kendisine silah verilen kişi mağduru korkutmak yerine onu yaralarsa yine nitelikli sınır aşımı gerçekleşmiş olur.⁹³¹

Failin bilinçli olarak farklı hareket ettiği bu tarz sınır aşımalarında istenilen fiili işlemeye yönelik karar alan fail daha sonra farklı bir şekilde hareket ederek azmettiren ile görüş ayrılığı yaşar.⁹³²

Başka bir fiil işlense bile fiili işlemeye yönelik fail tarafından alınmış bir kararın varlığından dolayı nitelikli sınır aşımı azmettirmeye teşebbüsün türlerinden neticesiz azmettirmenin bir görünüş şekli olarak kabul edilmektedir.⁹³³ Fail en baştan beri farklı bir fiili işleme kastına sahipse azmettirmeye teşebbüsün türlerinden başarısız azmettirme, azmettirme konusu fiili işleme kararını alan failin kastı sonradan farklı bir fiile yönelmişse neticesiz azmettirme gerçekleşir.⁹³⁴ Bu ikinci durumda fail fiili işleme kararını aldığından azmettirenin faili azmettirmesi başarıya ulaşmıştır, ancak nitelik itibarıyla farklı bir fiil işlendiğinden işlenmesine karar verilen fiil teşebbüs aşamasına varmamıştır.⁹³⁵

⁹³⁰ **Roxin**, AT II, §26, kn. 115; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 487; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 529.

⁹³¹ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 391. Örnek olay için ayrıca bkz. **Heinrich**, AT, §37, kn. 1306; **Thalheimer**, s. 25; **Fischer**, §26, kn. 15; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 170.

⁹³² **Letzgus**, s. 52.

⁹³³ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 34.

⁹³⁴ **Letzgus**, s. 52.

⁹³⁵ **Thalheimer**, s. 25.

Niteliksel sınır aşımalarında azmettirenin kastının kapsamı dışında kalan başka bir fiil işlenmektedir. Fail azmettirenin iradesi haricinde kalan bir fiil işlemiş olsa da, nihayetinde tipik bir fiili işlemiştir. Azmettirilen ve ancak işlenmeyen fiil bakımından azmettirmeden bahsedilemez. Alman hukukunda işlenen fiil azmettirenin kastının kapsamı haricinde kaldığından nitelikli sınır aşımında azmettirenin, azmettirdiği ancak failin işlemediği fiilden azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu kabul edilmektedir.⁹³⁶ Örneğin A, B'yi C'e karşı yağma suçunu işlemeye azmettirir. B ilk başta bu suçu işlemeye karar verir, ama daha sonra işlemekten vazgeçer ve C'yi öldürür. Bu durumda A, yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten, B kasten öldürmekten sorumlu olur.⁹³⁷ Yağma suçuna azmettirilen B, bundan vazgeçip mağdura tecavüz etse, aynı şekilde A'nın yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir.⁹³⁸

Failin azmettirildiği fiilden farklı bir fiili işlemesi durumunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğu her zaman doğmayabilir. Azmettirenin sorumluluğunun tespiti bakımından işlenmesine karar verilen fiil ile sonradan işlenen fiilin nitelikleri arasındaki ilişkinin irdelenmesi gerekir. Bu meselede doktrinde üç görüş ileri sürülmüştür:

Birinci görüşe göre; failin işlediği fiil işlemeye karar verdiği ve fakat işlemediği fiilin tipikliği kapsamında bir seçimlik hareket değilse, yani fail tamamen farklı bir suç tipini işlemişse azmettirenin işlenmesi istenilen ancak işlenmeyen suça azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu doğar.⁹³⁹ Örneğin hırsızlık suçunun işlenmesine azmettirilen fail, hileye başvurmak suretiyle malı aldığı anda azmettiren dolandırıcılık suçundan sorumlu olmaz; çünkü dolandırıcılık azmettirenin kastı kapsamında değildir. Bu görüşe göre azmettirenin hırsızlık suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmelidir.⁹⁴⁰ Failin işlediği fiil, işlemeye karar verdiği fakat işlemediği fiilin

⁹³⁶ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 32, 30, 34; Roxin, AT II, §28, kn. 21.; Schönke/Schröder, §26, kn. 20, 25; Letzgus, s. 43, 52.

⁹³⁷ Roxin, AT II, §28, kn. 2; Thalheimer, s. 25.

⁹³⁸ Geppert, §30 Abs. 1 StGB, s. 553.

⁹³⁹ Roxin, AT II, §26, kn. 111; Fischer, §26, kn. 17; Montenbruck, s. 338.

⁹⁴⁰ Roxin, AT II, §26, kn. 111; Montenbruck, s. 331.

tipikliği kapsamında seçimlik bir hareket olarak düzenlenmişse azmettirenin azmettirmeden sorumlu tutulması mümkündür; çünkü bu durumda failin farklı nitelikte bir fiili işlemesinden bahsedilemez. Örneğin bir başkasının malını kirletmeye azmettirilen failin kırılacak nitelikte olan bu malı kırması durumunda işlenen suç yine mala zarar verme suçu olup azmettiren, mala zarar vermeye azmettirmeden sorumlu olur.⁹⁴¹

İşlenen suç bakımından azmettirenin en az olası kastı varsa bu durumda işlenen suç bakımından azmettirme ve işlenmesi istenilen ancak işlenmeyen suç bakımından azmettirmeye teşebbüs olmak üzere azmettirenin iki fiilden sorumluluğu doğar. İkisi arasında fikri içtimanın yapılması, ancak bunun için işlenen fiillerin aynı suç tipinin seçimlik hareketleri olmaması gerekir.

İkinci görüşe göre, işlenmesi istenilen suç ile failin işlediği suç arasında bir derecelendirme ilişkisinin varlığı hâlinde azmettirenin sadece daha hafif olan suçtan sorumlu tutulması gerekir. Örneğin, konutta hırsızlık suçuna azmettirilen bir kimse konutta yağma suçunu işlediği zaman; azmettiren konutta hırsızlık suçundan sorumlu olur.⁹⁴² Konutta yağma suçuna azmettirilen failin hırsızlık suçunu işlemesi durumunda yağmadaki cebir veya tehdit unsuruna azmettirmenin gerçekleştiği ve ancak bunun neticesiz kaldığı; bundan hareketle azmettirenin yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olacağı ileri sürülmüştür.⁹⁴³ İkincisinde azmettirmeye teşebbüsün türlerinden kısmen tamamlanmış azmettirme gerçekleşir ve hırsızlık suçuna azmettirme ile yağma suçuna azmettirmeye teşebbüs olmak üzere iki sorumluluk doğar. Bu durumda iki fiil arasında fikri içtimanın yapılması gerekir.

Failin azmettirenin talimatlarının dışına çıkması halinde daha ağır olan bir suç işlendiğinde gerçekte işlenen suçun içerisinde işlenmesi istenilen suç mündemiç ise azmettirenin sorumlu olacağı, böyle bir ilişkinin olmaması halinde sorumluluğun

⁹⁴¹ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 404.

⁹⁴² Murmann, §27 kn. 114; Montenbruck, s. 331.

⁹⁴³ Schönke/Schröder, §26, kn. 25; Montenbruck, s. 331.

doğmayacağı kabul edilmektedir.⁹⁴⁴ Alman hukukunda içtihatlarla konu olmuş bir olayda yaralamaya azmettirilen fail mağdurun ölümüne sebep olmuştur. AFM, bu görüşten yola çıkarak azmettirenin kasten yaralama suçuna azmettirmeden sorumlu tutmuştur.⁹⁴⁵

Korunan hukuksal değerlerin veya fiilin işleniş şeklinin birbiriyle olan benzerliği sebebiyle aralarında eksi-artı veya artı-eksi ilişkisinin olduğu durumlarda suç tipleri arasında seçim yapılarak hangisi daha az cezayı gerektiriyorsa azmettirenin o suçtan sorumlu olması gerekir. Örneğin, malı gizlice almak suretiyle hırsızlık suçuna azmettirilen bir kimse hileye başvurarak malı alırsa (dolandırıcılık suçunu işlerse), azmettiren hırsızlık suçundan sorumlu olur. Dolandırıcılık suçuna azmettirilen failin hırsızlık suçunu işlemesi durumunda ise, azmettiren daha basit olan hırsızlık suçundan sorumlu olur.⁹⁴⁶ Burada azmettirmeye teşebbüsün türlerinden kısmen tamamlanmış azmettirme gerçekleşmekte ve azmettirenin hırsızlık suçuna azmettirmek ve dolandırıcılık suçuna azmettirmeye teşebbüsten olmak üzere iki fiilden sorumluluğu doğmaktadır. Bu durumda iki fiil arasında fikri içtimanın yapılması gerekir.

Baumann, işlenen suçun cezasının asıl fiilin cezasından daha hafif olduğu hallerde cezası daha az olandan ceza verilmesini bağıllık kuralının ihlali olarak değerlendirmiş ve burada olması gereken hukuk bakımından azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür.⁹⁴⁷

Üçüncü görüşe göre, işlenmesi istenilen suç ile işlenen suç arasında niteliksel anlamda bir farklılık olduğunda failin işlediği suç azmettirilen suçun temeline dayanıyorsa, yani fikişsel temel sebebiyle aralarında yakın bir bağ varsa azmettiren işlenen suçta azmettirmeden sorumlu olur⁹⁴⁸ Güveni kötüye kullanma suçunun dolandırıcılık suçuna yakınlık ilişkisindeki gibi iki tipiklik arasında yakınlık/benzerlik

⁹⁴⁴ **Bohlender**, German Criminal Law, s. 170.

⁹⁴⁵ **BGHSt** 2, 223, 225, karar için bkz. **Murmann**, §27 kn. 114, dn. 263.

⁹⁴⁶ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, AT, §30, kn. 60-64.

⁹⁴⁷ Bkz. aktaran **Letzgus**, s. 48-49; **Montenbruck**, s. 334.

⁹⁴⁸ **Demirel**, Bağıllık Kuralı, s. 405.

varsa iki tipikliğin birbirine alternatif tipiklikler olduğu ve burada artık azmettirmeye teşebbüsten değil azmettirmeden sorumluluğun doğacağı ileri sürülmüştür.⁹⁴⁹ Karşı görüş ise, hem failin hem de azmettirenin kastlarının belirli bir fiile yönelik olması gerektiğini, işlenen ve azmettirilen suça yakınlığı kabul edilen suç tipinin azmettirenin kastının kapsamında olmadığını ileri sürmüştür. *Roxin*'e göre, işlenmesi istenilen suç ile gerçekleşen suç arasındaki tipiklik ayrımı fiilin işlenmesine yönelik detaylarla belirlenebiliyorsa “hukuki olmayan paralel değerlendirme (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)” çerçevesinde azmettirenin alternatif kastından bahsedilebilir. Hukuki olmayan paralel değerlendirme, “tipiklik koşullarının ceza hukuku anlamında değerlendirilmesinde (normatif hukuki kavram gibi) hukuki bir bilgi olmaksızın doğru değerlendirmenin yapılmasının varsayılması” demektir. Suçun unsurları hakkında hukuki olmayan değerlendirme doğru ise, normatif bakımdan kastın varlığı için de bu değerlendirme yeterli kabul edilir. Örneğin hırsızlık suçunun işlenmesi için taşınır malın bir başkasına ait olması, yani malın mülkiyetinin başkasında olması gerekse de, failin malın başkasının mülkiyetinde olduğu şeklinde bir değerlendirme yapması şart değildir. Malın esasen kendisine ait olmadığını ve aldığı malın başkasının olduğu için bu hususta almaya izninin olmadığı değerlendirmesini yapması yeterlidir. Mülkiyet hakkında veya mülkiyetin ne kadarının mağdura ait olduğu konusunda hukuki bir değerlendirme yapması gerekmez. Bu çoğu zaman zaten mümkün değildir.⁹⁵⁰

Suç tipinde düzenlenen alternatif hareketler bakımından farklılaşma yaşanırsa, yani fail aynı suçu işler fakat aynı değere sahip başka bir hareketi gerçekleştirirse burada yine azmettirme söz konusu olur. Örneğin “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak veya özel beceriyle” hırsızlık yapmaya azmettirilen bir kimse, yine özel yeteneğini kullanarak hile yapmak suretiyle malı alırsa azmettiren dolandırıcılık suçuna azmettirmeden sorumlu olur. Burada hukuki olmayan paralel değerlendirme ile azmettirenin alternatif kastı kabul edilmekte ve azmettirenin azmettirmeden

⁹⁴⁹ **Letzgus**, s. 47; **Montenbruck**, s. 334.

⁹⁵⁰ **Demirel**'in (**Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 405, dn. 134) aktarmasıyla **Calus Roxin**, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I (Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre)* 4. Auflage, München 2006 §12, kn. 101; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

sorumluluğu cihetine gidilebilmektedir.⁹⁵¹ Kanaatimizce burada azmettirenin kastının belirli bir suç tipine yönelik olması gerekir. Fikirselsel yakınlıktan ziyade azmettirenin kastı kapsamındaki kadar sorumlu olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Dolandırıcılık bakımından azmettirenin olası kastı tespit edilebiliyorsa azmettiren dolandırıcılık suçuna azmettirmeden sorumlu tutulabilir. Aksi halde azmettiren kastı kapsamında işlenen kadarıyla, yani hırsızlık suçuna azmettirmeden sorumlu tutulur. Azmettirmeye teşebbüsün türlerinden kısmen tamamlanmış azmettirmenin gerçekleşeceği tam tersi bir durumda azmettirenin hırsızlık suçuna azmettirmeden ve dolandırıcılık suçuna azmettirmeye teşebbüsten olmak üzere iki fiilden sorumluluğu doğar. Bu durumda iki fiil arasında fikri içtima yapılarak sorumluluğun belirlenmesi gerekir.

Türk hukukunda azmettirenin kastı gerçekte işlenen fiili ihtiva etmediğinden⁹⁵² niteliksel sınır aşımalarında azmettirenin işlenen suçtan cezalandırılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.⁹⁵³ Ayrıca, bağıllık kuralı azmettirenin işlenen fiilden sorumlu olmasını engellemekte⁹⁵⁴ ve iştirak iradesi ortadan kalkmaktadır.⁹⁵⁵ İşlenen suçun farklı olduğu bu durumda, iştirake ilişkin temel kuralların azmettirenin sorumluluğunu engellediğini ileri süren *Mahmutoğlu*'na göre, böyle bir sonuç ceza kanununda kusur ilkesi ile örtüşmektedir.⁹⁵⁶ *Demirel*, YTCK'da bazı ağır suçlarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasını sağlayan bir düzenlemenin yapılmasıyla azmettirilip de işlenmeyen fiilden dolayı azmettirenin ceza sorumluluğu konusundaki boşluğun kapatılabileceğini ileri sürmüştür.⁹⁵⁷

Failin azmettirenin istediğinden farklı hareket ettiği durumlarda işlenen fiil ile azmettirenin işlenmesini istediği fiil arasında derecelendirilebilir bir ilişki yoksa veya işlenen fiil işlenmesi istenilen ve fakat işlenmeyen fiilin tipikliğinde seçimlik bir

⁹⁵¹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 112, 113.

⁹⁵² **Taner**, s. 534.

⁹⁵³ **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 749.

⁹⁵⁴ **Önok**, Turkey, s. 460.

⁹⁵⁵ **Doğan**, s. 283.

⁹⁵⁶ **Mahmutoğlu**, s. 105.

⁹⁵⁷ **Demirel**, s. 352.

hareket değilse eğer, iki suçun nitelik olarak birbirinden farklı olduğu ve azmettirenin failin aştığı kısımdan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce, azmettirenin işlenmesini istediği ancak işlenmeyen fiil bakımından azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilmelidir. Azmettirenin ceza sorumluluğu bakımından ortaya çıkan bu sonuç azmettirmeye teşebbüsün YTCK’da cezalandırılması gerektiğinin önemini ortaya koymaktadır.

3. Elverişsiz Azmettirme

Failin halihazırdaki kesin ve gerçekleştirilmesi istenilen fiil hakkındaki kararını vermiş olduğu azmettirmeye teşebbüs türüne elverişsiz azmettirme (*untaugliche Anstiftung*) denir.⁹⁵⁸ Alman hukukunda doktrinde elverişsiz azmettirmeye *omnido facturus/alia facturus*⁹⁵⁹ denir.⁹⁶⁰ Latince’de “bir şeyin yapılması için her halükarda hazır buluma” anlamına gelen bu kavram, “ceza hukukunda kendisine azmettirilmesi artık mümkün olmayan bir fiili her halükarda işlemeye hazır olma” şeklinde tanımlanır.⁹⁶¹

⁹⁵⁸ **Roxin**, AT II, §28, kn. 9; **Roxin**, §30 StGB, s. 169; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 7; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 168; **Fischer**, §30, kn. 8; **Dessecker**, s. 551; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92; **Satzger**, s. 1170. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün elverişsiz azmettirmede uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu hakkında bkz. **Rogall**, s. 873; **Thalheimer**, s. 41; **Sax**, s. 963. Elverişsiz azmettirme olaylarında azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasına başlama problemi hakkında bkz. **Bosch**, s. 1120.

⁹⁵⁹ Dennis **Bock**, “Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen-zum Begriff des >>alias>> oder >>omnido facturus”, *JURA/Heft 4*, 2008, s. 143 vd.

⁹⁶⁰ **Joecks**, §30, kn. 27; **Hecker**, s. 749; **Thalheimer**, s. 24, 41; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 144; **Hans Kudlich**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 2009, Fall: 294, s. 274; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 168; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093; **Bock**, s. 146; **Geppert**, §26 StGB, s. 302; **Kroß**, s. 251; **Özkan**, Azmettirme, s. 213; **Henning Steen**, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Berlin 2011, s. 123 vd.; **Rinceanu**, s. 108.

⁹⁶¹ **Satzger**, s. 1169.

Omnido facturusta hazırlık aşamasında kalan bir azmettirme fiili işlenmiştir.⁹⁶² Örneğin A, B'yi C'yi öldürmeye azmettirir, ancak B daha önceden fiili işleme kararını almıştır.⁹⁶³

Azmettirme kafasında hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseye fiili işleme kararını aldırılmaktadır.⁹⁶⁴ *Omnido facturusta* azmettirme ile işlenmesi istenilen fiil arasında nedensel bir ilişki kurulamamaktadır. Bu yüzden fiili işleme kararını almış olan bir kimsede bu kararın alınmasında azmettirmenin nedensel olmasından (*kausale Anstiftung*) bahsedilemez.⁹⁶⁵ Ekonomik problemlerini çözmeyi düşünen A'nın, B'yi bir banka soymaya ikna ettiği bir olayda B, A'nın azmettirmesi sonucu fiili işleme kararını aldığından bu kararın alınmasında A'nın azmettirmesinin nedenselliğinden bahsedilebilir. Ancak B, A kendisine gelmeden önce fiil hakkındaki kesin kararını almış olabilir. İşlenmesi istenilen fiil hakkında alınmış bir kararın varlığından dolayı azmettirmenin nedenselliğinden, yani A'nın B'ye fiili işleme kararını aldırmasından bahsedilemez.⁹⁶⁶ *Omnido facturusta* failin azmettirilmesi mümkün olmasa bile uygulamada failin fiili işleme kararını alması ile azmettirme arasındaki nedenselliğin çok nadiren tespit edilebildiği ileri sürülmüştür.⁹⁶⁷

Azmettirmede failin fiili işleme kararını alması azmettirenin eseri (*Werk des Anstifters*) olmalıdır. Azmettirmenin failde fiili işleme kararının aldırılmasında nedensel olması ve bu suretle azmettirene objektif olarak isnat edilebilir bir neticenin gerçekleşmesi gerekir.⁹⁶⁸ Azmettirmenin fiili işlememe kararının alınmasında

⁹⁶² **Geppert**, §26 StGB, s. 302; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551.

⁹⁶³ Örnek için bkz. **İnci**, s. 946.

⁹⁶⁴ **Ambos/Bock**, s. 333.

⁹⁶⁵ **Kühl**, AT, §20 kn. 177; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 24; **Letzgus**, s. 32; **Kudlich**, AT, Fall: 294, s. 276; **Geppert**, §26 StGB, s. 304; **Roxin**, AT II, §26, kn. 65; **Kluszczewski**, §7, AT, kn. 694; **Bock**, s. 143; **Lüthke**, s. 5; **Letzgus**, s. 143; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 547; **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 12-13; **Satzger**, s. 1171; **İnci**, s. 947.

⁹⁶⁶ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 14. Örnek olay için ayrıca bkz. **Satzger**, s. 1171-1172.

⁹⁶⁷ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 15; **Satzger**, s. 1171.

⁹⁶⁸ **Satzger**, s. 1172, 1174; **Joachim Schulz**, "Anstiftung oder Beihilfe", *JuS Heft 12/1986*, s. 933.

nedensel olması gerektiğinden hareketle halihazırdaki fiili işleme kararını vermiş bir kimsenin bu fiile azmettirilmesinin artık mümkün olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁶⁹ Açık olan kapıdan kırarak artık girilemeyeceğinden (*offene Türe kann man nicht mehr einrennen*) azmettirmeden de bahsedilemez. Bu yüzden *omnido facturusta* azmettiren bir nevi boş yere zahmete girmiş ve fail gereksiz yere azmettirilmiştir.⁹⁷⁰ Burada azmettirme gerçekleşmemekte⁹⁷¹ ve fakat bu durum başarılı bir azmettirmeye teşebbüs olarak nitelendirilmektedir.⁹⁷²

Omnido facturus, azmettirmeye teşebbüs türlerinden başarısız azmettirmenin bir görünüş şekli olarak kabul edilmektedir. Fiili işlemeye karar vermiş bir kimsenin aynı fiilden dolayı tekrardan azmettirilmesinden ve o kişiye aynı fiili işleme kararını aldirmaktan bahsedilemez. Ortada azmettirme sonucu fiili işlemeye yönelik failin aldığı bir karar bulunmamakla birlikte, azmettiren faili ikna etmeye yönelik elinden geleni yapmıştır.⁹⁷³

Doktrinde *omnido facturus*un cezalandırmaya layık olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Cealandırılmaması gerektiği hakkındaki görüş, burada tehlikelilik sınırı aşılmadığı için azmettirme fiilin cezalandırmaya layık olmadığını ileri sürmüştür.⁹⁷⁴ Bu görüş, cezalandırılabilir hazırlık hareketlerinin tipik netice bakımından elverişli

⁹⁶⁹ Schönke/Schröder, §26, kn. 6; Jäger, AT, §6, kn. 257; Roxin, AT II, §26, kn. 65; BGH, NStZ, 1994, 29 (30); BGHSt 45, 373, 374 (Kararlar için bkz. Krey/Esser, AT, §31, kn. 1042). Ambos/Bock, s. 335; Geppert, §26 StGB, s. 304; Stefan Grabow, “Die Sukzessive Anstiftung”, JURA/Heft 6, 2009, s. 409; Baumann/Weber, A.T, s. 559; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 883; Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 144; Schmidt, AT, §26, kn. 1053; BGH NStZ, 1996,=StV 1996, 2 (Bock, s. 144); Satzger, s. 1169.

⁹⁷⁰ Muhammed Demirel/Melik Kartal, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, S. Özel, 2019, s. 463; Schmidt, AT, §26, kn. 1053; Heinrich, AT, §39, kn. 1365, s. 608. *Omnido facturus*’ta azmettirmenin gerçekleşmediği yönündeki görüş için bkz. Kleszczewski, AT, §7, kn. 695.

⁹⁷¹ Kleszczewski, AT, §7, kn. 695.

⁹⁷² Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 24.

⁹⁷³ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 24; Letzgus, s. 32; Kudlich, AT, Fall: 294, s. 276; Geppert, §26 StGB, s. 304; Zipf, s. 142; Murmann, §27 kn. 105, s. 368; Heinrich, AT, §37, kn. 1294. *Omnido Facturus*’un tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Bock, s. 144-145.

⁹⁷⁴ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 25; Roxin, AT II, §28, kn. 23; Letzgus’un görüşleri için bkz. Thalheimer, s. 41-42.

olması gerektiğini, burada ise azmettirme fiilinin neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli olmadığını ileri sürmüş ve neticeyi meydana getirme bakımından elverişli olmayan bir hazırlık hareketinin cezalandırılmasının ceza hukukunda düşüncenin cezalandırılması anlamına geldiğinden hareketle meseleye şüpheyile yaklaşmıştır.⁹⁷⁵

Omnido facturus'un cezalandırılması gerektiği hakkındaki görüş ise, elverişsiz de olsa burada azmettirme fiilinin işlenmesiyle hukuka aykırı bir irade açıklaması yapıldığından azmettirenin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, azmettiren yaptığı irade açıklamasıyla kriminal süreci kendi iradesi ve kontrolü dışına çıkarmıştır. Konunun elverişsiz olması tamamen tesadüfi bir durum olup bu, azmettireni temize çıkarmaya yetmez.⁹⁷⁶

Cezalandırılabilir olduğundan hareketle *omnido facturus*'ta azmettirenin ceza sorumluluğuna ilişkin doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür.⁹⁷⁷

Birinci görüş, azmettiren faili ikna etmeye yönelik olarak elinden gelen çabayı gösterdiği için azmettirmeye teşebbüsten sorumlu o gerektiği hakkındaki görüştür.⁹⁷⁸ Doktrinde azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebileceği yönündeki bu görüş azınlıkta kalmıştır. İkinci ve baskın olan görüş, azmettirenin suçta yardım etmeden dolayı sorumlu tutulması gerektiği hakkındaki görüştür.⁹⁷⁹ Baskın görüşe göre, azmettirenin faili ikna etmeye yönelik açıklamaları failde önceden oluşan

⁹⁷⁵ **Letzgus**, s. 144, 186.

⁹⁷⁶ **Schröder**, s. 293; **Thalheimer**, s. 44; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551; **Bosch**, s. 1120; **Zaczyk**'in görüşleri için **Thalheimer**, s. 42; **Rogall**, s. 875; **Joecks**, §30, kn. 34; **Brose**'nin görüşleri için bkz. **Thalheimer**, s. 42-43.

⁹⁷⁷ **Hilgendorf/Valerius**, AT, §9, kn. 126; **Kühl**, AT, §20 kn. 177; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 6; **Murmann**, §27 kn. 106; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 883; **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1042; **Ambos/Bock**, s. 333; **Jäger**, AT, §6, kn. 257; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 168; **Roxin**, AT II, §26, kn. 65; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 144; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1053; **Bock**, s. 144; **Satzger**, s. 1172, 1174.

⁹⁷⁸ **Baumann/Weber**, AT, s. 559; **Roxin**, AT II, §28, kn. 9; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 7; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 168; **Fischer**, §30, kn. 8; **Dessecker**, s. 551; **Roxin**, §30 StGB, s. 169; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92; **Satzger**, s. 1174-1175. Elverişsiz azmettirmede azmettirmeye teşebbüs hükmünün uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu hakkında bkz. **Rogall**, s. 873; **Thalheimer**, s. 41; **Sax**, s. 963; **Keiler**, s. 231; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 168.

⁹⁷⁹ **Kudlich**, AT, Fall: 294, s. 274; **Bock**, s. 145; **Satzger**, s. 1174.

fiili işleme kararını kuvvetlendirdiğinden azmettirenin manevi yardım etmeden dolayı cezalandırılması gerekir. Bu durumda azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk yardım etmeden doğan sorumluluğa göre tali niteliktedir.⁹⁸⁰ Failin fiili işleme kararının kuvvetlendirilmesinin ispatındaki zorluklarla birlikte cezalandırılmaz yardım etmeye teşebbüs sınırının belirsiz olmasından hareketle azmettirenin manevi yardım etmeden cezalandırılması eleştirilmiştir. Bu eleştiriler kapsamında yardım etmeye ilişkin hükmün (ACK md.27) sınırlı olarak uygulanması ve her somut olayda azmettirenin çabalarının failin fiili işleme kararını kuvvetlendirip kuvvetlendirmedığının kesin olarak tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁸¹

Omnido facturusta azmettirenin sorumluluğunun tespitinde şu şekilde hareket etmek gerekir: Fiili işleme kararını alan fail en azından fiilin icrasına başlarsa, azmettiren yardım etmeden sorumlu tutulabilir. Bu durumda azmettirmeye teşebbüs yardım etmeye göre tali nitelikte kalır. Ancak fail fiilin icrasına başlamazsa baskın görüş dikkate alındığında yardım etmeye teşebbüs gerçekleşir. Yardım etmeye teşebbüs mevcut ACK'da cezalandırılmamaktadır. Bu durumda azmettiren faili ikna etmeye yönelik elinden gelen çabayı göstermesine rağmen cezasız kalmış olur. Başlı başına haksızlık teşkil eden azmettirme fiili teşebbüste kalsa bile burada ortaya çıkan haksızlık manevi yardım etme fiilinin haksızlığından önce gelir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin norm bağımsız bir ceza normu olarak yardım etmeye ilişkin normun karşısında asli bir konuma sahiptir. Bu itibarla, kanaatimiz azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğunu kabul eden azınlık görüş yönündedir. Yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğunun kabul edilmesi ihtimalinde azmettirmeye teşebbüsün haksızlığı yine yardım etmeye teşebbüsün haksızlığından önce gelir. Bu ihtimalde azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilmelidir. Sonuç itibariyle; *omnido facturusta* azmettirenin sorumluluğuna ilişkin kabul edilen baskın görüşe asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olduğu durumda itibar edilebilir. Asıl fiilin icrasının başlamadığı bir durumda yardım etmeye teşebbüs

⁹⁸⁰ Letzgus, s. 33; Demirel/Kartal, s. 463.

⁹⁸¹ Satzger, s. 1174.

kanunda cezalandırılınsın ya da cezalandırılmasın her iki durumda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir.

Omnido facturusta azmettirenin, failin fiili işleme kararını aldığı neticesiz azmettirmedeki azmettiren kadar tehlikeli olmadığı kabul edilmektedir; çünkü azmettiren faile fiili işleme kararını aldırma etki olamamıştır.⁹⁸² Diğer taraftan failin fiili işleme kararını almadığı başarısız azmettirmedeki azmettiren kadar tehlikeli olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede *omnido facturusun* gerçekleştiği elverişsiz azmettirmenin, başarısız azmettirme ile neticesiz azmettirmenin ortaya koyduğu tehlike arasında bir tehlikelilik içerdiği ileri sürülmüştür.⁹⁸³

Omnido facturusta manevi yardım etmeden sorumluluğun doğacağını ileri süren görüşe göre, azmettiren üzerinde hakimiyetini sağlayamayacağı tehlikeli bir duruma neden olmamıştır. Azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğun doğacağını ileri süren karşı görüş ise, azmettirenin hukuka aykırı olan iradesini kullanmak suretiyle hukuk düzenine yönelik bir saldırıda bulunduğunu ve barış içinde pozitif hukuk birliğine olan güveni sarstığını ve bu şekilde hukuka olan düşmanca iradesini bariz bir şekilde ortaya koyduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, hukuk düzeni bu duruma tepkisiz kalırsa teşebbüsün cezalandırılmasının esasını oluşturan hareketin haksızlığı anlamsızlaşır; çünkü azmettiren objektif olarak ortaya koyduğu hukuka aykırı iradesiyle kamusal düzeni bozmuştur.⁹⁸⁴

4. Hatalı Azmettirme

Azmettirenin failin kastı konusunda düştüğü hata haline hatalı azmettirme (*unvollkommene Anstiftung*) denir. Azmettirmeye teşebbüsün bu türü hata konusunda ortaya çıkan bir durumdur.⁹⁸⁵ Hatalı azmettirmede azmettirmenin başarıya ulaştığı,

⁹⁸² **Letzgus**, s. 143.

⁹⁸³ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 25; **Letzgus**, s. 144; **İnci**, s. 947.

⁹⁸⁴ **Thalheimer**, s. 43-44.

⁹⁸⁵ **Letzgus**, s. 29. Failin kusuru konusunda azmettirenin düştüğü hata halinde azmettirmeye teşebbüs hakkında detaylı bilgi için bkz. **Fischer**, §30, kn. 4; **Heinrich**, AT, §35, kn. 1266. Asıl fiilin koşullarında düşülen hata halleri için bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 24; **Karl Heinz Gössel/Dieter Dölling**, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 2. Auflage, Heidelberg 2004, §69, kn.

ancak asıl fiil işlenmediği için tamamlanmış azmettirmeden bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür.⁹⁸⁶

Hatalı azmettirme tipikliğin kast olmadan gerçekleştiği bir azmettirmeye teşebbüs türüdür. Azmettirenin amaçladığı netice, failin kasten hareket etmemesi sonucu gerçekleşir.⁹⁸⁷ Fail kasten hareket etmemesine rağmen, azmettiren onun kasten hareket ettiğini düşünür.⁹⁸⁸ Örneğin kaçak olarak avlanan A, kaçak olarak avlanan B'yi çalıların arkasında duran ormancı C'yi öldürmeye azmettirir ve B'nin bu talebi doğru anladığını düşünür. Ancak B, C'yi öldürmesi gerektiğini değil, bir yaban domuzunu öldürmesi gerektiğini düşünerek hareket eder. Yani A'nın talebini yanlış anlar.⁹⁸⁹

Hatalı azmettirmede azmettirmenin ceza sorumluluğu doktrinde tartışmalıdır. Hatalı azmettirmenin dogmatik anlamda azmettirmeden mi, dolaylı faillikten mi yoksa azmettirmeye teşebbüsten mi cezalandırılması gerektiği meselesinin kasıtsız bir fiile iştirak konusu çerçevesinde tartışılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁹⁰ *Letzgus*, buradaki problemin bir taraftan genel anlamda kasıtsız bir fiile şeriklik problemi, diğer taraftan failin manevi alanında gerçekleşen bir eksik unsur (kast) sebebiyle şerikliğe teşebbüs problemi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, ACK md.30/f.1'de taksirle işlenen fiillerde azmettirmeye teşebbüs cezalandırmaya layık kabul edilmemiştir.⁹⁹¹

Hatalı azmettirmede azmettirenin azmettirmeden cezalandırılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Niteliksel bağıllık kuralına göre azmettirenin sorumlu

33. **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §159, kn. 8; **Rengier**, BT II, §49, kn. 65a. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda düşülen hata halinde azmettirmeye teşebbüs için bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 24; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 20, s. 542; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 20; **Özkan**, Azmettirme, s. 152. Yasak hatası durumunda azmettirmeye teşebbüs için bkz. **Schönke/Schröder**, §26, kn. 20; **Özkan**, Azmettirme, s. 143-145.

⁹⁸⁶ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 143.

⁹⁸⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 9.

⁹⁸⁸ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 30.

⁹⁸⁹ **Letzgus**, s. 29; **Thalheimer**, s. 25.

⁹⁹⁰ **Letzgus**, s. 29, 121.

⁹⁹¹ **Letzgus**, s. 30-31.

olabilmesi için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekir. Fail kasten hareket ettiği takdirde azmettirmeden bahsedilebilir. Kastı kusurluluk alanından çıkarıp haksızlığın bir unsuru yapan final hareket teorisinde asıl fiilin kast olmadan işlenmesi hukuka aykırı fiilin işlenmemesi anlamına gelir. Kasten işlenmiş bir fiil olmadığından azmettirenin azmettirmeden cezalandırılması da mümkün değildir.⁹⁹²

Hatalı azmettirmede azmettirenin dolaylı faillikten cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır. Bir görüş, azmettirenin dolaylı faillikten cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁹⁹³ Dolaylı failliğe teşebbüsün ACK md.30/f.1 çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsün hatalı azmettirme türü kapsamında ele alınıp alınmayacağı doktrinde tartışılmıştır. *Thalheimer*; dolaylı failliğe teşebbüste arkadaki kişinin olayları henüz elinden çıkarmadığını ve bu nedenle hazırlık hareketleri aşamasında hukuksal değer ihlalinin henüz gerçekleşmediğini; bu yüzden bu durumun hatalı azmettirme kapsamında ele alınamayacağını ileri sürmüştür.⁹⁹⁴

Baskın görüş, hatalı azmettirmeyi azmettirmeye teşebbüsün bir türü olarak cezalandırmaya layık görmekte ve azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunu kabul etmektedir.⁹⁹⁵ Bu görüşe göre, hatalı azmettirmede azmettiren, failin talebini doğru anladığına inanarak hareket eder ve fakat kasten hareket etmeyen fail vasıtasıyla neticenin gerçekleşmesini sağlar. Başarısız azmettirmede olduğu gibi azmettiren ile doğrudan fail arasında işlenecek fiil üzerinde irade uyuşması gerçekleşmemektedir. Fiili işleme kararının alınmasında azmettiren ile failin iradelerinin uyuşmamasından dolayı tehlikeliliğin gerçekleşmediği ileri sürülebilir; fakat suçun işlenmesine kasten sebep olduğu için azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁹⁶

⁹⁹² **Letzgus**, s. 28.

⁹⁹³ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 31.

⁹⁹⁴ **Thalheimer**, s. 27.

⁹⁹⁵ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 31; **Thalheimer**, s. 25; **Heinrich**, AT, §35, kn. 1266; **Letzgus**, s. 150.

⁹⁹⁶ **Letzgus**, s. 29.

Türk hukukunda hatalı azmettirmede kasten işlenen bir fiil olmadığından arkadaşaki kişinin ne azmettirmeden ne de YTCK'da düzenlenmediği için azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılacağı ileri sürülmüştür.⁹⁹⁷ Hataya ilişkin YTCK md.30/f.1 düzenlemesi çerçevesinde failin taksirli öldürmeden; taksirli suçlarda iştirak kabul edilmediğinden azmettirenin ise dolaylı faillikten sorumluluğu cihetine gidilebileceği kabul edilmektedir.⁹⁹⁸ Ancak *Koca/Üzülmaz*, bu durumda arkadaşaki kişinin dolaylı fail olmasının da mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir. *Yazarlara* göre, arkadaşaki kişi aracının kastı konusunda hataya düştüğü hallerde aracının kasten hareket ettiğini düşünür. Arkadaki kişi gerçekte kastı olmayan bir kimseyi suçta araç olarak kullandığı için objektif olarak dolaylı faillik şartları oluşur; fakat arkadaşaki kişi failliğin kurucu unsuru olan aracının kastının bulunmadığını bilmez. Bu sebeple arkadaşaki kişi dolaylı fail olamaz. Arkadaki kişi, sübjektif olarak şeriklik kastını taşısa bile kasten işlenmiş bir fiilden bahsedilemeyeceği için azmettirmeden de sorumlu tutulamaz.⁹⁹⁹ Kanaatimizce de hatalı azmettirmede azmettirenin ne azmettirmeden ne de dolaylı faillikten sorumlu tutulması mümkündür. Azmettirmeden sorumlu tutulamaz, çünkü kasıtlı bir fiil işlenmemiştir. Dolaylı faillikten sorumlu tutulamaz, çünkü arkadaşaki kişi aracının kastının olmadığını bilmemektedir. Bu durumda Alman hukukundaki gibi hatalı azmettirmede azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. Fakat mevcut YTCK'da azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmadığı için azmettirmenin sorumlu tutulması mümkün gözükmemektedir.

5. Failin Fiili İşleme Kararının Değiştirilmesi Hallerinde Azmettirmeye Teşebbüs

Failin halihazırdaki fiili işleme kararı azmettiren tarafından değiştirilmiş olabilir. Fail bu karardan döndürülerek (*Umstiftung*) farklı bir fiile azmettirilebileceği gibi, failin kararında daralma (*Abstiftung*) veya genişleme (*Aufstiftung*) gerçekleşebilir.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁷ *Sınar*, s. 83.

⁹⁹⁸ *İnci*, s. 949, dn. 122.

⁹⁹⁹ *Koca/Üzülmaz*, GH, s. 470.

¹⁰⁰⁰ *Fischer*, §26, kn. 5; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, kn. 145; *Roxin*, AT II, §26, kn. 90.

Hırsızlık suçunu işlemeye karar veren failin bu kararından döndürülerek şantaj suçunu işlemeye karar vermesine neden olma gibi tamamen başka fiilin işlenmesi kararının aldırıldığı olaylarda esasen bir problem bulunmamaktadır. Burada azmettirenin şantaja azmettirmeden sorumluluğu cihetine gidilebilir. Asıl problem failin asıl fiili işleme kararında daralma ve genişleme gerçekleştiğinde ortaya çıkmaktadır. Fiil kararında yaşanan daralma ve genişleme durumlarında failin yeni fiili işleme kararının daha önce alıp vazgeçtiği fiili işleme kararıyla aynı olup olmaması önem arz eder.¹⁰⁰¹

Failin fiili işleme kararında yaşanan değişikliklerde azmettirenin azmettirdiği fiilin işlenmiş olması durumunda azmettirmeden sorumluluk söz konusu olur. Azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için azmettirilen fiilin işlenmemiş olması gerekir. Azmettirenin faili fiili işleme kararından döndürmesinde failin azmettirildiği fiili işlememesi durumunda “döndüren azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Umstiftung*)”; fiili işleme kararının azmettiren tarafından daraltılmasında failin azmettirildiği fiili işlememesi durumunda “azalan azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Abstiftung*)”, fiili işleme kararının azmettiren tarafından genişletilmesinde failin azmettirildiği fiili işlememesi durumunda “artan azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Aufstiftung*)” söz konusu olur.

a) Döndüren Azmettirmeye Teşebbüs

Bir suçu işlemeye karar veren failin azmettiren tarafından karar verdiği suçtan tamamen farklı bir suça azmettirilmesine döndüren azmettirme (*Umstiftung*) denir. Örneğin, banka soymaya karar veren B’yi kredi kartı dolandırıcılığı suçuna azmettiren A, kredi kartı dolandırıcılığına azmettirmeden cezalandırılır. A banka soygununu engellemiş olsa bile ikna etmek suretiyle başka bir suç tipinin ihlal edilmesine sebep olmuştur.¹⁰⁰²

¹⁰⁰¹ Kühl, AT, §20 kn. 180.

¹⁰⁰² Schönke/Schröder, §26, kn. 8; Heinrich, AT, §37, kn. 1296; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 887; Hilgendorf/Valerius, AT, §9, kn. 127; Kindhäuser, AT, §41, kn. 12; Frister, AT, 28. Kapitel, kn. 17, s. 439. Döndüren azmettirmenin diğer durumlara göre daha az problemli olduğu hakkında bkz. Jäger, AT, §6, kn. 257, s. 215; Özkan, Azmettirme, s. 188. Örnek olay için bkz. Schmidt, AT, §26, kn. 1057, s. 414; Geppert, §26 StGB, s. 305;

Döndüren azmettirmede failin fiile ilişkin kararında yapılan değişiklikler failin değiştirilmesi (*Wechsel des Täters*), tipik fiilin değiştirilmesi (*Wechsel des Tatbestandes*), fiilin işleme şeklinin değiştirilmesi (*Wechsel von Tatmodalitäten*) ve suçun konusunun veya amacının değiştirilmesi (*Veränderung Tatobjekts oder Tatmotivs*) şeklinde gerçekleşebilir.¹⁰⁰³

Azmettiren fiili işleme kararını alan failin yerine bir başkasını ikame edebilir, yani failin değiştirilmesi söz konusu olabilir. Belirlenmiş bir fail olmadan bir fiilden (*keine Tat ohne konkrete Täter*)¹⁰⁰⁴ de bahsedilemeyeceği, fail değişikliğinin fiili işleme kararının değişikliği anlamına geldiği ileri sürülmüş ve bu durumda azmettirenin azmettirmeden sorumluluğu kabul edilmiştir. Örneğin, gerçekleştirilecek bir terör saldırısını B'nin daha iyi gerçekleştireceği öngörüsüyle, önceden kendisinden bu fiili işlenmesi istenilen A'nın yerine B bu fiili işlemeye ikna edildiğinde burada failde bir değişiklik gerçekleşmiş olur.¹⁰⁰⁵

Azmettiren mağduru değiştirebilir.¹⁰⁰⁶ A'nın yerine B'nin öldürülmesine karar verilmesi örneğinde olduğu gibi, hukuksal değer taşıyıcısının ihlali bakımından bir değişiklik (*Änderung hinsichtlich des Verletzten Rechtsgutstragers jedenfalls*) gerçekleştiğinde hukuksal değer bizzat kendisini ilgilendirmesinden dolayı failin azmettirildiği kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁷ Azmettirmenin mağdurda yaptığı değişiklik, bir başka mağdurla bağlantı kurulduğunda kural olarak aynı tipiklik kapsamında bir nitelik değişikliği olarak anlamlandırılmaktadır.¹⁰⁰⁸ Bu itibarla başka bir hukuksal

Thomas Dräger/Egbert Rumpf-Rometsch, “*Die Fälle Strafrecht Allgemeiner Teil*”, Fall: 28, 8. Auflage, Köln 2019, kn. 5; Örnekler için bkz. **Ambos/Bock**, s. 333; **Heinrich**, AT, kn. 1296; **Keiler**, s. 231-232; **Önok**, Turkey, s. 459.

¹⁰⁰³ **Kühl**, AT, §20 kn. 187; **Satzger**, s. 1179-1181.

¹⁰⁰⁴ **Satzger**, s. 1179.

¹⁰⁰⁵ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §26, kn. 11; **Roxin**, AT II, §26, kn. 92.

¹⁰⁰⁶ **Geppert**, §26 StGB, s. 305.

¹⁰⁰⁷ **Murmann**, §27 kn. 107; **Roxin**, AT II, §26, kn. 98.

¹⁰⁰⁸ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §26, kn. 11.

değere ve bu hukuksal değer sahibine yönelik işlenen azmettirme cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁹

Azmettiren, faili daha önce aldığı fiilden tamamen farklı bir fiile azmettirmek suretiyle, tipik fiili değiştirebilir. Tipik fiile ilişkin yapılan değişiklikte azmettirenin azmettirmeden sorumluluğu kabul edilmektedir. Örneğin dolandırıcılık suçunu işlemeye karar veren failin hırsızlık suçuna azmettirilmesi durumunda hırsızlık suçuna azmettirmeden sorumluluk doğar; çünkü burada artık fiilin niteliğinde değişiklik olmuştur. Ya da arkadaşını sopayla dövmeye karar veren bir kimsenin bu fikrinden döndürülüp arkadaşının arabasına zarar vermeye azmettirilmesi durumunda mala zarar vermeye azmettirmeden sorumluluk doğar.¹⁰¹⁰ Alman hukukunda içtihatlarda sadece fiilin haksızlık içeriğinin önemli oranda değiştiği durumlarda tipik fiilin değiştirilmiş olduğu ve azmettirenin azmettirmeden sorumluluğu cihetine gidilebileceği kabul edilmektedir.¹⁰¹¹

Döndüren azmettirme, suçun temel halini işlemeye karar veren failin, hırsızlıktan yağma suçuna dönüşen¹⁰¹² suça azmettirilmesinde de gerçekleşebilir. Fail burada yağma suçuna doğrudan azmettirilmemekte; hırsızlık suçu işlerken malı muhafaza etmek zorunda kaldığında cebir veya tehdit kullanmaya azmettirilmektedir, yani bağımsız tipik bir fiile azmettirilmektedir.¹⁰¹³

Azmettiren fiilin işlenmesi şeklini değiştirebilir. Fiilin işleneceği yer veya “gün içinde değil de gece işlenmesi”¹⁰¹⁴ gibi zamana ilişkin değişikliklerde azmettirenin azmettirmeden değil, yardım etmeden sorumluluğu kabul edilmektedir. Fiilin işleniş

¹⁰⁰⁹ Kindhäuser, AT, §41, kn. 12.

¹⁰¹⁰ Roxin, AT II, §26, kn. 93.

¹⁰¹¹ BGHSt 19, 339, 341 (Murmman, §27 kn. 107).

¹⁰¹² ACK md.252: “Her kim, hırsızlık suçunu işlerken suçüstü rastlandığı sırada, çaldığı malı elinde bulundurmaya devam etmek için, insana karşı cebir kullanır veya onu vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederse, yağma suçunun faili gibi cezalandırılır.” Yenisey/Plagemann, s. 364-365.

¹⁰¹³ Schmidt, AT, §26, kn. 1057.

¹⁰¹⁴ Murmann, §27 kn. 107; Satzger, s. 1179-1180.

şekline ilişkin değişikliklerde yeni bir fiile azmettirme söz konusu olmaz; sadece failin işlemeye karar verdiği fiile ilişkin planında değişiklik yapılmaktadır.¹⁰¹⁵

Azmettiren suçun konusunu değiştirebilir. Bu durumda azmettirmeden mi yoksa yardım etmeden mi sorumluluğun söz konusu olacağı doktrinde tartışmalıdır.¹⁰¹⁶ *Plan hakimiyeti (Planherrschaft)* ölçütünden yola çıkan *Schulz*'a göre, azmettirmede fiilin işlenmesi üzerindeki hakimiyet değil, fiilin işlenmesine yönelik yapılan plan üzerindeki hakimiyetten bahsedilir. Yardım etmede böyle bir hakimiyet yoktur. Yardım eden kişi önceden işlenmesine karar verilmiş bir fiile yönelik bu fiilini işler; azmettiren ise henüz işlenmesine karar verilmemiş fiili işlemeye sebep olan kişidir.¹⁰¹⁷ Örneğin A ağırlayacağı misafiri için viski çalmak ister. B ise misafirinin daha çok seveceğini söyleyerek onu viski yerine votka çalmaya ikna eder. B hırsızlık suçuna yardım etmeden sorumlu olur; çünkü A'nın fiili işleme kararında herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir. Sadece fiil planına başka bir durum eklenmektedir. Bu ekleme, fiil değişikliğine yol açmayan bir ilave niteliğini taşır. Ancak B, A'ya votkayı satması için çalmayı ve ancak misafirine bira ikram etmesini söyleseydi; bu durumda artık fiili işleme kararında bir değişiklik yaşandığı için yardım etme değil, azmettirme söz konusu olurdu.¹⁰¹⁸

Doktrinde ileri sürülen “en yüksek kişisel hukuksal değerler (*höchstpersönlichen Rechtsgütern*)” ölçütüne göre fiil planında değişikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenir. Örneğin öldürmeye karar veren bir kimse yaralama veya hakaret etmeye ikna edilse bu fiil kararında yaşanan bir değişikliktir. İhlal edilen hukuksal değerde bir farklılaşma yaşandığından azmettirmeden sorumluluk kabul edilmektedir.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁵ **Roxin**, AT II, §26, kn. 100; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1058; **Satzger**, s. 1179-1180. Ancak öldürme suçunun zamansal olarak öne alınması durumunda azmettirmenin kısmen kabul edilebileceği hakkında bkz. **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §26, kn. 11; Aynı yönde bkz. **Kindhäuser**, AT, §41, kn. 12; **Geppert**, §26 StGB, s. 305.

¹⁰¹⁶ **Roxin**, AT II, §26, kn. 95.

¹⁰¹⁷ **Schulz**, s. 933, 937.

¹⁰¹⁸ **Roxin**, AT II, §26, kn. 95.

¹⁰¹⁹ **Schulz**, s. 933, 935; **Roxin**, AT II, §26, kn. 97.

Azmettiren failin fiili işleme amacını değiştirebilir. Amacın değiştirilmesi, fiilin değiştirilmesi anlamına gelmeyeceğinden burada azmettirmeden değil, yardım etmeden sorumluluğun doğduğu kabul edilmektedir.¹⁰²⁰

Döndüren azmettirmede azmettirenin faile aldırıldığı fiili işleme kararı failin daha önceden vazgeçtiği fiili işleme kararından bağımsızdır. İkinci fiil nitelik olarak failin ilk başta işlemeye karar verdiği fiilden farklıdır. Bu durumda azmettirenin işlenmesine sebep olduğu yeni fiile azmettirmeden sorumluluğu cihetine gidilebilir.¹⁰²¹

Failin başka bir fiili işlemeye ikna edildiği döndüren azmettirmede fail, mağdur ve suçun işlenmesi gayesi gibi hususlarda değişiklik olmasa bile fiilin hukuki niteliğinde değişiklik yaşanmaktadır.¹⁰²² Azmettirenin failin fiil kararında yaptığı değişiklikte azmettirmeden sorumlu olabilmesi için tipikliği farklı olan başka bir fiili işlemeye faili azmettirmesi gerekir.¹⁰²³ Döndüren azmettirmede bir kimsenin bir başka fiile azmettirilmesiyle failin önceden işlemeye karar verdiği tipik haksızlığa ilişkin riziko (*tatbestandliche Risiko*) değiştirilmemekte, bu riziko başka tipik bir haksızlığa ilişkin riziko ile ikame edilmektedir.¹⁰²⁴

Alman hukukunda doktrinde döndüren azmettirmede fiili işleme kararının değiştirilmesinin ya tamamen farklı bir fiile yönelik olup burada azmettirme sorumluluğunun mu, yoksa aynı fiilde sadece bir değişiklik olarak kabul edilip yardım etme sorumluluğunun mu söz konusu olacağı tartışılmıştır.¹⁰²⁵ Burada azmettirme ile yardım etme arasında sınır çizmenin kolay olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁰²⁶ Failin fiilin işlenmesine ilişkin sadece detaylarında bir değişiklik yapması, yani fiilin tipikliğinde

¹⁰²⁰ Schönke/Schröder, §26, kn. 8.

¹⁰²¹ Heinrich, AT, §37, kn. 1296; Dölling/Duttge/König/Rössner, §26, kn. 11, s. 337; Geppert, §26 StGB, s. 305; Jäger, AT, §6, kn. 257; Dräger/Rumpf-Rometsch, Fälle-AT, Fall: 28, kn. 5; Önok, Turkey, s. 459; Aydın, İştirak, s. 268; Birtek, GH, s. 417; Hakeri, GH, s. 567.

¹⁰²² Bohlander, German Criminal Law, s. 168.

¹⁰²³ Murmann, §27 kn. 107.

¹⁰²⁴ Geppert, §26 StGB, s. 305.

¹⁰²⁵ Roxin, AT II, §26, kn. 91.

¹⁰²⁶ Kindhäuser, AT, §41, kn. 12.

herhangi bir değişikliğin gerçekleşmemesi durumunda, azmettirenin yardım etmeden sorumlu olacağı kabul edilmektedir.¹⁰²⁷ Fiilin zaman, yer ve amaç gibi işleniş tarzı ile ilgili faildeki kararın azmettiren tarafından değiştirilmesi yeni bir fiil işleme (planı) anlamına gelmemektedir. Fiil işleme kararına ilişkin bu tarz değişiklikler suın işlenmesine yapılan katkı anlamında yardım etme olarak değerlendirilir.¹⁰²⁸ örneğin tabanca ile yağma suçunu işlemeye karar vermiş olan bir kişiye daha uygun olduğuna ikna edilmek suretiyle yanına bıçak almasının sağlanması durumunda azmettirmeden değil yardım etmeden sorumluluk doğar.¹⁰²⁹

Failin başka bir fiili işlemeye ikna edildiği döndüren azmettirmede fail ile suç arasında yeni bir bağ kurulmakta ve azmettirilen yeni suç işlendiğinde azmettirenin azmettirmeden sorumlu tutulmaktadır. Ancak fail, azmettirenin döndürmesi sonucu yeni fiili işlemeyebilir. Azmettirenin failin fiil kararında yaptığı değişiklik sonucu işlenmesine karar verilen fiilin işlenmemesine “döndüren azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Umstiftung*)” denir. Döndüren azmettirmeye teşebbüs azmettirmeye teşebbüsün bir türü olup, bu durumda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir rneğin; A, cinsel saldırı suçunu işlemeye karar veren B’yi bu kararından döndürüp yağma suçuna azmettirir. Ancak B, yağma suçunu işlemekten vazgeçip cinsel saldırı suçunu işler. Olayda A’nın, yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilir. Bağlılık kuralı gereği A, kastı kapsamında olmayan cinsel saldırıya azmettirmeden sorumlu olmaz.¹⁰³⁰

Kanaatimizce, failin işlemeye karar verdiği suçtan farklı bir suça azmettirilmesi durumunda; birinci ihtimalde fail yeni suçu işlediği zaman azmettiren yeni suça azmettirmeden sorumlu olur; çünkü azmettiren kastı kapsamındaki bu fiilden dolayı bağlılık kuralı gereği sorumludur. Ancak yeni suç işlenmezse azmettiren azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olur. İkinci ihtimalde azmettirilen yeni suça yönelik ikna

¹⁰²⁷ **Schönke/Schröder**, §26, kn. 8; **Fischer**, §26, kn. 5.

¹⁰²⁸ **Satzger**, s. 1180.

¹⁰²⁹ **Koca/zlmez**, GH, s. 485.

¹⁰³⁰ **Roxin**, AT II, §26, kn. 21.

faaliyetleri failin karar kıldığı suça manevi yardım olarak değerlendirilir. Ancak bu son durum ancak haksızlık içeriği itibariyle aralarında derecelendirilebilir bir ilişki olan ve birbirine yakın veya aynı hukuksal değerleri koruyan ama nitelik olarak farklı tipik fiiller olarak düzenlenen örneğin yağma, dolandırıcılık, hırsızlık gibi malvarlığına karşı işlenen suçlarda söz konusu olabilir. Bu ihtimalde yeni suç işlenmediğinde arkadaki kişinin yardım etmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir; fakat yardım etmeye teşebbüs mevcut ACK'da cezalandırılmamaktadır. Farklı hukuksal değerleri koruyan ve aralarında bir derecelendirmenin yapılmasının mümkün olmadığı suçlarda ise yeni suçun işlenmesi durumunda azmettirenin azmettirmeden; bu suç işlenmediğinde ise azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir.

b) Azalan Azmettirmeye Teşebbüs

Biri suçun nitelikli halini işlemeye karar veren failin, suçun temel halini işlemeye azmettirilmesi durumunda fiili işleme kararında yaşanan daralmaya (*Reduktion des Tatentschlusses*) “azalan azmettirme (*Abstiftung/Abstiftung Minus*¹⁰³¹)” denir.¹⁰³² Örneğin hırsızlık suçunun nitelikli hallerinden birini işlemeye karar veren bir kimsenin hırsızlığın temel haline azmettirilmesi durumunda fiili işleme kararında daralma yaşanır.¹⁰³³

Fiili işleme kararındaki daralma fiilin içeriği konusunda da gerçekleşebilir. Örneğin fail mağduru dövmek ister, ama arkadaki kişi onu sadece mağdura tokat atmaya azmettirir. Ya da 5000 avro çalmaya karar veren fail, 1000 avro almaya azmettirilir.¹⁰³⁴

¹⁰³¹ Schmidt, AT, §26, kn. 1055; Krey/Esser, AT, §31, kn. 1048.

¹⁰³² Schönke/Schröder, §26, kn. 10; Satzger, s. 1175; Schmidt, AT, §26, kn. 1055; Kühl, AT, §20 kn. 185; Roxin, AT II, §26, kn. 69; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 886; Jäger, AT, §6, kn. 257; Frister, AT, 28. Kapitel, kn. 20; Aydın, İştirak, s. 268.

¹⁰³³ Schönke/Schröder, §26, kn. 9. Örnek olay ve çözümü için bkz. Schneider, s. 91-94; Dräger/Rumpf-Rometsch, Fälle-AT, Fall: 28, s. 176-180.

¹⁰³⁴ Kühl, AT, kn. §20 kn. 186.

Azalan azmettirme aralarında derecelendirilebilir ve birbiriyle ilişkilendirilebilir suçlar arasında da gerçekleşebilir. Örneğin yağma suçunu işlemeye karar veren kişinin hırsızlık suçunu işlemeye ikna edilmesi durumunda fiil kararında daralma yaşanır.¹⁰³⁵

Azalan azmettirmenin *omnido facturus*'un bir türü olduğu ve failin suçun nitelikli halini işlemeye karar verdiği suç kararını zaten aldığı ileri sürülmüştür.¹⁰³⁶ *Omnido facturus*'ta azmettirmeye teşebbüs ve manevi yardım etme olmak üzere azmettirenin sorumluluğuna ilişkin iki görüş ileri sürülmüştür.¹⁰³⁷

Azalan azmettirmede yeni fiil kararının önceki fiil kararının kapsamında olduğu ve rizikoyu azalttığı düşüncesinden hareketle azmettirenin manevi yardımdan dolayı sorumlu olması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰³⁸ Azmettirenin failin suçun temel halini işleme kararına neden olmadığı ve baskın görüşün kabulüyle burada azmettirmenin gerçekleşmediği ileri sürülmüştür.¹⁰³⁹ Bir kimsenin konutta hırsızlık yapmaya karar veren kişiye, “git bari dışarıdaki ucuz bir malı çal hem daha az ceza alırsın.” diyerek onu ikna ettiği bir olayda suçun temel haline ikna eden kişi yardım etmeden sorumlu tutulur.¹⁰⁴⁰ Burada alınmış bir fiili işleme kararı olsa bile azmettirenin faaliyetleri aynı suça yönelik olduğu için suçun daha hafif halinin işlenmesi durumunda bu faaliyetler işlenmesine karar verilen suça yardım etme kapsamında değerlendirilir.¹⁰⁴¹ Bu

¹⁰³⁵ **Hakeri**, İştirak, s. 102; **Önok**, Turkey, s. 459, dn. 67.

¹⁰³⁶ **Kindhäuser**, AT, §41, kn. 15, Fall: 3), s. 372; **Fischer**, §26, kn. 5; **Hilgendorf/Valerius**, AT, §9, kn. 131; **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 20; **Roxin**, AT II, §26, kn. 69; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1297; **Hakeri**, GH, s. 568-569; Aynı yönde örnek için bkz. **Schneider**, s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305. Aynı yönde örnek için bkz. **Schneider**, s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305. Objektif isnadiyet teorisinin bu sonucu gerektirdiği hakkında bkz. **Roxin**, AT II, §26, kn. 69; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1297. **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 20; **Fischer**, §26, kn. 5, s. 271; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 9; **Kühl**, AT, kn. §20 kn. 185;

¹⁰³⁷ **Satzger**, s. 1174.

¹⁰³⁸ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §26, kn. 13; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 9; **Satzger**, s. 1176. Türk hukukunda durumun doktrinde bu yönde değerlendirildiği hakkında bkz. **Aydın**, İştirak, s. 267-268.

¹⁰³⁹ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 20.

¹⁰⁴⁰ Örnek olaylar için bkz. **Aydın**, İştirak, s. 267-268.

¹⁰⁴¹ **Krey/Esser**, AT, §31, Fall: 134, (*Die auffassige Prostituierte*), kn. 1048; **Schneider**, s. 93.

durumda azmettirenin ikna faaliyetleri failde mevcut fiili işleme kararına sadece tesir etmiştir.¹⁰⁴²

Azmettirenin azmettirmeden sorumlu olmayacağı yönündeki baskın görüş hırsızlık-yağma ilişkisinde olduğu gibi aralarında derecelendirilebilir ve birbiriyle ilişkilendirilebilir suçlar bakımından fiili işleme kararının daralmasında da kabul edilmektedir. Örneğin yağma suçunu işlemeye karar veren kimsenin hırsızlık suçunu işlemeye azmettirilmesi durumunda hırsızlık suçuna azmettirmeden sorumluluğu cihetine gidilmez.¹⁰⁴³ Burada hırsızlık suçunun unsurları failin halihazırda işlemeye karar verdiği yağma suçunda mündemiçtir.¹⁰⁴⁴

Azmettiren suçun nitelikli haline karar veren faili suçun temel halini işlemeye ikna etmediği sürece ikna etmeye yönelik faaliyetler suçun nitelikli haline yardım etme kapsamında bile değerlendirilmez. Örneğin azmettiren suçun temel şekli veya daha hafif suç hakkında yeterince faili aydınlatmamış olabilir. Öyleyse ancak ikna edilmesi durumunda azmettirme manevi yardım çerçevesinde değerlendirilebilir. Azmettiren suçun temel halini veya daha hafif bir suçu işlemeye faili ikna etmişse ve bu noktada açıkça onu cesaretlendirmiş ve fiilini işlemesini kolaylaştırmış ise artık suçun temel haline veya daha hafif suça yönelik manevi yardım etmeden bahsedilir.¹⁰⁴⁵

Bunun yanında suçun nitelikli halini işlemeyi kafasına koyan failin suçun temel şekline azmettirilmesi ağır olan fiilin işlenmesini önlemek için tek çare ise zorunluluk halinin (*Notstand*) söz konusu olabileceği doktrinde ileri sürülen görüşlerdendir.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴² Aydın, İştirak, s. 267.

¹⁰⁴³ Hakeri, İştirak, s. 102; Önok, Turkey, s. 459, dn. 67.

¹⁰⁴⁴ Benzer yönde örnek için bkz. Schmidt, AT, §26, kn. 1055.

¹⁰⁴⁵ Jäger, AT, §6, kn. 257; Hilgendorf/Valerius, AT, §9, kn. 131; Heinrich, AT, §37, kn. 1297; Schmidt, AT, §26, kn. 1055. Manevi yardımdan sorumluluğun doğduğu hakkında ayrıca bkz. Kindhäuser, AT, §41, kn. 15, Fall: 3), s. 372, 373; Fischer, §26, kn. 5.

¹⁰⁴⁶ Hilgendorf/Valerius, AT, §9, kn. 131; Dölling/Duttge/König/Rössner, §26, kn. 13; Kühl, AT, §20 kn. 185; Krey/Esser, AT, §31, kn. 1048; Schneider, s. 94; Schmidt, AT, §26, kn. 1055; Satzger, s. 1176.

Doktrinde azalan azmettirmede azmettirenin yardım eden olarak bile sorumlu olmayacağını ileri süren görüş, kural olarak bu tarz olaylarda zaten işlenmesi planlanan fiile yönelik bir kararın mevcut olduğunu ve böyle bir fiile yardım etmenin de dikkate alınmayacağını ileri sürmüştür.¹⁰⁴⁷

Azalan azmettirmede daha hafif fiile azmettirmenin hukuksal değerlerin durumunu kötüleştirmek yerine iyileştirdiği için azmettirenin cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰⁴⁸ Burada artık işlenmesi planlanan fiil kısmen engellenmekte/temizlenmektedir. Azmettiren bu şekilde hareket ederek hayırsever kişi (*Wohltäter*) konumuna girmiş ve ortaya koyduğu çabasıyla hukuksal değerlere yönelik rizikoyu azaltmıştır.¹⁰⁴⁹ Riziko azaldığı (*Risikoverringung*) için daha hafif fiile azmettirmenin azmettirene objektif olarak isnat edilemeyeceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁵⁰

Suçun nitelikli halini işlemeye karar veren ancak bu kararından vazgeçip temel halini işlemeye azmettirilen failin temel halini işlememesi durumunda gerçekleşen azmettirmeye teşebbüs türüne “azalan azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Abstiftung*)” denir. Azmettiren burada fiili işleme kararının daralmasına yönelik hareket etmekte ancak fiil işlenmediğinden başarıya ulaşamamaktadır.

Failin halihazırda fiili işlemeye yönelik bir kararı mevcut olduğundan azalan azmettirmeye teşebbüs *omnido facturusun* bir görünüş şekli olarak kabul edilmektedir. *Omnido facturusun* cezalandırılabilirliğine ilişkin kanaatimiz burada da geçerlidir. Şöyle ki: Fail suçun temel halini işlediğinde yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir; çünkü asli norm-tali norm ilişkisi çerçevesinde fiilin işlenmesiyle gerçekleşen haksızlığa yardım etme azmettirmeye teşebbüsün haksızlığı karşısında asli niteliktedir. Bu fiil işlenmediğinde azalan azmettirmede azmettirenin manevi yardım etmeden sorumlu olacağını ileri süren görüşe göre yardım etmeye teşebbüs söz konusu olur;

¹⁰⁴⁷ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 20.

¹⁰⁴⁸ **Geppert**, §26 StGB, s. 304.

¹⁰⁴⁹ **Dräger/Rumpf-Rometsch**, Fälle-AT, Fall: 28, kn. 4.

¹⁰⁵⁰ **Kühl**, AT, §20 kn. 185; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 886; **Schneider**, s. 93-94; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 9; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1055; **Ambos/Bock**, s. 334; **Schneider**, s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305.

fakat yardım etmeye teşebbüs mevcut ACK’da cezalandırılmamaktadır. Bu itibarla, azalan azmettirmeye teşebbüste fiilin temel halinin işlenmemesi durumunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilmelidir.

c) Artan Azmettirmeye Teşebbüs

Suçun temel halini işlemeye karar veren failin aynı suçun nitelikli hallerinden birini işlemeye azmettirilmesi durumunda fiili işleme kararında yaşanan genişlemeye (*Verbreitung des Tatentschlusses*) “artan azmettirme (*Aufstiftung/Überstiftung Maius*¹⁰⁵¹/*Hochstiftung*)” denir.¹⁰⁵² Yağma suçunun temel şeklini işlemeye karar veren failin ateşli silah kullanarak yağmanın nitelikli halini işlemeye azmettirilmesinde olduğu gibi azmettirenin failin suçun temel halini işleme kararını suçun daha nitelikli haline dönüştürmesi durumunda artan azmettirme gerçekleşir.¹⁰⁵³

Artan azmettirmede işlenen fiilin haksızlık içeriği, işlenmesinden vazgeçilen fiilin haksızlık içeriğinden daha yüksektir.¹⁰⁵⁴ Bu durumda, azmettiren fiilin haksızlık içeriğinin önemli bir şekilde yükseltilmesiyle daha tehlikeli bir fiilin işlenmesine sebep olmuştur.¹⁰⁵⁵

Alman hukukunda artan azmettirmede azmettirenin sorumluluğuna ilişkin doktrinde bazı teoriler ileri sürülmüştür.¹⁰⁵⁶

Yardım etme teorisine (*Beihilfetheorie*)¹⁰⁵⁷ göre, azmettirme suçun daha ağır şekline azmettirme durumunda değil, bağımsız bir tipikliğe sahip daha farklı bir suç

¹⁰⁵¹ Schmidt, AT, §26, kn. 1056.

¹⁰⁵² Roxin, AT II, §26, kn. 102; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 817; Kudlich, AT, Fall: 295; s. 274; Schmidt, AT, §26, kn. 1056; Geppert, §26 StGB, s. 305; Dräger/Rumpf-Rometsch, Fälle-AT, Fall: 28, kn. 2; Fischer, §26, kn. 5; Satzger, s. 1176-1177.

¹⁰⁵³ Kühl, AT, §20 kn. 181; Schönke/Schröder, §26, kn. 9; Kindhäuser, AT, §41, kn. 13, Fall: 2; Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 145; Frister, AT, 28. Kapitel, kn. 18; Örnek olay için bkz. Heinrich, AT, §37, kn. 1298; Geppert, §26 StGB, s. 305; Özkan, Azmettirme, s. 189.

¹⁰⁵⁴ Kindhäuser, AT, §41, kn. 13, Fall: 2.

¹⁰⁵⁵ Kühl, AT, §20, kn. 181.

¹⁰⁵⁶ Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 145; s. 83-87; Schönke/Schröder, §26, kn. 9, s. 540; Satzger, s. 1177-1179.

¹⁰⁵⁷ Yardım etme teorisi doktrinde “analitik farklılık teorisi” (Kühl, AT, §20 kn. 181; Dölling/Duttge/König/Rössner, §26, kn. 13; Krey/Esser, AT, §31, kn. 1046; Roxin, AT

azmettirme durumunda mümkündür. Suçun daha nitelikli haline azmettirmede sadece suçun tamamına yönelik manevi yardımdan bahsedilebilir. Bu teori doktrinde azınlıkta kalmış bir teoridir.¹⁰⁵⁸ Bu teoride daha fazlasına azmettirme fiilin tekliği çerçevesinde aynı tipikliğin farklılaştırılması olarak anlaşılmakta ve azmettiren (manevi) yardım etmeden sorumlu tutulmaktadır.¹⁰⁵⁹

Yardım etme teorisinde azmettirenin suçun nitelikli haline azmettirmeden değil, manevi yardım etmeden sorumlu olduğu ve bir *omnido facturus* durumundan dolayı azmettirmenin gerçekleşmediği, hali hazırda failin aynı fiile yönelik mevcut bir fiil kararının olduğu ve fiil kararının sırf genişlemiş olmasının yeni bir fiili işleme kararı sebep olunamayacağı, bu yüzden fiili işleme kararı alan kişinin azmettirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁰⁶⁰ Örneğin yağma suçunun temel halini işlemeye karar veren fail yağma suçunun nitelikli hallerinden birini işlemeye azmettirildiğinde azmettiren yağma suçuna manevi yardımdan sorumlu olur.¹⁰⁶¹ Ancak duruma göre cebir veya tehdidin kullanılıp kullanılmamasına bağlı olarak azmettiren ayrıca cebir veya yaralamaya azmettirmeden sorumlu tutulabilir.¹⁰⁶²

Nitelikli hal teorisi (Qualifikationstheorie), suçun temel halini işlemeye karar veren failin nitelikli haline azmettirilmesi durumunda azmettirenin azmettirmeden cezalandırılması gerektiğini savunur.¹⁰⁶³ Nitelikli halin söz konusu olduğu suçta, bu hal bağımsız bir haksızlık birliği *selbständige Unrechtseinheit*¹⁰⁶⁴ oluşturduğu için

II, §26, kn. 103; **Schulz**, s. 933, 935; **Satzger**, s. 1177); “*Aliud-Theorie*” (**Kühl**, AT, §20 kn. 183; **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1048; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1057.) ve “analitik ayırma teorisi (*analytisches Trennungsprinzip*)” gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

¹⁰⁵⁸ **Hilgendorf/Valerius**, AT, §9, kn. 129; **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 18. **Jäger**, AT, §6, kn. 257; Doktrinde azınlıkta kalan yardım etme teorisi için bkz. **Kindhäuser**, AT, §41, kn. 14, Fall: 2; **Roxin**, AT II, §26, kn. 103; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1302; **Schneider**, AT (Fälle), s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305; **Dräger/Rumpf-Rometsch**, Fälle-AT, Fall: 28, kn. 3; **Satzger**, s. 1177.

¹⁰⁵⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §26, kn. 13; **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1045, 1046.

¹⁰⁶⁰ **Kluszczewski**, AT, §7, kn. 699.

¹⁰⁶¹ **Murmann**, §27 kn. 108, s. 369; **Kühl**, AT, §20 kn. 183.

¹⁰⁶² **Roxin**, AT II, §26, kn. 103.

¹⁰⁶³ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 18.

¹⁰⁶⁴ **Kudlich**, AT, Fall: 295.

sadece haksızlığın arttırılmış olmasından bahsedilmesi doğru değildir.¹⁰⁶⁵ Burada nitelikli hal aracılığıyla yeni bir değerlendirmeyi gerekli ve zorunlu kılacak şekilde fiilin niteliğinde değişme yaşanmıştır. Nitelikli hale azmettirmede kendisine azmettirmenin mümkün olmadığı suçun temel şekli tekrardan varlık bulamaz.¹⁰⁶⁶ Nitelikli halin olduğu hükümde tanımlanan haksızlık bağımsız bir haksızlık içeriğine (*selbständiger Unrechtsgehalt*) sahiptir.¹⁰⁶⁷

Değersizliğin arttırılması teorisi (Unwertsteigerungstheorie), bir suçun temel şeklini işlemeye karar veren faili nitelikli halini işlemeye ikna eden azmettirenin, sadece failin önceden planladığı fiilin değersizliğinin (*Unwert=değersizlik*) bu ikna fiili ile arttırılmış olması halinde azmettiren olarak cezalandırılabilceği ileri sürülerek nitelikli hal teorisi olarak değiştirilmiştir.¹⁰⁶⁸ Bu teoriye göre; bir davranış, davranışın işlenmesi sonucu ortaya çıkan değersizliğin ağırlığı nispetinde cezalandırmaya değer görülür ve o nispette kınanabilir.¹⁰⁶⁹

Nitelikli hal teorisi ve haksızlığın arttırılması teorisinin ortak argümanı şudur: Eklenen azmettirmede eski ve yeni suçun unsurlarının kombinasyonundan fiilin bütünselliği bakımından tamamen başka bir haksızlık gerçekleşir. Somut olarak ortaya çıkan bu yeni haksızlık şekli azmettiren aracılığıyla ortaya çıkar. O halde azmettiren, fiilin niteliğinde değişikliğin yaşandığı bu durumda artan haksızlıktan sorumlu tutulmalıdır.¹⁰⁷⁰

Doktrinde bazı yazarlarca savunulan ve değersizliğin arttırılması teorisinden çok küçük farklarla ayrılan **esaslılık teorisine (Wesentlichkeitstheorie)** göre, suçun temel

¹⁰⁶⁵ **Kühl**, AT, §20 kn. 182.

¹⁰⁶⁶ **Heinrich**, AT, §37, kn. 1299.

¹⁰⁶⁷ **Satzger**, s. 1178.

¹⁰⁶⁸ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 18; **Kühl**, AT, §20 kn. 182; **Kudlich**, AT, Fall: 295, s. 274-275. Teoriye ilişkin eleştiriler için bkz. **Heinrich**, AT, §37, kn. 1299-1300, 1302; **Jäger**, AT, §6, kn. 257; **Roxin**, AT II, §26, kn. 104; **Kühl**, AT, §20 kn. 182; **Kleszczewski**, AT, §7, kn. 699; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1302; **Satzger**, s. 1177-1178.

¹⁰⁶⁹ **Wolfgang Frisch**, “Strafwürdigkeit, Strafbefähigkeit und Straftatsystem”, GA, 2017, s. 368.

¹⁰⁷⁰ **Kühl**, AT, §20 kn. 182.

şeklini işleme kararı alan fail, aynı suçun nitelikli halini işlemeye azmettirildiğinde, azmettirenin cezalandırılabilmesi için fiile işleme kararına ilişkin değişimin esaslı olması gerekir.¹⁰⁷¹ Azmettiren sadece önemli derecede değişen haksızlık içeriğinden sorumlu tutulabilir.¹⁰⁷² Örneğin yağma suçunun temel halini işlemeye karar veren failin bu kararı nitelikli yağma yönünde değiştirilirse yağmadan dolayı sadece manevi yardım etmeden sorumluluğun doğup doğmaması fiilde gerçekleşen değişimin esaslı olup olmamasına bağlıdır. Silahla yağma suçunun işlenmesine karar veren failin bunu sopayla yapmasına veya tam tersi bir durumda yağma fiili bakımından önemsiz bir değişim (*unwesentlich modifizierung*) yaşanmış olur.¹⁰⁷³

Sun’i konsepsiyon (synthetische Konzeption) teorisine göre, örneğin hırsızlık suçunu işlemeye karar veren bir kimse yağma suçuna azmettirildiğinde, yağma suçu unsurlarına ayrılır: hırsızlık+cebir veya hırsızlık+yaralama. Azmettiren sadece cebir veya yaralamadan değil, ayrıca başlı başına bir haksızlıktan sorumlu olur. Yani hem hırsızlık suçuna yardım etmeden hem de cebir veya yaralamaya azmettirmeden sorumlu olur.¹⁰⁷⁴

Ara çözüm (Zwischenlösungen) teorisine göre, suçun temel halini işlemeye karar veren failin daha nitelikli halini işlemeye azmettirilmesi durumunda azmettirmenin kısmen kabul edilip kısmen de reddedilmesi gerekir. Bu teorinin savunucusu olan *Grünwald*’a göre, eğer sonradan asıl fiil başlı başına tipikliği olan bir fiil ise burada azmettirmeden sorumluluk doğar. Örneğin, hırsızlık suçuna karar veren fail yağma suçuna azmettirildiğinde yağma başlı başına bir suç tipi olup,

¹⁰⁷¹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 105; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 885. Esaslı değişimin tespitinde makul bir ölçüt bulmanın imkansız olduğu hakkında bkz. **Heinrich**, AT, §37, kn. 1301. Değersizliğin artmasının önemli ve önemsiz olması arasındaki farkın ortaya konulmasının zorluğu hakkında bkz. **Satzger**, s. 1178, dn. 54.

¹⁰⁷² **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1047.

¹⁰⁷³ **Kühl**, AT, §20, kn. 183; **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1049.

¹⁰⁷⁴ **Roxin**, AT II, §26, kn. 104.

azmettirmeden sorumluluk doğar. Yağmanın basit haline karar veren fail nitelikli haline karar verirse azmettirmeden sorumluluk doğmaz.¹⁰⁷⁵

Doktrinde *Schulz* tarafından ileri sürülen **normatif hakimiyet (normative Dominanz) teorisine göre**, azmettiren fiil üzerinde ancak normatif bir hakimiyet kurarsa azmettirmeden bahsedilebilir. Örneğin hırsızlık suçunu işlemeye karar veren bir kimse yağma suçuna azmettirildiğinde hırsızlık suçunu işleme kararı failde artık yağma suçundaki kasta yönelmiştir. Bu durumda, azmettiren yağma üzerinde normatif bir hakimiyet kurduğu için azmettirmeden sorumluluk doğar. Ancak hırsızlığın temel haline karar veren fail nitelikli hırsızlık suçuna azmettirildiğinde burada artık hakimiyetten bahsedilemez; bu yüzden azmettirmeden sorumluluk doğmaz.¹⁰⁷⁶

Alman hukukunda baskın görüş, suçun daha nitelikli haline azmettirmenin gerçekleştiği yönündeki nitelikli hal teorisini savunur.¹⁰⁷⁷ Bu görüş suçun temel hali ile nitelikli halinin gerçekleşmesini bağımsız olarak değerlendirir ve ikisinin birbirine bağlı olmadığını ileri sürmüştür. Bu teoride bağımsız bir tipiklik olarak kabul edilen suçun nitelikli haline yönelik failin fiili işleme kararının ayrılması ve bu kısma yönelik azmettirmenin gerçekleştiği kabul edilir.¹⁰⁷⁸ Fiilin nitelikli halini işlemeye azmettiren kişi, gerek tipikliğin kapsamı gerekse temel suçun tipikliğinin değişmesi anlamında yeni bir fiile azmettirme ile asıl fiilin haksızlık içeriğinde artışa neden olmuştur ve nitelikli fiilin işlenmesiyle başka bir haksızlık işlenmiştir. Baskın görüş bunu, nitelikli halin haksızlığı arttırmasından ziyade asıl fiilin haksızlığında yaşanan nitelikli değişikliğe dayandırır.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁵ Bkz. aktaran **Roxin**, AT II, §26, kn. 107.

¹⁰⁷⁶ **Schulz**, s. 933, 939.

¹⁰⁷⁷ **Hilgendorf/Valerius**, AT, §9, kn. 128; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 168.

¹⁰⁷⁸ **Frister**, AT, 28. Kapitel, kn. 19. Fiilin nitelikli halinin kendine özgü bir haksızlık tipi olduğu hakkında bkz. **Krey/Esner**, AT, §31, kn. 1047; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 885.

¹⁰⁷⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §26, kn. 12; **Kluszczewski**, AT, §7, kn. 699; **Murmann**, §27 kn. 107; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; Aynı yönde örnek için bkz. **Schneider**, s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305.

Alman hukukunda içtihatlarda artan azmettirmede azmettirenin suçun nitelikli haline azmettirmeden sorumluluğu kabul edilmektedir.¹⁰⁸⁰ AFM'nin içtihatlarına konu olan bir olayda T, 80 yaşındaki O'nun dairesine maymuncuk kullanarak girmeye ve oradaki nakit parayı çalmaya karar verir. O'nun evde olması ihtimalinde kendisiyle karşılaşırse sadece elleriyle onu yere serebileceğini de hesaba katar. T'nin planından haberi olan A, tehlikeli olması sebebiyle bu planının başarıya ulaşamayabileceğini söyler. Bunun için yanına bir sopa alması gerektiğini ve A'nın kendisiyle karşılaşması gibi bir durumda sopayı kullanması konusunda onu ikna eder. Olay esnasında O ile karşılaşan T, yanında götürdüğü sopayla öldürmek kastıyla kafasının arkasına vurur. Olaydan önce A, T'nin O'yu yaralayacağından yola çıkarak bu tavsiyeyi vermiştir. AFM, A'yı sadece tehlikeli bir şekilde kasten yaralama suçuna azmettirmeden değil, nitelikli yağma suçuna azmettirmeden de mahkûm etmiştir.¹⁰⁸¹ Kararında nitelikli yağma suçuna azmettirme ile tehlikeli bir şekilde kasten yaralama suçuna azmettirme suçları arasında fikri içtima yapmıştır.¹⁰⁸² Yardım etme teorisine göre, A'nın nitelikli yağma suçuna yardım etme ile kasten yaralama suçuna azmettirme arasında fikri içtima yapılarak sorumluluğunun tespit edilmesi gerekir. Burada ne yağma suçunun temel haline ne de nitelikli haline azmettirme vardır.¹⁰⁸³

Türk hukukunda artan azmettirmede doktrinde kabul gören baskın görüş, azmettirmeden sorumluluğun doğduğu yönündedir.¹⁰⁸⁴ Koca/Üzülmez, suçun nitelikli haline yönelik müsebbipliğin failin suç işleme yönündeki kararının önemli ölçüde

¹⁰⁸⁰ AFM'nin görüşü için detaylı bkz. **Kühl**, AT, §20 kn. 181; **Murmann**, §27 kn. 107; Aynı yönde **Jäger**, AT, §6, kn. 257; **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1046, 1047; **Roxin**, AT II, §26, kn. 102; Aynı yönde örnek için bkz. **Schneider**, s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305.

¹⁰⁸¹ **BGHSt** 19, 339 (*Der Knüppelfall*) Karar için bkz. **Roxin**, AT II, §26, kn. 102; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 9, kararın gerekçesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Puppe**, AT, §25, kn. 10; **Kluszczewski**, AT, §7, kn. 696, 697; Aynı yönde örnek için bkz. **Schneider**, s. 86; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1056; **Geppert**, §26 StGB, s. 305. Karara yönelik eleştiri için bkz. **Puppe**, AT, §25, kn. 12, 13, 14.

¹⁰⁸² **Krey/Esser**, AT, §31, kn. 1044.

¹⁰⁸³ **Kluszczewski**, AT, §7, kn. 698, 699.

¹⁰⁸⁴ **Hakeri**, GH, s. 568.

aşılmasına tesir ettiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁸⁵ *Mahmutoğlu*, azmettiren sadece suçun gerçekleşen halinden, fakat suçun nitelikli haline azmettirilen failin elinde olmayan nedenlerden dolayı suçun nitelikli hali gerçekleşmezse teşebbüste kalan ağır neticeden sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁸⁶ Halihazırda fiili işleme kararını veren failin azmettirilmesinin mümkün olmadığını ileri süren *Hakeri*, manevi yardım etmeden sorumluluğun doğduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁸⁷ Artan azmettirmede azmettirenin hareketi en az failin hareketi kadar tehlikelidir. Hırsızlığın temel halini işlemeye karar vermiş bir kimsenin suçu gece vakti işlemeye azmettirildiği bir olayda tehlikenin doğduğundan bahsedilebilir.¹⁰⁸⁸ *Aydın*, suçun temel halini işlemeye karar veren fail suçun nitelikli haline azmettirilirse davranışların niteliği göz önüne alınarak azmettirenin yardım etme şekline göre (teşvik veya yol gösterme) cezalandırılmasını ileri sürmüştür.¹⁰⁸⁹

Suçun temel halini işlemeye karar veren failin aynı suçun nitelikli hallerinden birini işlemeye azmettirilmesi durumunda suçun nitelikli halinin işlenmemesi durumunda gerçekleşen azmettirmeye teşebbüs türüne artan azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Aufstiftung/Hochstiftung/Übersteigerung*) denir. Örneğin A'nın, yağma suçunu işlemeye karar veren B'yi ateşli silahla yağma suçuna azmettirmesi gibi bir durumda (B'den yağma suçunu işlerken silahı yanında götürmesini ister), B teklifi reddettiğinde A'nın silahla yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebileceği doktrinde kabul edilmektedir.¹⁰⁹⁰

Artan azmettirmede bir *omnido facturus* durumunun gerçekleştiğini ve fiilin nitelikli hali işlendiğinde azmettirenin ceza sorumluluğunun manevi yardım etmeden doğduğunu ileri süren görüşten hareket edildiğinde ilgili suçun nitelikli hali

¹⁰⁸⁵ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 484.

¹⁰⁸⁶ **Mahmutoğlu**, s. 92.

¹⁰⁸⁷ **Hakeri**, İştirak, s. 103. Aynı yönde bkz. **Önok**, Turkey, s. 459.

¹⁰⁸⁸ **Hakeri**, İştirak, s. 103.

¹⁰⁸⁹ **Aydın**, İştirak, s. 267-268.

¹⁰⁹⁰ **Roxin**, AT II, §26, kn. 102.

işlenmediğinde yardım etmeye teşebbüs sorumluluğu söz konusu olur; fakat yardım etmeye teşebbüs mevcut ACK'da cezalandırılmamaktadır. Artan azmettirmedeki gibi nitelikli halin işlenmesinden doğan tehlike artan azmettirmenin teşebbüsünde de gerçekleşir. Yağma örneğindeki gibi silahla yağma işlenmese bile silahla yağma suçuna azmettirmenin doğurduğu tehlike ile temel yağma suçuna azmettirmenin doğurduğu tehlikenin aynı olmadığı açıktır. Bundan dolayı haksızlık içeriği temel halinin haksızlık içeriğinden ayrılabilir şekilde nitelikli yağma bağımsız tipik bir fiil olarak düzenlenmiştir. Suçun temel halini işlemeye karar veren fail aynı suçun nitelikli hallerinden herhangi birine azmettirildiğinde ve nitelikli hale ilişkin tipiklik gerçekleştiğinde azmettiren baskın görüşe göre yağma suçuna azmettirmeden sorumlu tutulur. Nitelikli yağma işlenmediğinde azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilmelidir. Burada objektif isnadiyet gereği azmettirenin nitelikli yağma suçuna azmettirme fiili hukuksal değerlere zarar verme riskini daha da arttırmaktadır Nitelikli yağmanın bağımsız bir haksızlık olduğunu da dikkate alarak bu fiil işlendiğinde baskın görüşten hareketle azmettiren azmettirmeden sorumlu tutulabiliyorsa; nitelikli yağma işlenmediğinde suçun nitelikli haline azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilmelidir. Kanaatimizce, suçun temel haline yönelik failin halihazırda almış olduğu fiil kararı mevcut olduğundan *omnido facturus* durumu gerçekleşmiştir. Fiili işleme kararı alan bir kimsenin tekrardan aynı fiile azmettirilmesi mümkün olmadığından nitelikli hale ilişkin tipikliğin bağımsız bir haksızlık olarak kabul edilmesi ve tipikliğin gerçekleşmemesi durumunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorulu tutulması gerekir. Sonuç itibarıyla, artan azmettirmeye teşebbüste hem *omnido facturusta* bizim de kabul ettiğimiz azınlıkta kalan azmettirmeye teşebbüs görüşünden hem de artan azmettirmede baskın olan nitelikli hal görüşünden hareketle azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilmeli ve artan azmettirmede olduğu gibi artan azmettirmeye teşebbüste de nitelikli hal teorisine itibar edilmelidir.

IV. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN TİPİKLİĞİ

Ceza hukukunda insan davranışlarının soyut kavramlar yoluyla tanımlanması anlamına gelen tipiklik, tüm suç tiplerinin özelliklerini taşıyan soyut ve çerçeve bir

modeldir. İşlenen somut fiil eğer bu soyut tanıma uygun düşerse fiilin tipe uygunluğundan bahsedilebilir. Yani işlenen somut fiilin tipiklikte tanımlanan fiile, fiili işleyenin de bu tanımda yer alan faile uygun olması gerekir. Failin tipe uygun hareket etmesiyle kanunda tanımlanan tipik haksızlık işlenmiş ve bu şekilde fiilin haksızlık içeriği tipiklikteki unsurlar içerisinde ifade edilmiş olur.¹⁰⁹¹

Alman hukukunda tipiklik incelemesi sadece kanunun özel hükümleri içinde tanımlanan suç tipleri bakımından değil, genel hükümlerinde düzenlenen kurumlar bakımından da yapılmaktadır. Bir kimsenin suça azmettirilmesiyle ACK md.26'da düzenlenen azmettirmeye ilişkin tipiklik ihlal edilmekte ve tipik haksızlık işlenmiş olmaktadır. Böylece tipik haksızlığın içeriği azmettirmeye ilişkin tipikliğin objektif ve sübjektif unsurları içerisinde ifade edilmektedir.

Azmettirimin objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmemesi durumunda azmettirenin azmettirmeden cezalandırılması mümkün değildir.¹⁰⁹²

Azmettirimin objektif tipikliğinin ilk unsuru fail tarafından kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir asıl fiilin varlığıdır (*vorliegen einer vorsatzlichen rechtswidrigen Haupttat*).¹⁰⁹³ Asıl fiilin işlenmiş olmasından anlaşılması gereken suçun tamamlanmış olması değildir. Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması bu unsurun gerçekleşmesi için yeterlidir.¹⁰⁹⁴ Fail fiilinin icrasına başlamadığı sürece azmettirmeye ilişkin kurallar uygulanmaz.¹⁰⁹⁵ Objektif tipikliğin ikinci unsuru faile bir fiili işleme kararının aldırılmasıdır (*Betimmen des Haupttäters zu dieser Tat*).¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹¹ Koca/Üzülmöz, GH, s. 106.

¹⁰⁹² Heinrich, AT, §37, kn. 1283, 1285; Geppert, §26 StGB, s. 301; Dräger/Rumpf-Rometsch, Fälle-AT, Fall: 27, kn. 5; Koca/Üzülmöz, GH, s. 485, 486; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 748.

¹⁰⁹³ Heinrich, AT, §37, kn. 1283; Geppert, §26 StGB, s. 301; Fischer, §26, kn. 2.

¹⁰⁹⁴ Fischer, §26, kn. 2; Dräger/Rumpf-Rometsch, Fälle-AT, Fall: 27, kn. 7; Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 748.

¹⁰⁹⁵ Özkan, Azmettirme, s. 91.

¹⁰⁹⁶ Geppert, §26 StGB, s. 303; Dräger/Rumpf-Rometsch, Fälle-AT, Fall: 27, kn. 5; Less, s. 43; Heinrich, AT, §37, kn. 1283.

Azmettirmenin sübjektif tipikliğinin unsuru kast olup hem asıl fiilin varlığı bakımından hem de bu asıl fiili işleme kararının aldırılması bakımından kasten hareket etmiş olmak şeklinde çifte azmettirme kastının (*doppelter Anstiftersatz*) olması gerekir.¹⁰⁹⁷ Yani azmettirenin hem faile fiili işleme kararını aldırma kastını hem de asıl fiilin işlenmesi kastını taşıması gerekir.¹⁰⁹⁸

Alman hukukunda asıl fiilin işlenmediği hallerde failin azmettirilmesi ACK md.30/f.1 hükmü çerçevesinde cezalandırılabilir olduğundan asıl fiilin işlenmesi azmettirmeye teşebbüsün bir unsuru olarak aranmamaktadır.¹⁰⁹⁹ Azmettiren, asıl fiilin icrası başladığı zaman azmettirmeden; asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmaktadır.¹¹⁰⁰

İnceleme konumuz olan azmettirmeye teşebbüsün tipiklik yapısı azmettirmeye ilişkin tipiklikle benzer nitelikte olduğu için azmettirmeye teşebbüse ilişkin tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarının azmettirmenin yapısı göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerekir.¹¹⁰¹ Azmettirmeye teşebbüsün objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Objektif unsuru faile cürüm niteliğindeki fiili işleme kararının aldırılmasına teşebbüs etmek, sübjektif unsuru hem faile cürüm niteliğindeki fiili işleme kararını aldırma hem de bu fiilin varlığı bakımından aranan çifte azmettirme kastıdır. Bu unsurların gerçekleşmemesi durumunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması mümkün değildir.

¹⁰⁹⁷ **Vogler**, s. 338; **Keiler/Roef**, Participation, s. 249; **Karsai/Szomora**, s. 103; **Foster/Sule**, s. 375; **Ambos/Bock**, Germany, s. 334; **Kinports**, s. 136; **BGH**, Urteil vom 21.04.1986-2 StR 661/85 (LG Frankfurt): “Bestimmtheit der Tat bei Anstiftung”, *NSZ*, 1986, 407; **Özkan**, Azmettirme, s. 104, **Gillies**, s. 4; **Schumann**, s. 405; **Keiler**, s. 178; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1305; **Putzke**, s. 1087.

¹⁰⁹⁸ **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283.

¹⁰⁹⁹ **Fischer**, §26, kn. 2.,

¹¹⁰⁰ **Roxin**, AT II, §28, kn. 37.

¹¹⁰¹ **Murmann**, §28 kn. 11.

A. Tipikliğin Objektif Unsurları

Azmettirmeye teşebbüs, objektif tipikliğe uygunluk bakımından tamamlanan veya teşebbüste kalan fiile azmettirmeden farklı değildir. Burada azmettirmenin objektif unsurlarından asıl fiilin varlığı eksik kalmaktadır. Asıl fiil eksik kalsa bile faile fiili işleme kararının aldırılmış olmasına teşebbüsün gerçekleşmesi gerekir.¹¹⁰² Azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ilişkin incelemede teşebbüs kurumundan faydalanılmaktadır.¹¹⁰³ Buna göre, azmettirmeye teşebbüsün birinci objektif unsuru faile fiili işleme kararını aldırmaya teşebbüs etmektir.¹¹⁰⁴ İkinci unsuru azmettirmeye teşebbüs konusu fiilin cürüm niteliğinde bir fiil olmasıdır.¹¹⁰⁵

1. Faile Fiili İşleme Kararının Aldırılmasına Teşebbüs Etmek

Azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğinin gerçekleşmesi için azmettirme fiilinin hazırlık aşamasını geçip teşebbüs aşamasına girmesi, yani azmettirmenin teşebbüsünün gerçekleşmesi gerekir. Azmettirmeye teşebbüs edilmesi azmettirme fiilinin ön alanda hangi aşamaya kadar ilerlemesi gerektiğiyle ilgili olup, azmettirmeye teşebbüs edildiğinin tespit edilmesi azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olması demektir.¹¹⁰⁶

Azmettirmeye teşebbüste ya failde fiili işleme kararının alınmasına neden olunmamıştır ya da failde fiili işleme kararının alınmasında başarıya ulaşılmış ancak fail fiili teşebbüs aşamasına taşıyamamıştır.¹¹⁰⁷ Her iki durumda da azmettirenin faile fiili işleme kararının aldırılmasına teşebbüs etmesi yani faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmalıdır.¹¹⁰⁸

¹¹⁰² Schönke/Schröder, §30, kn. 17,.

¹¹⁰³ Geppert, §30 Abs.1 StGB.

¹¹⁰⁴ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹¹⁰⁵ Kindhäuser, AT, §43, kn. 1.

¹¹⁰⁶ Murmann, §28, kn. 17; Frister, AT, 29. Kapitel, kn. 32, s. 467; Schönke/Schröder, §30, kn. 18; Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 175; Camargo, s. 742.

¹¹⁰⁷ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 548.

¹¹⁰⁸ Fischer, §30, kn. 9a.

a) Faile Fiili İşleme Kararının Aldırılması

Azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun doğması için azmettirenin faili suç yoluna davet etmiş olması gerekir.¹¹⁰⁹ Suça davet edilerek kriminal bir süreç sokulan failin azmettirilmesi gerekir.¹¹¹⁰ Azmettiren, faili suç yoluna davet ettikten sonra ikna faaliyetleri kapsamında suçun işlenmesini istemeye yönelik davranışlarıyla iletişimsel anlamda faili etkiler. Azmettiren suça davet ederek işlediği iletişimsel hareketleriyle faili suça çağırmalı ve fail azmettirenin ikna çabaları sonucu suç işleme düşüncesini edinmelidir.¹¹¹¹

Azmettirme, failin fiili işleme kararını vermesini sağlayacak ve failin icra hareketlerine başlamasını temin edecek nitelikte yoğun bir faaliyeti gerektirir. Bir kimseye fiili işleme kararını aldirmek bir süre çaba gösterilmesini gerektirir ve faili ikna etme faaliyetleri bir bütün olarak azmettirme kabul edilir.¹¹¹² Azmettiren ikna faaliyetleriyle, suç işleme yönünde hiçbir fikri olmayan “bir kimsenin iradesi üzerinde etkin biçimde rol alarak” belirli bir suçu işletmeyi sağlar.¹¹¹³

Bir kimseye fiili işleme kararının aldırılmasına teşebbüs etmek bakımından en azından failin azmettiren tarafından herhangi bir şekilde iletişimsel olarak etki altına alınmış olması gerekir. Azmettiren ile fail arasında iletişimsel temasın gerçekleşmesi yani doğrudan failin iradesini etkilemenin (*eine direkte Einflussnahme auf den Willen des Täters*) gerçekleşmesi gerekir.¹¹¹⁴ Bu itibarla azmettirme basit bir telkin ve tavsiye

¹¹⁰⁹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 10.

¹¹¹⁰ **Fischer**, §30, kn. 9; **Putzke**, s. 1087; **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 748.

¹¹¹¹ **Schönke/Schröder**, §26, kn. 1.

¹¹¹² **Hacıfazhoğlu**, s. 339; **Özkan**, Azmettirme, s. 90.

¹¹¹³ Türk hukukunda **YCGK** bir kararında, “azmettirmede temel öge azmettirenin azmettirilenin iradesi üzerinde suç işleme konusunda icra eylediği kesin etkidir” ifadeleri ile söz konusu hususu vurgulamıştır (**YCGK**, T. 12.11.2002, E. 231, K. 381, karar için bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 88. **YCGK**, başka bir kararında azmettirmeyi, “önceden suç işleme niyet ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etken olarak ona belli bir suçu işletmeyi sağlamaktır” şeklinde tanımlamıştır (**YCGK**, T. 23.10.1989, E. 1-235, K. 302), karar için bkz. **Önder**, Ceza Hukuku, s. 437.

¹¹¹⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Krüger**, s. 495. Detaylı bilgi için bkz. **Geppert**, §26 StGB, s. 303-304.

den ibaret değildir.¹¹¹⁵ Azmettirenin ikna faaliyetleri kapsamında failden müşahhas bir fiilin işlenmesini istemesi ve gündelik konuşma içerikli ifadelerin ötesinde somut bir fiilin varlığı gerekir.¹¹¹⁶

Azmettirenin suç yoluna davet ettiği fail ile girdiği kriminal nitelikte iletişimsel ve iknaya yönelik çabaları faile fiili işleme kararını aldırmaya yöneliktir. Fiili işleme kararının aldırılması, azmettirenin failin bu kararı almasında müsebbip olması olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda, fiili işleme kararının aldırılmasında azmettirme etkisinin nedensel olması gerekir.¹¹¹⁷ Fiili işleme kararının alınmasına neden olmak faili fiili işlemeye azmettirmek emektir.¹¹¹⁸

Azmettirmede önemli olan faile fiili işleme kararının aldırılmış olmasıdır.¹¹¹⁹ Karar almadan önce failin suç işlemeye yönelik bir düşüncenin olmaması gerekir. Bu düşünce azmettirme sonucu uyanmalıdır.¹¹²⁰ Kişi önceden fiili işleme kararını almışsa azmettirmeden bahsedilmez; çünkü henüz fiili işleme kararı almayan bir kimsenin azmettirilmesi mümkündür.¹¹²¹ Dolayısıyla fiili işlemeye karar vermiş olan failin ve henüz bir karara varmayan failin azmettirilmesi durumlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekir.¹¹²² Bununla birlikte failde önceden suç işlemeye yatkınlık olması azmettirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu durum azmettirenin ikna faaliyeti sonucu suç işleme düşüncesini aşılmasını kolaylaştırır. Akli tamamen suç işleme konusunda bir *tabela rausa* (boş levha) olan bir kişinin azmettirilmesi, suç işlemeye yatkınlığı olan bir kişinin azmettirilmesinden daha zordur.¹¹²³

¹¹¹⁵ Yüce, Ceza Hukuku, s. 365.

¹¹¹⁶ Özkan, Azmettirme, s. 89.

¹¹¹⁷ Koca/Üzülmöz, GH, s. 484; Özkan, Azmettirme, s. 89-90.

¹¹¹⁸ Frister, AT, 29. Kapitel, kn. 31; Baumann/Weber, AT, s. 591.

¹¹¹⁹ Taner, s. 533-531.

¹¹²⁰ Keiler/Roef, Participation, s. 249.

¹¹²¹ Fischer, §26, kn. 4; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 747; Geppert, §26 StGB, s. 304.

¹¹²² Koca/Üzülmöz, GH, s. 484; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 526.

¹¹²³ Schönke/Schröder, §26, kn. 6-9; Keiler/Roef, Participation, s. 249.

Faile fiili işleme kararının aldırılması açık veya zımni her türlü hareketle gerçekleşebilir.¹¹²⁴

Failin fiili işleme kararını alması açık bir şekilde ortaya konulan istek, başvuru, talep, öneri, rica ve tehdit şeklindeki davranışlarla sağlanabilir. Hediye vermek veya bir vaatte bulunmak şeklinde azmettirenin iradesinin bir suçun işlenmesi yönündeki talebinin fail tarafından anlaşılmasına olanak verecek şekilde zımni davranışlarla da faile fiili işleme kararı aldırılabilir.¹¹²⁵

Faile fiili işleme kararını aldirmek onu belirli bir suça azmettirmek demektir. Bu azmettirme ve azmettirmeye teşebbüs bakımından ortak bir unsurdur. Azmettirmeye teşebbüste faile fiili işleme kararını aldirmaya teşebbüs yeterli iken, azmettirmede asıl fiilin işlenmesiyle sürecin tamamlanması gerekir. Bunun için asıl fiilin tamamlanması gerekmemekte, teşebbüs aşamasına varmış olması yeterli kabul edilmektedir.

Faile fiili işleme kararının aldırılması ACK md.26'da *bestimmen*, faile fiili işleme kararının aldırılmasına teşebbüs ACK md.30/f.1'de *zu bestimmen versucht* kavramlarıyla ifade edilmiştir.¹¹²⁶

Bestimmen, bir kimseyi etkilemek ve bu suretle o kimseyi harekete geçirmek (*veranlassen/bewegen/drängen*) anlamına gelir.¹¹²⁷ Failde fiili işleme kararının oluşturulması/uyandırılması olarak çevrilebilecek *bestimmen* kavramı azmettirmenin belirliliğine ilişkin olup; belirlilik “azmettirme fiilinin somut olma zorunluluğu” olarak anlaşılmalıdır. Bu yüzden azmettirme “bireyselleştirilebilir ve tanımlanabilir” bir fiil olarak ortaya konulmalıdır; çünkü soyut yani sadece düşünce aşamasında kalan azmettirmenin cezalandırılması mümkün değildir.¹¹²⁸

¹¹²⁴ **Keiler**, s. 230. **Chiesa**, s. 475; **Geppert**, §26 StGB, s. 303; **Fischer**, §26, kn. 6.

¹¹²⁵ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹¹²⁶ **Fischer**, §26, kn. 2, s. 270; **Fletcher**, Rethinking, s. 672.

¹¹²⁷ **Krüger**, s. 494. Kavramın teolojik ve kanun sistematigi bakımından yapılan yorumu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Krüger**, s. 495-498.

¹¹²⁸ **Fischer**, §26, kn. 2; **Kretschmer**, s. 401, 402; **Özkan**, Azmettirme, s. 108. Kavramın ACK'da muhtelif suç tiplerinde kullanılan kavramlar ile mukayesesi için bkz. **Krüger**, s. 493-494.

ACK md.30/f.1’de faile fiili işleme kararını aldırmaya teşebbüs anlamında kullanılan *zu bestimmen versucht* ifadesinden azmettirme fiilinin somut olması veya belirlenebilir olması anlamları çıkarılamasa da kavramın taşıdığı anlam itibariyle hükmün düzenleme amacına uygun olduğu ileri sürülmüştür.¹¹²⁹

Kavramın azmettirmenin objektif tipikliğinin mi, sübjektif tipikliğinin mi yoksa her ikisinin mi kapsamında olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır.¹¹³⁰ Kavramı azmettirmenin objektif unsurları arasında ele alan bir görüş kanun metninde kullanılan bu kavramla azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine vurgu yapıldığını ileri sürmüştür.¹¹³¹ Kavramı kast yani sübjektif tipikliğin unsurları kapsamında ele alan bir başka görüş failde fiili işleme kararının oluşturulmasına yönelik irade olarak kabul eder.¹¹³² Bir üçüncü (sentez) görüş, kavramı hem objektif hem de sübjektif unsurlar kapsamında değerlendirmiştir.¹¹³³

Kanaatimizce, ACK md.26’da ve md.30/f.1’de açıkça kullanılan *bestimmen* kavramı faile fiili işleme kararını aldırma anlamına gelip, azmettirme fiilinin somut ve belirli olma zorunluluğunu ifade eder. Kanun koyucu bu kavramla azmettirme ve azmettirmeye teşebbüsün objektif unsurlarına vurgu yapmaktadır. Kanun metninde bu kavramın kullanılmasıyla objektif olarak azmettirme fiilinin somutlaştırılması ve belirlenebilir şekilde ortaya konulması gerektiği anlatılmaktadır. Ancak bu sübjektif unsur olarak azmettirenin çifte kastının kapsamının belirli olması zorunluluğunu bertaraf etmemektedir. Azmettirenin kastı hem asıl fiili hem de azmettirme fiilini ihtiva edecek şekilde somutlaştırılmalıdır. Dolayısıyla azmettirmenin objektif ve sübjektif unsurlarıyla bir bütün olarak göz önünde bulundurulması gerektiği ve bu şekilde kavramın somut ve belirli azmettirme fiilini ifade ettiği söylenebilir.

¹¹²⁹ **Murmann**, §28, kn. 18.

¹¹³⁰ **Özkan**, Azmettirme, s. 108, 109.

¹¹³¹ **Eser**, II, §47, kn. 16; **Kühl**, AT, §20, kn. 169.

¹¹³² **Krüger**, s. 497.

¹¹³³ **Heinrich**, AT, §20, kn. 1287.

b) Faile Fiili İşleme Kararının Aldırılmasının Doğrudan Doğruya İcrasına Başlama

Azmettirmeye teşebbüste fail tarafından işlenmiş bir fiil olmadığına göre, failin azmettirilmesiyle iştirakin ön alanında gerçekleşen tehlikenin cezalandırılabilmesi için asgari ceza sorumluluğu sınırının belirlenmesi gerekir. Ancak bu sınırı tespit etmek kolay değildir.¹¹³⁴

Azmettirmeye teşebbüsün icra sınırı asıl fiilin hazırlık-teşebbüs sınırı olmayıp, azmettirme fiilinin hazırlık-teşebbüs sınırındır; çünkü azmettirmenin doğrudan doğruya icrasına başlama anı (*unmittelbares Ansetzen zur Bestimmung*) asıl fiilin doğrudan doğruya icrasına başlama anı değildir. Azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliği için azmettirme fiilinin hazırlık aşamasını geçip teşebbüs aşamasına girmesi, yani azmettirmenin teşebbüsünün gerçekleşmesi gerekir.¹¹³⁵ Azmettirmeye teşebbüste bir başlama anı olduğu gibi bunun bir sonu (*Ende der versuchten Anstiftung*) da vardır. Azmettirmeye teşebbüsün sonu asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasıdır. Azmettirmeye teşebbüs bu durumda teşebbüste kalan fiile göre tali nitelikte kalır ve geri çekilir.¹¹³⁶

Azmettirmenin teşebbüsünün gerçekleşmesiyle başlayan bir azmettirme süreci vardır. Bu süreç içerisinde azmettirenin faili azmettirmeye yönelik çabaları, erken bir aşamada kesintiye uğramakta ve asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olmasıyla sonuçlanamamaktadır. Bu yüzden asıl fiilin teşebbüs başlangıcı ile mukayese edildiğinde cezalandırılmaz ve cezalandırılabilir fiil arasındaki sınır asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması ile azmettirmenin teşebbüs aşamasına varmış olması bakımından farklılık arz eder.¹¹³⁷

Azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için azmettirenin bir başkasını azmettirmeye teşebbüs (*einen anderen zu bestimmen versucht*) etmesi, yani faile fiili

¹¹³⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹¹³⁵ **Murmann**, §28, kn. 17.

¹¹³⁶ **Zipf**, s. 145.

¹¹³⁷ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlamış olması gerekir.¹¹³⁸ Azmettirenin failde fiili işleme kararını uyandırmada başarılı olması durumunda fiili işleme kararına doğrudan doğruya icrası da başlamış demektir.¹¹³⁹

Azmettirenin; faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başladığının belirlenmesi, iştirakin ön alanında hangi aşamadan itibaren azmettirmeye teşebbüs etmek suretiyle hukuksal değerlerin tehlikeye girdiğinin ve tehlikenin gerçekleşmesiyle ceza hukuku müdahalesinin bu alanda mümkün olup olmadığını ilgilendiren bir meseledir.¹¹⁴⁰

Alman hukukunda faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlama sınırının belirlenmesi doktrinde azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ilişkin tartışmaların mihenk taşı oluşturmaktadır.¹¹⁴¹

Doktrinde kanun metnindeki bir başkasını azmettirmeye teşebbüs ifadesinden ve özellikle teşebbüse ilişkin hükme açıkça yapılan atıf nedeniyle teşebbüse ilişkin genel kuralların faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlama unsuruna uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.¹¹⁴² Böylece teşebbüs hükmünün uygulanmasıyla azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik sınırının genişlemesinin önüne geçilmiş olacağı ileri sürülmüştür.¹¹⁴³

Doktrinde teşebbüs kurallarına kıyasen azmettirmeye teşebbüsün tipikliğinin cezalandırılabilirlik sınırının bağımsız olarak belirleneceği kabul edilmiş ve bu sınırın belirlenmesi noktasındaki tartışma suç daveti içerikli mesajın yani faili azmettirmeye yönelik söylem ve hareketlerin ona ulaşmasının gerekip gerekmediği hususu üzerinden

¹¹³⁸ **Joecks/Jäger**, §30, kn. 10; **Schröder**, s. 290; **Hecker**, s. 749; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92.

¹¹³⁹ **Kluszczewski**, AT, §7, kn. 827.

¹¹⁴⁰ **Camargo**, s. 734.

¹¹⁴¹ **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 32; **Kühl**, AT, §20, kn. 249; **Günther**, s. 268; **Graul**, s. 251.

¹¹⁴² **Krey/Esser**, AT, kn. 1334d; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4; **Joecks**, §30, kn. 33, s. 1307; **Graul**, s. 251. Teşebbüse ilişkin düzenlemenin burada uygulanmasının makul ve akla yatkın olduğu hakkında bkz. **Kühl**, AT, §20, kn. 249; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 175; **Eser**, II, §47, kn. 18.

¹¹⁴³ **Kühl**, AT, §20, kn. 249; **Hilgendorf/Valerius**, AT, §10, kn. 130; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551.

yapılmıştır.¹¹⁴⁴ Azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunu daraltmaktan yana olan ve mesajın faile ulaşmasının gerekliliğini ileri süren görüşe göre, teşebbüs ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler arasında bir uyumsuzluk olmadığı gibi, cezalandırılabilirliğin dar yorumlanması bağlamında teşebbüse ilişkin hükmün burada uygulanmasıyla azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik sınırının belirlenmesi mümkündür.¹¹⁴⁵

Teşebbüste hazırlık-icra sınırının belirlenmesinde failin suçun doğrudan doğruya icrasına başlayıp başlamadığı tespit edilir. Suçun icrasına doğrudan doğruya başlamak, cezalandırılabilir hareketin başlama anına (teşebbüse) işaret eder. Failde suç işleme düşüncesi ortaya çıktıktan sonra, suçun doğrudan doğruya icrası teşebbüste kalan suçların objektif unsurunu gösterir. Ancak doğrudan doğruya icraya başlama anının tespiti kolay olmayıp, somut olaya göre değerlendirmenin yapılması gerekir.¹¹⁴⁶

Teşebbüsten sorumluluğun doğması için aranan doğrudan doğruya suçun icrasına başlama; azmettirmeye teşebbüs için doğrudan doğruya faili azmettirmeye başlaması, daha doğrusu failde fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlamak demektir.¹¹⁴⁷ Azmettirmenin teşebbüsü, faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlama anından sonra azmettirenin olay üzerindeki hakimiyet kaybını yaşaması temellendirilmesine dayandırılır.¹¹⁴⁸ Failde fiili işleme kararının doğrudan doğruya icrasına başlama, azmettirenin faili azmettirmeye yönelik kriminal süreci elinden çıkarmış olması ve failin fiili işleyip işlemeyeceğinin artık sadece azmettirenin elinde olmayan bir husus olması anlamına gelir.¹¹⁴⁹ Bu,

¹¹⁴⁴ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁴⁵ **Kühl**, AT, §20, kn. 249; **Hilgendorf/Valerius**, AT, §10, kn. 130; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551.

¹¹⁴⁶ **Heinrich**, AT, §23, kn. 721, 722, 723; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 141-143.

¹¹⁴⁷ **Camargo**, s. 734; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Joecks**, §30, kn. 33.

¹¹⁴⁸ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁴⁹ **Bosch**, s. 1120.

azmettirenin faili etkilemeyi başarmasıyla halihazırda ilgili hukuksal değerin somut olarak tehlikeye girmiş olması olarak ifade edilmektedir.¹¹⁵⁰

Teşebbüse ilişkin genel kuralların azmettirmeye teşebbüse uygulanması halinde uygulama alanının sınırsız bir şekilde genişleyeceği noktasında hüküm eleştiri konusu olmuştur.¹¹⁵¹ Mesajın faile ulaşmasının gerekli olmadığını ileri süren karşı görüş, teşebbüse ilişkin genel kuralların bu şekilde buraya aktarılması halinde ya tek faillik sisteminde azmettirmenin başlı başına haksızlığının kabul edilmesi¹¹⁵² ya da azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün *sui generis* bir suç tipi olarak kabul edilmesi¹¹⁵³ anlamına geldiğini, azmettirmeye teşebbüsün genel hükümler altında bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmediğini ve gerek teşebbüse ilişkin hükümlerin gerekse iştirakte bağlılık kuralının bu sonucu ortaya çıkardığını ileri sürmüştür.¹¹⁵⁴

Bloy, teşebbüse ilişkin genel kuralların gerek sistematik gerekse içeriksel anlamda azmettirmeye teşebbüs kurumu için uygun olmadığını, azmettirmenin haksızlığının gerçekleşmesi için azmettirmeye yönelik ikna faaliyetleri çerçevesinde yapılan açıklamaların (azmettirme açıklamasının) faile ulaşması fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının başlaması için gerekli olmadığını; çünkü failin azmettirilmesiyle olay üzerinde hakimiyet kaybının gerçekleştiğini ve azmettirmeye teşebbüsün olay üzerinde yaşanan hakimiyet kaybından dolayı cezalandırıldığını, azmettirmeye teşebbüste azmettirmenin teşebbüsüne başlanması azmettirme açıklamasının faile ulaşması gerektiği gibi (aşırı) bir gerekliliğe bağlanırsa azmettirme ile teşebbüs düzenlemesinin birbiriyle harmonize edilmiş olacağını ileri sürmüştür.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁰ Schmidt, AT, §26, kn. 1093a.

¹¹⁵¹ Bloy, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁵² Jakobs, AT, kn. 6.

¹¹⁵³ Jescheck/Weigend, AT, s. 701; Letzgus, s. 211.

¹¹⁵⁴ Karşı görüşler için bkz. Camargo, s. 742, 743.

¹¹⁵⁵ Bloy, Grund und Grenzen, s. 496.

Kanaatimizce, azmettirilen fiilin bir cezalandırılabilirlik sınırı varsa, aynı şekilde bağımsız haksızlık içeriği olan azmettirme fiilinin de hukuksal değerlerin tehlikeye girdiğini ortaya koyan bağımsız bir cezalandırılabilirlik sınırı yani hazırlık-teşebbüs sınırı olmalıdır. Bu sınırın belirlenmesi için doktrinde genel olarak kabul edildiği gibi ACK md.30/f.1’de teşebbüs kurumuna yapılan atıf teşebbüse ilişkin kuralların ve özellikle failin doğrudan doğruya icraya başlama prensibinin burada uygulanmasını gerektirir. Böylece azmettirmeye teşebbüsün hazırlığı ile icrası arasındaki sınır suça teşebbüste kabul edilen yerleşik bir prensiple çizilmiş olur. Bu prensip çerçevesinde azmettirenin olay üzerinde hakimiyet kaybını yaşayıp fiilin işlenmesini bir başkasının kararına terk etmekle azmettirmeye teşebbüsün başladığı ve cezalandırılabilir tehlike sınırının aşıldığı kabul edilmelidir. Bu sınırının aşılmasıyla azmettiren faili etkilemeyi başardığından azmettirenin cezalandırılabilmesi için fiilin işlenmesini beklemek gerekmemektedir.

(1) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Azmettirmeye teşebbüsün objektif unsuru bakımından tartışmalı olan mesele faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının ne zaman başladığıdır. Azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran ACK md.30/f.1’de ne faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlamaya ne de icraya ne zaman başlanmış olacağına ilişkin bir ifade kullanılmıştır. Kanun metninde teşebbüse ilişkin hükümlere atıf yapılsa da doğrudan doğruya icra başlangıcına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış, azmettirmeye teşebbüsün hazırlık-icra sınırının belirlenmesi meselesi doktrine bırakılmıştır.

Alman hukukunda doktrinde faile fiili işleme kararını aldırmasının doğrudan doğruya icrasına başlanması meselesi azmettirenin ne dereceye kadar fail üzerinde bir etki sahibi olması gerektiği noktasında tartışılmaktadır.¹¹⁵⁶ Faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icra başlangıcının tespitinde azmettirmeye teşebbüs

¹¹⁵⁶ Schönke/Schröder, §30, kn. 18.

hareketinin faile ulaşmasının gerekip gerekmediği bu noktada önem arz etmektedir.¹¹⁵⁷ Azmettirmeye teşebbüs hareketinin faile ulaşmadığı aşama azmettirme açıklaması (*Anstiftungserklärung*), ulaştığı aşama azmettirme konuşması (*Anstiftungsgespräch*) olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁵⁸

Azmettirme açıklamasının yapıldığı aşama azmettirmeye teşebbüs hareketinin azmettiren tarafından açıklandığı aşamadır. Azmettirenin faile işlenmesini istediği suç hakkında bilgi vermeye başladığı ve onu ikna etmeye yönelik çabalara giriştiği bu aşamada azmettiren azmettirmeye teşebbüsü oluşturan davranışlar ortaya koyar.¹¹⁵⁹ Azmettirme konuşmasının yapıldığı aşama ise azmettirme açıklamasının faile ulaştığı aşamadır. Azmettirme konuşmasının başlaması, azmettirme açıklamasının yapılmış olmasının objektif tipikliğin gerçekleşmesi bakımından yeterli olmaması sebebiyle bu açıklamanın faile ulaşmış olması ve failin bu açıklamadan haberdar olması demektir. Azmettirme konuşması, azmettirmeye teşebbüse yönelik ortaya konulan davranışların fail tarafından algılanabilir olduğu aşamadır.¹¹⁶⁰ Azmettirme konuşması, azmettirme açıklamasının faile tevdi edildiği (*Abgabe der Anstiftungserklärung*) aşama olarak da tanımlanabilir.¹¹⁶¹

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün başlangıç sınırının tespitine ilişkin olarak iki görüş ileri sürülmüştür.¹¹⁶² Birinci görüş, azmettirme açıklamasının en azından faile ulaşmasını kabul eden görüştür. İkinci görüş, azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekli olmadığını ileri süren görüştür.

Azmettirmeye teşebbüsün icrasının başlaması için azmettirme açıklamasının en azından faile ulaşması gerektiğini ileri süren ve azmettirenin ceza

¹¹⁵⁷ Heintschel-Heinneg, §30, kn. 11; Kindhäuser, AT, §43 kn. 6; Jäger, AT, §6, kn. 281.

¹¹⁵⁸ Heintschel-Heinneg, §30, kn. 11; Rengier, AT, §47 kn. 21; Kühl, AT, §20, kn. 249.

¹¹⁵⁹ Roxin, §30 StGB, s. 171.

¹¹⁶⁰ Hilgendorf/Valerius, AT, §10, kn. 130; Eser, II, §47, kn. 18; Heintschel-Heinneg, §30, kn. 11, s. 348; Schröder, s. 290; Graul, s. 251.

¹¹⁶¹ Hilgendorf/Valerius, AT, §10, kn. 130.

¹¹⁶² Görüşler için bkz. Schönke/Schröder, §30, kn. 18; Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550-551; Schröder, s. 290; Joecks/Jäger, §30, kn. 10; Graul, s. 251-252. Kühl, Grundfälle, Fall: 7, s. 877; Putzke, s. 1087.

sorumluluğunu daraltmaktan yana olan birinci görüş, azmettirenin faili etkilemeye başlamasıyla fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başladığını kabul eder. Azmettirenin faili etkilemeye başladığı an azmettirme açıklamasının faile ulaştığı ve bu şekilde azmettirme konuşmasının başladığı andır.¹¹⁶³ Azmettirme açıklamasının fail tarafından algılanabilir ve failin bundan haberdar olması durumunda gerçek bir tehlikenin gerçekleştiği ileri sürülmüştür. Bu itibarla, azmettirme açıklamasının failin hakimiyet alanına varmış olması ve böylece fiil hakkında yeterli şekilde bilgi edinmek suretiyle tehlikenin fail tarafından algılanabilir olması gerekir. Hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir asgari tehlike sınırı bu andan itibaren başlar. Azmettirme açıklamasının fail tarafından algılanmasını ve hatta failin bunu anlamış olması gerektiğini savunan bu görüş Alman hukukunda azınlıkta kalmış bir görüştür.¹¹⁶⁴

Bu görüşe göre, azmettirmeye teşebbüs hazırlık hareketinin cezalandırılması anlamına geldiği için azmettirmeye teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunun mümkün olduğunca sınırlandırılması gerekir. Bunun için azmettirenin suçun işlenmesine yönelik talebinin en azından faile ulaşmış olması gerekir. Azmettirme açıklamasının faile ulaşmaması halinde hukuk devleti ilkesi bakımından aranan ve azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebini oluşturan cezalandırılabilir minimum tehlike sınırına varılmamış olur.¹¹⁶⁵

Bu görüş azmettirmeye teşebbüsün icra başlangıcı, asgari cezalandırılabilirlik eşiği ve suç ve ceza politikası bakımından eleştirilmiştir. Eleştirilere göre, ancak azmettirme açıklamasının yapılmasıyla hukuk devleti ilkesi bakımından aranan ve hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir olan minimum tehlike sınırı aşılmış

¹¹⁶³ **Rengier**, AT, §47 kn. 21; **Kühl**, AT, §20, kn. 249; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 18; **Günther**, s. 268; **Zipf**, s. 144; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4; **Kühl**, Grundfälle, Fall: 7, s. 877; **Putzke**, s. 1087; **Murmann**, §28 kn. 18; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 175; **Joecks**, §30, kn. 37. ACK md.30/f.1 hükmünden bu görüşü çıkarmanın kolay olmadığı hakkında bkz. **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 8.

¹¹⁶⁴ **Thalheimer**, s. 37-38.

¹¹⁶⁵ **Schröder**, s. 290; **Graul**, s. 251; **Letzgus**, s. 48; **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 172 vd.; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 703.

olur.¹¹⁶⁶ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik eşiği hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen bu minimum tehlike sınırıdır. Bu tehlike en azından azmettirme açıklamasının yapılmasıyla gerçekleşir ve bu eşiğin geçilmesiyle azmettirenin faili etkilemeye başladığından söz edilebilir. Azmettirme açıklamasının faile ulaşmasıyla azmettirenin faili etkilemesi süreci tamamlanmış olur. Azmettirme açıklamasının faile ulaşması azmettirmeye teşebbüsün icra başlangıcının tespitinde bir ölçüt olamaz.¹¹⁶⁷

Azmettirmeye teşebbüsün icrasının başlaması için azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekli olmadığını ileri süren ikinci görüş, azmettirenin en azından azmettirme açıklamasını yapmaya başlamış olması (*Zugang der Anstiftungserklärung*) gerektiğini, yani faili suça davet etmeye yönelik ikna faaliyetlerin içine girmesini yeterli kabul eder.¹¹⁶⁸ Bu görüş, icra başlangıcı için azmettirme açıklamasının faile ulaşmasını gerekli görmemekte, failin azmettirme fiili hakkında bilgi edinmesini yeterli kabul etmektedir. Bu görüşe göre, azmettirme açıklamasının ve bu açıklamayla hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin fail tarafından algılanabilir olması gerekli değildir. Azmettirme açıklamasının yapılmasına başlanmasıyla faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası başlamış olup, bu açıklamanın fail tarafından anlaşılması gerekmemektedir.¹¹⁶⁹ Azmettirmeye teşebbüse ilişkin kanun metnin açıklığı ve korunmak istenen hukuksal değerler göz önünde bulundurulduğunda azmettirme açıklamasının en azından faile ulaşması gerektiği şeklinde bir sınırlandırmaya gitmeyi gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Suç ve ceza politikası bakımından da böyle bir sınırlandırma yapmaya gerek yoktur.¹¹⁷⁰ Azmettiren azmettirmeye yönelik iradesini açıklamakla cezalandırmaya

¹¹⁶⁶ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550-551.

¹¹⁶⁷ Camargo, s. 742; Joecks, §30, kn. 36.

¹¹⁶⁸ Rengier, AT, §47 kn. 21; Heintschel-Heinneg, §30, kn. 11; Günther, s. 268; Hilgendorf/Valerius, AT, §10, kn. 129; Zipf, s. 144; Kühl, Grundfälle, Fall: 7, s. 877; Bloy, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁶⁹ Thalheimer, s. 57; Lackner/Kühl, §30, kn. 4; Joecks, §30, kn. 36; Putzke, s. 1087; BGHSt 8, 261, 262 (Kindhäuser, AT, §43 kn. 7; Eser, II, §47, kn. 18; Murmann, §28, kn. 18, 19; Krey/Esser, AT, kn. 1334d.

¹¹⁷⁰ Kühl, AT, §20, kn. 249; Hilgendorf/Valerius, AT, §10, kn. 130; Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 551.

layık bir fiil işlemiş olduğundan azmettirmeye yönelik açıklamaların faile ulaşması gerekmemektedir.¹¹⁷¹ Doktrinde baskın görüş, azmettirenin faile azmettirmeye yönelik mesajını bırakmış olmasının, yani azmettirenin en azından azmettirme açıklamasına girişmiş olmasının yeterli olduğunu ileri süren ikinci görüştür.¹¹⁷²

Bu görüş, azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine yol açacağı için eleştirilmiştir.¹¹⁷³ Eleştirilere göre, azmettirenin henüz olay üzerindeki hakimiyetini kaybetmemişken azmettirme açıklamasına girişmiş olmasının azmettirmenin teşebbüsü için yeterli olduğu şeklindeki bir yorum “aşırı bir gereklilik” olup ceza sorumluluğunu genişletmektedir. Bundan hareketle, görüşün azmettirmeye teşebbüs hükmüyle bağdaştırılması zor, hükmün tarihsel gelişimiyle uyuşmayan, teşebbüse ilişkin genel kurallara aykırı olduğu ve ceza sorumluluğunun sınırsız olarak genişletilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹⁷⁴

Bu görüş, azmettirenin faile fiili işleme kararını aldırmasının doğrudan doğruya icrasına başlamasını hakimiyet kaybına daha doğrusu azmettirenin bağımsız ve artık hâkim olunamaz nedensel süreci (*Kausalverlauf*) terk etmesine dayandırır. Buna göre, azmettirmeye teşebbüste doğrudan doğruya icranın başlamış olması için azmettirenin artık üzerinde hakimiyet kurulamaz nedensel bir süreç başlatmak suretiyle kontrol kaybını yaşaması gerekir. Örneğin, azmettirenin mektubu failin posta kutusuna atması veya mail adresine maili göndermesi yeterlidir. Azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk için mektubun veya e-mailin faile ulaşmış olması gerekmemektedir.¹¹⁷⁵ Azmettiren, olayın akışını yani bundan sonra olacakları elden çıkarmakla (*aus den Hand gegeben*)

¹¹⁷¹ **Lackner/Kühl**, §30, kn. 4; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496; **Roxin**, §30 StGB, s. 171.

¹¹⁷² **Zipf**, s. 144; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁷³ **Kühl**, Grundfälle, Fall: 7, s. 877.

¹¹⁷⁴ **Murmann**, §28, kn. 18; **Thalheimer**, s. 39.

¹¹⁷⁵ **Murmann**, §28, kn. 19; **Kretschmer**, s. 401; **Thalheimer**, s. 38; **Graul**, s. 248, 249, 251; **BGH** vom 29.10.1997-2 StR. 239/97 (Karar için bkz. *NStZ* 1998, 348). Hakimiyet kaybının azmettirmeye teşebbüsün tüm türleri bakımından geçerli olduğu hakkında bkz. **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 32; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093. Hakimiyet kaybının AFM’nin somutlaştırma ölçütüne ilişkin ortaya çıkan problemleri bertaraf edebilecek nitelikte bir görüş olduğu hakkında bkz. **Camargo**, s. 751.

doğrudan doğruya icraya başlamış olur.¹¹⁷⁶ Olayı elinden çıkarma, azmettirenin planlarının gizliliği üzerindeki kontrolü terk etmesi demektir.¹¹⁷⁷ Azmettirmeye teşebbüste hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlike anı azmettirenin fiil üzerinde hakimiyet kaybını yaşadığı an yani olayı elinden çıkardığı andır. Tehlike anını, iştirakçilerin konspiratif manevi bağlarının tehlikeliliğinin ortaya çıktığı an olduğu da ileri sürülmüştür.¹¹⁷⁸

Kriminal nedensel sürecin azmettirenin elinden çıkması ve azmettirenin bu süreç üzerinde hakimiyetini kaybetmesiyle fiilin işlenip işlenmemesi artık failin kendisine bırakılmış ve fiil failin kararına terk edilmiştir.¹¹⁷⁹ Azmettiren artık üzerinde bağımsız ve hâkim olamayacağı bir nedensellik sürecini harekete geçirmekle bir başkasını suç yoluna davet etmekte ve buna yönelik davranışlarını dış alemde ortaya koymakla faili fiili her an işleyebileceği bir duruma sokmaktadır.¹¹⁸⁰

Fiilin işlenmesine ilişkin sürecin failin hakimiyetine geçmesiyle azmettiren işlenecek fiilin somutlaştırılmasına ilişkin şartları yerine getirmiş olur. Zira artık olay elinden çıkmış ve fiilin işlenmesine ilişkin belirsizlikler ortadan kalkmıştır. Doktrinde fiilin failin hakimiyet alanına terk edilmesiyle böyle bir somutlaştırmanın varlığının kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür.¹¹⁸¹

Hakimiyet kaybının gerçekleşmesi için azmettirenin, failde fiili işleme kararını oluşturmaya yönelik failin fiili işlemesini mümkün kılan tüm gayretini ortaya koyması gerekir.¹¹⁸² Ayrıca faili iknaya yönelik çabalarını içeren azmettirme açıklamasının, fiili

¹¹⁷⁶ **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 32; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093; **Joecks**, §30, kn. 36; **Graul**, s. 249-252; **Kühl**, Grundfälle, s. 875.

¹¹⁷⁷ **Camargo**, s. 752.

¹¹⁷⁸ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **Murmann**, §28, kn. 6.

¹¹⁷⁹ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 344; **Graul**, s. 252.

¹¹⁸⁰ **Murmann**, §28, kn. 17.

¹¹⁸¹ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495-496.

¹¹⁸² **Rengier**, AT, §47 kn. 21, s. 459. **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 32.

işlemek üzere harekete geçebilsin diye artık failin hakimiyetine terk edilen fiilin işlenişine ilişkin tüm önemli bilgileri ihtiva etmesi gerekir.¹¹⁸³

İkinci görüşün dayanağı olan hakimiyet (kontrol) kaybı doktrinde eleştirilmiştir. *Geppert*, her olayda azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasına başlamasının hakimiyet kaybıyla ilişkilendirilmemesi ve somut olay çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Örneğin, fail tarafından öldürülmesi istenen mağdurun ismi önemli bir bilgidir ve bunun faile iletilmiş olması gerekir. Azmettiren bu konuda henüz fail ile iletişime geçmemişse yani mağdurun kimliğine ilişkin önemli bilgileri faile iletmemişse azmettirenin faili etkilemesinden bahsedilemez. Azmettiren ile fail arasında böyle önemli bir hususta iletişim gerçekleşmediğinde ilgili hukuksal değerlere yönelik ceza hukuku bakımından yeterli tehlike gerçekleşmemiş olur. Bu tür olaylarda failin fiili işlemesi noktasında önemli addedilen bilgi dışında diğer hususlar paylaşılmış olsa bile cezalandırılabilir azmettirmeye teşebbüs eşiği henüz aşılmamış ve azmettiren olay üzerindeki hakimiyetini henüz kaybetmediğinden faile fiili işleme kararını doğrudan doğruya icrası başlamamış olur.¹¹⁸⁴

Sözlü azmettirmede veya telefonla azmettirmede suç işleme talebinin faile iletilmesiyle, yani failin suça davet edilmesiyle azmettirmeye teşebbüs başlar ve bu anda sona erer. Failin fiili işleme kararını alması için azmettirenin artık başka bir şey yapmasına gerek yoktur. Bu andan itibaren faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası başlamıştır. Azmettiren, failin istediğinde işleyebileceği fiili tanımladığı ve belirlenebilir şekilde somutlaştırdığı anda faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası başlamış olur. Bu andan itibaren gelecekte fiilin işlenip işlenmemesi artık faile bağlı hale gelmiş olur. Buna karşılık azmettiren suç işleme talebini karşı tarafa iletmediği sürece azmettirenin hakimiyetinde başlayan azmettirme çabasını hazırlık hareketi olarak kabul etmek gerekir. Hazırlık aşaması olarak nitelendirilen bu aşamada azmettiren olayı elinde tutmaya devam etmektedir.

¹¹⁸³ **Günther**, s. 268.

¹¹⁸⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551.

Fail henüz fiili işleme kararını almadığından bu aşamada azmettirmeye teşebbüsten cezalandırmaya gidilemez.¹¹⁸⁵

Sözlü azmettirmede azmettiren işlenmesini istediği fiile ilişkin planı hakkında açıklamalarda bulunmaya başlamış ve ancak faili ikna etmek için açıklamalarına devam etmesi gereken durumlarda da azmettirmeye teşebbüste icranın başladığı kabul edilmektedir. Bu durumlarda sözlü açıklamalar yapılırken kesinti gerçekleşebilir. Örneğin telefonla azmettirmede bağlantının kesilmesi veya araç içerisinde suç planı hakkında faili ikna etmeye yönelik konuşmanın kaza sebebiyle tamamlanamaması durumlarında faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlandığı için azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu doğabilir; çünkü azmettirme açıklamasının yapıldığı aşamaya giren azmettiren hazırlık aşamasını geçmiş ve azmettirmeye teşebbüs etmiştir.¹¹⁸⁶

Azmettirmeye yönelik açıklamaların faile sözlü bir şekilde değil de mektup, fax, telegram gibi bir araç veya kurye gibi bir kişi vasıtasıyla gönderildiği hallerde; faile ulaşması istenilen azmettirme yönündeki açıklamalar elden çıkarıldığında yani üzerinde artık hakimiyet sağlanamadığında (mektubun postaya atılmasıyla ve kuryeyle gönderilmesiyle) azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu kabul edilmektedir; çünkü mesajın gönderildiği andan itibaren azmettiren artık olay üzerinde hakimiyetini sağlayamayacağı süreci başlatmış durumdadır. Azmettirenin azmettirme açıklamasını içeren mektubu yazıyor olması veya mektubu posta kutusuna atmak için yolda olması azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketleridir.¹¹⁸⁷ Azmettiren, azmettirmeye yönelik açıklamaları içeren mektubu yazmış ve fakat faile göndermemiş veya göndermeden önce mektubu kaybetmiş de olabilir. Bu fiiller azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketi olup, azmettirenin azmettirmeden dolayı sorumluluğu cihetine gidilemez.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁵ **Roxin**, AT II, §28, kn. 13.

¹¹⁸⁶ **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 174.

¹¹⁸⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 13.

¹¹⁸⁸ **Roxin**, §30 StGB, s. 171.

Bir araç veya kişi vasıtasıyla gerçekleşen azmettirmede işlenmesi istenilen fiile ilişkin bilgileri içeren mesajın faile ulaşması gerekli değildir.¹¹⁸⁹ Bu durumlarda suç işleme talebi yönündeki mesajın faile iletilmesiyle olay azmettirenin etki alanından çıkmış olur. Failin mesajı almasıyla azmettirenin olayı elinden çıkarıp nedensel süreç üzerindeki hakimiyetini kaybetmesi aynı zaman noktasında çakışmaktadır. Bu olaylarda mesaj failin hakimiyet alanına girdiği için değil, azmettirenin hakimiyet alanını terk etmesinden dolayı azmettirmeye teşebbüse başlamış olmaktadır; çünkü objektif olarak dış alemde gerçekleşen fiil haksızlığı ortaya çıkmış demektir. Bu bağlamda fiilin objektif haksızlığı suça davet edilenin (failin) perspektifinden değil; suça davet edenin (azmettirenin) perspektifinden belirlenmektedir.¹¹⁹⁰

Maurach/Gössel, bir araç veya kişi vasıtasıyla gerçekleşen azmettirmede azmettirmenin teşebbüs-hazırlık sınırını biraz daha geri çekmekte ve azmettirmeye teşebbüste azmettiren için hazırlık hareketi niteliğini taşıyan hareketleri azmettirmeye teşebbüsün icra hareketleri olarak kabul etmektedirler. *Yazarlara* göre, azmettiren azmettirmeye yönelik açıklamaları içeren mektubu faile göndermek üzere dışarı çıktığında veya son dakikada mektubu postaya atmaktan vazgeçtiğinde azmettirmeye teşebbüsün icrası başlamıştır. Bu itibarla, mektubu posta kutusuna atmadan azmettirenin yolda olması veya son anda posta kutusuna atmaktan vazgeçip aradan ayrılması azmettirmeye teşebbüsün icra hareketleridir.¹¹⁹¹ *Roxin*, azmettirenin yolda olması veya son anda mektubu postaya atmaktan vazgeçip geri dönmesi gibi hareketlerin hazırlık hareketleri olduğunun bariz olduğunu ve mektubun azmettiren (gönderici) tarafından mı ortadan kaldırıldığı yoksa postada da mı kaybolduğu ayırımının yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁹² *Busch*, sadece azmettirme açıklamasını içeren mektubu yazmayı veya postaya gitmeyi hazırlık hareketi olarak görmenin bunun dışındaki “azmettirenin alanından muhatabın alanına doğru” olan her

¹¹⁸⁹ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁹⁰ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁹¹ Bkz. aktaran **Roxin**, AT II, §28, kn. 13, dn. 21,

¹¹⁹² **Roxin**, AT II, §28, kn. 13, dn. 21.

hareketi cezalandırmak anlamına geldiğini ileri sürmüştür.¹¹⁹³ Baskın görüş, azmettirmenin teşebbüsünün mektup postada kaybolduğunda gerçekleştiğini kabul eder. *Schröder*, bu görüşten hareketle olay üzerindeki hakimiyetini terk etmediği için azmettirenin yolda giderken mektubu kaybetmesinin hazırlık hareketi olması gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁹⁴

(2) İçtihadî Durum

(a) İçtihatlarda Kabul Edilen Somutlaştırma Ölçütü ve Ölçüte Yönelik Eleştiriler

Faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına ilişkin eski Alman içtihatlarında yukarıda bahsi geçen iki görüşün izlerine rastlamak mümkündür. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin ACK eski md.49a ile ilgili bazı içtihatlar göre azmettirenin fiilinin işlenişini elinden çıkarması yeterli olmayıp; bunun fail tarafından anlaşılmış ve algılanmış olması da gerekir. Böylece içtihatlarda birinci görüşe itibar edilmişti. Ancak eski içtihatlarda kabul edilen bu sınırın makul olmadığı ileri sürülerek bu görüş eleştirilmiştir.¹¹⁹⁵ AFM, verdiği bir kararında yazılı veya herhangi bir şekilde yapılan azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekmediğinden hareketle ikinci görüşü savunmuştur. Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için azmettirme açıklamasının yapılması yeterlidir; çünkü bu açıklamanın yapılmasıyla azmettiren olay üzerinde hakimiyet kaybı yaşamıştır.¹¹⁹⁶ İçtihatlarda, hakimiyet kaybının gerçekleşmesi için azmettirme açıklamasının muhtevasında failden işlenmesi istenilen fiilin yeterli bir şekilde somutlaştırılması (*hinreichende Tatkonkretisierung*) gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹⁹⁷ Azmettirmeye teşebbüsün icrasının başladığı an,

¹¹⁹³ Bkz. aktaran **Roxin**, AT II, §28, kn. 13, dn. 21.

¹¹⁹⁴ Bkz. aktaran **Thalheimer**, s. 38.

¹¹⁹⁵ Bkz. aktaran **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 32.

¹¹⁹⁶ **BGHSt** 8, 261 (**Rengier**, AT, §47 kn. 22). AFM'nin görüşü hakkında bkz. **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹¹⁹⁷ **Hecker**, s. 749; **BGH**, Urteil vom 5. 2. 2013–1 StR 405/12: “Tatkonkretisierung bei versuchter Anstiftung zu Tötungsdelikt”, *NJW* 2013, s. 1106; **BGH**, Urteil vom 29.10.1997–2 StR. 239/97: “Anforderungen an versuchte Anstiftung”, *NStZ* 1998, s. 348; **Graul**, s. 248. Somutlaştırmanın ne dereceye kadar kişisel ve konusal olarak ortaya konulması gerektiğinin azmettirmede bir problem olduğu hakkında bkz. **Joecks**, §30, kn. 30. Somutlaştırma

yeterince somutlaştırılmış fiilin işlenmesi için failin ikna edilmesine yönelik olarak azmettirenin azmettirme açıklamasını yapıp bu açıklamayı terk ettiği andır.¹¹⁹⁸

AFM'nin somutlaştırma ölçütü, azmettirenin fiili yeterince somutlaştırmasıyla hazırlık aşaması aşıp azmettirmeye teşebbüsün icra aşamasına girilmiş olur.¹¹⁹⁹ Yeni içtihatlardaki görüş artık azmettirenin fiili öyle somutlaştırması gerekir ki failin bu fiili ne zaman isterse işleyebilmesi gerektiği yönündedir.¹²⁰⁰ Fiilin somutlaştırılmış olması için failin fiili işlemede hiçbir şekilde tereddüt etmemesi gerekir. Failin kesin surette fiili işleme kararlığını göstermesi gerekir. Bunun için azmettiren belirlenebilir bir fiil olgusunu net ve açık bir şekilde ortaya koymalıdır. Faile fiili işleme kararını almasını sağlayacak derecede somutlaştırmanın gerçekleşmesi gerekir.

Azmettirenin işlenmesini istediği fiilin yeterince somutlaştırılması fiile ilişkin tüm detayların ortaya konulması anlamına gelmemektedir.¹²⁰¹ Fiile ilişkin önemli unsurların faile bildirilmesi yeterlidir. Azmettirenin bundan sonra ayrıca bilgilendirme yapmasına gerek kalmaksızın failin istediği zaman işleyebilecek şekilde fiile ilişkin önemli hatların ortaya konulması gerekir. Bu durumda artık fiilin yeterli bir şekilde somutlaştırılmasından bahsedilebilir.¹²⁰² Fiilin somutlaştırılmasına ilişkin belirsizlik durumunda fail zaten istenilen şekilde fiili işleyemez. Bu ölçüt, sadece fiil planının failin kişiliğinde asgari somutlaştırılmasıyla bağlantılı olarak değil; en azından azmettirme fiilinin dışsal (nesnel) anlamda gerçekleştirilmesi aşamasının belirlenmesi için önemli bir ölçüttür. Zira objektif olarak dış aleme yansıyan azmettirme fiilinin işlenmesiyle fiilin haksızlığı gerçekleşmiş olur.¹²⁰³

ölçütünün cezalandırılabilirlik eşiğinden bir sapma olduğunu ileri süren görüş için bkz. **Camargo**, s. 742. Doktrinde baskın görüşün somutlaştırmanın azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ilişkin bir husus olduğu hakkında bkz. **Camargo**, s. 748.

¹¹⁹⁸ **Kühl**, AT, §20, kn. 249; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹¹⁹⁹ **OLG Hamm**, 1991 (*amtlicher Leitsatz*).

¹²⁰⁰ Bkz. aktaran **Schönke/Schröder**, §30, kn. 5.

¹²⁰¹ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹²⁰² **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 496.

¹²⁰³ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495.

AFM, hazırlık aşamasında kalan azmettirme ile cezalandırılabilir azmettirme arasındaki sınırı belirlemeye yönelik verdiği kararlarında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması için fiilin somutlaştırılması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁰⁴ AFM'nin fiilin somutlaştırılmasına ilişkin ortaya koyduğu ölçüte içtihatlarda sıklıkla vurgu yapılmış ve ölçüt azmettirmeye teşebbüsün icrasının tespiti bakımından günümüzde hala göz önünde bulundurulmaktadır.¹²⁰⁵

Aschaffenburg Eyalet Mahkemesi'nin kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten beş yıl hapis cezasını verdiği ve 24.01.2012 tarihinde AFM'nin onadığı kararda somutlaştırma ölçütünden hareketle azmettirmeye teşebbüsün hazırlık-icra sınırını üzerinde durulmuştur. Karara konu olayda, eski kocası D'ye bir süredir kin besleyen sanık, 2009 yılında D'ye silahla saldırdığı için bir yıl hapis cezası almış ve psikiyatri kliniğinde tutulmuştur. D, yargılama sürecinde verdiği ifadeleriyle karısı hakkında ağır ithamlarda bulunmuştur. Ağustos 2011 yılında beliri olmayan bir tarihte sanık, eşinin yargılamada yalan beyanda bulunduğunu ve arkadaşı I'dan kendisini tanıdıklarından birilerine yönlendirmesini ister. I, aynı gün sanığı Ö ve K ile tanıştırmak ve bulundukları yerdeki güneyde kalan tren istasyonunun yakınlarındaki yeşil alanda bir buluşma gerçekleştirir. Sanık, Ö ve K'ya D'yi öldürmeleri için 2000 avro teklif eder ve avans olarak yarısını verir. Paranın geri kalanını iş bittikten sonra vereceğini söyler. İlk buluşmada detaylara ilişkin gerekli açıklamaları bir sonraki buluşmada yapılacağı üzerinde anlaşılır. Sanığın teklifini gerçekleştirme niyetinde olmayan Ö ve K, geri kalan parayı almak için teklifi kabul etmiş gibi görünürler ve avans olarak aldıkları parayı çeşitli barlarda harcarlar. Sanık, eşi D'yi tanıyan I'ya Türkiye'de kendisi için bir tatilini karşılayacağını söylese de, I bu teklifi kabul etmez ve 3.10.2011 tarihinde sanığı geri kalan parayı Ö ve K'ya vermesi konusunda ikna etmek için bunu kaydederek aleyhine delil toplamak için evine çağırır. Sanık, kayda alınmasından habersiz Ö'nün yanında öldürme teklifini yineler ve geri kalan parayı vermeyi

¹²⁰⁴ **BGH** Urteil vom 02.09.1969-1 StR 280/69; **BGH** Urteil vom 27.7.1951-1 StR 3/51.

¹²⁰⁵ **OLG Hamm** 1991; **BGH** Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97; **BGH**, Urteil vom 14.06.2005, 1 StR 503/04; **BGH**, Urteil vom 14.06.2005, 1 StR 503/04; **BGH**, Urteil vom 5. 2. 2013, 1 StR 405/12.

reddeder. I, daha sonra D'nin tam adresini sanık tarafından kendisine verilen zarf üzerine not alır. Eve dönüş yolunda Ö, gizlice kayda aldığı konusunda sanığa bilgi verir ve daha sonra onu ihbar eder. Sanık, kayıtta geçen “yap şunu” sözlerini kabul eder. Aynı gece yapılan rutin polis kontrolünde esasında polis tarafından görevlendirilen Ö'nün kimliği açığa çıkar. AFM, ilk buluşmada sanığın hareketlerinin azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketleri aşamasında kalıp kalmadığı üzerinde durmuş ve azmettirmeye teşebbüsün icrasının başladığı sonucuna varmıştır. Tanık olarak dinlenen I'nın verdiği bilgilerden hareketle, daha ilk buluşmada sanığın öldürmeye azmettirmeye teşebbüs ettiğini ve bu yönde kanıtlar olduğunu kabul eden AFM'ye göre; sanık, Ö ve K'dan D'yi öldürmelerini istemiş, 2000 avro teklif etmiş ve yarısını avans vermiştir. Sanığın eski kocasının güncel adresini ve detayları bir sonraki görüşmede vereceğini söylemesi bu hareketlerin icra hareketi olmasını değiştirmez. Sanığın da bildiği gibi I, D'yi hem ismen hem de görünüş itibarıyla tanımaktadır. Bu yüzden Ö ve K, I vasıtasıyla D'ye ulaşabilirler. Azmettirenin kastı kapsamındaki fiil ve faile ilişkin somutlaştırma ilk buluşmada gerçekleşmiştir. Detaylar için yapılması planlanan ikinci buluşmayı beklemeye gerek yoktur. Bu gerekçelerden hareketle AFM, azmettirmeye teşebbüsün icrasının daha sonraki bir buluşmada başladığı ve ilk buluşmada işlenen hareketlerin hazırlık aşamasında kaldığı yönündeki itirazları reddetmiş ve kararı onamıştır.¹²⁰⁶

AFM'nin yeni tarihli (8.05.2019) bir kararına konu bir olayda A, boşandığı eski eşini öldürmesi için bir tetikçi tutmaya karar verir. Kendisini tanımadığı, ancak bu işi yerine getirebileceğini duyduğu M ile konuşur ve kendisine nakit 50.000 avro teklif eder. A'nın tanımadığı M, gerçekten polis tarafından kendisine güvenilen bir kişidir. M, A tarafından azmettirilmeden önce polis memuru ile detaylı olarak görüşmek ister. İki gün sonra A'yı arar ve onunla bir buluşma ayarlar. İlk buluşmada A'dan ilk ödemeyi yapmak üzere parayı getirmesini ister. M, “S” adıyla anılmak üzere fiili işleyebilmek için gizli soruşturmacı olma başvurusunda bulunur. Gizli soruşturmacı

¹²⁰⁶ LG Aschaffenburg; **BGH** Urteil vom 24.10.2012-2 StR 485/12.

S, E'nin öldürülmesi için A ile 40.000 avro üzerinde anlaşır ve ilk buluşmada A, S'ye 5.000 avro vermek ister. Buna göre S, E'yi çalıştığı dükkandan ayrıldığı zaman vuracak ve fiili işlediği an bunu A'ya bildirecektir. Parayı ödeyememesi halinde A, S'ye bir arkadaşının ona borç vereceğini garanti eder. A, arkadaşını telefonla aradığında S şüphelenir; çünkü arkadaş borcu kabul etmemiştir. A, yine de S'ye paranın güvenli bir şekilde elinde olacağını söyler. A, S'nin fiili işlemede başarılı olacağı konusunda ikna olmuştur. A, ertesi gün eski eşinin dükkanına gittiğinde dükkanın kapalı olduğunu görür. E'nin hastanede olabileceğini düşünür. Aslında polis ihtiyaten E'yi emniyet altına almıştır. E, hastanede olduğu için A, durumu S'ye bildirir ve fiilin dükkanın olduğu yerde işlenmesinin mümkün olmadığını söyler. Ayrıca arkadaşından borç para alabileceğini ancak bunun için birkaç hafta beklemesi gerektiğini söyler. S, A'ya fiilin işlenmesini isteyip istemediğini tekrar sorduğunda; A, E'yi arabasında onu “patates torbası” olarak görmek istediğini ve bundan emin olduğunu söyler. Ancak A, kısa bir süre sonra yakalanır. Eyalet mahkemesi A'yı karısını öldürmeye azmettirmeye teşebbüsten altı yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Fiilin yeterince somutlaştırılmadığı için azmettirmeye teşebbüsün icrasının başlamadığından hareketle kararı bozan AFM'ye göre, azmettirmeye teşebbüste cezalandırılmaz hazırlık hareketi ile cezalandırılabilir ve kesin surette ortaya konulan azmettirme fiilinin ayırt edilmesi gerekir. A'nın azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için fiil öyle somutlaştırılmalıdır ki azmettirenin gelebilecek başka desteğe bundan sonra gerek olmaksızın failin bu fiili istediği anda işleyebilmesi gerekir. Azmettirmeye teşebbüsün icra başlangıcının tespitinde failin azmettirenin etki alanından çıkıp çıkmadığı ve bundan sonra her an tek başına fiili işleyebilip işleyemeyeceğinin irdelenmesi gerekir. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi hukuksal değerlere yönelik başlatılan tehlikedir. Azmettiren hukuksal değerleri tehlikeye sokacak şekilde başlatılan kriminal haksızlığı elden çıkardığı zaman, bundan sonra artık azmettirenin desteğine gerek kalmaksızın failin fiili tamamlamasına kadar ilerleyebilmesi gerekir. AFM'ye göre, fiilin işlenmesi konusunda kararlaştırılan paraya (olayda krediye) ilişkin azmettiren ile fail arasında kayıtsız bir anlaşmanın ortaya konulması ve bu konuda bir çekincenin olmaması gerekir. Olayda bu

gerçekleşmediği gibi S, telefon konuşmasında fiili işleyebileceğine dair A'dan bir başlama sinyali almadığından kesin ve somutlaştırılmış bir fiil kararından ve nedensellik sürecinin elden çıkarılmasından bahsedilemez. Fiilin somutlaştırılmasına ilişkin belirsizlikler olduğu için A'nın S'ye fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının başladığı kesin olarak söylenemez.¹²⁰⁷ Karardan anlaşıldığı kadarıyla azmettirenin fiilin her yönünü hatta fiilin işlenmesine ilişkin detayları yeterince somutlaştırması gerekir; aksi halde nedensellik sürecinin elden çıkarılmasından ve azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasına başlamadan bahsedilemez. Kanaatimizce, olayda azmettiren fiilin işlenmesi yönündeki iradesini hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde genel hatlarıyla ortaya koymuştur. Fiilin işlenmesini kesin olarak isteyip istemediği son kez A'ya sorulmuş ve A da bundan emin olduğunu açıkça belirtmiştir. Fiilin işlenmesine yönelik A'nın iknaya yönelik çabaları azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik eşiğini geçmiştir. Fiil elden çıkartılarak olay üzerinde hakimiyet kaybı gerçekleşmiştir. Fail bundan sonra azmettiren A'nın hiçbir desteği olmadan fiili tamamlama aşamasına kadar götürmek üzere her an işleyebilir durumdadır. Ayrıca fiilin işlenmesi için faile sağlanacak kredi, para gibi menfaatler azmettirmeye teşebbüsün icra başlangıcının tespitinde belirleyici unsurlar değildir.

Bosch, olayda A'nın S'ye fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlayıp başlamadığı tam olarak anlaşılmamakla birlikte A'nın, S'ye E'nin öldürülmesine ilişkin telefonla fiili işlemesi için başlama sinyali verdiği anda olayı elinden çıkardığının kabul edilebileceğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, AFM önceki kararlarında işlenecek fiil için ödenecek ücretlerin ve anlaşmaya varılan avansın ödenmesi konusunda askıda kalan anlaşmanın koşulsuz olarak fiilin işlenmesine neden olmasının gerçekleşmesine engel olmadığını vurgulamıştır. Olayda azmettirmeye teşebbüsün başlangıcı hakimiyet kaybına dayandırılabilir; çünkü A, S'den fiili

¹²⁰⁷ **BGH**, Urteil vom 8. 5. 2019-1 StR 76/18, karar için bkz. **Eisele**, versuchte Anstiftung, s. 1028; <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/19/1-76-19.pdf> (13.09.2021).

işlemeden önce krediyi onaylamasını istemiş ve kendisine sorulduğunda karısının kesinlikle ölmesi gerektiğini ve S'nin ona güvenebileceğini açıklamıştı. Bu şekilde A'nın S'yi etkilemeyi başararak kontrol kaybı gerçekleşmiş ve tehlikeli hal ortaya çıkmıştır.¹²⁰⁸

Azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasının tespiti bakımından içtihatlarda kabul edilen “işlenmesi istenilen fiil öyle somutlaştırılmalıdır ki azmettiren den gelebilecek başka bir desteğe bundan sonra gerek olmaksızın failin bu fiili istediği anda işleyebilmesi gerekir” şeklinde ifade edilen somutlaştırma ölçütü doktrinde eleştirilmiştir.¹²⁰⁹

Zaczyk, somutlaştırma ölçütünün tehlike değerlendirmesi bakımından hiçbir anlam ifade etmediğini ve fiilin işlenmesi tehlikesinin azmettirenin düşüncesindeki fiilin somutlaştırılması ile doğrudan yükseltilmiş olmadığını ileri sürmüştür.¹²¹⁰

Camargo, faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının tespitinde teşebbüsteki gibi doğrudan doğruya başlama ölçütünün kullanılmasından tamamen vazgeçilmesinin ya da azmettirmenin teşebbüse başlama ölçütü olarak etkilemenin başlaması değil, fiilin kendisinin somutlaştırılmasının ölçüt olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, fiilin somutlaştırılmasının ancak azmettiren aracılığıyla hukuksal değer tehlikeye sokulması anı olarak anlaşılması durumunda, bu ölçütün suça teşebbüse ilişkin kurallara aykırılık teşkil etmediği söylenebilir.¹²¹¹

¹²⁰⁸ Karar ve değerlendirmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bosch**, s. 1120. Ayrıca bkz. **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093a; **Camargo**, s. 744; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1; **Joecks**, §30, kn. 29.

¹²⁰⁹ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 494; **Kühl**, AT, §20, kn. 249; Detaylı bilgi için bkz. **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 9; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Fischer**, §30, kn. 9a; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92; **Graul**, s. 248; Bkz. **Schönke/Schröder**, §30, kn. 5; **Putzke**, s. 1087. Bkz. **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 32; **Bosch**, s. 1120; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1; **Joecks**, §30, kn. 35, s. 1308; **Putzke**, s. 1087; **Kudlich**, Rücktritt, s. 91-93.

¹²¹⁰ Bkz. aktaran **Camargo**, s. 747-748.

¹²¹¹ **Camargo**, s. 747.

Hoyer, faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının tespiti için içtihatlarda kabul edilen somutlaştırma ölçütünün azmettirmeye yönelik açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, faili iknaya yönelik azmettirme çabaları kapsamında yapılan azmettirme açıklamasının yapılmasıyla azmettirenin artık fiili somutlaştırması gerektiğinden bahsetmeye gerek yoktur. Azmettirme açıklamasının yapılması zaten fiilin somutlaştırılmış olması gereğini ifade eder.¹²¹²

Sonuç olarak; AFM ikinci görüşü kabul etmekte ve olay üzerindeki kontrol/hakimiyet kaybının tehlikeliliğini fiilin yeterince somutlaştırılması gibi farklı bir sebebe dayandırarak baskın görüşten yana hareket etmektedir.¹²¹³ Fiilin somutlaştırılması azmettirenin kastının belirliliğine ilişkin bir mesele olup, AFM bu belirliliği faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Somutlaştırmanın anlam ve kapsamı azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliği konusunda kastın belirliliği çerçevesinde ele alınacaktır.

(b) AFM'nin Mektup Olayı Kararı

AFM'nin yalan yere yemin suçuna azmettirmeye teşebbüsten hüküm kurduğu mektup olayı kararına konu olayda tutuklu olan A, bir sonraki duruşmasında tanık olarak dinlenecek olan T'ye bir mektup yazıp yalan yere yemin etmesini ister. Yalan yere yemin suçuna azmettirmeyi içeren mektubu hüccresinin penceresinden T'ye atmak isterken mektup avluya düşer ve cezaevi personellerinden biri tarafından bulunan mektuba el konulur. AFM, verdiği kararda azmettirme açıklamasını içeren mektubun pencereden atılmasıyla azmettirenin nedensellik süreci üzerinde kontrol kaybı yaşamak suretiyle hukuksal değerleri tehlikeye soktuğunu kabul etmiştir. AFM'ye göre, asıl fiil tamamlanana kadar artık katkısı olmadan olayın azmettirenin elinden

¹²¹² Bkz. aktaran **Camargo**, s. 745-746. *Hoyer*'in bu görüşünün AFM'nin aşağıda ele alınacak olan meşhur **Mektup Olayı Kararı (Brieffall-Entscheidung)** ile ortaya koyduğu gerekçenin temelinde çok açık olmadığı hakkında bkz. **Camargo**, s. 746.

¹²¹³ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **BGHSt** 8, 261 Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Camargo**, s. 746.

çıkmiş durumdadır. Azmettirmenin işlenmesiyle azmettiren artık üzerinde hâkim olunamaz tehlikeye yol açan fiili işlemeyi başarmış durumdadır.¹²¹⁴ AFM, mektubun duvardan atılmasıyla azmettiren tarafından somutlaştırılan fiile azmettirmenin teşebbüsün başladığını ve failin ilgili suç hakkında her an bilgiyi edinebilme imkanını elde etmesi anından itibaren azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik eşiğinin aşılmış olduğunu ileri sürmüştür.¹²¹⁵ AFM, bu kararda mektubun atılmasıyla yani azmettirme açıklamasının yapılmasıyla azmettirmeye teşebbüsün başladığını ifade ederek yukarıda bahsi geçen ikinci görüşten yana kanaat oluşturmuştur.¹²¹⁶

Doktrinde AFM'nin söz konusu mektup olayına ilişkin verdiği karara yönelik lehe ve aleyhe görüşler ileri sürülmüştür.

Azmettirme açıklamasının faile ulaşması gerektiğini kabul eden birinci görüş, azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilirlik sınırının mektubun duvardan atılmasıyla değil, azmettirme açıklamasının faile ulaşmasıyla hatta failin azmettirenin mektuptaki azmettirme açıklaması hakkında bilgi sahibi olmasıyla başladığını ve mektubun faile ulaşmasıyla hukuksal değerlere yönelik tehlikenin gerçekleştiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, olayda faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası henüz başlamadığından ve hukuksal değerlere yönelik tehlike gerçekleşmediğinden azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilemez.¹²¹⁷ Olayda mektup muhatabına ulaşmadığından ve objektif tehlikelilik gerçekleşmediğinden mektupta azmettirmeye yönelik yazılı açıklamalar ACK md.30/f.1 bakımından tipik değildir.¹²¹⁸ Buna göre, mektubun pencereden atılması azmettirmeye teşebbüsün

¹²¹⁴ BGHSt 8, 261, karar için bkz. **Murmann**, §28, kn. 19; **Schröder**, s. 290; **Rengier**, AT, §47 kn. 22; **Kühl**, AT, §20, kn. 244; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 546; **Rogall**, s. 876; **Kretschmer**, s. 401; **BGH**, NStZ, 1998, 347. Benzer yönde kararlar için bkz. **BGHSt** 50, 142; **BGHSt** 44, 99, 103; LG Traunstein; **BGH**, Urteil vom 5.2.2013-1 StR 405/12; **BGH**, Urteil vom 5.2.2013-1 StR 405/12: Versuchte Anstiftung zum Mord", NStZ 2013, s. 334).

¹²¹⁵ Karar için bkz. **Roxin**, AT II, §28, kn. 11; **Camargo**, s. 746.

¹²¹⁶ BGHSt 8, 261 Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Camargo**, s. 746.

¹²¹⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 11; **Camargo**, s. 746; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 7.

¹²¹⁸ **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 546.

hazırlığı niteliğinde bir harekettir. Azmettirmeye teşebbüs mektubun faile ulaşması ve failin bu husustaki açıklamaları öğrenmesiyle başlar.

Bloy, azmettirme fiilinin doğrudan doğruya icrasına başlanması için azmettirme açıklamasının faile ulaşması gerektiğini; ancak bu olayda azmettirme açıklaması faile ulaşmadığı için azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmayacağını ve faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlamasından bahsedilebilmesi için azmettirme açıklamasının azmettirenin hakimiyet alanını terk etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, hakimiyet kaybının gerçekleşmesi azmettirme açıklamasının faile ulaşmış olmasına bağlıdır. Hukuksal değerlerin yeterince tehlikeye girmesi ve bu tehlikenin cezalandırmaya layık olabilmesi için failin azmettirme açıklaması hakkında bilgi edinmiş olması gerekir. Dolayısıyla azmettirme açıklamasının yapılmasından itibaren değil, bu açıklamanın faile ulaşmış olması anından itibaren azmettiren olay üzerindeki hakimiyetini terk etmiş olur.¹²¹⁹

Azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekmediğini kabul eden ikinci görüş, azmettirmeye yönelik mektuptaki açıklamaların yapılmasını yeterli görerek mektubun faile ulaşmasını aramamaktadır. Buna göre, mektubun atılmasıyla azmettiren olay üzerindeki kontrolünü kaybetmiştir. Bu itibarla mektubun pencereden atılmasıyla faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası yani azmettirmeye teşebbüs başlamış olup, azmettirme açıklamasının faile ulaşması gerekmemektedir.¹²²⁰ Bu görüşte mektubun duvardan atılması azmettirmeye teşebbüste icra hareketi niteliğindedir. Mektubu yazmak gibi mektubu pencereden atmadan önceki hareketler hazırlık hareketi niteliğindedir. Mektubun pencereden atılmasıyla hukuksal değerlere yönelik tehlike başlamıştır. Gerçekleşen tehlikenin cezalandırılabilmesi için failin fiilin icrasına başlamasını beklememek gerekir.

¹²¹⁹ **Thalheimer**, s. 39.

¹²²⁰ **Murmann**, §28, kn. 19; **Schröder**, s. 290; **Rengier**, AT, §47 kn. 22; **Kühl**, AT, §20, kn. 244. **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 551; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 546; **Rogall**, s. 876; **Kretschmer**, s. 401; **BGH**, NStZ, 1998, 347.

Roxin, mektup olayına ilişkin karardan hareketle azmettirmeye teşebbüsün icra başlangıcını ACK md.30/f.1'in lafzi ve amaçsal olarak yorumlanması çerçevesinde şu şekilde izah eder: Lafzi yoruma göre, kanun metninde azmettirmeye teşebbüs kavramı azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasını ifade etmek için kullanılmıştır. Mektup olayında azmettirmeye teşebbüsün icra başlangıcı mektubun hapishane penceresinden atıldığı andır. Azmettiren mektubu serbest bırakmakla elinden geleni yapmış ve azmettirmeye yönelik mektupta yazdığı açıklamaları hakimiyet alanından çıkarmıştır. Bu hususta azmettirenin elinden geleni yapması yeterli olup, azmettirme başarıya ulaşmıştır. Amaçsal yoruma göre, azmettiren mektubu atmakla fiilin gerçekleşmesini beklemeksizin üzerinde artık hâkim olamayacağı bir nedensellik sürecini başlatmıştır.¹²²¹

Thalheimer, kanun metninin amaçsal yorumuyla, azmettirenin tehdit altına giren hukuksal değere yönelik ve artık üzerinde hakimiyetini sağlayamayacağı nedensellik sürecinin elinden çıkardığını ileri sürmüştür. *Yazara* göre, azmettirenin örneğin mektubu posta kutusuna atmasıyla veya postacının mektubu alıcıya postalamasıyla yani mektubun postacının egemenlik alanına girmesiyle cezalandırılabilir alanına girilmiştir; çünkü azmettiren mektubun faile ulaşmasını engellemek adına artık muktedir değildir. Bu itibarla, azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması yönünde AFM'nin mektup olayına ilişkin kararı yerinde bir karardır. Azmettirmeye yönelik açıklamaları içeren mektubun hapishane penceresinden atılmasıyla faili azmettirme yönündeki mesaj azmettirenin etki alanından artık çıkmış ve kriminal nedensel süreç başlamıştır. Böylece azmettirmeye teşebbüsün icrası başlamıştır. Her ne kadar mektup alıcıya ulaşmaz ve hapishane görevlilerinden biri tarafından mektuba el konulsa bile burada azmettirme türlerinden başarısız azmettirme gerçekleşmiştir.¹²²²

¹²²¹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 12.

¹²²² **Thalheimer**, s. 40, 41.

(3) Kanaatimiz

Alman hukukunda mektubun hapisane penceresinden atılması olayında olduğu gibi bir araç veya kişi vasıtasıyla gerçekleşen azmettirmede faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının tespiti iki görüş çerçevesinde tartışılmıştır. Azınlıkta kalan birinci görüşe göre, azmettirmeye teşebbüste faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının başlaması için azmettirme açıklamasının azmettirene ulaşması gerekir. Baskın olan ikinci görüşe göre, azmettirme açıklamasının yapılmasıyla faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası başlamıştır. İcranın başlaması için azmettirme açıklamasının faile ulaşmasına gerek yoktur. Azmettirmeye yönelik açıklamalarla olayın bundan sonraki seyri azmettirenin hakimiyetinden çıkmıştır. Azmettiren bu ana kadar elinden geleni yapmıştır. Mektup olayında olduğu gibi içtihatlarda bu görüş benimsenmiştir. Azmettirme açıklamasını içeren mektubun pencereden atılmış olması azmettirmeye teşebbüsün başlaması için yeterlidir. Bu andan itibaren azmettiren suçun işlenmesine olan katkısını gerçekleştirmiş ve asıl fiilin her an işlenebilme tehlikesine yol açmıştır. Azmettiren mektubu duvardan atmakla kriminal nitelikte nedensel bir süreci başlatmış ve olayı elinden çıkarmakla olay üzerindeki hakimiyet kaybını yaşamıştır. Ancak içtihatlarda faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası için fiilin yeterince somutlaştırılması gerektiği kabul edilmiştir. Fiilin yeterince somutlaştırılarak ortaya konulmasıyla azmettiren olay üzerinde hakimiyet kaybı yaşar ve tehlikeli kriminal nedensel süreci başlatmış olur. Hakimiyet kaybının gerçekleşmesi somutlaştırma ölçütünde hareketle ele alınmaktadır. Fiil öyle somutlaştırılmalıdır ki, fiilin istenilen şekilde ve zamanda işlenebilmesi ve failde fiilin işlenişi bakımından hiçbir şekilde tereddüdün olmaması gerekir.

Azmettirmeye teşebbüste faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının tespitine ilişkin doktrinde ileri sürülen ve içtihatlarda başka bir bağlamda da olsa kabul edilen ikinci görüş daha isabetli görünmektedir; çünkü azmettirmeye yönelik açıklamalarını ortaya koymakla azmettiren elinden geleni yapmış ve başlattığı kriminal nedensellik süreciyle önemli hukuksal değerlere yönelik tehlikeye yol açmıştır. Olay azmettirenin hakimiyet alanından çıkmış ve üçüncü bir

kimsenin alanına dahil olmuştur. Fiilin işlenip işlenmemesi artık üçüncü kişinin kararına terk edilerek failin her an fiili işleyebilme tehlikesine sebep olunmuştur. Bu itibarla, bu görüş azmettirmenin başlı başına bir haksızlık teşkil ettiği şeklindeki temellendirmeye de uygundur.

2. Fiilin Cürüm Niteliğinde Olması

Alman hukukunda suçlar cürüm (*Verbrechen*) ve cünha (*Vergehen*) şeklinde ayrılmıştır. Bu ayırım ACK md.12’de düzenlenmiştir. Birinci fıkra “*alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası tehdidi altına alınmış hukuka aykırı fiiller*” cürüm olarak, ikinci fıkra “*alt sınırı bir yıldan az hapis cezası veya para cezası tehdidi altına alınmış hukuka aykırı fiiller*” cünha olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkra ise “*genel kısımdaki hükümler gereğince veya çok ağır veya hafif haller için cezada yapılması öngörülen artırım veya indirimlerin*” bu ayırım bakımından dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir.¹²²³

Fiilin cürüm veya cünha olduğu tespit edilirken öncelikle ACK md.12/f.1’in dikkate alınması gerekir. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasının göz ardı edilmemesi gerekir. İlgili fiile ilişkin tipiklikte cezada yapılacak olan indirim veya artırımdan sonra fiil cürüm niteliğini kazanabilir. ACK md.12/f.3 çerçevesinde indirim veya artırımlar dikkate alınmadan fiilin birinci fıkra göre cünha olarak kabul edilmesi gerekebilir. Söz konusu indirim veya artırımlar sonrası fiil, cürüm niteliğini kazansa dahi bu indirim veya artırımlar dikkate alınmadan fiilin cürüm veya cünha olup olmadığı tespit edilmelidir.¹²²⁴

Azmettirmeye teşebbüsün cürümlerde uygulanabileceği ACK md.30/f.1’de açıkça belirtilmiştir.¹²²⁵ Hükmün hem birinci hem de ikinci fıkrasında cezalandırılan

¹²²³ **Baumann/Weber**, AT, s. 391; **Bohlender**, German Criminal Law, s. 29.

¹²²⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 548.

¹²²⁵ **Kindhäuser**, AT, §43, kn. 1; **Dräger/Rumpf-Rometsch**, Fälle-AT, Fall: 30, kn. 2. Asıl fiilin cürüm niteliğinde olması unsurunun ACK eski md.49a için de kabul edildiği hakkında bkz. **Busch**, Gesichte des 49a StGB, s. 61-66-68.

fiiller cürüm niteliğindeki belirli fiillerin işlenmesini ilgilendirmektedir.¹²²⁶ Bu durumda kural olarak cünhalarda ACK md.30/f.1 uygulanabilir değildir.¹²²⁷ Bu, kanun koyucunun ağır (ciddi) suçlarda azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmak isteğinin bir göstergesidir.¹²²⁸ Asıl fiilin cürüm niteliğinde olması, ağır hukuksal değer ihlalinin gerçekleşmiş olması gerektiğini ifade etmekte ve azmettirme fiilinin cezalandırmaya layık olmasını temin edecek düzeyde bir görev ifa etmektedir. Böylece ön alanda gerçekleşen bazı tehlikeli hazırlık hareketlerinin hukuksal değerlere yönelik ağır saldırısını engellenmiş olur.¹²²⁹

İçtihatlarda ACK md.30/f.1 hükmüyle uyumlu hareket edilerek azmettirmeye teşebbüsün sadece cürümlerde cezalandırılabilmesine vurgu yapılmıştır.¹²³⁰

Azmettirmeye teşebbüsün konusunun münhasıran cürüm niteliğindeki fiillerle bağlantısı hukuksal değer ihlali ile ilişkilidir. Hukuksal değer ne kadar yüksek bir değere sahipse, ihlal ile ortaya çıkan haksızlık da o derecede gerçekleşir. Bundan hareketle, cezai sınırlar yükseltilerek, tüm suçlarda değil hükmün sadece belli ağırlıktaki fiillerde uygulanabilir olduğu açıkça kabul edilmiştir.¹²³¹

Azmettirmeye teşebbüsün konusu cürüm olabileceği gibi cürme azmettirme de olabilir. ACK md.30/f.1 kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüs açıkça

¹²²⁶ **Fischer**, §30, kn. 3.

¹²²⁷ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 9; **Joecks**, §30, kn. 14; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 171, s. 261; **Hilgendorf/Valerius**, AT, §10, kn. 122; **Kühl**, AT, §20, kn. 246; **Kleszczewski**, AT, §7, kn. 824; **Murmann**, §28, kn. 6, s. 385; **Bohlander**, German Criminal Law, s. 28, 176; **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 33; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **Kudlich**, AT, Fall: 310, s. 292; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1093, 1093a; **Köhler**, AT, 9. Kapitel, s. 546; **Eser**, II, §47, (Zum Problem Stellung), s. 205, 207; **Dessecker**, s. 551. Bu unsurun ACK md.30/f.2'de cezalandırılan iştirake teşebbüsün diğer halleri için de geçerli olduğu hakkında bkz. **Joecks**, §30, kn. 42; **Joecks/Jäger**, §30, kn. 8; **Schröder**, s. 290; **Sax**, s. 958; **Rengier**, AT, §47 kn. 1; **Krey/Eser**, AT, §48, kn. 1334.

¹²²⁸ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 548.

¹²²⁹ **Rogall**, s. 879.

¹²³⁰ **BGH**, Urteil vom 14.08.2012-3 StR 252/12 (LG Düsseldorf).

¹²³¹ **Thalheimer**, s. 43.

cezalandırıldığı için azmettirmenin konusunu başka bir azmettirme fiili teşkil edebilir.¹²³²

Her ne kadar azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün sadece cürümlerde geçerli olduğu kanunda açıkça belirtilse de istisnaları ACK'nın özel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs (*Versuch der Anstiftung zur Falschaussage*) bu suç tiplerinden birisidir (ACK md.159). Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs, cünha niteliğinde olmasına rağmen özel bir suç tipiyle bağımsız cezalandırılmıştır.¹²³³ İstisnai de olsa cünhalara azmettirmeye teşebbüsün cezalandırma gerekçesi cürüm niteliğindeki fiillerdeki gibi tehlikeliliğe dayandırılır.¹²³⁴

ACK md.159'a göre, *yemin etmeksizin yalan beyanda bulunma suçuna (ACK md.153)*¹²³⁵ ve *yemin yerine geçen gerçek dışı temin etme suçuna (ACK md.156)*¹²³⁶

¹²³² Schönke/Schröder, §30, kn. 3.

¹²³³ Johannes Wessels/Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 39. Auflage, Heidelberg 2015, §17, kn. 780; Baumann/Weber, AT, s. 591; Schönke/Schröder, §30, kn. 9; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, §75, kn. 90; Gössel/Dölling, BT I, §69, kn. 32; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besondere Teil I*, 8. Auflage, Bonn 2017, §48, kn. 1; Yener Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, 3. bs., Ankara 2012, s. 222. Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüsün objektif ve sübjektif tipikliğe ilişkin yapısal inceleme hakkında detaylı bilgi için bkz. Gössel/Dölling, BT I, §69, kn. 32; Dölling/Duttge/König/Rössner, §159, kn. 4-9; Rengier, BT II, §49, kn. 61; Jörg Eisele, *Strafrecht-Besonderer Teil I*, 3. Auflage, Stuttgart 2014, §160, kn. 1428, 1429; Gössel/Dölling, BT I, §69, kn. 36; Kindhäuser, BT I, §48, kn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, §75, kn. 93; Dölling/Duttge/König/Rössner, §159, kn. 7, 9. Gerçek dışı beyanda bulunmanın doğrudan doğruya icrasına başlama problemi için bkz. Vormbaum, *Versuchte Beteiligung*, s. 175-176. Hükmün tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Sickor, s. 292-295; Vormbaum, *Versuchte Beteiligung*, s. 170-172. Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin doktrinde yapılan eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, §75, kn. 88; Arzt/Weber/Heinrich/Hingeldorf, BT, §47, kn. 134, 136; Gössel/Dölling, BT I, kn. 32, 36; Reniger, BT II, §49, kn. 64; Dölling/Duttge/König/Rössner, §159, kn. 1, 2, s. 990, 991; Kindhäuser, BT I, §48, kn. 6; Ünver, *Adliye*, s. 221; Eisele, BT I, §160, kn. 1425.

¹²³⁴ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, §75, kn. 89. Baskın görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. Kindhäuser, BT I, §48, kn. 4; Dölling/Duttge/König/Rössner, §159, kn. 6.

¹²³⁵ ACK md.153/f.1: "Her kim, mahkeme huzurunda veya yemin ettirerek tanık veya bilirkişi ifadesi almaya kanunen yetkili olan bir merci önünde, tanık veya bilirkişi sıfatı ile yemin etmeden, gerçeğe aykırı ifade verirse, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Kanun metninin çevirisi için bkz. Yenisey/Plagemann, s. 254-255.

¹²³⁶ ACK md.156: "Her kim, yemin yerine geçen temin ettirme yetkisine sahip olan bir makamın önünde, böyle bir temini, gerçeğe aykırı olarak verir veya böyle bir temine dayanarak

*azmettirmeye teşebbüs hakkında otuzuncu maddenin birinci fıkrası ve otuz birinci maddenin birinci fıkrasının bir numaralı bendi ve ikinci fıkrası kıyasen uygulanır.*¹²³⁷

Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs suçu, cünha niteliğinde olan ve ACK md.153'te düzenlenen yemin etmeksizin gerçek dışı beyanda bulunma ve ACK md.156'da düzenlenen yemin yerine geçen gerçek dışı temin etme suçlarının genişletilmiş hali olarak nitelendirilir.¹²³⁸ ACK md.153 ve 156'daki fiiller cünha niteliğinde fiiller olduğu için azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün konusu olamazlar ve bu fiillerin azmettirmeye teşebbüs çerçevesinde cezalandırılması kural olarak mümkün değildir.¹²³⁹

Kriminal politik gerekçelerden dolayı azmettirmeye teşebbüs ve gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs hükümlerinin hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı kuralının istisnaları olarak düzenlendiği kabul edilmektedir.¹²⁴⁰

Cünha niteliğindeki bu fiillere teşebbüsün mümkün olmaması meselenin başka bir yönüdür. Ancak cürümlere teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu kuralı karşısında, ACK md.153 ve md.156'daki fiillere teşebbüs cezalandırılmaz fiillerdir.¹²⁴¹ Bir başka

gerçeğe aykırı bir ifade verirse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Kanun metninin çevirisi için bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 256.

¹²³⁷ **Gössel/Dölling**, BT I, §69, kn. 32, 34; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §75, kn. 95; **Kindhäuser**, BT I, §48, kn. 1; Neslihan **Göktürk**, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, *GÜHFD*, C. XX, S. 1, 2016, s. 398; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §159, kn. 13; **Sickor**, s. 284; **Gössel/Dölling**, BT I, §69, kn. 36.

¹²³⁸ **Günther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hingeldorf**, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bielefeld 2009, §47, kn. 134; **Wessels/Hettinger**, BT I, §17, kn. 780; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §159, kn. 1; **Kindhäuser**, BT I, §48, kn. 5; **Sickor**, s. 284, 312. Ancak, azmettirmeye teşebbüsün özel bir görünüm şekli olan ACK md.159 ile md.153 ve md.156 arasında asli-tali norm ilişkisi vardır. Yani ACK md.159, bu hükümler karşısında tali niteliktedir. Bkz. **Arzt/Weber/Heinrich/Hingeldorf**, BT, §47, kn. 140. Gerçek dışı beyanda bulunma tamamlandığında azmettiren gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeden sorumlu olur. Yani ACK md.159 geri çekilir, çünkü burada başarılı bir azmettirme durumu söz konusudur. Bkz. **Reniger**, BT II, §49, kn. 61; **Eisele**, BT I, §160, kn. 1425; **Sickor**, s. 291, s. 300, 301.

¹²³⁹ **Sickor**, s. 284; **Eisele**, BT I, §160, kn. 1423; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §75, kn. 87; **Vormbaum**, *Versuchte Beteiligung*, s. 181.

¹²⁴⁰ **Vormbaum**, *Versuchte Beteiligung*, s. 172.

¹²⁴¹ **Eisele**, BT I, §160, kn. 1425; **Ünver**, *Adliye*, s. 221.

ifadeyle, azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk sadece asıl fiilin teşebbüste kalmadığı durumlarda değil; teşebbüs aşamasına varmış olmasına rağmen fiile teşebbüsün cezalandırılmadığı hallerde de söz konusu olabilir.¹²⁴² S'nin, tanık N'den cinayetden (kasten öldürmekten) yargılanan arkadaşı K'nın olay yerinde bulunmasına rağmen onun aleyhine gerçek dışı beyanda bulunmasını istediği bir olayda N, sorguda devlet avukatının baskısı altında kaldığı için K'nın lehine tanıklık yapar ve gerçeği söyler.¹²⁴³ Yalan tanıklık fiili cünha olarak düzenlendiğinden teşebbüse elverişli bir suç değildir. Bu yüzden N cezalandırılmazken, S'nin gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olması gerekir.¹²⁴⁴

Bu suçun konusunu oluşturan ACK md.153 ve ACK md.156'daki suçlarda azmettirmeye teşebbüsün pratik anlamda önemli rol oynadığı ileri sürülmüştür.¹²⁴⁵ Zira toplumda yaygın olarak işlenen tanıkları etkileme fiillerinin önlenmesi ve hatta buna azmettirip başarılı olmayanların bu fiillerinin cezalandırılması önemlidir.¹²⁴⁶ Böylece yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs azmettirme ile ilgili kanundaki genel kurallara aykırı olarak cezalandırılmış olur.¹²⁴⁷

Azmettirmeye teşebbüsün sadece cürümlerde cezalandırılabilir olmasının bir diğer istisnası ACK md.111/f.2'deki suç işlemeye alenen çağrıya azmettirmeye teşebbüs (*öffentliche versuchte Aufforderung*) suçudur. Hükümde alenen çağrının başarısız olması durumunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. ACK md.111'de suç işlemeye alenen çağrı ve çağrının teşebbüs aşamasında kalmış hali şu şekilde kaleme alınmıştır:

¹²⁴² Kindhäuser, BT I, §48, kn. 4; Arzt/Weber/Heinrich/Hingeldorf, BT, §47, kn. 137; Dölling/Duttge/König/Rössner, §159, kn. 5; Sickor, s. 291. Türk hukukundaki görüşler için bkz. Ünver, Adliye, s. 219, 221-222; Zafer İçer, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK md.272)”, MÜHF-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 211.

¹²⁴³ Kindhäuser, BT I, §48, kn. 1, Fall: 1, 4.

¹²⁴⁴ Kindhäuser, BT I, §48, kn. 4. Örnek olay için ayrıca bkz. Rengier, BT II, §49, kn. 63.

¹²⁴⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, §75, kn. 87, s. 311.

¹²⁴⁶ Dubber/Hörnle, s. 376.

¹²⁴⁷ İçer, s. 211, 213.

“(1) Her kim alenen, bir toplantıda veya yazılar (md.11/f.3) yayarak hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi için çağrıda bulunursa, azmettiren (md.26) gibi cezalandırılır. (2) Çağrı neticesiz kalırsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasına hükmolunur. Bu gibi hallerde fail hakkında hükmedilecek ceza, birinci fıkra uyarınca çağrının neticesi olarak işlenecek suç için öngörülen cezadan daha ağır olamaz; bu durumda md.49/f.1, b.2 uygulanır.”¹²⁴⁸

Suç işlemeye alenen “çağrıda bulunma (Aufforderung)” suçunda somut bir fiil ve failin olmadığı aleni gerçekleştirilen bir azmettirme söz konusudur.¹²⁴⁹ Çağrıda bulunmak, bir kimseden belirli bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını istemek suretiyle hukuki sonuç doğurmaya yönelik açıkça beyanda bulunmak demektir.¹²⁵⁰

Bu suç tipinde ne belirli bir muhatap veya muhatap çevresi ne de hukuka aykırı belirli bir fiile azmettirme vardır. Burada ceza sorumluluğunun genişlemesi söz konusu olmakta ve bu genişlemenin meşruiyeti aleniyete dayandırılmaktadır.¹²⁵¹ Bu yüzden bu suçun belirsiz/bireyselleştirilmeyen kişi çevresine (unbestimmten/nicht individualisierten Personenkreis) yönelik işlenmesi gerekir. Çağrının belirli bir kişiye

¹²⁴⁸ Kanun metninin çevirisi için bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 205.

¹²⁴⁹ **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §93, kn. 5. Başarılı ve başarısız çağrıda bulunma suçunun objektif ve sübjektif tipikliği hakkında detaylı bilgi için bkz. **Lukas Hambel**, “Die öffentliche Aufforderung zu Straftaten gem. §111 StGB (Am Beispiel der „Bierzelt-Rede“ des Bundesinnenministers Horst Seehofer vom 2.8.2018 und der Rede des Chefs des Thügida Bündnisses David Köckert vom 9.9.2018 in Köthen)”, *ZJS*, 1/2019, s. 12; **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 19; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §93, kn. 2; **Kindhäuser**, BT I, §40, kn. 5, s. 287; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 3 vd.; **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 2. İştirake ilişkin genel kuralların bu hüküm için geçerli olduğu hakkında bkz. **Kindhäuser**, BT, §40, kn.6; **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 22. ACK md.30/f.1 ile ACK md.111/f.2 arasında özel-genel norm ilişkisi söz konusu olup, çağrının neticesiz kalması halini cezalandıran hüküm öncelikli olarak uygulanır. Bkz. **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §93, kn. 10; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 25. Suçun özel bir durumu 24.05.1968 tarihli [RG. 19.02.1987-yeniden ilan tarihli] *Düzene Aykırılıklar Kanunu (Ordnungswidrigkeitengesetz)* md.116’da “Düzene Aykırılığa Aleni Çağrı” başlığı ile düzenlenmiştir. Bkz. **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 28; **Hambel**, s. 12; ACK md.111 ile bu kanundaki md.116 arasında özel-genel norm ilişkisi vardır.

¹²⁵⁰ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 9, 10; **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 19, 20; **Kindhäuser**, BT I, §40, kn. 3. Suç işleme çağrısı ve azmettirme arasındaki fark için bkz. **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 5; **Hambel**, s. 11.

¹²⁵¹ **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §93, kn. 1, 2.

yönelik değil belirsiz yani sayıca çok olan bir kişi çevresine yönelik gerçekleştirilmesi gerekir.¹²⁵²

Aleni olarak gerçekleştirilen suç çağrısı başarısız olduğunda çağrıyı yapan kişi azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılır. Böylece bir cünhaya azmettirmeye teşebbüs kabul edilmiştir.¹²⁵³ Başarısız çağrıda suç işlemeye aleni çağrı gerçekleşir; fakat en azından teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiil yoktur.¹²⁵⁴

Çağrının aleniliğinin etkilerinin kontrol edilemezliği suçun işlenebilir olmasına yönelik bir tehlikeye yol açar.¹²⁵⁵ Fail, hareketin aleni olarak işlenmesi ve genellikle geniş çaplı bir etkileme (geniş alanı etkileme) aracılığıyla söz konusu ceza normlarıyla ortaya konulan bağlayıcı devlet gücüne yönelik kontrol edilemez kriminal faaliyetlerin tehlikesine yol açmıştır.¹²⁵⁶ Çağrının başarısız halinin cezalandırılmasının sebebi sadece çağrısının belirsizliğinin hangi hukuksal değer somut olarak ihlal edildiğine değil aynı zamanda pozitif hukuka yönelik provokatif bir saldırı olarak aleni bir şekilde gerçekleştirilen hareket biçimine de dayanır.¹²⁵⁷

B. Tipikliğin Sübjektif Unsurları

ACK'da azmettirme ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler birbiriyle uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir. Azmettirmeye teşebbüsün azmettirmeden farklı asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olmasıdır. Asıl fiilin teşebbüs

¹²⁵² **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 5, 13, 14, 15, 16-18; **Hambel**, s. 11, 14. Aleniyet unsuru için bkz. **Hambel**, s. 11-12, 14; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §93, kn. 4. s. 465; **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 20; Fehmi Sener **Gülseren**, "Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı", LAÜSBD, V. I, Haziran 2014, s. 40-41; **Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, 4. bs., 2017, s. 259-260; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6497.

¹²⁵³ **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 21, 515; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 19.

¹²⁵⁴ **Kindhäuser**, BT I, §40, kn. 4.

¹²⁵⁵ **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 18, s. 514; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 5; **Jakobs**, *Kriminalisierung im Vorfeld*, s. 777.

¹²⁵⁶ **Kindhäuser**, BT I, §40, kn. 2; **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §111, kn. 2; **Hambel**, s. 10; Hükmün düzenlenmesiyle kamusal güvenin güvence altına alınmasının amaçlandığı hakkında bkz. **Kindhäuser**, BT I, §40, kn. 1.

¹²⁵⁷ **Arzt/Weber/Heinrich/Hingeldorf**, BT, §44, kn. 38.

aşamasına varmamış olamsı azmettirmenin başarısızlığı olarak nitelendirilir.¹²⁵⁸ Bu başarısızlık azmettirmenin objektif tipikliğinde meydana gelir. Azmettirmenin sübjektif tipikliğinde farklılaşma veya eksilme/azalma gerçekleşmez.¹²⁵⁹ Azmettirmenin sübjektif tipikliği bakımından aranan unsurlar azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliği için de geçerlidir.¹²⁶⁰

1. Azmettirenin Kasten Hareket Etmesi

Azmettirmeye teşebbüsün sübjektif unsuru kasttır. Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için kasten hareket etmesi gerekir.¹²⁶¹ Kast, objektif tipikliğin bilerek (*Wissen*) ve istenerek (*Wollen*) gerçekleştirilmesidir.¹²⁶² Kısacası azmettirenin bir kimseye suç işletme isteğidir.¹²⁶³ Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ait unsurları bilmesi ve istemesi gerekir. Bir kimsede suç işleme düşüncesinin uyandırılması ve o kimseye suç işleme kararının aldırılması kasten hareket etmeyi gerektirdiği için azmettirmenin taksirle gerçekleşmesi mümkün değildir.¹²⁶⁴

Doktrinde azmettirenin kastının hem asıl fiilin işlenmesini hem de failin fiili işleme kararını almasını ihtiva etmesi gerektiği tartışmasız kabul edilmektedir.¹²⁶⁵ Tartışılmalı olan mesele azmettirmeye teşebbüste azmettirenin kastının türünün ne olduğudur.¹²⁶⁶ Azmettirenin hem faile fiili işleme kararını aldırma kastının hem de asıl

¹²⁵⁸ **Thalheimer**, s. 33.

¹²⁵⁹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 14; **Kühl**, AT, §20, kn. 251; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **Kühl**, AT, §20, kn. 251; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 5; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 9; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549; **Jäger**, AT, §6, kn. 276; **Krey/Esser**, AT, kn. 1334b; **Kleszczewski**, A.T, §7, kn. 826; **Hilgendorf/Valerius**, AT, §10, kn. 128; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 17; **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 156; **Murmann**, §28 kn. 12.

¹²⁶⁰ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549.

¹²⁶¹ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549.

¹²⁶² **Kühl**, AT, §5, kn. 6, s. 81; **Rengier**, AT, §14, kn. 5.

¹²⁶³ **Özkan**, Azmettirme, s. 113.

¹²⁶⁴ **Kühl**, AT, §5, kn. 196; **Fischer**, §26, kn. 7.

¹²⁶⁵ **Thalheimer**, s. 27.

¹²⁶⁶ **Joecks**, §30, kn. 32.

fiilin işlenmesine yönelik kastının olası kast olması (*bedingter Vorsatz*) yeterli kabul edilmektedir.¹²⁶⁷ Faile fiili işleme kararının aldırılması kastı azmettirenin failde fiili işleme kararının ortaya çıkacağını bildiği ve en azından onu göze aldığı ve kabullendiği (*billigend in Kauf nehmen*) durumda söz konusu olur.¹²⁶⁸ Azmettirenin “açıklamalarının, tasvirlerinin ve hareketlerinin diğer kişinin suç işleme kararı almasını sağlayacağını öngörüp kabullenmesi” durumunda olası kastla azmettirme söz konusu olur.¹²⁶⁹ Olası kastla azmettirmede karşı tarafta “suç işleme düşüncesinin oluşabileceği hususunun göze alınması” durumunda bu kabullenme gerçekleşmiş olur.¹²⁷⁰

Azmettirenin, azmettirme hareketini işleyip “bunu yapar mı acaba” dedikten sonra “yaparsa yapsın” diyerek fail tarafından gerçekleştirilecek neticeyi kabullenmesi durumunda olası kastla azmettirme gerçekleşmiş olur. Azmettiren, azmettirme hareketini işlerken failin gerçekleştirmesini istediği neticeler dışında başka neticelerin gerçekleşebileceğini öngörmüş ve bunu kabullenmişse bu neticeler gerçekleştiğinde bu neticelere yönelik olası kastla hareket etmiş sayılır. Örneğin, bir kahvehanenin silahlar ile taranıp kahvehane sahibinin öldürülmesini isteyen bir kimse, o esnada içeride olan veya kahvehanenin önünden geçen kişilerin yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesi gerekir. Bu kişinin kahvehane sahibi dışında birilerinin ölmesini veya yaralanmasını kabullendiği söylenebilir. Bu neticeler bakımından da azmettirenin olası kastının kabul edilmesi gerekir.¹²⁷¹

Doktrinde baskın görüş olası kastın yeterli olduğu yönündedir.¹²⁷² Azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipikliği için olası kastın yeterli olduğu yönündeki baskın görüş

¹²⁶⁷ **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 8; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 806; **Kudlich**, AT, Fall: 298, s. 278; **Bloy**, Zur Ernslichkeit des Versuchs, s. 156. **Önder**, Ceza Hukuku, s. 438.

¹²⁶⁸ **Heinrich**, AT, §37, kn. 128; **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 31; **BGHSt** 44, 99. (**Rengier**, AT, §47 kn. 9, 10).

¹²⁶⁹ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 486.

¹²⁷⁰ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 432.

¹²⁷¹ **Özkan**, Azmettirme, s. 122.

¹²⁷² **Thalheimer**, s. 27-29.

yargı içtihatlarında da kabul edilmektedir.¹²⁷³ AFM’ye göre, azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliğinin gerçekleşmesi için olası kast yeterlidir. Azmettiren, failin fiili işleyebileceğini öngörüyor ve bunun hesabını yapabiliyorsa olası kast gerçekleşmiş olur.¹²⁷⁴

Azmettirmede doğrudan kastı arayan görüş, azmettirmenin gerçekleşmesi için fail üzerinde belirli bir etki gücünün olması gerektiğini ve azmettirenin saf anlamda kabullenmesinin yeterli olmadığını ileri sürmüştür.¹²⁷⁵

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliğine uygunluk bakımından maksat unsurunu arayan görüş de vardır. Örneğin *Zaczyk*, azmettirmeye teşebbüste ön alanın cezalandırılabilirliğini sınırlandırmak adına sübjektif tipikliğin gerçekleşmesi için amaç unsurunun aranması gerektiğini ileri sürmüştür.¹²⁷⁶ Karşı görüş ise, kanunun ne lafzından ve sistematüğinden ne de amaçsal yorumundan böyle bir gerekliliğin çıkarılabileceğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, ön alanın cezalandırılabilirliği için azmettirenin, failin asıl fiili işleyip işlemeyeceği konusunda emin olup olmadığı veya asıl fiilin işlenmesini amaçlayıp amaçlamadığı kesin olmamakla birlikte, azmettiren fiilin işlenebilme ihtimaline katlanmaktadır. Bu yüzden hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen somut tehlikeyle birlikte nedensel süreci elden çıkarma konusunda azmettirme fiili için olası kastın varlığı yeterlidir.¹²⁷⁷

¹²⁷³ BGHSt 44, 99. (Rengier, AT, §47 kn. 9, 10). Ayrıca bkz. Bohlander, German Criminal Law, s. 170; Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 432.

¹²⁷⁴ LG Düsseldorf; BGH Urteil vom 10.06.1998-3 StR 113/98 (Karar için bkz. Bloy, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 157 vd.); LG Traunstein; BGH, Urteil vom 5.2.2013-1 StR 405/12; LG Bielefeld; BGH Urteil vom 10.4.2013,-4 StR 90/13 (Karar için bkz. “Bedingter Vorsatz bei der versuchten Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betabungsmitteln (in nicht geringer Menge”, NStZ-RR2013, s. 281).

¹²⁷⁵ Dölling/Duttge/König/Rössner, §30, kn. 15. Türk hukukunda olası kastın yeterli görülmesinin objektif sorumluluk halinin ortaya çıkmasına yol açacağına dair değerlendirme için bkz. Aydın, İştirak, s. 256.

¹²⁷⁶ Bkz. aktaran Thalheimer, s. 28.

¹²⁷⁷ Bloy, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 157; Graul, s. 249; Thalheimer, s. 28.

a) Azmettirenin Çifte Kastla Hareket Etmesi

Azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipikliğinin gerçekleşmesi için azmettirenin çifte kast (*doppelter Anstiftervorsatz*) ile hareket etmesi gerekir. Çifte kastın bir yönü failde fiili işleme kararının oluşturulmasına; diğer yönü fiilin tipikliğe uygun şekilde gerçekleşmesine ilişkindir. Bir başka ifadeyle, azmettirenin kastının faile fiili işleme kararını aldirmayı ve fiile ilişkin tipikliği ihtiva etmesi gerekir.¹²⁷⁸

Azmettirmeyi iki basamaklı kabul eden görüşe göre azmettirmede ara ve son netice olmak üzere iki netice vardır. İlk netice azmettirme fiilinin işlendiği ve asgari cezalandırılabilme eşiğinin geçildiği aşama olup, bu aşamada faile fiili işleme kararı aldırılır. Son netice asıl fiilin işlendiği aşamadır. Azmettirenin çifte kastının her iki neticeyi ihtiva etmesi gerekir.¹²⁷⁹ Ara netice aşamasını kısmen tamamlanmış ara netice ve tamamlanmış ara netice aşaması olarak kabul ettiğimiz için azmettirenin kastının hem faili ikna etmeye yönelik çabalarını hem de failin ikna edilerek fiili işleme kararını almasını içermesi gerekir.

Azmettirenin kastının çifte kast olması gerekir. Bu kast hem failin kasten ve hukuka aykırı olarak fiili işlemesine (*Tatvollendungsvorsatz*) hem de faile fiili işleme kararını aldirmaya yönelik (*Bestimmungsvorsatz*) yönelik olmalıdır.¹²⁸⁰

(1) *Kasten ve Hukuka Aykırı Olarak Fiili İşleme Bakımından Kast*

Azmettirenin kastının birinci yönü asıl fiilin işlenmesine (tamamlanmasına) yani fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesine ilişkindir. Azmettiren fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesine yönelik kast ile hareket etmelidir.¹²⁸¹ Ancak kastın

¹²⁷⁸ **Roxin**, AT II, §26, kn. 61.

¹²⁷⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 14. Aynı yönde bkz. **Puppe**, AT, §25, kn. 18.

¹²⁸⁰ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 808; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 4; **Fischer**, §30, kn. 9, s. 290; **Fischer**, §26, kn. 7; **Puppe**, AT, §25, kn. 18; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549; **Ambos/Bock**, *Germany*, s. 334; **Karsai/Szomora**, s. 103; **Rinceanu**, s. 108; **Foster/Sule**, s. 375; **Roxin**, AT II, §26, kn. 130; **Baumann/Weber**, AT, s. 559, 560, 563; **Özkan**, *Azmettirme*, s. 102-104; **Zipf**, s. 142.

¹²⁸¹ **Rengier**, AT, §47 kn. 9, 13; **Murmann**, §28, kn. 12, 14, s. 387; **Fischer**, §26, kn. 8; **Jäger**, AT, §6, kn. 276.

fiile ilişkin tüm detayları ihtiva etmesi gerekmez.¹²⁸² Azmettirme kastının “suçun azmettirilen kişi tarafından işlenmesini ve suç tipinin objektif ve sübjektif unsurlarını” ihtiva etmesi yeterlidir. Azmettiren, fiilin tipikliğinin kapsamı hakkında bilgi sahibi ise, yani tipikliği oluşturan unsurları öngörüyorsa azmettirenin kastı azmettirdiği suç tipine uygundur. Suçun bütün unsurları azmettirenin kastı kapsamında olacağından, kast tipikliğinin hem sübjektif unsuruna hem de fiilin hukuka aykırılığına yönelik olmalıdır. Ayrıca azmettirenin failin kasten hareket ettiğini de bilmesi gerekir.¹²⁸³ Örneğin hırsızlık suçuna azmettirmede azmettirenin failin mal edinme amacıyla hareket ettiğini bilmesi gerekir.¹²⁸⁴

Azmettirmeye teşebbüste hem azmettirenin hem de failin kastı fiilin işlenmesine yönelik aynı kasttır. Ancak her ikisinin aynı saikle (amaçla) hareket etmesi gerekmez. Örneğin, bir kimse eşinin mirasını almak için azmettirirken, fail oğlunun tedavi masrafları için bunu kabul etmiş olabilir.¹²⁸⁵

Azmettirme kastının, işlenmesi istenilen fiile ilişkin tipiklikle korunması amaçlanan hukuksal değerlerin ihlalini ihtiva etmesi gerekir.¹²⁸⁶ Asıl fiil işlenmese bile azmettirmeye teşebbüste bir kimsenin azmettirilmesiyle hukuksal değerlere yönelik artık onarılması mümkün olmayan ihlal gerçekleşmiş olup, azmettirenin bu ihlalin gerçekleşmesini bilmesi ve istemesi gerekir.¹²⁸⁷

Azmettirme kastının fiilin sadece hukuka aykırı olmasını değil, değerlere zarar veren veya onları tehlikeye sokan fiilin tipikliğinin tamamlanmasını da ihtiva etmesi gerekir.¹²⁸⁸ Azmettiren asıl fiilin fail tarafından tamamlanmasına yönelik hareket

¹²⁸² **Baumann/Weber**, AT, s. 563. Azmettirme kastının neleri ihtiva etmesi gerektiği hakkında bkz. **Schmidt**, AT, §26, kn. 1069; **Schröder**, s. 290; **Vogler**, s. 338; **Hecker**, s. 749; **Graul**, s. 248; **Murmann**, §28 kn. 13.

¹²⁸³ **Koca/Üzülmöz**, GH, s. 486; **Dräger/Rumpf-Rometsch**, Fälle-AT, Fall: 27, kn. 6.

¹²⁸⁴ **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283.

¹²⁸⁵ **Aydın**, İştirak, s. 257.

¹²⁸⁶ **Frister**, AT, 29. Kapitel, kn. 31.

¹²⁸⁷ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹²⁸⁸ **Roxin**, AT II, §26, kn. 61.

etmelidir.¹²⁸⁹ Azmettiren failin fiilini tamamlamasını istemiyorsa, sübjektif tipiklik gerçekleşmeyeceğinden azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmaz.¹²⁹⁰

Azmettirenin failin suçu tamamlamasını istemediği, teşebbüste bırakmasını istediği durumlarda ajan provakatörlük meselesi söz konusu olur. Suçu tamamlamaya yönelik hareket etmeyen ve “devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer kişileri suç işlemeye teşvik eden” kişiye ajan provaktör (*Lockspitzel/agent provokatör*) denir.¹²⁹¹ Ajan provokatörün azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu Alman hukukunda doktrinde tartışmalıdır.¹²⁹²

Azmettirenin fiilin tamamlanmasına yönelik kastının olmaması azmettirmede çifte kastın gerçekleşmemesi demektir. Bu durumda cezalandırılabilir azmettirmeden bahsedilemez; çünkü azmettirenin iradesi failin fiili tamamlamasına yönelmemektedir. Failin fiili teşebbüste bırakması kastıyla hareket eden ajan provakatör azmettiren sıfatıyla cezalandırılmaz.¹²⁹³ Suçun tamamlanması bakımından olası kastla hareket eden ajan provokatörün azmettirmeden sorumluluğu cihetine gidilebileceği kabul edilmektedir. Suçun tamamlanmamasına yönelik önlemler almış olmasına rağmen suç

¹²⁸⁹ **Fischer**, §26, kn. 12; **Graul**, s. 252; **Putzke**, s. 1087.

¹²⁹⁰ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549, 550; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 150; **Bohlander**, *German Criminal Law*, s. 170.

¹²⁹¹ **Zipf**, s. 142; **Vogler**, s. 338, 342. Türk hukukunda doktrindeki tartışma için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 531; Türk hukukunda içtihatlarda ajan provokatörün gizli soruşturmacıdan ve resmi sıfatını gizleyerek soruşturma yapan kolluk görevlisinden farklı olduğu hakkında bkz. **YCGK**, T. 03.07.2018, E. 71, K. 319, T. 03.07.2018 (Karar için bkz. **Abdulhalik Yıldız**, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020)*, II. C., 1. bs., Ankara 2020, s. 126).

¹²⁹² Ajan provakatörün cezalandırılabilirliğine ilişkin doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. **Schönke/Schröder**, §26, kn. 22-24; **Kudlich**, AT, Fall: 299, s. 278-279; **Fischer**, §26, kn. 12; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1072, 1073; **Bohlander**, *German Criminal Law*, s. 170; **Dräger/Rumpf-Rometsch**, Fälle-AT, Fall: 29, kn. 2-7; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1312-1315; **Bohlander**, *German Criminal Law*, s. 170; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 892. Türk hukukunda doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. **Öztürk/Erdem**, kn. 753; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 417-418; **Dönmezer/Erman**, II, s. 408; **İçel**, GH, s. 498-500; **Mahmutoğlu**, s. 76; **Zafer**, GH, s. 560-562.

¹²⁹³ Gözde **Kazaker**, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, 1. bs., Ankara 2019, s. 278.

tamamlanırsa ve taksirinden bahsedilebilirse fiilin taksirli halinin cezalandırılabilir olması durumunda ajan provokatörün cezai sorumluluğu söz konusu olabilir.¹²⁹⁴

Doktrinde baskın görüş, teşebbüs kastıyla hareket eden ajan provokatörün ne tamamlanmış fiile veya teşebbüste kalan fiile azmettirmeden; ne de azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılacağı yönündedir.¹²⁹⁵

Doktrinde ajan provokatörün fiilin tamamlanmasına yönelik kastının yokluğu sebebiyle azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir. Suçluları yakalatma amacı olan ve ancak işlenecek olan suçla başkasının hukuken korunan değerlerini ihlal etme kastıyla hareket etmeyen kişi, fiilin tamamlanmasına yönelik kastı eksik olduğu için asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmaz.¹²⁹⁶ Örneğin A, B'yi C'nin evini ateşe vermeye azmettirir ve ancak fiilin işlenmesinin engellenmesi için en baştan beri polisi planlanmış olaydan haberdar etse; B de fiili işleyeceği yere gelirken bir trafik kazası geçirir ve ölse, bu durumda işlenmiş bir asıl fiilin varlığından bahsedilemez. Olayda A'nın fiilin tamamlanmasına yönelik kastı bulunmamaktadır. Azmettirmeye teşebbüsün subjektif unsuru ve hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlike gerçekleşmediği için A'nın ajan provokatör sıfatıyla azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir.¹²⁹⁷

(2) Faile Fiili İşleme Kararını Aldırma Bakımından Kast

Azmettirenin kastının ikinci yönü faile fiili işleme kararını aldırma unsuruna ilişkindir. Azmettirenin failde asıl fiilin tüm koşullarına ilişkin azmettirme kastıyla hareket etmesi gerekir.¹²⁹⁸ Azmettiren sadece asıl fiilin işlenmesine yönelik değil, asıl

¹²⁹⁴ Koca/Üzülmez, GH, s. 489.

¹²⁹⁵ Puppe, AT, §25, kn. 19; Ajan provokatörde elverişsiz teşebbüsün gerçekleştiği hakkında bkz. Kazaker, s. 281.

¹²⁹⁶ Roxin, AT II, §28, kn. 16; Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 549.

¹²⁹⁷ Thalheimer, s. 30.

¹²⁹⁸ Klieschewski, A.T, §7, kn. 826; Hilgendorf/Valerius, AT, §10, kn. 128; Heintschel-Heinneg, §30, kn. 8; Baumann/Weber, AT, s. 591; Joecks, §30, kn. 28; Joecks/Jäger, §30, kn. 7; Graul, s. 250, 251; Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 549.

fiili işleme kararının failde uyandırılmasına yönelik kasten hareket etmelidir.¹²⁹⁹ Bir başka ifadeyle, azmettirenin kastı failde fiili işleme kararını aldirmaya neden olmaya (*Hervorrufen des Tatentschluss*)¹³⁰⁰ yönelmesi; azmettirenin faile fiili işleme kararını aldirmayı ve fiili tamamlaması yönünde onu ikna etmeyi ihtiva etmesi gerekir.¹³⁰¹

Azmettiren, failin fiili işleme kararını kesin surette almasını sağlayacak şekilde hareket etmelidir. Azmettirmede amaç faile fiili işleme kararını aldirmak olup, azmettirenin ikna çabaları sonucu failin aldığı kararın kesin olması gerekir. Sadece fiilin başarı ihtimalinin hesaplanması fiili işleme kararının alınmış olması için yeterli değildir.¹³⁰² Azmettirenin tasavvurunda failin kesin surette aldığı fiil kararının varlığı gereklidir. Bu bağlamda azmettiren, kendisi tarafından verilecek talimatlar olmaksızın fiilin başlayamayacağını bilerek ve fiilin onun kontrolünde olduğu konusunda faili ikna etmek üzere hareket eder.¹³⁰³

Bir görüş, fiilin işlenmesine yönelik failin kararlılığının zorunlu olmadığı gibi, failin salt iç yaşantısını ilgilendirdiğinden böyle bir kararın alınmasının fiilin işlenmesi bakımından bir anlam ifade etmediğini ileri sürmüştür. Bu görüşten hareketle *Puppe*, savunduğu haksızlık anlaşması teorisi çerçevesinde failin azmettiren tarafından görevlendirildiğini; azmettirme (ACK md.26) ve azmettirmeye teşebbüse (ACK md.30/f.1) ilişkin hükümlerde kullanılan *bestimmen* kavramının faile fiili işleme kararını aldirma veya böyle bir kararın alınmasına neden olma anlamında değil, fail ile azmettiren arasında yapılan anlaşma çerçevesinde görevlendirmeye dayandığını ileri sürmüştür.¹³⁰⁴ Karşı görüş, fiili işleme kararının bir fiile yönelik verildiğini, bu yüzden fiili işleme kararının ve bu kararın kesinliğinin failin salt iç yaşantısına indirgememesi

¹²⁹⁹ **Dölling/Duttge/König/Rössner**, §30, kn. 14.

¹³⁰⁰ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 4; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1283; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 808; **Fischer**, §30, kn. 9; **Fischer**, §26, kn. 7; **Puppe**, AT, §25, kn. 18; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 549.

¹³⁰¹ **Schumann**, s. 405; **Keiler**, s. 178.

¹³⁰² **Schönke/Schröder**, §30, kn. 6.

¹³⁰³ **Camargo**, s. 757.

¹³⁰⁴ **Ingeborg Puppe**, “Der objektive Tatbestand der Anstiftung”, GA, 1984, s. 118.

gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşten hareketle *Roxin, bestimmen* kavramıyla failin görevlendirilmesinin değil, bir başkası tarafından azmettirilmesinin ifade edilmek istendiğini, bunun failin fiili işleme kararını almasını gerektirdiğini ileri sürmüştür.¹³⁰⁵

Failin fiili işleme kararını alması fiilin azmettiren tarafından yeterince somutlaştırılmasıyla da ilişkilidir. Ancak yeterince somutlaştırılmış fiile ilişkin kesin bir fiil kararı alınabilir. Fiili işleme kararının kesinliği sayesinde saldırıya maruz kalan hukuksal değer için yeterli derecede cezalandırılabilir tehlikelilik durumundan bahsedilebilir. Yeterince somutlaştırılmış fiile ilişkin suç işlemeye yönelik kesin karar iştirakin ön alanında tehlikeliliğin cezalandırılabilirliğini sınırlandırmada bir ölçüt olarak kabul edilir. Failde uyandırılmış ve kesin alınmış fiili işleme kararına konu fiil öyle somutlaştırılmalıdır ki, fail istediğinde bu fiilin icrasını gerçekleştirebilsin. Böylece ön alanda hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir objektif tehlikelilik sınırının aşıldığından bahsedilebilir.¹³⁰⁶

b) Azmettirenin Kastının Ciddiliği

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği azmettirenin kastının ciddi olmasını gerektirir.¹³⁰⁷ Örneğin bir başkasını kayın validesini öldürmeye azmettiren bir kimse, bu isteğinde ciddi değilse fiilin işlenmesini ciddi olarak istemediği için azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten ceza sorumluluğu cihetine gidilemez.¹³⁰⁸

Azmettirmeye teşebbüsü düzenleyen ACK md.30/f.1’de ciddilik (*Ernstlichkeit*) kavramı zikredilmemesine rağmen; iştirake teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin ACK md.31/f.2’de bu kavram açıkça kullanılmıştır. Aynı kavrama teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin hükümde (ACK md.24) de yer verilmiştir.¹³⁰⁹

¹³⁰⁵ **Roxin**, AT II, §26, kn. 73.

¹³⁰⁶ **Thalheimer**, s. 31, 32, 37.

¹³⁰⁷ **Thalheimer**, s. 29; **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 158; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 9; **Baumann/Weber**, AT, s. 591; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Graul**, s. 249.

¹³⁰⁸ **Roxin**, AT II, §28, kn. 15.

¹³⁰⁹ **Thalheimer**, s. 29.

Doktrinde ciddilik kavramı, içsel ciddilik (*innere Ernstlichkeit*) ve dışsal ciddilik (*aussere Ernstlichkeit*) olarak ayrılmaktadır. Azmettirenin asıl fiile yönelik tasavvurunda bunu ciddi olarak istemesine içsel ciddilik denir. Burada asıl fiilin işlenmesindeki ciddiyet azmettirenin tasavvuruna göre değerlendirilir. Dışsal ciddilik ise ciddiliğin asıl failin kişiliğinde anlaşılması demek olup, azmettirenin azmettirme fiilinin dış dünyadaki etkisini ifade eder. Azmettiren, faili azmettirmek suretiyle fiilin işlenmesi tehlikesinin yakınlığını idrak ettiğinde ve fiilin tipikliğinin gerçekleşmesi tehlikesini kabullendiğinde dışsal ciddilik gerçekleşmiş olur.¹³¹⁰

Azmettirmeye teşebbüste sadece azmettirenin değil, failin de ciddi hareket etmesi gerekir. Örneğin A, B'yi C'ye karşı yağma suçuna azmettirir. Ancak B, A'nın suç işlemeye yönelik davetini ciddiye almaz. Ciddilik kavramı azmettiren bakımından nasıl bir anlama geliyorsa bu anlamlandırma fail için de geçerlidir.¹³¹¹ Azmettirmeye teşebbüste hukuksal değerleri ihlal eden ve cezalandırılabilirliği kabul edilen tehlike, kriminal olayın elden çıkarılmasıyla meydana gelen ve suçun tamamlanmasına kadar olan süreçte azmettirenin katkısının artık aranmaması sonucu failin fiili istediğinde işleyebileceği özel bir tehlikedir. Bu özel tehlike, fail ancak suç talebini ciddiye aldığı anda gerçekleşebilir.¹³¹²

Azmettirmeye yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle failde fiili işleme kararının uyandırılmasının hesaba katılması ve fiilin işlenmesinin istenmesi yeterli olmayıp azmettirenin suçun işlenmesi yönünden ciddi bir kastla hareket etmesi gerekir.¹³¹³ Azmettirmeye teşebbüste azmettiren çifte kastla hareket etmesi gerektiği için ciddilik sadece azmettirme fiili bakımından değil, failin fiili bakımından da aranmaktadır.¹³¹⁴ Kastın ciddiliğinden anlaşılması gereken, azmettirenin failin fiili işlenmesini, daha doğrusu fiilin tamamlamasını ciddi olarak istemesidir. Azmettirenin

¹³¹⁰ **Thalheimer**, s. 29.

¹³¹¹ **Roxin**, AT II, §28, kn. 15; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 14.

¹³¹² **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 157.

¹³¹³ **Roxin**, AT II, §26, kn. 130.

¹³¹⁴ **Kühl**, AT, §20, kn. 251, s. 887-888; **Eser**, II, §47, kn. 20; **Schröder**, s. 290; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495.

suçun tamamlanması kastıyla hareket etmesi kastının ciddi olduğunu gösterir.¹³¹⁵ Asıl fiilin işlenmesini isteyen azmettiren, ciddi olarak işlediği azmettirme fiiliyle failin bir şekilde fiili işeyebileceğini hesaba katar. Failin fiili işlenmesini kabullenen azmettiren; fiil işlendiğinde (en az teşebbüste kaldığında) azmettirmeden, fiil işlenmediğinde ise azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılır.¹³¹⁶

Azmettirenin çifte kastla ve fiilin tamamlanmasına yönelik kastla hareket etmesi kastının ciddi olmasını gerektirmekle birlikte; bu, azmettirenin mutlaka doğrudan kastla hareket etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Azmettirenin olası kast ile hareket etmesi kastının ciddiliği için yeterlidir.¹³¹⁷ Azmettiren, faili azmettirmek suretiyle asıl fiilin işlenmesi tehlikesinin yakınlığını idrak ettiğinde ve bu fiilin tipikliğinin gerçekleşmesi tehlikesini kabullendiğinde kastının ciddiliği gerçekleşmiş olur.¹³¹⁸ Azmettirenin, failin kayıtsız şartsız fiili işlemeye hazır olduğunu öngörmesi de gerekmemektedir.¹³¹⁹ Azmettiren, azmettirmeye teşebbüs fiilinin fail tarafından ciddiye alınabileceğini tahmin ediyor veya öngörüyorsa olası kastla azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilir.¹³²⁰ Azmettirme kastının ciddiliğinin tespitinde göz önünde bulundurulması gereken husus, azmettirenin suç talebinde ciddi olup olmadığı değil, fail tarafından bunun ciddiye alınabileceğini tahmin edebiliyor ve bunu imkan dahilinde öngörebiliyor olup olmamasıdır.¹³²¹

Azmettirenin kastının ciddiliği fiilin somutlaştırılmasını gerektirir. Azmettiren ciddiyet içerisinde hareket ettiğinde ve fail bu suç davetini ciddi olarak kabul ettiğinde somutlaştırma gerçekleşmiş olur.¹³²² Azmettiren “fiili öyle somutlaştırmalıdır ki fail

¹³¹⁵ **Zipf**, s. 142; **Roxin**, AT II, §28, kn. 14; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 5; **Joecks**, §30, kn. 32; **Roxin**, §30 StGB, s. 171; **Hecker**, s. 750. **Roxin**, AT II, §26, kn. 130.

¹³¹⁶ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 157.

¹³¹⁷ **Kühl**, AT, §20, kn. 251.

¹³¹⁸ **Thalheimer**, s. 29.

¹³¹⁹ **Hilgendorf/Valerius**, AT, §10, kn. 128.

¹³²⁰ **Fischer**, §26, kn. 9.

¹³²¹ **Roxin**, StGB §30, s. 171-172.

¹³²² **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 14.

fiili istediği zaman işleyebilsin” ifadesi ciddilik unsuru temelinde azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliğine vurgu yapmaktadır. Fiilin açık bir şekilde ve temel hatlarıyla ortaya konulması ciddi olarak işlenmek istendiğinin bir başka ifadesidir.¹³²³

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilmesi için azmettirenin kastının ciddiyet taşıması gerektiği baskın görüş olarak kabul edilmektedir.¹³²⁴ Ancak ciddiliğin azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir sübjektif unsuru olmadığı¹³²⁵ ve kast çerçevesinde ele alınması gereken bir mesele olduğu ileri sürülmüştür. Kast unsuru ile alakalı bir mesele olduğundan azmettirenin kastının ciddi olmaması, azmettirmeye teşebbüste kast unsurunun gerçekleşmemesi demektir.¹³²⁶ Doktrinde baskın görüş azmettirmeye teşebbüste azmettirenin kastının ciddiliği için olası kastın yeterli olduğu ve bundan fazlasının aranmaması gerektiği yönündedir.¹³²⁷ Azmettiren çok yüksek ihtimal dahilinde failin fiili işleyeceğini hesaba kattığında, örneğin yolda geçen bir yayanının tek başına koşu yapan birine cinsel saldırı fiilini işleyeceğini çok yüksek bir ihtimal dahilinde gördüğünde olası kasttan bahsedilemez ve azmettirenin doğrudan kastla hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekir.¹³²⁸

Azmettirmeye teşebbüste azmettirenin kastının ciddi olması gerektiği meselesi yargı içtihatlarında da tartışılmıştır.¹³²⁹ İçtihatlarda azmettirenin kastının ciddiliği kast çerçevesinde ele alınmış ve ciddiliğin tespitinde olası kast yeterli kabul edilmiştir.

¹³²³ **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **BGH**, Urteil vom 5.2.2013–1 StR 405/12 (Karar için bkz. NJW 2013, 1106). Alman hukukunda yeni içtihatların bu yönde olduğu hakkında bkz. **Schönke/Schröder**, §30, kn. 5.

¹³²⁴ **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Graul**, s. 249.

¹³²⁵ **Bloy**, Zur Ernslichkeit des Versuchs, s. 157; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550.

¹³²⁶ **Kindhäuser**, AT, §43, kn. 14; **Bloy**, Zur Ernslichkeit des Versuchs, s. 158.

¹³²⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 15; **Bloy**, Zur Ernslichkeit des Versuchs, s. 157, 158; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **Letzgus**, s. 182; **Roxin**, §30 StGB, s. 171.

¹³²⁸ **Kühl**, AT, §20, kn. 251; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 495; **Roxin**, AT II, §28, kn. 15; **Roxin**, AT II, §28, kn. 16. Aynı yönde bkz. **Bloy**, Zur Ernslichkeit des Versuchs, s. 157; **Heinrich**, AT, §37, kn. 1366; **Eser**, II, §47, kn. 20.

¹³²⁹ **Kühl**, AT, §20, kn. 251.

¹³²⁹ **BGHSt** 7, 234, 238 (**Roxin**, AT II, §28, kn. 14, 15, dn. 24; **BGH** 10.06.1998-3 StR 113/98, **BGHSt**, 44, 99 (**Joecks**, §30, kn. 32).

¹³²⁹ Bkz. aktaran **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 14.

AFM, doktrindeki baskın görüşten hareketle azmettirenin fiilin işlenmesini kabullenerek buna katlanmasının yeterli olduğunu ve sübjektif unsur bakımından ciddiliği aşan bir unsura gerek olmadığını kabul etmiştir. AFM'ye göre azmettirmeye teşebbüste kast için “ciddilik” kavramının tek başına bir anlamı yoktur. Azmettirenin, failin gerçekten fiili işleyip işlemeyeceğini her zaman bilmesi de mümkün değildir. Bu yüzden azmettirmeye teşebbüste olası kastın varlığı yeterli kabul edilmelidir. Azmettiren tipikliğin gerçekleşmesinin imkan dahilinde olduğunu fark edip bunu ciddi olarak kabullendiğinde yani fiilin işleme ihtimalinin kabullenilmesi durumunda olası kastın varlığı kabul edilmeli ve bu itibarla sübjektif unsur bakımından bundan daha fazlası aranmamalıdır.¹³³⁰

AFM'nin 10.06.1998 tarihli kararına konu olayda; futbol holiganı (fanatığı) olan sanık, evinde iki arkadaşı ile alkol alır. Üç arkadaş olay gecesi yaklaşık olarak on şişe bira içtikten sonra gece saat 22.00'dan sonra yabancılar hakkında sohbet ederler. Yabancıardan nefret eden sanık, iki arkadaşından yabancıların yaşadığı bir yeri ateşe vermelerini ister. Yabancılara ait bir evi yakma teklifini ciddiye almayan iki arkadaş, orada çocukların olabileceğini söylerler ve bu teklifi reddederler. Küçük embriyoların yandığı zaman bunun şahane olacağını ve böylece büyüklerin onlarla yanacağını aksi takdirde küçük zenci çocukların da büyüdüğünde onlar gibi olacağını ve yabancıların yaşama hakkının olmadığını anlatan ve onları ikna etmeye çalışan sanık; en yakın benzin istasyonuna gidip, molotof kokteyli yapmak için benzin almayı ve yüzlerine maske takarak yabancılar ait en yakın evi ateşe vermeyi teklif eder. Arkadaşları ise kesin bir şekilde teklifi kabul etmeyeceklerini söylerler ve fiili işleme kararını dahi almazlar. Eyalet mahkemesi, azmettirme kastının ciddi olmadığı ve bu yüzden azmettirmeye teşebbüsün sübjektif unsurunun oluşmadığı gerekçelerinden hareketle sanığın beraatine karar verir. Azmettirmeye teşebbüsün sübjektif unsurunun oluşması

¹³³⁰ **BGH**, Urteil vom 5.2.2013-1 StR 405/12 (Karar için bkz. *NJW* 2013, 1106); **BGHSt**, 44, 99, 102 (**Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 806); **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 156; **Hecker**, s. 749; **Graul**, s. 250, 251; **Jäger**, AT, §6, kn. 277; **Kühl**, AT, §20, kn. 251; LG Düsseldorf; **BGH** Urteil vom 10.06.1998-3 StR 113/98 (**Jäger**, AT, §6, kn. 277); **BGHSt** 18, 160-161 (**Roxin**, StGB §30, s. 171).

için olası kastın gerçekleşmesinin yeterli olduğunu kabul eden AFM'ye göre, eyalet mahkemesinin kararında sanığın suç teklifinde ciddi olup olmadığı ve arkadaşlarının fiili işlemek için harekete geçmek isteyip istemedikleri kesin surette ortaya konulmuş değildir. AFM, azmettirmeye teşebbüste sübjektif unsurun oluşması için azmettirenin suç teklifini ciddi anlamda söyleyip söylemediğinden ziyade kesin bir dille söyleyip söylemediğini; azmettirenin faillerin fiili işleyebileceğini hesaba katıp katmamasını değil, teklifinin fail tarafından ciddiye alınıp alınmadığını önemsemiş ve sanık teklifini kesin bir dille ifade ederek kastının ciddiliğini ortaya koyduğu için nitelikli kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Fakat sanık, arkadaşları olmadan suçun işlenmesinin mümkün olmadığına inansaydı ki bunun irdelenmesi ve kanıtlanması gerekir.-bu durumda teklifinde ciddi olmadığı için cezalandırılmayacağını ileri sürmüştür.¹³³¹

Jäger, olayda ACK md.306c'de düzenlenen "ölümle sonuçlanan kundaklama suçuna" (*Brandstiftung mit Todesfolge*) azmettirmeye teşebbüsün de gerçekleştiğini; bu durumda nitelikli kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs ile ölümle sonuçlanan kundaklamaya azmettirmeye teşebbüs arasında fikri içtimanın yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.¹³³²

Kanaatimizce, azmettirenin çifte kastla hareket ederek fiilin tamamlanmasını istemesi, fiilin işlenmesi yönünde hiçbir tereddüt yaşamadan fiili ana hatlarıyla ortaya koymak suretiyle yeterli somutlaştırmayı yapması ve fiilin işlenmemesi yönünde geri adım atmadan faili kriminal bir sürecin içine sokması fiilin işlenmesi yönündeki kastının ciddi olduğunun göstergesidir. Bunun için azmettirenin doğrudan kastla hareket etmesi gerekmemekte, olası kast yeterli kabul edilmelidir. Burada önemli olan azmettirenin fiilin işlenmesini ciddi olarak isteyip istememesinden ziyade, failin bu talebi ciddiye alacağını öngörüp öngörmemesidir. Azmettiren, fiile ilişkin tipikliğin

¹³³¹ LG Düsseldorf; **BGH** Urteil vom 10.06.1998-3 StR 113/98, karar ve değerlendirilmesi hakkında bkz. **Bloy**, Zur Ernstlichkeit des Versuchs, s. 156; **Jäger**, AT, §6, kn. 277, s. 231; **Roxin**, AT II, §28, kn. 18, s. 294; **BGH**, NStZ, 1998, 615.

¹³³² **Jäger**, AT, §6, kn. 278.

gerçekleşme tehlikesini öngörüp hukuksal değerleri ihlal eden tehlikenin gerçekleşebileceğini kabullenip buna katlandığında tipiklik gerçekleşmese bile kastını ciddi olarak ortaya koymuş demektir. Azmettirenin kastının ciddiliğini azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipikliğinin bağımsız bir unsuru olarak değil, azmettirenin (olası) kastının gerçekleşip gerçekleşmemesi bakımından kastın kapsamında halledilmesi gereken bir mesele olarak kabul etmek gerekir.

c) Azmettirenin Kastının Somutlaştırılması

Azmettirenin azmettirme kastını yeterince somutlaştırması (*hinreichende Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes*) gerekir.¹³³³ Fiilin somutlaştırılması zorunluluğu azmettirmede olduğu gibi azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir. Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı durum azmettirme kastı kapsamındaki fiilin somutlaştırılması ilkesini ortadan kaldırmaz.¹³³⁴

Somitlaştırmadan anlaşılması gereken asıl fiilin ana hatlarının somut olarak failin önüne konulması ve bu konuda failin ikna edilerek fiili işleme kararını almasını sağlamaktır. Somutlaştırmada azmettirenin her ayrıntıyı resmetmesi gerekmez.¹³³⁵

Azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun doğması için azmettirenin azmettirmek istediği fiilin fail tarafından her an işlenebileceği riskini (tehlikesini) meydana getirmesi gerekir. Böyle bir riskin meydana gelmesi için suçun işlenmesi ihtimali üzerine azmettirenin düşüncesinin somutlaştırılmış olması gerekir. Failin fiili işleme kararını kesin olarak alması, azmettirenin işlenmesini istediği fiili açıkça ve yeterli bir şekilde ortaya koymasına, yani azmettirenin kastının failin kesin surette fiili işleme kararını ihtiva etmesine bağlıdır.¹³³⁶

¹³³³ Schmidt, AT, §26, kn. 1069; Graul, s. 248; Jäger, AT, §6, kn. 279; Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 149; Hecker, s. 749; Heinrich, AT, §39, kn. 1366.

¹³³⁴ Roxin, AT II, §28, kn. 20; Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 175; Kretschmer, s. 401.

¹³³⁵ BGHSt 37, 218 (Karar için bkz. Özkan, Azmettirme, s. 113).

¹³³⁶ Camargo, s. 757-759.

Fiilin yeterli şekilde somutlaştırılmasından bahsedilmek için hukuksal değerlere yönelik yükseltilmiş tehlike sınırına ulaşılmış olması, bu sınıra ulaşılmış olması için de azmettiren işlenmesini istediği fiili öyle somutlaştırmalıdır ki fiilin fail tarafından istenildiği zaman işlenebilecek şekilde ortaya konulması gerekir.¹³³⁷ Failin ne zaman isterse fiili işleyebilir halde olması için fiile ilişkin yeterli somutlaştırmanın yapılması gerekir. Azmettiren, işlenmesini istediği fiili ve azmettirme fiilini açık bir şekilde ortaya koymakla hukuksal değerlere yönelik tehlike sınırını geçmiş olur.¹³³⁸ Objektif isnadiyet prensibi gereği, kınanabilir somut tehlikenin gerçekleşmesi gerekir. Fiilin işlenmesi tehlikesinin soyut olarak gerçekleşmesi yeterli değildir.¹³³⁹

Azmettirmeye teşebbüste azmettirenin kastı kapsamındaki hem asıl fiilin hem de faile fiili işleme kararının aldırılmasının yeterli şekilde somutlaştırılması gerekir.¹³⁴⁰ Bir başka ifadeyle, azmettiren hem asıl fiile hem de faili azmettirmeye yönelik çifte kastını fiilin fail tarafından her an işlenebilirliğini sağlayacak kadar somutlaştırması gerekir.

Azmettirenin kastının faile fiili işleme kararını aldırmaı yeterince ihtiva etmesi gerekir. Azmettiren failde fiili işleme kararının uyandırılmasına yönelik iradesini açıkça ortaya koymalıdır. Azmettirmeye teşebbüsün objektif unsuru olan faile fiili işleme kararını aldırma bakımından aranan kasttan anlaşılması gereken azmettirenin azmettirme fiilini belirli kılıp asıl fiile yönelik kastını somutlaştırmasıdır.¹³⁴¹

Roxin, azmettirmenin gerçekleşmesi ile asıl fiilin işlenmesi arasındaki başarı oranının önem arz ettiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, salt anlamda azmettirmeyi dikkate almak bu tespitte yeterli değildir. Yeterince somutlaştırılmış asıl fiilin de göz önünde bulundurulması; azmettirmenin başarı oranının asıl fiilin işlenmesinin başarı oranı kadar olması gerekir. Asıl fiilin işlenebilmesindeki başarı oranı ne kadar azsa

¹³³⁷ **Roxin**, AT II, §28, kn. 20; **Schröder**, s. 293; **Graul**, s. 248; **Hecker**, s. 749.

¹³³⁸ **Murmann**, §28 kn. 16.

¹³³⁹ **Kretschmer**, s. 403.

¹³⁴⁰ **Friester**, AT, 29. Kapitel, kn. 31; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1065.

¹³⁴¹ **Murmann**, §28 kn. 13.

azmettirmenin gerçekleşmesindeki başarı oranı da o derecede az olur.¹³⁴² Azmettiren işlenmesini istediği fiili ne kadar açık ve temel hatlarıyla çerçevesini çizerek yeterli bir şekilde somutlaştırırsa bir kimseyi azmettirmeye yönelik kastını da o derecede açık ve yeterli bir şekilde somutlaştırmış olur.

Azmettirenin kastının işlenmesi istenilen belirli bir fiile yönelik somut bir şekilde ortaya konulması gerekir.¹³⁴³

Azmettirenin kastının kapsamındaki fiilin ne derecede somutlaştırılması gerektiği her şeyden önce fiilin niteliğine bağlıdır. Örneğin, işlenmesi planlanan fiil kişilere karşı işlenen bir fiil ise genel olarak mağdurun belirtilmesi yeterli olmayıp, fiilin yöneleceği kişinin belirlenebilir şekilde somutlaştırılması gerekir.¹³⁴⁴

Azmettirenin kastının somutlaştırılmış fiilin icrasını ihtiva etmesi gerekir.¹³⁴⁵ Azmettiren, bir kimseyi azmettirdiğinde azmettirdiği fiili unsurları ile yeterince belirlemiş olmalıdır.¹³⁴⁶ Bunun için azmettirenin fiile ilişkin koşulları bilmesi ve fiilin işlenmesini istemesi gerekir.¹³⁴⁷ Azmettirenin fiilin fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesini bilmesi yeterli olup, fiilin cezalandırılabilir olup olmadığının azmettiren tarafından bilinmesi gerekmez.¹³⁴⁸

Azmettirenin kastının belirli bir fiile yöneldiğinin kabul edilmesi için azmettirenin işlenmesini istediği fiil ile failin işlediği fiil arasında haksızlık içeriği ve hukuksal değerlere yönelen saldırı bakımından bir uygunluğun gerçekleşmesi gerekir. Ancak bu şekilde bir uygunluk olursa eğer azmettirenin fail tarafından işlenen hareketi

¹³⁴² **Roxin**, AT II, §28, kn. 10.

¹³⁴³ **Schmidt**, AT, §26, kn. 1064; **Schönke/Schröder**, §26, kn. 18; **Fischer**, §26, kn. 8; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 149; **Kudlich**, AT, Fall: 297, s. 277; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 526.

¹³⁴⁴ **Fischer**, §30, kn. 7; **OLG Hamm**, 1991, 18; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 493.

¹³⁴⁵ **Baumann/Weber**, AT, s. 563

¹³⁴⁶ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1366.

¹³⁴⁷ **Fischer**, §26, kn. 10; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, §16, kn. 891.

¹³⁴⁸ **Schönke/Schröder**, §26, kn. 20.

yeterli bir somutlaştırma ile işlenmesini göze aldığından bahsedilebilir.¹³⁴⁹ Burada genel bir somutlaştırma olgusunun varlığı yeterli olup, fiilin tüm detaylarının ortaya konulması gerekmemektedir; çünkü fiilin işlenmesi bakımından azmettiren hiçbir zaman onu işleyecek olan fail gibi olamaz. Azmettirenin işlenecek fiile yönelik kastı failinkinden daha yüzeyseldir. Azmettiren, fiilin işleniş sürecine ilişkin belirlemeleri-kiralık katilin kim olacağının belirlenmesi durumunda olduğu gibi-bilerek faile terk eder.¹³⁵⁰

Fiili işlemeye yönelik azmettirenin kastının belirli bir zamanı (fiili işleme planının yapıldığı günün gecesi gibi), belirli bir yeri (en yakın yerdeki yabancıların yurdu gibi), belli bir mağduru (bu evde yaşayan kimse-zenci ve çocukları-gibi) ve fiili işleme tarzını (benzinle veya molotow-kokteyl ile işlenmesi gibi) ihtiva etmesi gerekir.¹³⁵¹ Fiilin konusu, işleneceği yer ve işleniş şekli gibi fiile ilişkin temel özelliklerin ortaya konulması yeterli olup, fiilin bu ana özellikleriyle somutlaştırılması gerekir ki fail hangi fiili işleyeceğini bilsin.¹³⁵²

Azmettiren fiilin işleneceği zaman ve yeri belirtmiş olmakla birlikte failin sonradan bu hususlara ilişkin değişikliklere gitmesi işlenmesi istenilen fiile yönelik esaslı değişiklikler değildir. Fail aynı suç tipi içerisinde kaldığı sürece fiilin işleniş zamanı ve yeri farklılaşma gösterse dahi gerçekleşen sapma önemsizdir; çünkü fiile ilişkin tüm detayların ortaya konulması gerekmemektedir. Örneğin, Cumartesi günü işlenmesine karar verilen fiilin Cuma günü işlenmesi ya da hırsızlık suçunun işlenmesi kararlaştırılan markette değil de başka markette işlenmesi azmettiren için önemsiz değişikliklerdir.¹³⁵³

¹³⁴⁹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 133.

¹³⁵⁰ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 434.

¹³⁵¹ **Bloy**, Zur Ernslichkeit des Versuchs, s. 156.

¹³⁵² **BGHSt** 34, 63 (Karar için bkz. **Kindhäuser**, AT, §43, kn. 5; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550); **Joecks**, §30, kn. 29; **Özkan**, Azmettirme, 109.

¹³⁵³ **Roxin**, AT II, §26, kn. 110; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 488.

Fiilin işleniş şeklinin de ortaya konulması; ancak fiilin işleniş şekline ilişkin tüm detaylar azmettirenin kastının muhtevasında olmasa bile, failin istediği zaman fiili işleyebileceği kadar azmettirenin kastını somutlaştırması gerekir.¹³⁵⁴ Azmettiren ile fail arasında fiile ilişkin birden fazla işleniş şekli konuşulmuş olabilir. Ancak fiilin gerçekleşmesine ilişkin başarı şansının enine boyuna değerlendirilmesi yapılmadan fiilin işleniş şekline ilişkin salt bir ön görüşmenin yapılması yeterli değildir.¹³⁵⁵

Azmettirenin kastının yeterince somutlaştırılması bakımından mağdurun belirli bir kişi olması gerekir.¹³⁵⁶ Böyle bir kişinin en azından belirlenebilir olması yani kişisel olarak belirli bir kişi çevresinde bir kimse olması yeterlidir.¹³⁵⁷

Asıl fiilin somutlaştırılmasında mağdurun kimliğinin açıkça belirlenmesinin gerekip gerekmediği meselesi doktrinde tartışılmıştır. *Maurach*, malvarlığına karşı işlenen suçlarda olmasa da kişilere karşı işlenen suçlarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği için azmettiren tarafından mağdurun bireysel olarak belirlenmiş olması gerektiğini ileri sürmüştür.¹³⁵⁸ *Roxin*, malvarlığına karşı işlenen suçlarda bu görüş kabul edilirse cinsel saldırı gibi ağır suçlar bakımından azmettirmeye teşebbüsün uygulanabilirliğinin sınırlandırılmış olacağını; bütün suçlar bakımından mağdurun bireyselleştirilmesi gerekme bile en azından ağır suçlarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹³⁵⁹

Belirsiz sayıda kişi topluluklarına yönelik gerçekleştirilen suça yönlendirme şeklinde işlenen hareketlerin belirliliğinden bahsedilemez.¹³⁶⁰ Sayıca belirlenemeyen

¹³⁵⁴ **Fischer**, §30, kn. 7; **OLG Hamm**, 1991, 18; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 493.

¹³⁵⁵ **Fischer**, §30, kn. 7.

¹³⁵⁶ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 526; ACK md.30/f.2 bakımından mağdurun somutlaştırılması hususu hakkında AFM'nin görüşü için bkz. **BGH**, Urteil vom 29.3.1960-1 StR 636/59 (Karar için bkz. MDR 7/1960, s. 595).

¹³⁵⁷ **Roxin**, AT II, §26, kn. 148; **Murmann**, §27 kn. 111; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 19. **Schönke/Schröder**, §26, kn. 19; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1064; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550. Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 436-438; **Geppert**, §26 StGB, s. 303.

¹³⁵⁸ Bkz. aktaran **İnci**, s. 962, dn. 174.

¹³⁵⁹ **Roxin**, StGB § 30, s. 173.

¹³⁶⁰ **Fischer**, §30, kn. 9; **Demirel**, Bağlılık Kuralı s. 436.

kişi çevresine yönelik gerçekleştirilen bu hareketler-örneğin radyo veya televizyon aracılığıyla ya da kitap, gazete gibi araçlarla yayınlanmış olması durumunda-azmettirme teşkil etmez.¹³⁶¹ Bu durumda unsurları gerçekleşmişse suç işlemeye alenen tahrik (suç işlemeye alenen çağrı) suçu gerçekleşebilir.¹³⁶² Suça tahrikte tahrik eden ile tahrik edilen arasında şahsi bir ilişki bulunmamaktadır. Tahrik eden belli bir grubu hedef aldığı için bundan kimin etkilendiğı belli değildir.¹³⁶³

Kendisine karşı fiilin işleneceğı kişi herkes değil de azmettirenin özellikle istediğı bir kimseyse bu kişinin belirlenebilir şekilde kim olduğunun ortaya konularak yeterli bir somutlaştırılmanın yapılması gerekir. Azmettirenin özellikle istediğı bu kişinin herkesten ayırt edilmesi sağlanmalı ve failin fiili işlerken hiçbir tereddüt yaşamadan hareket etmesini sağlayacak şekilde bireyselleştirilmesi gerekir.¹³⁶⁴

Azmettirmeye teşebbüste mağdurun bireyselleştirilmesinin önemli olmadığı durumların da gerçekleşmesi mümkün olup, mağdurun bireyselleştirilmesinin fiilin somutlaştırılması üzerinde her zaman bir rolü olmayabilir. Azmettirenin kastı, örneğin parktaki veya yoldan geçen herhangi bir yayaya yönelik olabileceğı gibi, azmettiren canının sıkıldığı bir kişiye yönelik olarak da hareket edebilir. Aynı şekilde bir kimseyi herhangi bir bankayı soymaya azmettirmek de bu mahiyettedir.¹³⁶⁵

¹³⁶¹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 148.

¹³⁶² **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 149; **Schmidt**, AT, §26, kn. 1064; **Geppert**, §26 StGB, s. 303.

¹³⁶³ **Joecks**, §30, kn. 30. Türk hukukunda nda bu hususta yapılan değerlendirmeler için bkz. **Koca/Üzölmez**, GH, s. 487; **Demirbaş**, GH, s. 523; **Özgen**, GH, s. 514; **İçel**, GH, s. 497; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 526; **Aydın**, *İşitak*, s. 258; **Önder**, Ceza Hukuku, s. 437; Köksal **Bayraktar**, *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, İstanbul 1977, s. 16; **Taner**, s. 531; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 960. **Faruk Erem**, *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler*, Ankara 1959, s. 140-141; **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 745; **Majno**, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, C. III, Ankara 1980, s. 4; **Yaşar/Gökcen/Artuç**, s. 6500; **Zafer**, GH, s. 544-545.

¹³⁶⁴ **Rengier**, AT, §47 kn. 12; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Graul**, s. 250.

¹³⁶⁵ **Kindhäuser**, AT, §43, kn. 5; **BGHSt** 50, 142 (**Kühl**, AT, §20, kn. 249).

(1) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Alman hukukunda azmettirenin kastının somutlaştırılması konusunda doktrinde fiili işlemeye genel anlamda azmettirmenin yeterli olmaması, haksızlığın esaslı boyutu, izin verilen riskin artması ve azmettirenin gönüllü hakimiyeti görüşleri ileri sürülmüştür.

Fiili işlemeye genel anlamda azmettirmenin yeterli olmaması (unzureichende allgemeine Anstiftung zur Begehung der Tat) görüşü; fiilin işlendiği zaman, yer ve işlenme şekli konusundaki bütün koşulların (detayların) bilinmesi gerekli değilse de, genel anlamda bir kimseyi suça yönlendirmenin veya belirli bir suça yönelik genel anlamda bir yönlendirmede bulunmanın fiilin somutlaştırılması için yeterli olmadığını ileri sürmüştür.¹³⁶⁶ Baskın kabul edilen bu görüşe göre, fiile ilişkin temel hususların yeterince somutlaştırılması gerekir.¹³⁶⁷ Fiilin somutlaştırılması bakımından somut olayın koşulları çerçevesinde belli unsurların varlığı gerekir.¹³⁶⁸

Haksızlığın esaslı boyutu (wesentlichen Dimensionen des Unrechts) görüşü, azmettirenin kastının asıl fiilin haksızlığının esaslı kısmını karşılamasının yeterli olduğunu ileri sürmüştür.¹³⁶⁹ Bu görüşte haksızlığın esaslı boyutu “hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen saldırının ve zararın ortalama boyutu”, yani “saldırının ve zararın gerçekleşme boyutunun ortalama olarak birbirine yakın olması” olarak tanımlanır.¹³⁷⁰

Bu görüşe göre, asıl fiilin ana hatlarıyla somutlaştırılmış olması (wesentliche Grundzügen konkretisierung) gerekir ve bu yeterlidir.¹³⁷¹ Örneğin kasten öldürme suçunda bir başkasını öldürme şeklindeki haksızlığın azmettirenin kastı kapsamında

¹³⁶⁶ Geppert, “§26 StGB”, s. 358; Graul, s. 249-250.

¹³⁶⁷ Kretschmer, s. 402; Putzke, s. 1087.

¹³⁶⁸ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 439.

¹³⁶⁹ Kudlich, AT, Fall: 297, s. 277; Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550; Thalhimer, s. 33; Kretschmer, s. 402; Putzke, s. 1087.

¹³⁷⁰ Roxin, AT II, §26, kn. 136; Joecks, §30, kn. 29. Bu görüş Gropp, Ingelfinger, Herzber ve Schünemann tarafından savunulmuştur. Bkz. Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 439, dn. 247.

¹³⁷¹ Murmann, §27 kn. 111; Kretschmer, s. 402. Boyut kavramının belirsiz bir kavram olduğuna ilişkin doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 447-448.

olması yeterlidir. Bunun dışında fiilin işleniş şekli, zamanı ve yeri gibi hususlar azmettirmenin kastının ortaya konulması bakımından ikincil nitelikte önemsiz bilgiler olup bunları belirlemek bundan sonra faile aittir.¹³⁷² Azmettirenin asıl fiilin objektif cezalandırılabilirlik şartlarına ilişkin bilgi sahibi olması ve bunun için azmettirenin bu konuda herhangi bir somutlaştırmaya gitmesi gerekmediği¹³⁷³ gibi azmettiren ile failin birbirlerini tanımaları da gerekmez.¹³⁷⁴

Haksızlığın esaslı boyutunun özellikle nitelik olarak birbirine yakın olan hırsızlık, dolandırıcılık ve yağma gibi suçlarda önem arz eden bir görüş olduğu kabul edilir. Nitelik olarak aralarında tam bir ayırım yapmanın zor olduğu bu tip suçlarda azmettirenin kastının hangi fiile yöneldiğinin tespit edilememesi failin hangi suça azmettirildiğinin belirlenememesi anlamına gelir. Failin hangi suça azmettirildiğinin belirlenemediği bir durumda azmettirme kastının hırsızlıkta örneğin bir eşyanın bulunduğu yerden izinsiz alınması, dolandırıcılıkta failin hesabı ödemeksizin kaçması veya yağmada çantanın zorla alınması gibi bu suçların unsuru olan hareketlerden hangisine yönelik olduğu tespit edilemez. Bu durumda haksızlığın esaslı boyutunun azmettirenin kastı kapsamında olduğundan ve belirli bir fiile yönelik azmettirmeden de bahsedilemez.¹³⁷⁵

Ancak haksızlığın esaslı boyutunun tipik neticenin içerisinde yer aldığı diğer suç tiplerinde azmettirenin iradesinin hangi suçun işlenmesine yönelik olduğunun tespiti mümkündür. Niteliği itibarıyla birbirine yakın suç tiplerinde olduğu gibi burada bir derecelendirme yapmaya gerek yoktur. Örneğin cesaretini ve erkekliğini bir kimseyi öldürerek ya da bir kadına cinsel saldırı fiilinde bulunarak kanıtlamak isteyen bir kimse bu fiillere azmettirildiğinde haksızlığın esaslı boyutu ortaya konulmuş olduğundan daha detaylı bir vasıflandırma yapmaya gerek olmayıp, bu durumda fiile ilişkin yeterli

¹³⁷² **Kretschmer**, s. 402.

¹³⁷³ **Joecks**, §30, kn. 29.

¹³⁷⁴ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 441.

¹³⁷⁵ **Roxin**, AT II, §26, kn. 137.

somutlaştırma gerçekleşmiş olur. Failin fiile ilişkin nitelendirmesi haksızlığın esaslı boyutunun ortaya konulması bakımından yeterlidir.¹³⁷⁶

Haksızlığın esaslı boyutu görüşü Türk hukukunda baskın görüş olarak kabul edilmektedir.¹³⁷⁷ Buna göre, azmettirenin suçun icrasına ilişkin tüm detayları bilmesi gerekmez. Örneğin suçun işleneceği yerin ve zamanın belirlenmesi gerekmemektedir. Azmettirenin sorumluluğunun doğması için fiilin ana hatlarıyla ve esaslı unsurlarıyla somutlaştırılmış olması yeterlidir.¹³⁷⁸ Fiilin asıl unsurlarının somutlaştırılması ve failin suçu işlemeye ikna olması azmettirme için yeterli olup, suçta kullanılacak aracın veya suçun işleniş şeklinin belirlenmesi zorunlu değildir.¹³⁷⁹ Örneğin A, komşusu B'nin arabasının tekerleğini bıçak sokmak suretiyle patlatması için C'yi azmettirir. A'nın C'nin kullandığı bıçak markasının veya türünün ne olduğu, hangi elle bu iş gerçekleştirdiği veya arabanın ön veya arka tekerliğinin mi patlatıldığının azmettiren tarafından bilinmesine gerek yoktur. A'nın kastının B'nin malına zarar verme kastını içermesi yeterlidir.¹³⁸⁰

Doktrinde gerek hukuk güvenliği gerekse suç ve ceza politikası bakımından azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasında daha adaletli sonuçlar doğuracağı ve azmettirenin kastının somutlaştırılması bakımından haksızlığın esaslı boyutunun daha isabetli bir görüş olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁸¹

İçtihatlarda da haksızlığın esaslı boyutu görüşü kabul edilmiştir.¹³⁸² Bu husus “suçun kanuni tanımındaki unsurların kast kapsamında yer alması” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “azmettirenin kasten hareket etmesi

¹³⁷⁶ **Roxin**, AT II, §26, kn. 138.

¹³⁷⁷ **Önder**, şerikin hangi suça iştirak ettiğini bilmesinin bu hususta yeterli olduğunu belirterek, sorunu suç tipinin salt anlamda bilinip bilinmemesine indirgemıştır. Bkz. aktaran **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 442, dn. 254.

¹³⁷⁸ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 487; **Özkan**, Azmettirme, s. 100; **Özgenç**, GH, s. 563-564.

¹³⁷⁹ **Aydın**, İştirak, s. 257; **Özkan**, Azmettirme, s. 100.

¹³⁸⁰ **Özkan**, Azmettirme, s. 113..

¹³⁸¹ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 446.

¹³⁸² **YCD**, T.05.12.2012, E. 2011/21373, K. 2012/27718 (Karar için bkz. **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 442, dn. 255).

gerektiği, bu kastın failde belli bir suçu işleme hususunda karar oluşturmaya, suçun bu kişi tarafından işlenmesi gerektiği hususunu ve azmettirilen suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsamaması gerektiği, eylemin yer ve zamanın veya eylemin işleniş tarzına ilişkin detayların belirlenmesine gerek olmadığı” ileri sürmüştür ve bu şekilde bu görüşü benimsediğini ortaya koymuştur.¹³⁸³

İzin verilen riskin artması (erhöhtes zulässiges Risiko) görüşü, azmettirenin hukukten izin verilen riskin artmasına neden olması halinde cezalandırılabilceğini ileri sürmüştür. Bu görüşü savunan *Herzberg*’e göre, asıl fiil azmettirenin değil, failin eseri olduğu için fiilin azmettirene isnat edilebilirliğinin belirlenmesi gerekir. Fiilin azmettirene objektif olarak isnat edilebilirliğini sağlayan azmettirenin failde suç işleme yönünde bir kararın oluşmasına neden olmasıdır. Azmettiren faile fiili işleme kararının aldırılmasına neden olmakla fiilin işlenmesi rizikosunu da gerçekleştirmiş olur. Bu görüş, azmettirmeyi failin fiili işleme rizikosunu olarak değerlendirir. Azmettiren bir kimseyi suça davet ederek fiilin işlenme rizikosunun gerçekleşmesine sebep olmuştur.¹³⁸⁴ Fiili işleme rizikosuna neden olmayı esas alan bu görüş, azmettirenin kastının somutlaştırılması meselesini sübjektif tipiklik kapsamında değil, objektif tipiklik çerçevesinde ele aldığı için eleştirilmiştir.¹³⁸⁵

Azmettirenin gönüllü hakimiyeti (voluntative Dominanz) görüşü, saldırının yöneldiği fiilin veya hukuksal değerin sahibi gibi hususlarda somutlaştırmanın ayrıntılarıyla yapılmış olması gerektiğini ileri sürmüştür. *Ingelfinger* tarafından savunulan bu görüşe göre, kastın somutlaştırılması, azmettirme aracılığıyla failin kontrol altında tutulması (*Lenkung des Täters durch den Anstifter*) gibi manevi bir mekanizmayla gerçekleşebilir. Tipik fiilin cezalandırılmasıyla korunması amaçlanan hukuksal değerin sahibinin dolaylı olarak ifade edilmesi durumunda bu kontrol

¹³⁸³ **YCGK**, T. 16.02.2010, E. 2009/1-251, K. 2010/25 (Karar için bkz. **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 439).

¹³⁸⁴ **Rolf Dietrich Herzberg**, “Anstiftung zur Unbestimmten Haupttat-BGHSt 34, 63” *JuS Heft 8*, 1987, s. 617-622; İzin verilen riskin artmasına neden olma görüşü için ayrıca bkz. **Roxin**, AT II, §26, kn. 142; **Kretschmer**, s. 402.

¹³⁸⁵ Eleştirisi için bkz. **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 445-446.

mekanizması gerçekleşmediğinden azmettirmeden bahsedilemez.¹³⁸⁶ Somutlaştırılan amaç daha dar ve daha öngörülebilir bir alanda değerlendirildiğinde saldırının hangi hedefe yöneldiği tespit edilerek azmettirenin fail üzerinde manevi olarak kurduğu kontrol mekanizmasıyla fiilin somutlaştırılmasındaki eksikliğin telafi edilmesi mümkündür. Dolaylı faillikte ve mesleki olarak suç işleme olaylarında azmettirenin failin işleyeceği fiile sadece işaret etmiş olmasının somutlaştırma bakımından yeterli olduğundan hareketle özellikle bu durumlarda bu görüşün uygulanabilir olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁸⁷

(2) İctihadi Durum

Azmettirenin kastının somutlaştırılması gerektiği meselesi Alman içtihatlarında da tartışma konusu olmuştur.¹³⁸⁸ Asıl fiile ilişkin detayların ne kadarının azmettirenin kastının kapsamında olması gerektiğine ilişkin tartışmalar Almanya’da gerçekleşen bir olayla AFM’nin gündemine girmiştir. Karara konu olayda yurt dışına çıkmak isteyen ve paraya ihtiyacı olduğunu söyleyen faile, ilk başta sanık verdiği cevapta eşyalarını satması gerektiğini ancak bu şekilde parayı tedarik edebileceğini söyler. Ancak fail bunu yapamayacağını söyleyince, sanık ona bu sefer de “o halde bir banka veya bir benzin istasyonunu soymalısın” karşılığını verir. Fail gerçekten iki gün sonra bir bankayı soyar. AFM’ye göre, banka ve benzin istasyonu gibi suçun işleneceği yere ilişkin genel hususlar belirtilmiş olsa bile, bunlar işlenecek fiilin somutlaştırılması bakımından yeterli değildir. Azmettirmeden bahsedilebilmesi için failin ihtiyacı olduğu paranın miktarının ne kadar olduğu, gerçekleşen soygunda saldırının yapısı ve türünün açıkça somutlaştırılmış olması gerekir. Bu gerekçelerden hareketle, AFM azmettirmenin gerçekleşmediğine hükmetmiştir.¹³⁸⁹

¹³⁸⁶ Bkz. aktaran **Roxin**, AT II, §26, kn. 144.

¹³⁸⁷ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 445.

¹³⁸⁸ **BGH**, Urteil vom 21.4.1986-2 StR 661/85; **Graul**, s. 249, 250; **Krüger**, s. 492; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 434.

¹³⁸⁹ **BGHSt** 34, 63, karar için bkz. **Kindhäuser**, AT, §43, kn. 5; **Geppert**, §30 Abs.1 StGB, s. 550; **Roxin**, AT II, §26, kn. 134, 136, 174; **Graul**, s. 249-250; **Joecks**, §30, kn. 31; **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 435. AFM’nin somutlaştırma ölçütüne ilişkin görüşü için bkz. **BGH**, NStZ, 1998, 347; **Roxin**, AT II, §28, kn. 20; **Jäger**, AT, §6, kn. 279; **Putzke**, s. 1087.

Söz konusu kararın suç ve ceza politikası ve hukuk güvenliği bakımından tahammül edilemez sonuçlara yol açacağı kaygılarından hareketle AFM'nin fiilin bireyselleştirilebilir ölçüde somutlaştırılması görüşü doktrinde eleştirilmiştir.¹³⁹⁰

Roxin, azmettirenin cezalandırılması için asıl fiile ilişkin hemen hemen tüm detayların mahkeme kararına göre ortaya konulması gerektiğini, aksi halde sırf fiil failin hakimiyetine terk edilmiş olacağından azmettirmenin cezasız kalacağını ileri sürmüştür. *Yazara* göre, bir suç örgütünün liderinin, örgüt üyelerini ihtiyaç duyulan miktarda parayı bankadan çalmaları konusunda görevlendirdiği bir olayda, AFM'nin bahsi geçen kararıyla ortaya konulan somutlaştırma ölçütüne göre, azmettiren konumundaki liderin fiilin bütün unsurlarını detaylıca ortaya koyup koymadığının, paranın ne zaman, hangi bankadan ve nereden çalınacağına ilişkin soruların yanıtlanmasıyla fiilin işlenişinin faillere terk edilip edilmediğinin araştırılması gerekir. Fiile ilişkin bu şekilde detaylı bir somutlaştırmanın yapılmış olması gerektiği hukuki güvenliği ortadan kaldırıcı nitelikte bir ölçüttür. Karardan anlaşıldığı kadarıyla banka türünün de burada açıkça ortaya konulması, somutlaştırılan her hususun bilinmesi ve bunların azmettirme kastı kapsamında olması gerekir. Ancak somutlaştırılan hususlara ilişkin genel ve soyut bir belirleme yaparak değil, her somut olayın koşulları dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.¹³⁹¹

Camargo, içtihatlarda fiilin geniş ölçüde somutlaştırılmasının yani detaylıca ortaya konulmasının meşruluğunun (kanuniliği) olmadığını, en azından haksızlığın önemli boyutunun ortaya konulmasının yeterli olduğunu, azmettiren belirtmemişse mağdurun kişi olarak tanımlanmasının gerekmediğini, hukuksal değerlere yönelik tehlikenin gerçekleştiğinden bahsedebilmek için azmettirenin detaylara girmeden en azından olayın çerçevesini çizmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹³⁹²

¹³⁹⁰ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 438.

¹³⁹¹ **Roxin**, AT II, §26, kn. 135, 140, 141.

¹³⁹² **Camargo**, s. 745, 749-750.

Demirel, AFM'nin fiilin somutlaştırılmasına ilişkin ölçütünün belirsizlik içerdiğini, örneğin yabancıları sevmeyen bir kişinin herhangi bir yabancıyı kiralık katile öldürtme karşılığında önemli miktarda para vermesi gibi bir olayda ödenen para dolayısıyla gerek hedeflenen kişinin bireyselleştirilmesi bakımından gerekse diğer olayların somutlaştırılmaması sebebiyle bu kişinin cezalandırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. *Yazara* göre; konu, zaman ve fiilin işlenmesine ilişkin diğer unsurlar belirlenmediği için işlenecek fiil belirsiz bir fiildir. Fiile ilişkin tüm detayların ortaya konulması gerekme bile bazı unsurların varlığının ortaya konulması fiile ilişkin somutlaştırma için yeterli olup, her olayın koşulları çerçevesinde bu somutlaştırmanın yapılması gerekir.¹³⁹³

AFM, fiilin somutlaştırılmasıyla ilgili olarak iki önemli esastan hareket etmiştir. Bunlardan biri ACK md.30/f.1 bakımından önemli olan ve fiilin işlenmesinde önemli bir rol oynayan azmettirenin planının dikkate alınmasıdır. Diğer, hukuksal değerlerin tehlikeye sokulmasıdır. AFM'ye göre, suça iştirakin hukuksal değerlere yönelik tehlikeyi arttırıp arttırmadığı, daha doğrusu korunan hukuksal değerlerin iştirak fiiliyle tehlikeye girip girmediği veya doğrudan bir zararın gerçekleşip gerçekleşmediğinin dikkate alınması gerekir. Bu suretle AFM, tehlikeyi kişinin iradesinden yani fiili işleme kararından doğan ve daha sonra birden fazla kişinin suç planı haline gelen tehlike olarak mütalaa etmiştir.¹³⁹⁴ Birden fazla iradenin birlikteliğinden doğan tehlikeden bahsedebilmek için planlanan fiilin yeterince somutlaştırılması gerekir.¹³⁹⁵

(3) Kanaatimiz

Azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu için azmettirenin bir kimseyi azmettirme ve asıl fiile yönelik kastının fiilin fail tarafından her an işlenebilmesini sağlayacak şekilde somutlaştırılması gerekir. Somutlaştırmada azmettirenin faile fiile ilişkin bütün ayrıntıları anlatması gerekmez ve fiile ilişkin önemli unsurları açıklaması yeterlidir.

¹³⁹³ **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 435, 446.

¹³⁹⁴ **BGHSt** 18, 160 (Karar için bkz. **Camargo**, s. 743-744).

¹³⁹⁵ **Fischer**, §30, kn. 7; **OLG Hamm**, 1991, 18; **Bloy**, Grund und Grenzen, s. 493; **Hecker**, s. 749; **Graul**, s. 248, 249; **Kretschmer**, s. 402.

Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsüyle kriminal nedensel süreci elden çıkarması ve sürecin failin hakimiyetine geçmesiyle artık azmettirenin hiçbir bilgi ve desteğine gerek kalmaksızın failin fiili istediği zaman gerçekleştirebilecek şekilde fiile ilişkin önemli unsurların somutlaştırılmasıyla azmettirme kastının somutlaştırıldığından bahsedilebilir. Bu açıklamalardan hareketle azmettirenin kastının somutlaştırılmasının tespitinde haksızlığın esaslı boyutu görüşüne ilişkin esasların uygulanması gerekir. Hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen cezalandırılabilir tehlike sınırı azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasına başlama sınırı olup, bu sınırın aşılması için fiilin ana hatları ve esaslı unsurlarıyla somutlaştırılması gerekir.

2. Failin Azmettirenin Kastının Dışına Çıkması

Azmettirenin, kastından fazlasına iştirakten dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.¹³⁹⁶ Azmettirmeye teşebbüste azmettiren, kendi kastı kapsamındaki fiillerden sorumludur.¹³⁹⁷ Azmettirenin işlenmesini istediği fiilden gerçekleşen sapmalarda azmettiren, kendi kastı kapsamındaki kadarıyla sorumludur. Bağlılık kuralı gereği kastının kapsamı haricinde kalan fiiller azmettirene isnat edilemez; çünkü, kastının kapsamı dışında kalan fiiller fail tarafından gerçekleştirilen başka fiillerdir.¹³⁹⁸

Failin azmettirildiği fiilden tamamen farklı hareket ederek tamamen farklı bir fiili işlemesi veya daha fazlasını işlemesi durumlarında azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin A, B'yi C'yi öldürmeye azmettirir. Ancak B suçun icrasına başlamaz ve C'ye karşı cinsel saldırı suçunu işler. Cinsel saldırı fiili azmettirenin kastı kapsamında olmadığı için A cinsel saldırıya azmettirmeden sorumlu tutulamaz.¹³⁹⁹ Azmettiren sadece işlenen fiil kendi kastı ile örtüştüğü ölçüde cezalandırılabilir.¹⁴⁰⁰ Bir başka ifadeyle, işlenen fiil ile azmettirenin kastının birbirine

¹³⁹⁶ Heinrich, AT, §37, kn. 1306.

¹³⁹⁷ Murmann, §28, kn. 12, 14; Vogler, s. 338.

¹³⁹⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §16, kn. 894; Puppe, AT, §25, kn. 20; Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550; Stratenwerth/Kuhlen, AT, kn. 148, s. 255.

¹³⁹⁹ Geppert, §30 Abs.1 StGB, s. 550-551.

¹⁴⁰⁰ Murmann, §27 kn. 113; Keiler/Roef, Participation, s. 250.

uygun olduğu hallerde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilir.¹⁴⁰¹ Alman hukukunda failin azmettirenin kastının dışına çıktığı böyle bir durumda A'nın öldürmeye azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir.¹⁴⁰² Türk hukukunda bağlılık kuralı gereği cinsel saldırıya azmettirmeden sorumlu tutulamayan A, kanunda hüküm bulunmadığı için kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten de sorumlu tutulamaz.¹⁴⁰³

Failin azmettirenin kastının kapsamı dışına çıkması durumunda azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun söz konusu olup olmadığı failin sınır aşımı hallerinde detaylı olarak ele alındığı için konuya ilişkin açıklamalar tekrar edilmeyecektir.

V. AZMETTİRMEME TEŞEBBÜSTEN VAZGEÇME

Hazırlık aşamasında suça katkısını gerçekleştiren azmettiren daha bu aşamada iken bu katkısını tamamen etkisizleştirirse iştirake gönüllü vazgeçmeye ilişkin hüküm uygulanamaz; çünkü asıl fiil teşebbüs aşamasına varmamıştır. Azmettiren, daha hazırlık aşamasındayken vazgeçme hareketi ile suçun gerçekleşmesini önleyecek bir etkide bulunmuştur.¹⁴⁰⁴ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmadığı bir sistemde bu sonuç kabul edilebilir ise de, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması durumunda vazgeçmeye ilişkin bağımsız bir hükmün düzenlenmesi gerekir. Bu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Nitekim Türk kanun koyucu da sadece anlaşma fiili bakımından YTCK md.316/f.2'de bu yönde hareket ederek bağımsız bir düzenlemenin yapılması gerektiğine açıkça işaret etmiştir.¹⁴⁰⁵

¹⁴⁰¹ Koca/Üzülmüş, GH, s. 487.

¹⁴⁰² Thalheimer, s. 25.

¹⁴⁰³ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 352; Özkan, Azmettirme, s. 116 vd.

¹⁴⁰⁴ Önder Tozman, "İştirake Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", *TBBT*, S. 82, 2009, s. 9.

¹⁴⁰⁵ YTCK md.316/f.2'de iştirake teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin özel bir hüküm konulmuştur. Buna göre amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez. Ancak anlaşma fiili burada bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiğinden hükmü, cezasızlığı sonuçlayan etkin pişmanlık hallerinden biri olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim kanun koyucu, bunun etkin pişmanlık hali olduğunu madde gerekçesinde açıkça kabul etmiştir.

ACK md.30/f.1’de, cezalandırılabilirliğin geriye çekilmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçmek için azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmeye (*Rücktritt vom Versuch der Beteiligung*) ilişkin genel bir hüküm (ACK md.31) ihdas edilmiştir.¹⁴⁰⁶ Hüküm, iştirake teşebbüs için düzenlenen özel bir hükümdür.¹⁴⁰⁷ Hükümde sadece azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme değil, iştirake teşebbüsün diğer hallerinden (ACK md.30/f.2) vazgeçme de düzenlenmiştir.¹⁴⁰⁸

Azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme şu şekilde düzenlenmiştir (ACK md.31/f.1 ve f.2)¹⁴⁰⁹:

“(1) Her kim gönüllü olarak, bir başkasını bir cürüm işlemek için azmettirme teşebbüsüne son verir ve onun suç işleme tehlikesini bertaraf ederse otuzuncu madde uyarınca cezalandırılmaz. (2) Suç gönüllü vazgeçenin katkısı olmadan işlenmemiş olursa veya onun önceki davranışından bağımsız olarak gerçekleştirilirse, failin cezalandırılmaması için, eylemin gerçekleşmesini önlemek yolunda, gönüllü ve ciddî bir şekilde çaba göstermiş olması yeterlidir.”

Teşebbüsten “gönüllü vazgeçmeye (*freiwilliger Rücktritt*)” benzer düzenlenen hüküm azmettiren için bir şahsi cezasızlık sebebidir. Söz konusu hüküm gönüllü vazgeçmeye ilişkin bağımsız bir hüküm olup, sadece iştirake teşebbüs için kanuna eklenmiştir.¹⁴¹⁰ Alman hukukunda, asıl fiil teşebbüs aşamasına varmadığından teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin hükmün (ACK md.24) azmettirmeye teşebbüse uygulanamayacağı kabul edilmektedir.¹⁴¹¹

¹⁴⁰⁶ **Özkan**, Azmettirme, s. 152; **Vogler**, s. 352.

¹⁴⁰⁷ **Joecks**, § 31, kn. 1; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92.

¹⁴⁰⁸ **Fischer**, §31, kn. 4-6; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 1-7; **Joecks**, § 31, kn. 17-28; **Vogler**, s. 352-354; **BGH**, Urteil vom 25.11.1986-4 StR 631/85: “Rücktritt vom Versuch der Beteiligung”, *NStZ* 1987, s. 118.

¹⁴⁰⁹ **Yenisey/Plagemann**, s. 24-25; **Fischer**, §31, kn. 1 vd. Hükmün azmettirmeye teşebbüsün türlerinden başarısız ve neticesiz azmettirmede uygulanabilir olup olmadığı tartışması için bkz. **Zipf**, s. 145.

¹⁴¹⁰ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1373; **Kühl**, AT, §20, kn. 255.

¹⁴¹¹ **Fischer**, §31,kn. 2.

ACK md.31/f.1'e göre, azmettirenin suç işleme yönündeki planından kesin surette vazgeçmesi ve iştirak katkısını etkisizleştirmek suretiyle suç işleme tehlikesini bertaraf etmesi yeterlidir. Suç gönüllü vazgeçen azmettirenin katkısı olmaksızın işlenmemiş veya önceki davranışından bağımsız olarak işlenmiş olursa azmettirenin cezalandırılmaması için, fiilin gerçekleşmesini önlemek yolunda gönüllü ve ciddî bir şekilde çaba göstermiş olması yeterlidir. Vazgeçmenin gönüllü ve ciddi olması gerektiği zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir.¹⁴¹²

Azmettirenin, azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin hükümden faydalanabilmesi için öncelikle ortada bir vazgeçmenin ve bu vazgeçmenin iradi yani gönüllü (*freiwillig*) olması gerekir.¹⁴¹³ Azmettirenin gönüllü vazgeçmesi demek, “azmettirenin karar verme serbestisi” dahilindeki davranışını geri alması demektir.¹⁴¹⁴ AFM verdiği bir kararda suçun işlenmesi tehlikesini bertaraf etmeye yönelik çabaların gönüllü olması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁴¹⁵

Azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmenin kesin (*endgültigen Verzicht*) olması gerekir.¹⁴¹⁶ Vazgeçmenin kesin olması tehlikeyi nihai olarak ortadan kaldırmak demektir. Azmettiren, suça olan katkısını ancak tamamen geri çekmeyi başarırca azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmaz. Örneğin suçun işlenmesi tehlikesini fark eden azmettiren faili fiili işleme kararından vazgeçirmek suretiyle onu caydırabilir.¹⁴¹⁷

Vazgeçmenin başarısız olması durumunda yani asıl fiilin işlenmesi veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması durumunda artık iştiraktan dolayı

¹⁴¹² **Fischer**, §31, kn. 3, 8; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 3; **Joecks**, § 31, kn. 12; **Joecks/Jäger**, § 31, kn. 3; **Kroß**, s. 252-255.

¹⁴¹³ **Rengier**, AT, §47, kn. 41; **Fischer**, §31, kn. 2; **Dessecker**, s. 552; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 2; **Joecks**, § 31, kn. 3, 8; **Vogler**, s. 352; **BGH**, Urteil vom 12.12.2001-1 StR 441/01: “Fehlgeschlagener Versuch einer Anstiftung zum Totschlag”, *NStZ* 2002, s. 311); **Kudlich**, Rücktritt, s. 92, 93.

¹⁴¹⁴ **Özkan**, Azmettirme, s. 157; **BGH** 2001, *NStZ*, s. 311.

¹⁴¹⁵ **BGH**, Urteil vom 14.06.2005, 1 StR 503/04.

¹⁴¹⁶ **Fischer**, §31, kn. 2; **Kühl**, AT, §20, kn. 255; **Vogler**, s. 352; **Kudlich**, Rücktritt, s. 92, 93.

¹⁴¹⁷ **Kühl**, AT, §20, kn. 256, 258; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 3; **Fischer**, §31, kn. 3, s. 295; **Joecks**, § 31, kn. 7.

sorumluluk doğar.¹⁴¹⁸ Azmettirenin faili suçu işlemekten alıkoyma çabalarının başarılı olamaması ve failin suçu işleme düşüncesini etkisizleştirememesi nedeniyle suçun işlenmesi halinde “başarısız gönüllü vazgeçme” söz konusu olur ve bu durumda azmettiren gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. Azmettiren elinden geleni yapmış (örneğin yetkililere durumu ihbar etmiş, suç mağduru kişiyi uyarmış) olmasına rağmen fail yine de suçu işlerse gönüllü vazgeçmiş olur ve ACK md.31’de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinden faydalanır.¹⁴¹⁹

Sonuç itibariyle; azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin hükümden faydalanabilmesi, suçun hazırlık aşamasında iken faili vazgeçirmeye yönelik gayretleri failin fiili işleme kararının etkisizleştirilmesi/sıfırlanması ile mümkündür. Azmettiren “azmettirme ile yüklendiği suç işletme rizikosunu” ortadan kaldırmalıdır.¹⁴²⁰ Bir başka anlatımla azmettiren ciddi ve gönüllü hareket ederek işlediği fiilin nedensel değerini, yani hareketsiz kalmayarak bir başkasını azmettirme kapsamında gerçekleştirdiği telkinlerini tamamen ortadan kaldırmak zorundadır.¹⁴²¹ Bu zorunluluk, azmettirenin kendi hayatını ve sağlığını tehlikeye atacak nitelikte vazgeçmeye yönelik faaliyetler içine girmesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Örneğin, azmettiren azmettirdiği tetikçisini durdurmak adına kendi ölümünü göze almak zorunda değildir. Bu gönüllü vazgeçmenin bir şartı da değildir. Bununla birlikte, gönüllü vazgeçme adına suçu önlemede ortaya çıkan en ufak bir tehlikeyi bile göze almayan azmettirenin tüm gayretini göstererek hareket ettiği de söylenemez.¹⁴²²

Azmettiren olmaksızın fiilin icra edilmesi zaten mümkün değilse ve fail de bunu biliyorsa; azmettiren hareketsiz kalmak suretiyle fiilin işlenmesine engel olabilir. Bu

¹⁴¹⁸ Lackner/Kühl, §30, kn. 2; Dönmezer/Erman, II, s. 476-478; Hakeri, İştirak, s. 84-85.

¹⁴¹⁹ Özkan, Azmettirme, s. 157.

¹⁴²⁰ Özkan, Azmettirme, s. 155-156.

¹⁴²¹ Dönmezer/Erman, II, s. 476-478; Hakeri, İştirak, s. 84-85.

¹⁴²² Özkan, Azmettirme, s. 158.

şekilde gönüllü olarak azmettirme teşebbüsüne son veren azmettiren failin suç işleme tehlikesini bertaraf ederse azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmaz.¹⁴²³

VI. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN YAPTIRIMI

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüste ceza yaptırımı öngörülmüştür.¹⁴²⁴ ACK md.30/f.1’de başkasını cürme veya cürme azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs eden kişinin teşebbüse¹⁴²⁵ ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılacağı, cezasının ACK md.49/f.1 uyarınca hafifletileceği; ayrıca ACK md.23/f.3’ün kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Hükümde ayrıca zincirleme azmettirmeye teşebbüs de ceza yaptırımı altına alınmıştır. Azmettirmeye teşebbüsün teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılması ve cezada indirim yapılması zorunlu olup, hakime bu konuda takdir yetkisi verilmemiştir.¹⁴²⁶

Doktrinde ceza zorunlu olarak indirilse de azmettirmeye teşebbüsün cezasının teşebbüse dayandığı ve ceza indiriminde kabul edilen zorunluluğun suça hazırlık ve teşebbüsün haksız bir şekilde eşit değerlendirilmesine yol açtığı; bunun cezanın fer’i sonuçlarının (ceza mahkumiyetine bağlı sonuçlar, ACK md.2, 45, 92a) ve iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin (ACK md.61-72) uygulanmasını bertaraf etmeyeceği ve cezalandırmada haksızlık ve kusur ilişkisinin korunması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁴²⁷

Cezayı indiren “özel kanuni nedenler başlıklı ACK md.49/f.1 uyarınca indirim yapılması kanunen öngörülmüş/hukuken kabul edilmişse, müebbet hapis cezasının

¹⁴²³ **Heinrich**, AT, §39, kn. 1373; **Fischer**, §31, kn. 3; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 3.

¹⁴²⁴ **Özkan**, Azmettirme, s. 93-94.

¹⁴²⁵ Alman hukukunda tüm suçlar değil, kural olarak cürümler teşebbüse elverişlidir. Cünhalara teşebbüs kanunda açıkça belirtilen hallerde mümkündür. Bkz. **Hans Heinrich Jescheck**, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, çev. Feridun Yenisey, 1. bs., İstanbul 1989, s. 31.

¹⁴²⁶ **Fischer**, §30, kn. 19; **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 3; **Schönke/Schröder**, §30, kn. 8, 42; **Rengier**, AT, §47 kn. 3; **Lackner/Kühl**, §30, kn. 9; **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 23; **Joecks**, kn. 70; **Stratenwerth/Kuhlen**, AT, kn. 176; **Picotti**, s. 430.

¹⁴²⁷ **Rainer Zaczyk**, “Versuch der Beteiligung”, StGB §30, kn. 82, in: NomosKommentar Strafgesetzbuch: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen [Hrsg.], 5. Auflage, Baden-Baden 2017, s. 1341.

yerini üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. Süreli hapis cezasında kanunda yazılı üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı şu şekilde indirilir: on veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya; diğer hallerde kanuni alt sınıra kadar indirilir.¹⁴²⁸

Azmettirmeye teşebbüste somut cezanın belirlenmesinde hazırlık ve planlama aşamasının, hazırlık ve planlamanın suçun işlenmesi bakımından olgunlaşmış olup olmadığı, azmettirmeye teşebbüsün asıl fiilin teşebbüs aşamasına yakınlığının göz önünde bulundurulması gerekir.¹⁴²⁹ Hakimin olayın gerçekleşme derecesi, suçun hazırlığı konusunda gösterilen itina, tehdidin potansiyelliği ve bu fiilden başarılı vazgeçme gibi koşulları bu belirlemede dikkate alması gerekir.¹⁴³⁰ Planlanan fiilin koşullarının yanı sıra fail ile azmettiren arasındaki bağların sağlamlığı, fiili kesin işleme kararlılığının ve azmettirmeye teşebbüsün fiilin gerçekleşmesine olan yakınlık derecesinin göz ardı edilmemesi gerekir.¹⁴³¹ Düsseldorf Eyalet Mahkemesi, kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüse ilişkin verdiği bir kararında ACK md.211/f.1'in cezai sınırları çerçevesinde ACK md.30/f.1, cüm.2, md.49/f.1-1 ve 49/f.1-2,3 hükümlerine göre sanığın cezasını iki kez indirmiş ve somut cezanın belirlenmesinde yaptığı indirimlerde sanığın azmettirmeye teşebbüsü itiraf etmesi, öldürme fiilinin henüz ceza hukukunda ortaya çıkmaması, olayla bağlantılı eski sanık hakkında vermiş olduğu bilgiler ile fiilin soruşturulmasına önemli katkıda bulunması, yargılamanın uzun sürmesi gibi hususları lehe olarak değerlendirmiştir. Mahkeme ölüm tehlikesinin önemli ölçüde artması ve bunun mağdur üzerinde yol açtığı etkiler gibi aleyhe koşullarla birlikte lehe hususları dikkate alarak sanığın nitelikli kasten

¹⁴²⁸ Yenisey/Plagemann, s. 41-42.

¹⁴²⁹ Joecks, kn. 70.

¹⁴³⁰ Zaczyk, kn. 84.

¹⁴³¹ BGH, Urteil vom 20.09.1989-2 StR 232/89 (Karar için BGH NStZ 1989, s. 571).

öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten iki yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.¹⁴³²

İlgili suç tipinde fiilin daha az cezayı gerektirdiği nitelikli hallere, örneğin yağma suçunun daha az ceza gerektiren nitelikli hallerine (ACK md.249/f.2, md.250/f.3) azmettirmeye teşebbüs durumunda da ACK md.49/f.1 uyarınca indirimin yapılması mümkündür. Fiilin daha az cezayı gerektiren nitelikli hali gerçekleşmişse suç tipinde öngörülen indirim uygulandıktan sonra azmettirmeye teşebbüsü bakımından bir kez daha indirim yapılır. Ancak daha az cezayı gerektiren nitelikli hal fiilin hazırlığı aşamasında söz konusu olursa ACK md.50¹⁴³³ gereği sadece bir kez indirim yapılır.¹⁴³⁴

Azmettirmeye teşebbüsün, teşebbüs kurumuna ilişkin prensipler çerçevesinde cezalandırılacağı ifade edildikten sonra ACK md.23/f.3'te düzenlenen ağır bilgi ve anlama hatasından dolayı suça teşebbüs edilmesindeki cezalandırılammazlık halinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.¹⁴³⁵ Böylece azmettirmeye teşebbüste cezada ACK md.49/f.2¹⁴³⁶ uyarınca başka bir indirim yapma imkanı getirilmiştir.¹⁴³⁷

ACK md.23/f.3'e göre, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan araçların cinsinden dolayı, suça teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, failin ağır bilgi ve anlama hatasına düşmesinden dolayı mahkeme ACK md.49/f.2 uyarınca ceza vermekten

¹⁴³² LG, 1. Große Strafkammer-Schwurgericht: Urteil vom 05.12.2017-1 Ks 11/17, karar için bkz. https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg_duesseldorf/j2017/1_Ks_11_17_Urteil_20171205.html (03.07.2021).

¹⁴³³ **ACK md.50:** “Tek başına veya başka şartlarla birlikte, fiilin daha hafif bir suç olarak tavsif edilmesini gerektiren bir şart, aynı zamanda 49 uncu madde uyarınca özel bir kanunî indirim sebebi teşkil ediyorsa, sadece bir defa göz önünde tutulabilir.” **Yenisey/Plagemann**, s. 42.

¹⁴³⁴ **Zaczyk**, kn. 83; **BGH**, Urteil vom 10.09.1986-3StR 287/86.

¹⁴³⁵ **Kindhäuser**, AT, §43 kn. 3; **Rogall**, s. 874; **Fischer**, §30, kn. 19. ACK md.23/f.3'ün burada uygulanabilir olup olmadığı tartışması için bkz. **Heintschel-Heinneg**, §30, kn. 23.

¹⁴³⁶ **ACK md.49/f.2:** “Mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bir maddesi uyarınca cezayı kendi ne göre indirebiliyorsa, cezayı kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebilir veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilir.” Kanun metninin çevirisi için bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 41-42.

¹⁴³⁷ **Zaczyk**, kn. 82.

vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirilebilir.¹⁴³⁸ Ağır bilgi ve anlama hatası (*Grober Unverstand*), “genel olarak bilinen bir nedensellik sebebinin bir kişi tarafından bilinmemesini veya tamamen yanlış anlaşılmasını” ifade eder. Örneğin, bir kişi uzun süre sabunlu suda banyo yaparak çocuğunu düşürmek isterse, bu halin ağır bilgi ve anlama hatası teşkil ettiği içtihatlarda kabul edilmiştir.¹⁴³⁹ Böylece kanundaki atıf gereği azmettirmeye teşebbüsün elverişsiz teşebbüsü de kapsadığı kabul edilmiştir.¹⁴⁴⁰

ACK md.159’da düzenlenen gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs ve md.111’de düzenlenen suç işlemeye alenen çağrıya teşebbüs durumlarında da cezanın ACK md.30 çerçevesinde belirleneceği düzenlenmiştir. ACK md.159’da yapılan doğrudan atıfla ACK md.30/f.1 ve ACK md.31/f.1, b.1 ve f.2 hükümlerinin dikkate alınması gerekir. ACK md.30’un uygulanmasıyla ACK md.153 ve md.156’da cezalandırılan fiillere öngörülen cezalar üzerinden teşebbüs hükümleri uyarınca ACK md.149/f.1 çerçevesinde indirimine gidilir.

Suç işlemeye alenen çağrıya ilişkin ACK md.111’de ceza bakımından çağrının başarıya ulaşip ulaşmamasına göre cezalandırmaya gidilmektedir.¹⁴⁴¹ Birinci fıkra çağrı konusu suçun işlenmesi durumunda failin azmettiren gibi cezalandırılacağı, ikinci fıkra çağrının başarısız olması durumunda beş yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Ancak fail hakkında hükmedilecek ceza, birinci fıkra uyarınca çağrının neticesi olarak işlenecek suç için öngörülen cezadan daha ağır olamaz. Bu durumda ACK md.49/f.1, b.2 uygulanır.¹⁴⁴²

ACK md.30/f.2’de düzenlenen iştirake teşebbüsün diğer hallerinin aynı şekilde cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Böylece cürüm işlemeye veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama, başkasının cürüm önerisini kabul etme ve cürüm anlaşması

¹⁴³⁸ **Vogler**, s. 333.

¹⁴³⁹ **Yenisey/Plagemann**, s. 20, dn. 10.

¹⁴⁴⁰ **Schönke/Schröder**, §30, kn. 8.

¹⁴⁴¹ **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT II, §93, kn. 8-9.

¹⁴⁴² **Gössel/Dölling**, BT I, §48, kn. 23.

fiillerinin azmettirmeye teşebbüsteki esaslar gibi cezalandırılacağı kabul edilmiştir.¹⁴⁴³ Azmettiren hem birinci fıkra hem de ikinci fıkra kapsamına giren birden fazla fiili işlemişse sadece bir kez cezalandırılır.¹⁴⁴⁴ Cezalandırmada en yakın tipiklik tercih edilir. Örneğin; bir olayda azmettirmeye teşebbüs bir sonraki cürüm aşamasının bir ön aşaması olabilirken, başka bir olayda cürüm anlaşması kapsamında hukuksal değerlere yönelik tehlikeyi önemli derecede arttırabilir. Her iki olayda da azmettirmeye teşebbüs veya cürüm anlaşması fiiline ilişkin tipiklik tercih edilerek ceza belirlenir.¹⁴⁴⁵



¹⁴⁴³ Durl, s. 404; Yenisey/Plagemann, s. 41-42.

¹⁴⁴⁴ Joecks, kn. 71.

¹⁴⁴⁵ Schönke/Schröder, §30, kn. 43.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS

Ceza hukukunda teşebbüsten önce hukuksal değerleri tehlikeye sokan ve asıl fiil işlenmese bile hazırlık hareketi olarak işlenen fiillerden biri azmettirmeye teşebbüs olup, bu tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik mukayeseli hukuktaki düzenlemeler bu hususta oluşan kanun boşluğunu kapatmaya yönelik çabalardır.¹⁴⁴⁶

Azmettirmeye teşebbüs sadece Almanya’da değil, mukayeseli hukukta birçok ülkede cezalandırılan bir fiildir. Azmettiren, azmettirmeye teşebbüs etmekle suç işleme yönündeki iradesini ortaya koymasına rağmen; sırf asıl fiil teşebbüs aşamasına varmadığı için cezasız kalmaktadır. Bu cezasızlık durumuna çözüm olarak mukayeseli hukukta farklı nitelikte hükümlere rastlamak mümkündür. Azmettirmeye teşebbüs fiili Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde tamamlanmamış suç sorumluluğu çerçevesinde bağımsız bir suç tipiyle; Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde hazırlık suçu, bağımsız şeriklik suçu veya genel hüküm şeklinde yaptırımı altına alınmıştır. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı hukuk sistemlerinden biri İslam hukuk sistemidir. Bu sistemde “yasak olan şeye yol açan herhangi bir şey de yasaktır” anlayışından hareketle azmettirme başlı başına bir kötülük ve günah kabul edilmektedir. Böylece azmettirminin başlı başına haksızlık içeriği kabul edilmektedir. Bunun yanında azmettirmeye teşebbüs Rusya, Japonya ve Çin gibi ülkelerde de yaptırımı bağlanmıştır.

I. ANGLOSAKSON HUKUK SİSTEMİNDE SUÇA İŞTİRAK KURUMU, AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜ CEZALANDIRAN ANGLOSAKSON ÜLKELERİ

Anglosakson hukuk sistemi (*common law system*) içtihatlara dayalı bir hukuk sistemi olup, bu hukuk sisteminde yargı kararları dikkate alınarak hüküm tesis edilir.

¹⁴⁴⁶ Dönmez, s. 274-275; Dessecker, s. 549 vd.

Bu yüzden bu hukuk sistemine içtihat hukuku (*case law*) denir.¹⁴⁴⁷ İçtihat hukuku anlamında kullanılan *common law* kavramı ülkenin tamamında/genelinde geçerli olan hukuk (*the law common to all the land*) anlamına gelir. Kavram Anglosakson hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sistemi ile olan farkını vurgulamak için de kullanılmaktadır.¹⁴⁴⁸

A. Anglosakson Hukuk Sisteminde Suça İştirak Kurumu

Anglosakson hukuk sisteminde ikinci iştirak sistemi benimsenmiştir.¹⁴⁴⁹ Bu sistemde faillik (*perpetration*) ve şeriklik (*accessory/complicity*) ayırımı kabul edilmiştir.¹⁴⁵⁰ İştirakin ilk görünüş şekli failliktir. Failliğin, asıl faillik (*principal perpetration*) ve fer'i faillik (*secondary perpetration*) olmak üzere iki görünüş şekli vardır.¹⁴⁵¹ Şerikler asıl fail gibi cezalandırılır.¹⁴⁵² Asıl fail mahkûmiyet cezası almadan şerikin mahkûmiyet cezasını alması mümkün değildir. Fail bulunmaz veya muhakeme edilmesi mümkün değilse, beraat ederse, mahkûm olur ve fakat sonradan mahkûmiyeti bozulur veya affedilirse şerik de yargılanmaktan ve ceza almaktan kurtulur.¹⁴⁵³

Asıl faile birinci dereceden fail denir. Birinci dereceden fail, kanundaki fiili icrai veya ihmali olarak bizzat kendisi işleyen ve suçun nasıl ve ne zaman işleneceği

¹⁴⁴⁷ Vanessa **Sims**, *English Law and Terminology*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, s. 2; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 8. bs., Ankara 2001, s. 2.

¹⁴⁴⁸ **Sims**, s. 2.

¹⁴⁴⁹ **Dölger**, s. 10, 19, 29. İştirak sisteminin, tekçi ve ikinci sistemin ortasında yer aldığı ve karma (melez) bir sistem olduğu hakkında tartışmalar için bkz. **Keiler**, s. 158; Smith, s. 20 vd.

¹⁴⁵⁰ **Keiler/Roef**, Participation, s. 264 vd.; Accessories and Abettor Act (1861) article 8; Williams, s. 285; **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 981-982; Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law (A Comparative Law Analysis)*, Berlin/Heidelberg, 2013, s. 230-233; **Flavio Noto**, *Secondary Liability in International Criminal Law-A study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*, 1. edit., Zurich 2013, s. 3; **Anna Olofsson**, *Aiding and Abetting International Crimes-In the Light of International Legal Pluralism*, (Dissertation in Public International Law, Stockholm University), 2016, s. 28, 41 vd.; **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 69.

¹⁴⁵¹ **Gillies**, s. 2, 3, 4; Smith, s. 27-30; **Keiler**, s. 168.

¹⁴⁵² **Markus D. Dubber**, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München 2005, s. 984.

¹⁴⁵³ **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 981-982.

hususlarını kontrol eden kişidir.¹⁴⁵⁴ Birinci dereceden fail doğrudan (müstakil) veya dolaylı fail olabilir.¹⁴⁵⁵ Dolaylı faillik, bu sitemde başkasının fiilinden sorumluluğun (*vicarious liability*) doğduğu bir faillik türü olup, başkasını suçta kullanan kişi sanki fiili kendisi işlemiş gibi kabul edilir.¹⁴⁵⁶

Suçun nasıl ve ne zaman işleneceği hususları üzerinde kontrol sağlamayan ve suçun icrası esnasında faile maddi ve manevi olarak yardım eden kişiye fer'i fail denir. Suça yardım eden katkısını suçun işlenmesi esnasında ortaya koyarsa artık şerik olarak değil fail olarak sorumlu olur.¹⁴⁵⁷ Fer'i faillik (*presence*); suç mahallinde hazır bulunma, suçun işlenmesi esnasında bulunmak/mevcut olmak/var olmak anlamlarına gelir. Suç mahallinde hazır bulunmak sadece fiziksel olarak bulunma (*actual/physical presence*) ile sınırlandırılmamakta; yapıcı bulunmanın (*constructive presence*) yeterli olduğu kabul edilmektedir. *State v. Tally* davasına konu olayda suçun işlendiği yerden 30-40 mil uzaklıkta bulunan bir kimsenin bir kıvılcım ateşini yaktığı için işlenen hırsızlık suçuna iştirakten dolayı sorumlu olup olmayacağı tartışılmıştır. Kararda bir kimsenin ne kadar uzak olursa olsun fiil işlenirken faile faydalı bilgi verme konumundaysa veya kıvılcım ateşiyle mağdurun geldiğini faile haber veriyorsa, yapıcı olarak suç mahallinde bulunmaktan dolayı fer'i fail olarak iştirak sorumluluğu kabul edilmiştir.¹⁴⁵⁸ *Presence* kavramının Alman hukukunda fiil hakimiyeti anlamına gelen *Tatherschaft* kavramını karşıladığı söylenebilir. Fiili hakimiyet teorisine göre, suç mahallinde olmasa bile suçun işlenmesi üzerinde hakimiyet kurabilen kişi müşterek faildir. Bir kimsenin müşterek faillikten sorumlu olabilmesi için fiziki olarak suç mahallinde bulunması gerekmez.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁴ **Dubber**, US-amerikanische Strafrecht, s. s. 93, 94.

¹⁴⁵⁵ **Rollin M. Perkins**, "Parties to Crime", *UPLR&ALR*, V. 89, No. 5 1941, s. 581, 583, 594 vd.; **Keiler/Roef**, Participation, s. 268-269.

¹⁴⁵⁶ **Keiler**, s. 209-213.

¹⁴⁵⁷ **Dubber**, US-amerikanische Strafrecht, s. 93, 94.

¹⁴⁵⁸ **State v. Tally** [15 So. 722 (1894)].

¹⁴⁵⁹ **Ryu**, s. 14; **Keiler**, s. 199-200; **Smith**, s. 24-26; **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 981, 982.

İştirakin ikinci görünüş şekli şeriklikdir. Suç öncesi şeriklik (*accessory before the fact*)¹⁴⁶⁰ ve suç sonrası şeriklik (*accessory after the fact*) olmak üzere iki tür şeriklik statüsü kabul edilmiştir. Suç öncesi şerikler, fiil işlenmeden önce suçun işlenmesine azmettirme ya da maddi ve manevi yardım etme şeklinde katkı gerçekleştiren ve olay mahallinde hazır bulunmayan kişilerdir. Suç öncesi şerikler gerçek şerikler yani suçun işlenmesine gerçek katkıları olan kişiler olarak nitelendirilir. Ancak suç öncesi şerik sıfatını taşıyan yardım eden suçun icrasına katılırsa artık fer'i faillik statüsüne göre cezalandırılır. Suç sonrası şerikler suçun işlenmesine gerçek katkısı olmayan şerikler olup iştirak kapsamında değil, bağımsız suç tipi çerçevesinde ve suç öncesi şerikliğe göre daha az ceza alırlar.¹⁴⁶¹

Şeriklik, bir başkasının işlediği suça bağlı sorumluluğun (*derivative liability*) doğduğu bir iştirak şeklidir. Asıl fiil işlenmediği sürece şerikin cezalandırılması mümkün olmadığı için, şerikin sorumluluğu failin sorumluluğundan türeyen (bağlı) sorumluluk yani ikincil dereceden sorumluluk olarak kabul edilir.¹⁴⁶² Böylece bu hukuk sisteminde bağıllık kuralının kabul edildiği söylenebilir.¹⁴⁶³

Bu hukuk sisteminde azmettirme suç öncesi şeriklik statüsünde kabul edilmiştir. Asıl fail gibi cezalandırılan azmettirenin cezasının indirilmesi veya arttırılması

¹⁴⁶⁰ *Accessory*, suç öncesi şerikliği ifade eden bir kavram iken; *accomplice* suçun işlenmesine katılan anlamına gelir ve hem failliği hem de şerikliği kapsayan bir üst kavramdır. Anglosakson hukuk sisteminde suça iştirak ile ilgili kullanılan kavramlara ilişkin açıklamalar için bkz. Smith, s. 1, 30 vd.

¹⁴⁶¹ **Dubber**, US-amerikanische Strafrecht, s. 93, 94; **Chiesa**, s. 469-470, 471; **Dubber/Hörnle**, s. 308; **Perkins**, Parties, s. 581, 602 vd.; **Broyles**, s. 90-91. **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 980; **Gillies**, s. 2, 3, 4; **Fletcher**, Rethinking, s. 637. **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 980. **Ryu**, s. 14. Suç sonrası şeriklik hakkında detaylı bilgi için bkz. **Perkins**, Parties, s. 605-606. Şerikliğin bağımsız bir suç tipi mi yoksa bir iştirak şekli mi olduğu tartışması hakkında bkz. **Kutz**, Philosophical, s. 4.

¹⁴⁶² **Baker**, Criminal Complicity, s. 128-129, 130, 131; **Keiler**, s. 170; **Kutz**, Philosophical, s. 5, 6; **Gillies**, s. 5, 138. Detaylı bilgi için bkz. Law Commission in its Consultation Paper Assisting and Encouraging Crime (Law Com CP 131, 1993) ve Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime (Law Com No 300, 2006). İngiliz hukukunda bağıllık kuralının bertaraf edildiği haller için bkz. Andrew Asworth, "Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and the Common Law", *RLJ*, V. 19, 1987-1988, s. 766. **Fletcher**, Rethinking, s. 644.

¹⁴⁶³ **Keiler/Roef**, Participation, s. 266.

hâkimin takdir yetkisindedir.¹⁴⁶⁴ Anglosakson hukuk sisteminde Kıta Avrupası hukuk sistemindeki gibi teorik tartışmalar derinlemesine yapılmaz ve içtihatlarda somut olay üzerinden azmettirmeye ilişkin karar verilir. Azmettirme için *instigation/procurement* kavramları kullanılır. *Instigation* kavramı, bir kimsenin kendi davranışlarıyla bir olayın/durumun gerçekleşmesine neden olması anlamına gelir.¹⁴⁶⁵ Kötü bir şeyin gerçekleşmesine sebep olan kişiye azmettiren anlamına gelen *instigator* denir.¹⁴⁶⁶ *Procurement*, suçun işlenmesini kabul ettirmek, bir kimseye suçu işlettirmek veya onu suç işlemeye ikna etmek demektir.¹⁴⁶⁷

Suçun işlenmesine maddi ve manevi yardım edenler, azmettiren gibi suç öncesi şeriklik statüsünde kabul edilir.¹⁴⁶⁸ Maddi ve manevi yardım etme için *aiding and abetting* kavramları kullanılır. *Abetting* suçun işlenmesi sırasında teşvik etmek demektir.¹⁴⁶⁹ Doktrinde *abetting* kavramını azmettirme anlamında kullanan

¹⁴⁶⁴ **Evik**, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 69.

¹⁴⁶⁵ Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/instigation> (13.03.2018); Oxford Dictionary, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/instigate> (13.03.2018).

¹⁴⁶⁶ Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/instigator> (13.03.2018). “*Instigate*” fiili Oxford sözlüğünde, “bir kimseyi bir şey yapmaya özellikle kötü bir şey yapmaya kışkırtmak, teşvik etmek” şeklinde tanımlanmıştır. Kelimenin orijinalinin 16. yüzyıl ortalarında Latince kullanılan bir kelime olduğunu ifade eden bu sözlükte kavram “hareket geçirmek” anlamında (*urge on/urged/incited*) “*instigare*” terimiyle ifade edilmiştir. Kelimenin esası *towards+stigare* (bir şeye yönelmek anlamında) şeklinde incelenmiştir. Bkz.

Oxford Dictionary, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/instigate> (13.03.2018).

¹⁴⁶⁷ Roger **Geary**, *Essential Criminal Law*, 2. edit., 1998, s. 42-43; **Keiler**, s. 173; Richard D. **Taylor**, “Procuring, Causation, Innocent Agency and Law Commission”, *CLR*, 2008, s. 45.

¹⁴⁶⁸ **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 980.

¹⁴⁶⁹ **Allen**, s. 228; David **Ormerod**, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13. edit., Oxford 2011, s. 466; **Özkan**, Azmettirme, s. 6. *Abetment* kavramı eski Fransız diline ait bir kelimedir. *Abettor* kelimesi “a” ve “better” kavramlarının birleşiminden oluşur. Manevi anlamda yardımcı ifade eder. Son dönemlerde İngiliz Mahkemelerinde *abetting* yerine *aiding* kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Baker**, “Reinterpreting The Mental Element”, s. 125, dn. 11. Kavramın Alman hukukunda azmettirme için kullanılan *Anstiftung* kavramını karşılamadığı, bu kavramın daha çok manevi yardım şekillerinden biri olan suça teşvik etmeyi karşıladığı hakkında bkz. **Constanting Rehaag**, *Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtsstradition*, Berlin 2009, s. 347.

yazarlar¹⁴⁷⁰ olsa da, kavram daha çok yardım etme için kullanılır. *Aiding and abetting* maddi ve manevi yardım anlamında kullanılan yerleşik bir deyim olmuştur.¹⁴⁷¹ Yardım etme için kolaylaştırma anlamına gelen *facilitating* kavramı da kullanılır.¹⁴⁷²

B. Anglosakson Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüs

Anglosakson hukuk sisteminde bağlılık ilkesi kabul edilmesine rağmen, iştirake teşebbüs başlı başına cezalandırmaya layık görülümüştür. Her ne kadar iştirake teşebbüs şeklinde genel bir suç tipi bulunmasa da, azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipi olarak cezalandırılır.¹⁴⁷³

Azmettirmeye teşebbüs, bağımsız suç tipi olarak tamamlanmamış suçlardan (*inchoate offence*) biri olarak kabul edilir.¹⁴⁷⁴ Tamamlanmamış suçtan sorumluluk için kullanılan *inchoate* kavramı; henüz başlamış (*just begun*), gelişmemiş/olgunlaşmamış (*undeveloped*), tamamlanmamış (*uncompleted*), erken/önceki/ön aşama (*early stage*) demektir.¹⁴⁷⁵ Bu hukuk sisteminde teşebbüs (*attempt*), suç anlaşması (*conspiracy*)¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷⁰ **Bohlander**, German Criminal Code, s. 43; **Önok**, Turkey, s. 459; **Liz Campell/Shane Kilcommmins/Catherine O’Sullivan**, *Criminal Law in Ireland (Cases and Commentary)*, Dublin 2010, s. 284.

¹⁴⁷¹ **Keiler**, s. 171.

¹⁴⁷² Bkz. Oxford Dictionary

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/facilitation?q=facilitation> (09.12.2019).

¹⁴⁷³ **Cumes**, s. 137-138; **Fletcher**, Basic Concepts, s. 194-195.

¹⁴⁷⁴ **Matthias Brockhaus**, “Die Inchoate Offences im englischen Strafrecht”, ZStW 119/Heft 1, 2007, s. 154.

¹⁴⁷⁵ **Jonathan Herring**, *Criminal Law (Text, Cases and Materials)*, 7. edit., United Kingdom 2016, s. 765-766; **Brockhaus**, Inchoate Offences, s. 154; **Andrew Ashworth/Jeremy Horder**, *Principles of Criminal Law*, 7. edit., United Kingdom 2013, s. 454; **Paul H. Robinson**, *Criminal Law*, New York 1997, s. 611; **Keiler/Roef**, Inchoate Offences, s. 203; **Jacqueline Martin/Tony Storey**, *Unlocking Criminal Law*, 5. edit., New York 2015, s. 142; Kavrama ilişkin tartışmalar için bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/inchoate> (21.02.2019); **Douglas N. Husak**, *Philosophy of Criminal Law*, United states of America 1987, s. 117, dn. 1, 55; **Wibke Christin Timmermann**, “Incitement in International Criminal Law”, *IRRC*, V. 88, No: 864, December 2006, s. 825, dn. 12; **Dressler**’in teşebbüs çerçevesinde tamamlanmamış suçları tanımlamasına ilişkin bkz. **Dressler**, Criminal Law, s. 417-424.

¹⁴⁷⁶ *Conspiracy*, Oxford sözlüğünde “zararlı ve hukuka aykırı bir şeyi yapmak üzere bir grup insan tarafından yapılan gizli plan” şeklinde tanımlanmıştır. Tanım için bkz.

ve azmettirme (*solicitation/incitement*) olmak üzere üç tamamlanmamış suç tipi kabul edilmiştir.¹⁴⁷⁷ Bir kimse suç işlemeye teşebbüs eder, suç için başkasıyla anlaşır veya bir başkasını suç işlemeye azmettirirse; ancak teşebbüs edilen, işlenmesi için üzerinde anlaşılan veya azmettirilen suç işlenmezse bu suçlardan fail olarak sorumlu olur.¹⁴⁷⁸

Bu suçların temel özelliği teşebbüs edilen, üzerinde anlaşılan veya azmettirilen suçların tamamlanmamış olmasıdır. Asıl fiil tamamlanmasa da; suça teşebbüs eden, azmettiren veya suç üzerinde anlaşan kişinin cezalandırılması mümkündür. Bunlar bağımsız suç tipleri olduğu için suça teşebbüs eden, azmettiren veya suç üzerinde anlaşan bir kimse artık fail olarak sorumludur.¹⁴⁷⁹ Bu suçlarda suça hazırlık ve suç planlama fiilleri cezalandırılır.¹⁴⁸⁰

Günümüzde artık belirli bir suçun hazırlık faaliyetlerini ve özellikle somut bir zarar gerçekleşme bile sadece suça hazırlık faaliyetlerine iştiraki, yani iştirakin ön alanını cezalandıran suçlara yer verme eğilimi giderek artmakta ve bu şekilde ceza sorumluluğunun sınırları genişletilmektedir.¹⁴⁸¹ Zararın gerçekleşmesi riski (tehlikesi) oluşturan fiillerin cezalandırılmasıyla ceza hukukunun sınırlarını aşan bir sorumluluk kabul edilmektedir.¹⁴⁸² Doktrinde bu şekilde *sui generis* ceza sorumluluğunun oluşturulduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁸³ Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suçlar bu çerçevede mütaala edilmekte ve bu suçlar zararın değil, zarar riskinin yaptırımı bağlandığı bağımsız suç tipleridir.¹⁴⁸⁴ Teşebbüs, azmettirme ve anlaşma

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/conspiracy?q=conspiracy> (11.02.2020).

¹⁴⁷⁷ **Brockhaus**, Inchoate Offences, s. 154; 158-159; **Dubber**, US-amerikanische Strafrecht, s. 100; **Herring**, s. 766; **Ashworth/Horder**, s. 454; Timmermann, s. 825; Martin/Storey, s. 141.

¹⁴⁷⁸ **Robinson**, Criminal, s. 611.

¹⁴⁷⁹ **Ashworth/Horder**, s. 454; **Keiler/Roef**, Inchoate Offences, s. 203.

¹⁴⁸⁰ **Ashworth/Horder**, s. 485.

¹⁴⁸¹ **Cahill**, s. 753-754.

¹⁴⁸² **Husak**, Philosophy, s. 125, 126.

¹⁴⁸³ **Brockhaus**, Inchoate Offences, s. 154; **Honig**, s. 283.

¹⁴⁸⁴ **Paul H. Robinson**, "A Theory of Justification: Societal Harm as A Prerequisite for Criminal Liability", *UCLALR*, 23, 1975, s. 226, 168; **Husak**, Philosophy, s. 131, 132.

fiillerinin başlı başına cezalandırılmasının amacı gelecekte asıl fiilin işlenmesini engellemektir.¹⁴⁸⁵

Anglosakson hukuk sisteminde azmettiren, asıl fiil işlendiğinde şerik statüsünde sorumlu olur. Tamamlanmamış suçlardan biri olarak kabul edilen azmettirme suçu, azmettirme fiilinin işlendiği ve fakat failin suçu işlemediği durumlarda azmettirenin sorumlu tutulduğu bir suç tipidir.¹⁴⁸⁶ Azmettirme suçunda azmettirmeye teşebbüs cezalandırılabilir hazırlık hareketi niteliğinde bir fiil olarak kabul edilmiş ve bağımsız suç tipiyle cezalandırılmıştır.¹⁴⁸⁷ Böylece hazırlık hareketi niteliğindeki azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanında işlenen bir suç olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁸⁸

Bu hukuk sisteminde azmettirmenin bağımsız suç tipi olarak cezalandırılmasının tarihçesi 17. Yüzyıla kadar dayanır. 1801 tarihli *King v. Higgins* davasında azmettirme suçu ile ilgili önemli bir karar verilmişti. Kararda bir hizmetçiyi efendisinin mallarını çalmaya azmettirmek, fiil işlenmese bile bir cünha (*misdemeanor*) olarak kabul edilmişti. Kararda kamu barışını ihlale yönelik bir eğilim olduğu; bu yüzden hırsızlık suçuna azmettirmenin başlı başına suç olması gerektiği kabul edilmişti.¹⁴⁸⁹

19. yüzyıla kadar azmettirme suçu, yalan tanıklık suçu gibi sınırlı sayıda özel suç tipleri çerçevesinde yaptırıma bağlanmıştı. Bu yüzyılın başlarında mahkemeler uygulamada kamusal refahı ve barışı hedef alan ihlalleri dahil etmek suretiyle, ağır

¹⁴⁸⁵ **Baker**, Criminal Complicity, s. 164.

¹⁴⁸⁶ **Jens David Ohlin**, *Criminal Law (Doctrine, Application, and Practice)*, New York 2016, s. 449; **John Child**, The Differences Between Attempted Complicity and Inchoate Assisting and Encouraging-A Reply to Professor Bohlander”, *Cal.LR.*, I. 12, 2010, s. 925..

¹⁴⁸⁷ **Brockhaus**, Inchoate Offences, s. 158.

¹⁴⁸⁸ **Cumes**, s. 145.

¹⁴⁸⁹ **King v. Higgins** (2 East 5, 102 Eng. Rep. 269). 17. yüzyılda (1679 yılında) azmettirme suçunun kabul edildiği dava **The King v. Johnson** (2 Show 189 Eng. Rep. 753) davasıdır. Aynı şekilde 18.yüzyılda (1769 yılında) **Rex v. Vaguhan** (4 Burr, 2494, 98 Eng.Rep. 308, 310) kararında asıl fiil işlenmese bile bir kimseyi azmettirmenin suç olduğu kabul edilmiştir. Bkz. **Rollin M. Perkins**, “Criminal Attempt and Related Problems”, *UCLALR* 2, 1954-1955, s. 349, 350.

suçlarda ve hatta bazı ağır cünhalarda bu suçu daha geniş bir yelpazede kabul etmeye başladılar.¹⁴⁹⁰

Azmettirenin failin suçu işlemediği durumda azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için azmettirme suçunun objektif ve sübjektif unsurlarının oluşması gerekir. Suç tipinin objektif ve sübjektif tipikliğine ilişkin geniş açıklamalar Anglosakson ülkelerinden biri olan Amerika'da kabul edilen MCK'daki hükümler dikkate alınarak yapılacaktır.

C. Azmettirmeye Teşebbüsü Cezalandıran Anglosakson Ülkeleri

Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde azmettirmeye teşebbüs azmettirme suçu çerçevesinde bağımsız olarak cezalandırılır ve tamamlanmamış suç sorumluluğu çerçevesinde mütalaa edilir. Bundan hareketle Anglosakson ülkelerinden İngiltere, Amerika, İrlanda, İskoçya, Kanada ve Avustralya'da azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin mevcut durum ele alınacaktır.

1. İngiltere

Anglosakson ülkelerinden biri olan İngiltere'de içtihat hukuku kabul edilmiştir. Anglosakson hukuk sisteminde suça iştirake ilişkin yapılan açıklamalar İngiliz hukuku için de geçerlidir. İngiliz hukukunda ikic iştirak sistemi ve bu çerçevede iştirakte faillik-şeriklik ayrımı kabul edilmiştir. Fail, kanunda tanımlanan fiili işleyen, şerik de azmettiren veya yardım eden kişiye denir. Fail müşterek fail de olabilir. Bu durumda her bir müşterek fail suça olan katkısına göre cezalandırılır.¹⁴⁹¹

1861 tarihli ŞK'nın 1.-4. maddeleri arasında faillik-şeriklik ayrımı kabul edilmiş; şeriklik suç öncesi ve suç sonrası şeriklik şeklinde düzenlenmiştir. İngiliz hukukunda şerikler de failler gibi cezalandırılır. Şeriklerin fail gibi cezalandırılacağı bahsi geçen kanunda açıkça ifade edilmiştir. ŞK'nın 8.maddesinde maddi ve manevi

¹⁴⁹⁰ **Ellen S. Podgor/Peter J. Henning/Neil P. Cohen**, *Mastering Criminal Law*, 2. edit., Durham-Nort Carolina, 2015, s. 252.

¹⁴⁹¹ **Jeremy Horder**, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8. edit., United Kingdom 2016, s. 433.

yardım etme (*aidin and abetting*), danışmanlık (*counselling*) ve suça neden olma (*procurement*) olmak üzere şerikliğin üç farklı görünüş şekli düzenlenmiştir.¹⁴⁹²

İngiliz hukukunda azmettirme (*instigation/procurement*), şeriklik statüsünde kabul edilir ve azmettiren fail gibi muamele görür. Azmettirme hareketi ile suç arasında nedensellik bağı aranır. Azmettirenin hareketi olmasaydı, suç işlenmeseydi denilebiliyorsa nedensellik bağının varlığı kabul edilir.¹⁴⁹³ Yardım etme de bir şeriklik statüsü olup, burada da nedensellik bağı aranır. Eğer yardım etkisiz kalmışsa yardım edenin sorumluluğu cihetine gidilmez.¹⁴⁹⁴

İngiliz hukukunda STK'ya¹⁴⁹⁵ göre, ancak suç işlendiği takdirde azmettirme ve yardım etme cezalandırılabilir.¹⁴⁹⁶ Böylece azmettirme ve yardım etmede bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Bağıllık kuralı, azmettiren ile fail arasındaki fonksiyonel ilişki nedeniyle failin varlığına bağlı bir kural olduğundan, İngiliz hukuk sisteminde asgari bağıllık kuralı kabul edilmiştir.¹⁴⁹⁷

Sonuç itibariyle; İngiliz hukukunda cezalandırmada fail-şerik ayrımında eşitlik prensibi kabul edilmesine rağmen, şerikliğin ikincil dereceden bir sorumluluk türü olduğu yani iştirakte bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Azmettirmede asıl fiil teşebbüste kalmadığı sürece azmettirenin şerik olarak sorumlu tutulması mümkün değildir.¹⁴⁹⁸ Örneğin A, B'ye bir politikacıyı öldürmesi için bir milyon dolar teklifini içeren bir

¹⁴⁹² 06.08.1861 tarihli Şerikler Kanunu (Accessories and Abettors Act), [CAP. XCIV]; **Horder**, s. 434.

¹⁴⁹³ **Özkan**, Azmettirme, s. 76.

¹⁴⁹⁴ **Jacob, Kreutzer**, "Causation and Repentance: Reexamining Complicity in Light of attempts Doctrine", *NYUJL&L*, V. 3, 2008, s. 162.

¹⁴⁹⁵ 27.07.1981 tarihli Suça Teşebbüs Kanunu (Criminal Attempts Act), [c. 47].

¹⁴⁹⁶ STK'nın 1 (4) (b) numaralı bölümünün metni için bkz.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/47/part/I/crossheading/attempt> (27.12.2019).

¹⁴⁹⁶ **Claire de Than/Jesse Elvin**, *Towards a Rational Reconstruction of the Law on Secondary Participation and Inchoate Offences: Conspiracy*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, England 2013, s. 163, 166. 172.

¹⁴⁹⁷ **Özkan**, Azmettirme, s. 77.

¹⁴⁹⁸ **Fletcher**, *Rethinking*, s. 644.

mail gönderir. Ancak B, maili okumadan evvel başka biri tarafından bu politikacıyı öldürmesi için teklif almış ve kendisine ödeme de yapılmıştır. A'nın mail gönderme şeklindeki azmettirme hareketi suçun işlenmesine hiçbir katkı sunmadan teşebbüs aşamasına varmış olup bağlılık kuralından dolayı cezalandırılmaz.¹⁴⁹⁹ Bağlılık kuralı nedeniyle kanun iştirake teşebbüsün cezalandırılmasını engellemektedir.¹⁵⁰⁰

İngiliz hukukunda teşebbüs, suç anlaşması ve azmettirme olmak üzere üç tamamlanmamış suç tipi kabul edilmiştir.¹⁵⁰¹

Tamamlanmamış suçlardan birincisi teşebbüstür. Türk ve Alman hukuklarından farklı olarak teşebbüs İngiliz hukukunda bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmiştir. Cünhalarda cezalandırılabilirliği kanunda açıkça yazmadığı sürece, teşebbüs sadece cürümlerde cezalandırılır.¹⁵⁰² STK'nın 1 (1) numaralı bölümünde; kanunun bu bölümündeki bir suçu işlemek kastıyla hareket eden bir kimsenin suçun hazırlık aşamasını aşması (*more than merely preparatory to the commission of offence*), yani suçun icrasına başlaması durumunda teşebbüs suçundan sorumlu olacağı düzenlenmiştir.¹⁵⁰³

İkincisi suç anlaşmasıdır. Anlaşması iki veya daha fazla kişinin bir suç üzerine anlaşmasını ifade eder. Bu suçun objektif unsuru bir anlaşmanın yapılması, yani birden fazla iradenin bir suçun işlenmesi üzerinde uyuşmasıdır. Sübjektif unsuru, anlaşma konusu suçu işleme kastıyla hareket etmektir. Örneğin, kasten öldürmek için bir kimseye ateş etme fiili üzerinde anlaşmasının yapılmış olması yetmez, suç üzerinde anlaşan kişilerin bunun ölüme sebebiyet vereceğini bilmesi gerekir.¹⁵⁰⁴

¹⁴⁹⁹ **Baker**, Criminal Complicity, s. 130-131.

¹⁵⁰⁰ **Rehaag**, s. 377.

¹⁵⁰¹ **Horder**, s. 469.

¹⁵⁰² **Brokchaus**, s. 154, 161; **Horder**, s. 470 vd. İngiliz hukukunda suçlar üç grupta incelenir: Basit suçlar (*summary offences/misdemeanor*), ağır suçlar (*indictable offences/felony*) ve bu ikisi arasında kabul edilen suçlar (*offences triable either way*). İngiliz hukukunda suç sınıflandırması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Geary**, s. 2.

¹⁵⁰³ STK 1 (1); **Brokchaus**, s. 155-158.

¹⁵⁰⁴ **Horder**, s. 485, 489, 491. Ayrıca bkz. 29.07.1977 tarihli Ceza Kanunu (Criminal Law Act), [c. 45].

Üçüncüsü azmettirme suçudur. Azmettirme suçu için kullanılan *incitement* kavramı “bir başkasına bir suçu işletmek için onu etkilemek veya ikna etmeye çalışmak” anlamına gelir.¹⁵⁰⁵ İngiliz hukukunda azmettirmeye teşebbüs bu suç tipiyle cezalandırılmıştır. Azmettirmeye teşebbüs, işlenmesi amaçlanan suç için belirlenen en yüksek cezayla cezalandırılır. Azmettirme suçu ile bu suça konu suçların yaptırımı konusunda eşit ceza sistemi öngörülmüştür. Bu suç tipinde güçlü bir sübjektifleştirme eğiliminin olduğu; bunun, azmettirme konusu olan suçlarda ceza sorumluluğunun genişletilmesi anlamına geldiği ileri sürülmüştür.¹⁵⁰⁶

Bağlılık kuralına rağmen, 2007 yılına kadar asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirenin ceza sorumluluğu azmettirme suçu çerçevesinde bir yıldan fazla olmayan hapis cezası gerektiren bir suçtan doğan sorumluluk gibi öngörülmüştü. Yani azmettirme suçu cürüm değil cünha olarak kabul edilmişti.¹⁵⁰⁷ Ancak 2007 yılında ASK’da¹⁵⁰⁸ yapılan değişiklikte azmettirme suçu ilga edilmiştir.¹⁵⁰⁹ Bu değişiklikte azmettirmeye teşebbüsün İngiliz hukukunda artık cezalandırılmadığı söylenebilir. Bu değişiklik çerçevesinde “Yardım Etme Suçu (*Encouraging And Assisting Crime*)” başlığı altında maddi ve manevi yardım etmeye teşebbüs (*attempted aiding and abetting*) geniş ölçüde cezalandırılmıştır.¹⁵¹⁰ Yardım etmeye ilişkin yeni suçlar daha çok ağır ve

¹⁵⁰⁵ **Fletcher**, Basic Concepts, s. 511.

¹⁵⁰⁶ **Brockhaus**, Inchoate Offences, s. 159. Azmettirme suçu, İngiliz hukukunda tarihi kökenleri olan bir suçtur. Bkz. Örneğin **R. v. Bacon** (1663) 1 Keb. 809; **R. v. Turry** (1708) **Holt K. B. 364 at 365**; **Contra, R. v. Collingwood** (1704) 6 Mod. 288; **R. v. Scofield** (1784) **Cald. M. C. 397**; **R. v. Higgins** (1801), 102 F. R. 341; **R. v. Vaughn** (1769) 4 Burr. 2494; **R. v. Gregory** (1865-72) L. R. 1 C. C. R. 77, kararlar için bkz. **Keiler**, s. 180-182; **Baker**, Criminal Complicity, s. 214.

¹⁵⁰⁷ **Gillies**, s. 9.

¹⁵⁰⁸ 30.10.2007 tarihli Ağır Suçlar Kanunu (The Serious Crime Act), [c. 27].

¹⁵⁰⁹ **Than/Elvin**, s. 143. Değişiklikler 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. **Horder**, s. 494.

¹⁵¹⁰ **Keiler/Roef**, Participation, s. 278; **Allen**, s. 277 vd.; **Herring**, s. 766; **David Ormerod/David Perry/Peter Murphy/John Phliphs (eds)**, *Blackstone’s Criminal Law*, Oxford 2017, s. 85; **Baker**, Criminal Complicity, s. 214. 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu kanunda düzenlenen yardım etmeye teşebbüsün türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ashworth/Horder**, s. 454, 476-484. **Allen**, s. 280 vd. **Keiler/Roef**, Inchoate Offences, s. 207-208, 263; **Rudi Fortson QC**, “Inchoate Liability and the Part 2 Offences under the Serious Crime Act 2007”, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime*

örgütlü suçluluğa yönelik düzenlenmiş olsa da, bu suçların genel suç tipleri olduğunu belirtmek gerekir. Bunun yanında Terörizm Kanunu'nun birinci bölümünde terörizme teşvik (*encouragement of terrorism*) geniş hükümlerle yaptırıma bağlanmıştır.¹⁵¹¹ Bu değişiklikler çerçevesinde kabul edilen suç tiplerinden biri kasten (*intentionally*) suça teşvik etme veya yardım etmedir. Bir diğeri suçun işleneceği inancıyla (*believing*), yani bu konudaki iradesini ortaya koyarak teşvik etme veya maddi yardım etmedir. Şerikin suçun işleneceğine inanmasından anlaşılması gereken, suçun işlenmesi rizikosunu fark etmesi, rizikonun gerçekleşebileceği beklentisine girmesi, bu konuda faile güvenmesi ve inanmasıdır. Son suç tipi failin bir veya daha fazla suçu işleyeceği inancıyla onu suça teşvik etmesi veya yardım etmesidir. Burada şerikin, failin bir veya birden fazla suçu işleyeceğine inanarak ve birden fazla suçun işlenebileceği konusunda rizikonun gerçekleşebileceği beklentisine girerek hareket etmesi gerekir.¹⁵¹² Bu suç tipleriyle geleneksel içtihat hukuku suçu olan azmettirme suçu yerine yardım etme tamamlanmamış suç tipi olarak kanunda geniş ölçüde cezalandırılmıştır.¹⁵¹³

Doktrinde, azmettirme suçu yerine düzenlenen yeni tamamlanmamış suçların düzenlendiği 2007 tarihli Kanunun 44. Bölümü ile 1981 tarihli STK'nın 1 (4) (b) numaralı bölümü arasında kavramsal olarak uyumsuzluk meydana geldiği ileri sürülmüştür.¹⁵¹⁴ *Bohlander*, bu durumda iki kanun arasında bir çatışma meydana geldiğini ve çatışmanın ortadan kalkması için yardım etme suçuna ilişkin hükümlerin ilga edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁵¹⁵ *Child* ise, böyle bir uyumsuzluğun ve çatışmanın olduğunu ileri sürmenin kafa karışıklığına sebebiyet verdiğini, 2007

(*Domestic and Comparative Perspectives*), England 2013, s. 173, 176; Martin/Storey, s. 161 vd.

¹⁵¹¹ **Horder**, s. 494; *Terrorism Act*, 30.03.2006, [c. 11].

¹⁵¹² **Horder**, s. 495-499.

¹⁵¹³ **Michael Bohlander**, "The Conflict between the Serious Crime Act 2007 and section 1 (4) (b) of the Criminal Attempts Act 1981: A Missed Repeal?", *CLR*, I. 6, 2010, s. 483.

¹⁵¹⁴ **Than/Elvin**, s. 163, 166. 172. ASK'nın "Intentionally Encouraging or Assisting an Offence" başlıklı 44. Bölümü'nün metni için bkz. **David Ormerod/Karl Laird**, *Smith and Hogan's Text, Cases, and Materials on Criminal Law*, 11. edit., Oxford 2014, s. 297-300.

¹⁵¹⁵ **Bohlander**, Missed Repeal, s. 488; **Michael Bohlander**, "Inchoate Offences (Letter to the Editor: Reply to J. J. Child)", *CLR*, I. 12, 2010, s. 933-935.

yılında tamamlanmamış suç tipi olarak düzenlenen yardım etme suçlarının maddi ve manevi yardım etmeye teşebbüsü etkili bir şekilde ihtiva ettiğini ve böylece yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edildiğini ileri sürmüştür.¹⁵¹⁶

İngiliz hukukunda 2007 yılında yapılan değişikliklerle cezalandırmada aşırılığa gidildiği ve ceza hukuku sınırlarının aşıldığı ileri sürülmüştür.¹⁵¹⁷ *Keiler*, yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin geniş ölçüde kabul edilmesinin ceza sorumluluğunun aşırı şekilde genişlemesi anlamına geldiğini, bunun bağlılık kuralını ihlal ettiğini ve kuraldan bir sapma olduğunu ileri sürmüştür. *Yazara* göre, değişiklik asıl fiilin haksızlığına dayandırılmasından şerikin bizzat şeriklik fiilini işlemekle ortaya çıkan haksızlığa dayandırılmasına doğru bir kayış anlamına gelir. Değişiklik hukukla bağdaşmadığı gibi, hukukta bir boşluğa da yol açmış durumdadır.¹⁵¹⁸

İngiliz hukukunda her ne kadar azmettirme suçu ilga edilmiş olsa da, bazı özel kanunlarda belirli suç tiplerinde halen cezalandırılmaktadır.¹⁵¹⁹ Kişilere Karşı Suçlar Kanunu'nun dördüncü bölümünde cezalandırılan kasten öldürme suçuna azmettirme suçu (*soliciting murder*) örnek verilebilir. Öldürmeye azmettirme suçu bir cünha olarak düzenlenmiş olup, bu suça azmettirmeye teşebbüs eden kişi müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır. Aynı yaptırım kapsamında öldürme suçu üzerine yapılan suç anlaşması da cezalandırılmıştır.¹⁵²⁰ Uyuşturucu Maddelerin Kötüye Kullanımı Kanunu'nun ondokuzuncu bölümünde uyuşturucu suçlarına azmettirme suçu ve bu suça teşebbüs özellikle yaptırıma bağlanmıştır.¹⁵²¹

¹⁵¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Child**, s. 925-929.

¹⁵¹⁷ **Fortson QC**, s. 203-204.

¹⁵¹⁸ **Keiler**, s. 180-182.

¹⁵¹⁹ **Fortson QC**, s. 176, 199; **Ashworth/Horder**, s. 454; **Horder**, s. 494. Azmettirme suçunun halen varlığını sürdürdüğü özel ceza kanunları için bkz. **Martin/Storey**, s. 161.

¹⁵²⁰ *Offences against the Person Act*, 06.08.1861 [c. 100]; **Baker**, *Criminal Complicity*, s. 219, dn. 25.

¹⁵²¹ *Misuse of Drugs Act*, 27.05.1971, [c. 38].

2. Amerika

19. yüzyılın ortalarına kadar İngiliz Hukuku'nun etkisinde kalan Amerikan hukukunda ceza hukuku alanında en köklü değişiklik Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan MCK¹⁵²² ile yapılmıştır.¹⁵²³ Amerika'da eyaletlerin üçte ikisi kanunlarını MCK'nın hükümleriyle uyumlu hale getirmiştir.¹⁵²⁴ MCK'yı kabul eden eyaletler, kanunun genel hükümleri içinde düzenlenen iştirak hükümlerini benimsemiştir. MCK'yı kabul etmeyen eyaletlerin kanunlarında ise Anglosakson hukuk sistemindeki iştirake ilişkin geleneksel ayırım devam etmektedir.¹⁵²⁵ Amerika'da her eyaletin ceza kanunu farklı olduğundan suçun iştirak halinde işlendiği eyaletin kanununa bakmak gerekir. Bu itibarla Amerikan hukukunda iştirak kurumuna ve azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin açıklamalarda MCK hükümleri dikkate alınacaktır.

MCK'da Anglosakson hukuk sisteminde iştirak kurumuna ilişkin geleneksel ayırımlar terk edilmiş ve faillik-şeriklik ayırımı açıkça benimsenmiştir.¹⁵²⁶ MCK'nın iştirak şekillerine ilişkin hükümleri incelendiğinde Alman hukukundaki iştirak sisteminin kabul edildiği söylenebilir.¹⁵²⁷ Böylece asli-fer'i faillik ayırımı yerine doğrudan faillik (MCK md.2.06/f.1) ve dolaylı faillik (MCK md.206/f.2) ayırımı kabul edilmiştir. Doğrudan fail kanunda tanımlanan fiili bizzat işleyen, dolaylı fail iradesi üzerinde hakimiyet kurulması sebebiyle suçu işlerken ne yaptığının dahi farkında

¹⁵²² 24.05.1962 tarihli Model Ceza Kanunu (Model Penal Code).

¹⁵²³ **Stephan C. Thaman**, *Reform Trends in American Criminal Law*, A. Sözüer (edt), Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey), (693-978), 26 Mayıs/May I 4 Haziran/June, C. I, V. I, 2010, s. 965. Amerikan ceza hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. **Hakan Hakeri**, "Amerikan Ceza Hukuku'na Genel Bir Bakış", *CHD*, C. 3, S. 8, Aralık 2008, s. 5, 6; **Terje Einarsen/Joseph Rikhof**, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes*, Brussels, 2018, s. 496-497.

¹⁵²⁴ **Hakeri**, Amerikan, s. 5, 6.

¹⁵²⁵ **Chiesa**, s. 471, 474-475; **William Burnham**, *Introduction to the Law and Legal system of the United States*, 6. edit., United States of America 2016, s. 646-647; **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 985-986.

¹⁵²⁶ **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 989; **Broyles**, s. 92; **Dubber**, *US-amerikanische Strafrecht*, s. 93.

¹⁵²⁷ **Dubber**, *Criminalizing Complicity*, s. 985-986; MCK md.2.06 (1), (2), (3).

olmayan bir kimseyi kullanan kişidir. Aynı şekilde suç öncesi şeriklik ve suç sonrası şeriklik ayırımından vazgeçilerek şeriklik sadece azmettirme (*promoting*) ve yardım etme (*facilitating*) şeklinde ayrılmıştır (MCK md.2.06/f.3). Azmettiren kanundaki fiili işlemeye bir başkasını kışkırtan veya ikna eden; yardım eden kanundaki fiili işlemede bir kimseye yardım eden kişidir. MCK ile yapılan önemli değişikliklerden bir başkası *presence* kavramıyla ifade edilen ve suç mahallinde hazır bulunma şeklindeki fer'i failliğin terk edilmesi olmuştur.¹⁵²⁸ Suç sonrası şeriklik hali olarak yardım etme MCK'nın özel hükümleri kısmında bağımsız suç tipleriyle cezalandırılmaktadır.¹⁵²⁹

MCK'da işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir başkasından suçun işlenmesini isteyen kişinin şerik sıfatıyla azmettiren; suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla bir başkasının işlediği suça yardım eden kişinin şerik sıfatıyla yardım eden olduğu düzenlenmiştir.¹⁵³⁰ Amerikan hukukunda azmettirme ve manevi yardım etmede bağlılık kuralı aranmadığı için bir kimseyi suça azmettiren, teşvik eden veya cesaretlendiren kişinin fail icra hareketlerine başlamasa bile cezalandırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür.¹⁵³¹

Anglosakson hukuk sisteminde kabul edilen tamamlanmamış suç sorunluluğu MCK'da kabul edilmiş ve teşebbüs, azmettirme ve suç anlaşması olmak üzere üç suç tipi düzenlenmiştir. İştirake ilişkin hükümler bakımından Amerikan Hukuku içtihat hukukundan uzaklaşıp Alman Hukuku'na yaklaşmasına rağmen, teşebbüs suçun özel bir görünüş şekli değil, bir suç tipi olarak; azmettirmeye teşebbüs ve suç anlaşması da genel hükümlerde değil, bağımsız suç tipleriyle cezalandırılmıştır.¹⁵³² Bu hükümlerle Amerikan hukukunda failin niyetini ortaya koyan hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığını söylemek mümkündür.¹⁵³³ Suça teşebbüs ve suç anlaşmasına ilişkin

¹⁵²⁸ **Burnham**, s. 646-647; **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 985-986; **Chiesa**, s. 474-475.

¹⁵²⁹ **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 986, 997-999; **Chiesa**, s. 471-472., 474.

¹⁵³⁰ MCK md.2.06/f.3, b. (a)-(i) ve (ii).

¹⁵³¹ **İnci**, s. 923.

¹⁵³² MCK md.5.01, 5.02, 5.03.

¹⁵³³ **Hakeri**, Amerikan, s. 8.

hükümler İngiliz hukukundaki hükümlerle benzerlik taşıdığı için, bu başlık altında yapılan açıklamalar Amerikan Hukuku için de geçerli olup, sadece azmettirme suçuna ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

MCK'da azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipiyle (azmettirme suçu) cezalandırılmıştır.¹⁵³⁴ MCK md.5.02'ye göre, *“azmettiren asıl fiil işlenmediğinde azmettirme suçundan (solicitation) dolayı cezalandırılır.”*¹⁵³⁵ Örneğin D, karısını öldürmesi durumunda S'ye yüklü miktarda para vereceğini söyler. Ancak teklifi kabul eden S, fiile teşebbüs dahi etmez. D'nin azmettirmeden sorumlu tutulması mümkün değilse de, azmettirme suçundan sorumluluğu cihetine gidilebilir.¹⁵³⁶ Mektupla bir kimseyi azmettiren bir kimsenin gönderdiği mektup faile hiç ulaşmadığında da azmettirenin azmettirme suçundan sorumluluğu kabul edilmektedir.¹⁵³⁷

MCK'da azmettirme suçuna ilişkin bağımsız suç tipiyle, planlama ve hazırlama aşamasında işlenen ve azmettirme kastını açıkça ortaya koyan azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmıştır.¹⁵³⁸ Böylece suç yolunda erken bir aşamada başkalarını kriminal vakaların içine sokmak suretiyle harekete geçiren ve bu yöndeki kastlarını açıkça dış dünyaya yansıtan kişiler cezalandırılmış olmaktadır.¹⁵³⁹

Failin fiili işlemediği bir durumda azmettirenin sorumluluğu artık kendi işlediği fiilin haksızlığına dayanır. Azmettiren azmettirme fiilini işlemekle başarıya ulaşmış ve başlı başına bir haksızlık gerçekleştirdiği için bir başkasını suça azmettirmek bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁴⁰ Doktrinde haksızlığın önemi bakımından azmettirme fiilinin işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlığın asıl fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlık ile aynı ciddiyette olduğu, azmettirilenin de asıl fiil kadar tehlikeli

¹⁵³⁴ Dubber/Hörnle, s. 374; Dubber, Criminalizing Complicity, s. 994.

¹⁵³⁵ MCK md.5.02.

¹⁵³⁶ Podgor/Henning/Cohen, s. 253.

¹⁵³⁷ Örnek için bkz. Hakeri, GH, s. 546.

¹⁵³⁸ Podgor/Henning/Cohen, s. 251.

¹⁵³⁹ Podgor/Henning/Cohen, s. 253.

¹⁵⁴⁰ Kadish, Complicity, s. 356-357.

olduğu ve fakat asıl fiile göre ikinci dereceden haksızlık olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre asıl fiile azmettirmenin tehlikeliliği asıl fiilin işlenmesi tehlikesinden daha az değildir.¹⁵⁴¹

Azmettirme suçunda ortaya çıkan tehlike asıl fiilin işlenmesi tehlikesi kadar önemli görüldüğünden MCK'da azmettirme suçunun konusu olabilecek suçlarda bir sınırlandırma yapılmamıştır. Herhangi bir suça azmettirmek başlı başına suç olsa da suç teşkil etmeyen herhangi bir ihlal suçun konusu olamaz. Azmettirme, azmettirme suçuna konu suçtan daha hafif bir suç olarak kabul edilir; çünkü azmettirme suçunda hukuksal değerlerin tehlikeye girmesi cezalandırılır. Ancak konu kasten öldürme gibi ağır bir suç olduğunda ve ağır suç işlenmediğinde bu suça azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) bu suçun cezasıyla cezalandırılır.¹⁵⁴² Sonuç itibariyle; azmettirme suçunun konusu sadece ağır suçlar değildir.¹⁵⁴³

Azmettirme suçunun işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlığın asıl fiilin haksızlığına göre ikinciliği prensibi MCK md.5.05/f.1'de teşebbüs ve suç anlaşmasını ihtiva edecek şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki: “...teşebbüs, azmettirme ve suç için anlaşma suçları; teşebbüs edilen, azmettirilen ve işlenmesi için üzerinde anlaşılan ağır suçlar (felony)¹⁵⁴⁴ ile aynı ciddiyettedir. Ancak teşebbüs, azmettirme veya suç için anlaşma, bunların konusu olan ağır suça göre ikinci derecedendir.”¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴¹ Robinson, Criminal, s. 614-615, 616.

¹⁵⁴² Richard G. Singer/John Q. La Fond, Criminal Law, 5. edit., New York, 2010, s. 296, 303.

¹⁵⁴³ Dressler, Criminal Law, s. 423.

¹⁵⁴⁴ Amerikan hukukunda suçlar *felony*, *misdemeanor* ve *offense (infraction)* olmak üzere üçe ayrılır. Ölüm cezası veya bir yıldan fazla hapis cezası gerektiren insan öldürme, ırza geçme ve yağma gibi ağır suçlar *felony* grubunda kabul edilir. Bir yıldan az hapis cezası gerektiren basit hırsızlık, basit yaralama, huzurun bozulması gibi suçlar *misdemeanor* grubunda kabul edilen hafif suçlardır. Bunların cezası genelde denetimli serbestlik (*probation*) tedbirine çevrilir, çevrilmezse daha çok hafta sonu yerel hapishanelerde infaz edilir. Trafik suçları ve yere çöp atma gibi *misdemeanor* suçlarından daha hafif olan suçlar da *infraction* grubunda yer alır. Bu suçlarda fail serbest bırakılır ve mahkemeye gitmesi gereken bu suçu işleyen kişiye az bir para cezası uygulanır. Bkz. Hakeri, Amerikan, s. 8.

¹⁵⁴⁵ MCK md.5.05/f.1.

Alman hukukundaki gibi Amerikan hukukunda da azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikeye dayandırılır. Asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirenin azmettirme suçundan dolayı cezalandırılmasıyla tehlike arz eden davranışlarını açığa vuran kişilerin tehlikeli davranışlarıyla ilgilenme ve gelecekte suçun işlenmesinin önlenmesi amaçlanır.¹⁵⁴⁶

Amerikan hukukunda azmettirme suçu *solicitation* kavramı ile ifade edilir. *Solicitation*, bir başkasından belirli bir suçun işlenmesini talep etmek (*requesting*) veya bir başkasına suç işlemeyi emretmek (*commanding*) anlamlarına gelir.¹⁵⁴⁷ Doktrinde azmettirme suçu, “*bir kimsenin, bir başkasının suçu işlemesi veya o suçu işlemesine iştirak etmesi amacıyla hareket ederek o kişinin, suç teşkil eden bir fiilin işlenmesine davet edilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁵⁴⁸

Asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettirenin sorumlu tutulabilmesi için azmettirme suçunun objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmesi gerekir.¹⁵⁴⁹

Azmettirme suçunun objektif unsuru bir kimsenin suça azmettirilmesidir. Bir başkasını azmettirmek, hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseye suçu işleme fikrini aşılatmak ve bu amaç doğrultusunda suçu işlemeye ikna etmektir.¹⁵⁵⁰

Objektif unsur çerçevesinde azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekip gerekmediği meselesi (*communicated/uncommunicated solicitation*) Amerikan hukukunda tartışılmıştır.¹⁵⁵¹ MCK md.5.02/f.2’de bu yönde bir düzenleme yapılmış ve azmettirenin fail ile iletişime geçmemiş olmasının onun sorumluluğunun esasına etkisi olmadığı ve böyle bir iletişimi gerçekleştirme kastının yeterli olduğu kabul

¹⁵⁴⁶ **Singer/Fond**, s. 301, 306.

¹⁵⁴⁷ **Singer/Fond**, s. 295, 467. Sözlük anlamı talep, istem ve rica gibi anlamlara gelen *solicitation* kavramının ceza hukukundaki anlamı için bkz. **Perkins**, Criminal Attempt, s. 349; **Joshua Dressler**, *Cases and Materials on Criminal Law*, 5. edit., United States 2009, s. 792; **Burnham**, s. 647.

¹⁵⁴⁸ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 251.

¹⁵⁴⁹ **Ohlin**, s. 449.

¹⁵⁵⁰ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 253, 254; Ndagire, s. 107; **Dressler**, Criminal Law, s. 418.

¹⁵⁵¹ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 255.

edilmiştir.¹⁵⁵² MCK'yı kendi sistemine uyarlayan bazı eyaletlerin hukuk sistemlerinde azmettirenin bir başkasıyla iletişime geçmesinin yeterli olduğu ve failin bundan haberinin olmasının gerekmediği kabul edilmiştir.¹⁵⁵³

Azmettirmeye yönelik açıklamaların faile ulaşmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmış ve azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekmediği (*uncommunicated solicitation*)¹⁵⁵⁴ genel olarak kabul edilmiştir. *Uncommunicated solicitation*, azmettiren ile fail arasındaki iletişimin başarısızlığa uğraması anlamında azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekmemesi olarak çevrilebilir.

Baskın görüş, azmettirme yönünde gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetlerin varlığının azmettirenin azmettirme suçundan sorumlu tutulabilmesi için yeterli olduğu yönündedir. Buna göre, azmettirme suçunun cezalandırılmasının gerekçesi azmettirme fiilinin yol açtığı tehlikeliliktir. Bir kimseye suç teşkil eden mesajın gönderilmesiyle ortaya çıkan tehlikelilik hali o kişiyle iletişimin kurulması yönünde gerçekleştirilen çabaya dayanır. Mesajın karşı tarafa ulaşıp ulaşmaması azmettirenin ikna faaliyetleri haricinde gerçekleşen başka bir durumdur. Azmettirme suçunda tehlike eşiğinin aşılması için azmettirme içerikli mesajın faile ulaşması gerekmemektedir.¹⁵⁵⁵

Örneğin S'ye telefonda bir mesaj gönderen D, onu hırsızlık suçuna azmettirir. Ancak mesaj hiçbir zaman S'nin eline geçmez. Mesajın S'ye hiçbir zaman ulaşmaması gibi bir durumda hırsızlık suçunun işlenme tehlikesinin doğmadığı ileri sürülmüştür.¹⁵⁵⁶ Azmettirenin mesajını gönderdiği kişinin mesajdaki dili bilmediği

¹⁵⁵² MCK md.5.02/f.2.

¹⁵⁵³ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 255-256.

¹⁵⁵⁴ **Ohlin** (s. 455.), azmettirme açıklamasının karşı tarafa ulaşmaması, başarısızlığa uğraması anlamında *failed communicated solicitation* kavramını, **Podgor/Henning/Garcia/Jones**, azmettirme açıklamasını teslim edilmemesi anlamında *undelivered communicated solicitation* kavramını kullanmıştır. Bkz. **Ellen S. Podgor/Peter J. Henning/Alfredo Garcia/Cynthia Jones**, *Criminal Law (Concepts and Practice)*, 4. edit., Durham-North Caroloin 2018, s. 468

¹⁵⁵⁵ **Ohlin**, s. 457.

¹⁵⁵⁶ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 255.

veya azmettirenin sözlü olarak bir kimseyi azmettirip ve fakat karşı tarafın bunu işitememesi olayları da doktrinde bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁵⁵⁷

Doktrinde bir görüş, azmettiren ile fail arasındaki iletişimin başarılı olmasının gerekmediğini ve böyle bir iletişimin temin edilmesine yönelik işlenen fiilin yeterli olduğu durumlarda azmettirenin azmettirme suçuna teşebbüsten (*attempted solicitation*) sorumlu olacağını ileri sürmüştür.¹⁵⁵⁸

Azmettirme yönündeki açıklamaların faile ulaşmasının gerekip gerekmediği meselesi içtihatlarda da tartışılmış ve azmettirme suçundan sorumlu olabilmesi için azmettirenin fail ile iletişime geçmiş olması ve bu suretle işlenmesini istediği fiili ortaya koyması gerektiği kabul edilmiştir.¹⁵⁵⁹

Azmettirenin faili azmettirmeye yönelik iletişimsel çabalarının başarıya ulaşması gerektiği *State v. Cotton* davasında açıkça kabul edilmiştir. Davaya konu olayda, cinsel tacizden yargılaması devam eden ve tutukevinde tutulan *Cotton*, karısına iki adet mektup yazar ve mektuplarda karısından kız çocuğunun (kendi) aleyhinde ifade vermemesi konusunda onu ikna etmesini ister. *Cotton* mektupları, damga basılması için birlikte kaldığı *James Dobbs* adında bir arkadaşına verir. Ancak arkadaşı mektupları hapishane idaresine teslim eder ve böylece mektuplara daha tutukevinde iken el konulur. Daha sonra zarfın içine mektupların yerine boş kağıtlar konulur ve zarfa mühür vurulup *Cotton*'a geri verilir. Bu şekilde mektupta *Cotton*'un isteği karısı tarafından hiçbir şekilde öğrenilmez. Eyalet Mahkemesi, yaptığı yargılama neticesinde azmettirmeye yönelik açıklamaların faile ulaşmasının gerekmediğinden hareketle *Cotton*'ı yalan tanıklığa azmettirme suçundan mahkum eder. Kararın temyiz edilmesi üzerine yapılan yargılamada temyiz mahkemesi, azmettirme açıklamasının faile ulaşması gerektiğini ileri sürerek *Cotton*'un yalan tanıklığa azmettirme suçundan cezalandırılmaması gerektiği yönünde karar verir.

¹⁵⁵⁷ **Dressler**, Criminal Law, s. 418.

¹⁵⁵⁸ **Dressler**, Criminal Law, s. 418; **Podgor/Henning/Cohen**, s. 256; **Robinson**, Criminal, s. 672.

¹⁵⁵⁹ **Ohlin**, s. 449.

Temyiz mahkemesine göre, faili azmettirmeye yönelik azmettiren tarafından başlatılan iletişimsel sürecin başarı ile sonuçlanması ve failin azmettirme açıklamasından haberdar olması gerekir. Olayda ise, her ne kadar azmettirme kastı açık ve net bir şekilde ortaya konulmuş olsa da, azmettirmeye yönelik iletişimsel süreç başarıya ulaşmamıştır. Azmettiren ile fail arasında iletişimin gerçekleşmiş olması; aralarında sözlü veya yazılı azmettirme konuşmasının başlaması olması gerekir. Bu gerekçelerden hareketle temyiz mahkemesi *Cotton*'ın yalan tanıklığa azmettirme suçunu işlemediği sonucuna varmıştır.¹⁵⁶⁰

Aynı yönde karar verilen bir diğer dava Kaliforniya'da gerçekleşen bir olay üzerine görülen *State v. Saepanh* davasıdır. Bu davada azmettirenin hareketinin hangi aşamadan itibaren teşebbüs için yeterli olacağı hususu tartışılmıştır. Azmettirmeye yönelik açıklamaları içeren mektubun hapisanenin giden mektupların bulunduğu yere konulduğu anda mı, zarfın mühürlendiği veya adrese postalandığı anda mı, yoksa mektubun yazıldığı anda mı azmettirme suçuna teşebbüsün başladığı tartışılmıştır.¹⁵⁶¹ Eyalet Mahkemesi, kararında azmettirme suçunun cezalandırılmasının sebebi olan asıl fiilin işlenmesine yönelik tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin; azmettirenin fail ile iletişime geçmediği durumda tehlike arz eden azmettirme fiilinin işlenmiş olup olmayacağının ve buradan hareketle asıl fiil işlenmese bile bir kimseyi salt anlamda azmettirmenin cezalandırılmasının meşruiyetinin irdelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu hususlar çerçevesinde eyalet mahkemesi teşebbüse ilişkin genel kurallardan yola çıkarak, tutukevi yönetiminin azmettirme açıklamasını içeren mektuplara el koymasıyla azmettirme suçunun teşebbüste kaldığı ve bu andan itibaren sanığın azmettirme suçuna teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁵⁶² Kaliforniya Temyiz Mahkemesi (*California Court of Appeals*) davaya ilişkin verdiği kararında fail ile iletişimin gerçekleşmesi gerektiğinden hareketle, faile ulaşmayan

¹⁵⁶⁰ **State v. Cotton** [(790 P. 2d. 1050, 1054[N.M. Ct. App. 1990)] davası için bkz. <https://www.quimbee.com/cases/state-v-cotton>, (28.03.2017); **Dressler**, Cases and Materials, s. 793-795; **Ohlin**, s. 455; **Podgor/Henning/Cohen**, s. 255.

¹⁵⁶¹ **Podgo/Henning/Garcia/Jones**, s. 256, 473-474.

¹⁵⁶² **Ohlin**, s. 465.

azmettirme açıklamasının azmettirenin sorumluluğunu doğurmayacağını ve bu suretle azmettirme suçuna teşebbüsün gerçekleşmediği sonucuna varmıştır.¹⁵⁶³

Azmettirme suçunun sübjektif unsuru kasttır (*intent*). Azmettirenin, bir kimseyi ikna etmek ve suç işleme düşüncesini o kişide uyandırmak kastıyla hareket etmesi gerekir.¹⁵⁶⁴ Azmettirenin kastı suçun tamamlanmasına yönelik olmalıdır. Azmettiren, suçun teşebbüs aşamasında kalması kastıyla hareket etmemelidir.¹⁵⁶⁵ Sübjektif unsurun oluşması için genel kast yeterli kabul edilmemekte, suçun oluşması için amaç (*purpose*) unsuru aranmaktadır.¹⁵⁶⁶ *Purpose*, failin işlediği fiilin yol açacağı neticeyi arzulaması demek olup, özel kastı ifade eden bir kavramdır.¹⁵⁶⁷ Böylece azmettirme suçu bir amaç (maksat) suçu olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁶⁸ MCK md.5.02/f.1’de kast anlamına gelen *intention* değil amaç anlamına gelen *purpose* kavramı kullanılmıştır. Hükümde geçen ‘*the purpose of promoting its commision*’...*that commands, requests...*’ ifadeleriyle suçun işlenmesi amacıyla azmettirmenin gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹⁵⁶⁹

Doktrinde azmettirme suçunun sübjektif tipikliği bakımından aranan amaç unsuruyla Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliği için aranan ciddiyet unsuruna vurgu yapılmak istendiğinden hareketle azmettirme kastının ciddi olması gerektiği ileri sürülmüştür. İsteksizce, gönülsüzce veya şaka yapmak suretiyle

¹⁵⁶³ **State v. Saepanh** [94 Cal. Rptr. 2d 910 (Cal.Ct. App. 2000)] davası için bkz. **Podgor/Henning/Cohen**, s. 255; Aynı yönde **State v. Lee**, 804 p2.d 1020 (Or. Ct. App. 1991), **People v. Lubow**, 323 N.Y.S. 2d 829 (N. Y. 1971), **State v. Andujar**, 899 A. 2d 1209 (R. I. 2006) ve **People v. Boyce**, 27 N.E. 3d 77 (Ill. 2015) kararları için bkz. **Podgor/Henning/Garcia/Jones**, s. 468-474.

¹⁵⁶⁴ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 254; **Broyles**, s. 298; **Robinson**, Criminal, s. 673.

¹⁵⁶⁵ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 254-255.

¹⁵⁶⁶ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 254; **Singer/Fond**, s. 298. Kast unsuruna ilişkin tartışmalar için bkz. **Robinson**, Criminal, s. 674-675; **Dubber**, US-amerikanische Strafrecht, s. 100; **Baker**, Inchoate Participation, s. 212-293; Amaç unsuruna ilişkin tartışmalar için bkz. **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 992-994. Suçun, özel kastla (*spesific-intent*) işlenen bir suç olduğu hakkında bkz. **Dressler**, Criminal Law, s. 417.

¹⁵⁶⁷ **Broyles**, s. 66-67.

¹⁵⁶⁸ **Podgor/Henning/Cohen**, s. 254; **Singer/Fond**, s. 298.

¹⁵⁶⁹ MCK md.5.02/f.1.

işlenen azmettirmede ciddiyet bulunmadığı için azmettirenin gerçekten azmettirme kastıyla hareket ettiği söylenemez.¹⁵⁷⁰

Amerikan hukukunda halihazırda fiili işlemeye karar veren bir kimsenin artık azmettirilmesinin mümkün olmadığı *omnido facturusta* azmettirenin azmettirme suçundan (azmettirmeye teşebbüsten) sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁵⁷¹

MCK’da azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme de düzenlenmiştir. “Suçu İşleme Amacından Vazgeçme (*Renunciation of Criminal Purpose*)” ile düzenlenen MCK md.5.02/f.3’e göre, azmettirenin bir kimseyi suça azmettirdikten sonra onu suçu işlememeye ikna ederek suçun işlenmesini engellemesi olumlu bir savunmadır. Ancak bu vazgeçmenin kesin ve gönüllü olması gerekir.¹⁵⁷²

Son olarak Amerikan hukukunda yardım etmeye teşebbüsün (*attempting facilitation*) cezalandırıldığını belirtmek gerekir. MCK md.5.01/f.3’e göre, “yardıma konu suç işlenmezse yardım eden yardım etmeye teşebbüsten cezalandırılır.”¹⁵⁷³ Yardım etmeye teşebbüs ceza sorumluluğunun genişlediği bir hal olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁷⁴

3. İrlanda

İrlanda hukukunda faillik-şeriklik ayrımı kabul edilmiş; şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak azmettirme (*procuring*) ve yardım etme (*aiding and abetting*) düzenlenmiştir.¹⁵⁷⁵ İştirakte cezalandırma bakımından bir farklılaşmaya gidilmemiş ve

¹⁵⁷⁰ Ohlin, s. 449; Singer/Fond, s. 298; Dressler, Criminal Law, s. 417-418.

¹⁵⁷¹ Dressler, Criminal Law, s. 418.

¹⁵⁷² MCK md.5.02/f.3; Dubber, Criminalizing Complicity, s. 999.

¹⁵⁷³ MCK md.5.01/f.3; Dubber, Criminalizing Complicity, s. 994; Dressler, Criminal Law, s. 495-496. Nedensellik bakımından yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin tartışıldığı ve 1800’lü yılların sonuna doğru yaşanan *State v. Tally* [Supreme Court of Alabama 15 So. 722 (1894)] davasına konu olan olay için bkz. Markus D. Dubber/Mark G. Kelman, American Criminal Law: Cases, Statutes and Comments, 2. edit., New York 2009, s. 628-631.

¹⁵⁷⁴ Kreutzer, s. 163.

¹⁵⁷⁵ John Stannard, *Bishops in the Dock: Child Abuse and the Irish Law of Complicity*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (259-272), England 2013, s. 261.

fail ile şerik arasında eşit cezalandırma sistemi benimsenmiştir. 1997 tarihli İr.CK¹⁵⁷⁶ md.7/f.1, azmettirenin ve yardım edenin fail gibi cezalandırılacağı düzenlemiştir.¹⁵⁷⁷

İrlanda hukukunda bağıllık kuralı kabul edilmiş ve şeriklerin sorumluluğu asıl fiilin işlenmesine bağlı kılınmıştır. Şerikler işlenmiş bir haksızlığın varlığı durumunda cezalandırılabilir. Bu, şeriklik sorumluluğunun ikincil nitelikte olmasının doğal bir sonucudur. Ancak bunun suçun tamamlanması gerektiği şeklinde anlaşılmaması gerekir. Şerikin işlenen suçtan sorumlu olması için suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması yeterli olup, bu haksızlığın ciddi olması gerekmez. İşlenen hafif düzeydeki haksızlık şeriklik sorumluluğu için yeterli kabul edilmiştir. Azmettiren veya yardım eden, asıl fiilin işlendiği ispatlanmadığı sürece cezalandırılmaları mümkün değilse de, şeriklerin cezalandırılabilimleri failin mahkûm olması şartına bağlanmamıştır.¹⁵⁷⁸

Anglosakson hukuk sistemindeki tamamlanmamış suç sorumluluğu İrlanda hukukunda kabul edilmiş; İr.CK'da teşebbüs, suç anlaşması ve azmettirme suçları tamamlanmamış suç tipleri olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁷⁹

Bağıllık kuralı azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına engel görülmemiş ve azmettirmeye teşebbüs azmettirme suçu (*incitement*) kapsamında cezalandırmaya layık görülmüştür. Azmettirme suçu bir cünha (*misdeomanour*) olarak kabul edilmiştir. İrlanda hukukunda cünhalar hapis cezası bir yıla kadar olan suçlara denir.¹⁵⁸⁰ Örneğin

¹⁵⁷⁶ 1997 tarihli İrlanda Ceza Kanunu (Ireland Criminal Law Act), [No. 4 of 1997].

¹⁵⁷⁷ Kanun metni için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/23/Iceland/show> (03.12.2018).

¹⁵⁷⁸ **Campell/Kilcommins/O'Sullivan**, [8-03] ve [8-10], s. 278; **Barry MvAuley/Paul McCutcheon/Round Hall**, *Criminal Liability: A Grammar*, Dublin 2000, s. 490; **Thornton v. Mitchell** [1940] 1 All ER 339 ve **Morris v. Tolman** [1923] 1 KB 166 sayılı kararlarda bağıllık kuralı ifade edilmiştir. Kararlar için bkz. **Campell/Kilcommins/O'Sullivan**, [8-06], s. 479.

¹⁵⁷⁹ **Campell/Kilcommins/O'Sullivan**, [7-01], s. 261-262.

¹⁵⁸⁰ **Peter Charleton**, *Criminal Law Cases and Materials*, Dublin 1992, s. 85; 256, s. 130 vd. İrlanda hukukunda azmettirme suçunun maddi (*actus reus*) ve manevi (*mens rea*) unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. Charleton, s. 262 vd. R v. McDonough (1962) 47 Cr. App. R. 37.

A, B'den annesini öldürmesini ister. Annesini seven B, tekliften ürker ve asla yapmayacağını söyleyerek öldürmekten vazgeçer. Asıl fiil (öldürme) işlenmediği için A azmettirme suçundan sorumlu olur. Ancak B annesini öldürseydi A işlenen öldürme suçuna azmettirmeden şerik sıfatıyla sorumlu olurdu.¹⁵⁸¹

4. İskoçya

İskoç hukukunda suça iştirak edenlerin katkılarının cezalandırılmasında tekçi sistem kabul edilmiştir. Bu sistem tarihsel geçmişi olan (1100'lü yıllara dayanan) “suç ortağı doktrinine (*the art and part doctrine*)” dayanır. Buna göre, suçun işlenmesine katkısı olan herkes iştirak türüne ve zamansal olarak katkının değerine bakılmaksızın eşit olarak cezalandırılır. Suça iştirak edenin herhangi bir şekilde katkısının (*participation*) olması ve suçun işlenmesi ortak amacını (*common purpose*) taşıması yeterlidir. Suça yapılan katkı suç işleme düşüncesinin uyandırılması anlamında ilk kez azmettirme şeklinde, suçun işlenmesinden önce veya suçun işlenmesi anında olmak üzere zamansal olarak üç şekilde gerçekleşebilir.¹⁵⁸²

İştirak, faile yardım etmeye (*assistance to principal offender*) ve ortak suç girişimi/müşterek faillik (*joint enterprise*) ilişkin hükümleri ihtiva eder. Yardım etme maddi veya manevi olarak gerçekleşebilir. Sanığın, yardım etmeksizin veya müşterek fail olarak suça katılmaksızın olay yerinde hazır bulunması iştirakten sorumluluk için yeterli değildir. Meğer ki, örneğin yardımın mağdura ulaşmasını engelleyebilsin veya suça azmettirsin. İngiliz hukukunda suça iştirakte önem arz eden fer'i iştirak (maddi ve manevi yardım), tamamen göz ardı edilmese bile İskoç hukukunda önemli bir iştirak şekli olarak görülmemektedir; çünkü iştirak türü değil, suç ortağının herhangi bir şekilde suça katkısının gerçekleşmiş olması önemlidir.¹⁵⁸³

¹⁵⁸¹ **Campell/Kilcommins/O'Sullivan**, [8-03] ve [8-10], s. 261-262.

¹⁵⁸² **Fiona Leverick**, *Participation in Crime under Scots Law: The doctrine of Art and Part*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (173-244), England 2013, s. 244-247.

¹⁵⁸³ **Leverick**, s. 244, 246.

Suçun işlenmesine dolaylı olarak gerçekleştirilen katkılar ya fer'i sorumluluk (*derivative liability*) ve fer'i suçlar (*secondary offences*)¹⁵⁸⁴ alanında ya da azmettirme suçu ve suç anlaşmasına ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılır. Suç anlaşması, Anglosakson hukuk sisteminde kabul edildiği gibi iki veya daha fazla kişinin işlemeyi düşündükleri bir suç üzerine anlaşması olarak tanımlanır.¹⁵⁸⁵

İskoç hukukunda bağlılık kuralı kabul edilmekle birlikte bağlılık kuralının varlığı azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına engel görülmemiştir; çünkü azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipiyle (azmettirme suçu) cezalandırılmıştır. Azmettirenin azmettirme suçundan sorumlu olabilmesi için faili etkilemeyi başarması, ikna faaliyeti kapsamında suçun işlenmesi ve böylece faili etkilemesi yönünde kastını ortaya koyması yeterlidir. Azmettirenin bir başkasını azmettirme kastını ciddi bir şekilde ortaya koyması gerekir. Azmettirme suçundan sorumluluğun doğmasının şartı asıl fiilin işlenmemiş olmasıdır. Asıl fiil işlendiğinde azmettirenin iştirak çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi mümkündür.¹⁵⁸⁶

5. Kanada

KCK'da¹⁵⁸⁷ faillik ve şeriklik ayırımı; faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik, şeriklik kapsamında yardım etme (*aiding and abetting*) ve azmettirme (*counselling*) iştirak şekilleri olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸⁸ KCK md.22/f.3'te, *counsel*

¹⁵⁸⁴ 2010 tarihli İskoç Ceza Adaleti ve Lisans Kanunu (Scotland Criminal Justice and Licensing Act)'nın 28'inci ve 30'uncü maddelerinde düzenlenen örgüt suçu örnek verilebilir.

¹⁵⁸⁵ **Leverick**, s. 241, 243.

¹⁵⁸⁶ **Leverick**, s. 242, 243.

¹⁵⁸⁷ 1985 tarihli Kanada Ceza Kanunu (*Criminal Code of Canada*) [R.S.C., 1985, c. C-46].

¹⁵⁸⁸ **Kent Roach**, *Canada*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (307-322), England 2013, s. 308, 313, 315, 316; Charleton, s. 262 vd., Suçun Tarafları (*Parties to Offences*) başlıklı KCK md.21 ve Suça Azmettirme (*Person Counselling Offence*) başlıklı KCK 22. Kanun metinleri için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/38/Bulgaria/show> (30.11.2018).

kavramının azmettirme anlamına geldiği ve maddi unsurlarının (*actus reus*) *procure*, *solicit* ve *incite* olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁸⁹

Kanada hukukunda azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir hükümle yaptırıma bağlanmıştır.¹⁵⁹⁰ KCK'nın "Azmettirilen Suçun İşlenmemesi" (*counselling offence that is not committed*) başlıklı 464'üncü maddedenin birinci fıkrasına göre, "*asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettiren teşebbüs çerçevesinde cezalandırılır.*"¹⁵⁹¹

"Teşebbüs, Suç Anlaşması ve Şerikler (*Attempts, Conspiracies and Accessories*)" başlıklı 13. Kısımının 463'üncü maddesinde teşebbüs ve suç sonrası şeriklik (*accessory after the fact*) birlikte düzenlenmiştir. Suça teşebbüs eden kişi ve suç sonrası şerikin ceza sorumluluğu eşit düzenlenmiştir. Sorumluluk, teşebbüs ve suç sonrası şerikliğin konusu olan suçların ağır (*indictable offence*) ve hafif (*summary offence*) olmasına göre belirlenmiştir. Suça teşebbüs eden kişi ve suç sonrası suça şerik olarak iştirak eden kişi müebbet hapis cezası gerektiren ağır suçlarda on dört yıla kadar hapis cezasıyla ve on dört yıl veya daha az hapis cezası gerektiren suçlarda bu sürenin yarısıyla; hafif suçlarda ise hafif suçun cezasıyla cezalandırılır.¹⁵⁹²

Kanada Yüksek Mahkemesi, *R v. Hamilton* kararında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğini, "*bir fiil toplum bakımından zararlı ise, toplum insanlardan bu fiili işlememelerini ve hatta fiile teşebbüs dahi etmemelerini veya bir başkasını fiile azmettirmemelerini ister; çünkü fiile teşebbüs edilmesi veya fiilin azmettirilmesine neden olunması zararın gerçekleşmesi ihtimalini arttıran zarar kaynaklarıdır.*" ifadeleriyle açıklamıştır.¹⁵⁹³

¹⁵⁸⁹ Roach, s. 315.

¹⁵⁹⁰ KCK'nın 464'ncü maddesi.

¹⁵⁹¹ Kanun metinleri için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/38/Bulgaria/show> (30.11.2018).

¹⁵⁹² KCK md.463.

¹⁵⁹³ **R v. Hamilton** (2005) SCC 47, para.25 per Fish J.), karar için bkz. **Campbell/Kilcommins/O'Sullivan**, [7-01], s. 261.

6. Avustralya

Avusturalya hukukunda ¹⁵⁹⁴ iştirak hükümleri asıl fiilden doğan sorumluluğu genişletici hükümler olup, fail tarafından işlenen suça ilişkin genel hükümlerdeki ilkelerin bir alt başlığı olarak kabul edilir. İştirakte faillik-şeriklik ayırımı kabul edilmiştir. Faillik statüsünde iştirak şekilleri olarak müşterek ve dolaylı faillik; şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak azmettirme (*counselling/procuring*) ve yardım etme (*aiding and abetting*) düzenlenmiştir. Cezalandırma bakımından tekçi iştirak sistemi tercih edildiği için şerikler fail gibi cezalandırılır.¹⁵⁹⁵ Fail suçun icrası esnasında suç mahallinde hazır bulunan ve suçu işleyen kişi olarak, şerik failin işlediği suç ile uzak bir bağlantı kuran (*remote connection*) kişi olarak tanımlanır.¹⁵⁹⁶

İştirak sisteminde “iştirak” ve “iştirak suçu” ayırımı yapılmakta ve iştirak suçu iştirakten bir sapma olarak nitelendirilir. Suç anlaşması, azmettirme suçu ve terörizme iştirak iştirak suçu kategorisinde kabul edilir.¹⁵⁹⁷ Şeriklik kural olarak başlı başına bir suç tipi değil, bir iştirak şekli olarak kabul edilmektedir. Örneğin, kasten öldürme suçuna iştirak eden bir kimse kasten öldürme suçuna iştirak suçundan değil, suça iştirak etmekten dolayı kasten öldürmeden fail olarak cezalandırılır.¹⁵⁹⁸ İngiliz hukukunda azmettirmeye ilişkin açıklamalar Avsutralya Hukuku için de geçerlidir.

¹⁵⁹⁴ Avustralya’da Yeni Güney Galler Ülkesi-(*New South Wales*), *Queensland*, Güney Avustralya (*South Australia*), Tazmanya (*Tasmania*), Viktorya (*Victoria*) ve Batı Avustralya (*Western Australia*) ve iki bölge olan *Australia Capital Territory* ve *Northern Territory* ile federal devlet olmak üzere birden fazla ceza hukuku pratiği vardır. Bkz. **Mirko Bagaric**, *Australia*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (273-291), England 2013, s. 293.

¹⁵⁹⁵ Avusturalya hukukunda suç işleyen kişilerin konumu için bkz. **Cumes**, s. 118-120., 143. Şeriklik şekilleri arasındaki farklar için bkz. **Robin S. O’regan**, *New Essays on the Australian Criminal Code*, 1988, s. 48; **Bagaric**, s. 298; **Lorraina Finlay/Tyrone Kirchengast**, *Criminal Law in Australia*, Australia 2015, s. 314; **Colvin/Mckechnie**, s. 544; **R v Oberbillig** [1989] 1 QdR 342 at 344; **Kelley Burton/Thomas Crofts/Stella Tarrant**, *Principle of Criminal Law in Queensland and Western Australia*, Sydney 2016, s. 438; **Likiardopoulos v. The Quenn** [2012] HCA 37 (14 Sept. 2012 at [23]; **Handlen v. The Queen**; **Paddison v. The Queen** [2011] HCA 51 (8 Dec. 2011) at [6].

¹⁵⁹⁶ **Bronitt/McSherry**, s. 399-400.

¹⁵⁹⁷ **Cumes**, s. 118-120, 121-125, 143; **Gillies**, s. 45.

¹⁵⁹⁸ **John Anderson**, *Criminal Law Guide Book (New South Wales, Victoria and South Australia, Australia)*, Oxford 2016, s. 259.

Azmettirme *procurement* kavramı ile ifade edilmekte ve şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁹⁹

Avustralya hukukunda teşebbüs, suç anlaşması ve azmettirme suçu olmak üzere üç tamamlanmamış suç tipi kabul edilmiştir. Bu suçların kapsamı Avustralya’da her devletin hukukuna göre farklılık arz eder. Suç anlaşması ve azmettirme, teşebbüs suçunun ilk aşaması olup, hazırlık suçları kategorisi kabul edilmiştir. Bu suç tipleri belirli hazırlık hareketlerinin bağımsız cezalandırıldığı özel suç tipleridir.¹⁶⁰⁰

Şeriklik sorumluluğu asıl fiilin işlenmesiyle gerçekleşen haksızlığa bağlı bir sorumluluk olup, bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Bağlılık kuralı kabul edilmesine rağmen, azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmaktadır. Azmettirmeye teşebbüs, iştirak suçu kategorisinde bağımsız bir şeriklik suçu olan azmettirme suçu kapsamında cezalandırılmıştır. Azmettirme suçunda asıl fiil işlenmediğinden bağlılık kuralının gerekleri yerine gelmemektedir. Bu yüzden azmettirenin sorumluluğu iştirakin ön alanında söz konusu olmaktadır. Azmettirmeye teşebbüste azmettirenin sorumlu tutulmasının bağımsız bir suç tipiyle mümkün olabileceği ve ancak bu şekilde iştirakte şeriklerin sorumluluğunun temeli olarak fonksiyon icra edebileceği ileri sürülmüştür. Azmettirmeye teşebbüs bağımsız şeriklik suçu olarak cezalandırılrsa da, iştirake teşebbüs şeklinde genel bir suç tipi kabul edilmemektedir.¹⁶⁰¹

Azmettirme suçu, Avustralya’nın tüm devletlerinde ve fakat farklı kavramlarla kabul edilmiştir. Örneğin *Queensland* devletinde azmettirme suçu için *incitement* değil, *attempt to procurement*, *Northern Territory* ve *Western Australia* bölge devletlerinde *procurement* kavramları tercih edilmiştir. Azmettirme suçundan sorumluluk *New South Wales* ve *South Australia* devletinde yazılı olmayan bir içtihat hukuku suçu iken; diğerlerinde kanuni (yazılı) suç (*statutory offence*) olmuştur.¹⁶⁰²

¹⁵⁹⁹ Bagaric, s. 298.

¹⁶⁰⁰ Cumes, s. 3,4.

¹⁶⁰¹ Cumes, s. 3, 4, 12, 118-120, 137-138, 141-145.

¹⁶⁰² Cumes, s. 19-20.

Avustralya hukukunda iştirake teşebbüsten vazgeçme düzenlenmiştir. Şerikin iştirake teşebbüsten vazgeçtiğinin kabul edilebilmesi için vazgeçmenin asıl fiilin teşebbüs aşamasından önce gerçekleşmesi gerekir.¹⁶⁰³ Vazgeçmenin gerçekleşmesiyle şerik iştirake teşebbüs sorumluluğundan kurtulur ve bu, vazgeçme anına kadar işlenen fiiller bakımından geçerlidir.¹⁶⁰⁴

II. KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE SUÇA İŞTİRAK KURUMU, AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜ CEZALANDIRAN KITA AVRUPASI ÜLKELERİ

Kıta Avrupası hukuk sistemi (*continental Europe/Roma-Germanic law/civil law system*) günümüz modern dünyasında uygulanan en yaygın hukuk sistemi olup temellerini Roma hukukundan almaktadır. Yazılık hukuk kurallarından oluşan bu hukuk sisteminde yazısız kurallar tedvin edilmiş olup, kanunlarda derlenerek toplanmıştır. Anglosakson hukuk sistemi gibi içtihadi nitelikte bir hukuk sistemi olmadığı için hakimlerin mahkemeler tarafından verilmiş kararlara uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁶⁰⁵

A. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Suça İştirak Kurumu

Günümüz modern ceza hukukunda kabul edilen suça iştirake ilişkin kuralların teorik esasları ve bu esaslar çerçevesinde suçun işlenmesine birden fazla kişinin iştirak etmesi durumunda iştirak edenlerin suça olan katkıları açısından bir ayırımın yapılması gerektiği düşüncesinin temelleri Roma Hukuku'na kadar uzanır.¹⁶⁰⁶ İştirake ilişkin genel bir düzenlemenin olmadığı Roma hukukunda faillik-şeriklik arasında kesin

¹⁶⁰³ Bronitt/McSherry, s. 755, 860, Cumes, s. 16. Stephen Ordgers, “Conspiracy to Commit a Commonwealth Offence”, *CLJ*, 2010, s. 240-249.

¹⁶⁰⁴ Ordgers, s. 240-249.

¹⁶⁰⁵ Civil Law (Legal system), [https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (24.05.2021). Avrupa'nın ilk ceza kanunları kodifikasyonları hakkında detaylı bilgi için bkz. Laura Peters, *The Netherlands*, in: L. Peters (ed), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpetration of and Assistance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (33-76), The Hague 2018, s. 33-35.

¹⁶⁰⁶ Özgenç, Suça İştirak, s. 23.

ayırım yapılmamış ve iştirak, kasten öldürme ve hırsızlık gibi münferit suçlarla sınırlı uygulanmıştı.¹⁶⁰⁷ Bu suç tiplerinde azmettirme ile dolaylı faillik ve yardım etme ile müşterek faillik arasında genel bir ayırım yapılmış ve şeriklik faillik ile eş değer görüldüğü için cezalandırma bakımından eşitlik (tek tip fail) sistemi öngörülüyordu.¹⁶⁰⁸ Cermen hukukunda iştirak kurumu şekilci bir karaktere sahipti. Suça iştirak edenlerin azami sayısı çerçevesinde sorumluluk tespit edilirdi. Ayrıca suçun icrasına etkili olan iştirak katkıları münferit suç olarak düzenlenmişti. Örneğin, başkasının yaşamına veya malvarlığına karşı azmettirme, bağımsız olarak ihanet suçu kapsamında cezalandırılırdı.¹⁶⁰⁹

16. ve 17. yüzyıllarda suça iştirak, illiyet bağı temelinde nedensel ve nedensel olmayan iştirak, şeriklik yakın (*aixilium proximum*) ve uzak şeriklik (*aixilium remotum*) şeklinde ayırımı tabi tutulmuştu. Yakın şeriklik, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren ve neticenin doğrudan nedeni olan şeriklik hali olarak kabul edilirdi. Cebir veya tehdit kullanarak veyahut hataya düşürerek bir kimsenin suça itilmesi durumunda, fiili işleyen kişinin sorumlu olmadığından hareketle dolaylı faillik kurumunun temelleri atılmıştı. 18.yüzyılda iştirak şekilleri sübjektif teori temelinde ayrılmış ve icrai hareketin objektif özelliğini göz ardı eden bu teoride suç başka bir kimsenin iradesi ve yararına işlenirse fiili gerçekleştiren kişi yardımcı, suçun icrasında yararı olan ya da suçun icrası için emir ve talimat veren kişi ise fail olarak nitelendirilmişti.¹⁶¹⁰

Kıta Avrupası hukuk sisteminde iştirak 18. yüzyılın sonundan itibaren gelişim göstermiştir.¹⁶¹¹ Şekli objektif teori çerçevesinde iştirak maddi-manevi iştirak şeklinde ayrılmıştı. İştirak şekilleri için günümüz ceza hukukundaki kavramlara benzer kavramlara 19.yüzyıl Aydınlanma Dönemi'nde rastlansa da, iştirak şekilleri arasında

¹⁶⁰⁷ Evik, Suça İştirakte Yardım Eden, s. 7; Yekebaş, s. 15.

¹⁶⁰⁸ Dönmezer/Erman, II, s. 453.

¹⁶⁰⁹ Özgenç, Suça İştirakin, s. 26.

¹⁶¹⁰ Özgenç, Suça İştirak, s. 26, 30.

¹⁶¹¹ Peters, s. 74.

ayırım yapma konusundaki belirsizlik varlığını devam ettirmişti. Bu dönemde iştirak şekilleri maddi-manevi kıstaslara göre ayrılmış ve azmettirme kimi zaman fail, kimi zaman de şerik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmişti. Objektif nitelikli iştirak ayırımını ilk kez bu dönemde yapan *Feuerbach*, iştiraki asli-fer'i iştirak şeklinde ayırmıştı. Failliğin, korunan hukuksal değerin ihlalinin failin hareketinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıktığını, şerikliğin ise icrai hareketin hukuksal değeri doğrudan ihlal etmediği ve ancak bir başka kimsenin hukuksal değeri doğrudan ihlal etmesini destekler nitelikte olması gerektiğini kabul eden *Feuerbach*, azmettirmeyi manevi faillik kapsamında ele almıştı. Cezalandırma bakımından faillğe göre şeriklik için daha az ceza öngörülmekle birlikte tehlikeliliği göz önünde bulundurularak azmettirme daha ağır cezalandırılmıştı. Bu dönemde azmettirmeye teşebbüs teşebbüste kalmış bir fiil olarak nitelendirilmişti.¹⁶¹²

Günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan ülkelerin birçoğu ikici iştirak sistemini kabul etmiştir. Başta Almanya olmak üzere bu sistemi kabul eden ülkelerde faillik-şeriklik ayırımı kabul edilmiştir.¹⁶¹³ Faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik, şeriklik kapsamında azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir.¹⁶¹⁴

Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen bu ayırımda şerikin işlemiş olduğu fiil ile ortaya çıkan haksızlık içeriği başkası tarafından gerçekleştirilen haksızlığa bağlıdır. Şerik, işlenen suçun kanuni tipindeki haksızlığından doğrudan sorumlu değildir.¹⁶¹⁵ Eski Roma Hukuku'nun bir ürünü olan ve ceza hukukunda iştirake geçerliliğini koruyan bu anlayış, şerikliğin failin işlediği esas fiile bağlılığı kuralı olarak nitelendirilir. Bu kural, suça katkısı faillik niteliğinde olmayan şeriklerin ceza sorumluluğunu sağlayan bir kuraldır.¹⁶¹⁶

¹⁶¹² **Özgenç**, Suça İştirak, s. 30 vd.

¹⁶¹³ **Keiler**, s. 158.

¹⁶¹⁴ **Özkan**, Azmettirme, s. 64, 65.

¹⁶¹⁵ **Koca/Üzülmüş**, GH, s. 474; **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 180; **Temiz**, s. 2490.

¹⁶¹⁶ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 201; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 27–28.

Azmettirme şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmektedir. Azmettirenin cezalandırılması için bağıllık kuralı aranır. Buna göre azmettirme için hukuka aykırı olarak kasten ve tipik bir fiilin işlenmesi yeterlidir. Failin kusurlu olup olmamasının azmettirenin sorumluluğuna bir etkisi yoktur. Azmettiren şerik statüsünde kabul edilmesine rağmen fail gibi cezalandırılır.¹⁶¹⁷

Çalışmanın birinci bölümünde iştirakin teorik esaslarına ilişkin yapılan geniş açıklamalar Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan ve ikinci iştirak sistemini kabul eden ülkelerin iştirak kurumu için de geçerlidir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde iştirake ilişkin genel tablo bu şekilde olmakla birlikte Norveç, Danimarka, İtalya ve Avusturya gibi ülkelerde tekçi iştirak sistemi kabul edilmiştir. Bu sistemde suçun işlenmesine yönelik gerçekleştirilen tüm katkılar eşdeğer olup şerikin katkısı faillik niteliğinde kabul edilmiştir.¹⁶¹⁸

B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüs

Kıta Avrupası hukuk sisteminde bağıllık kuralı gereği fail tarafından kanuni tipte tanımlanan haksızlığın gerçekleştirilmesi gerekir.¹⁶¹⁹ Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmekle birlikte; fail fiile teşebbüs etmezse bir kimseyi azmettirmeye yönelik tüm gayretini ortaya koyan azmettirenin ceza sorumluluğu söz konusu olmaz.¹⁶²⁰

Failin suçu işlememesi durumunda şerikin iştirak çerçevesinde cezalandırılması mümkün değildir. Bu durum ikinci iştirak sistemini benimseyen Kıta Avrupası hukuk sisteminde bağıllık kuralının bir sakıncası olarak görülmektedir.¹⁶²¹ Ancak Almanya

¹⁶¹⁷ **Heinrich**, AT, §33, kn. 1183-1187.

¹⁶¹⁸ **Keiler**, s. 158.

¹⁶¹⁹ **Dubber**, Criminalizing Complicity, s. 991.

¹⁶²⁰ **Kapusuzoğlu**, s. 105.

¹⁶²¹ **Soyaslan**, GH, s. 525.

başta olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde asıl fiil işlenmese bile azmettirmeye teşebbüsün iştirake teşebbüsün bir türü olarak cezalandırılmasının önü açılmıştır.¹⁶²²

C. Azmettirmeye Teşebbüsü Cezalandıran Kıta Avrupası Ülkeleri

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde genel olarak azmettirmeye teşebbüs yaptırma bağlanmıştır. Bu hukuk sisteminde azmettirmeye teşebbüsü bağımsız ceza normuyla cezalandıran ülkelerin başında Almanya gelir. Almanya’da azmettirmeye teşebbüs, iştirake teşebbüsün bir şekli olarak ceza kanunun genel hükümleri içinde bağımsız bir normla cezalandırılmaktadır.¹⁶²³ Almanya dışındaki ülkelerden İspanya, Fransa, İtalya, Avusturya, Hollanda, İsviçre, Norveç, İsveç, Macaristan, Hırvatistan, Polonya, Bosna-Hersek ve Estonya’da azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin mevcut durum ele alınacaktır.

1. İspanya

İspanyol hukukunda (İs.CK’da)¹⁶²⁴ suça iştirakte faillik-şeriklik ayırımı; faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik; şeriklik kapsamında azmettirme (*abetting*), zorunlu iştirak/işbirliği (*necessary cooperation*) fer’i iştirak olarak yardım etme düzenlenmiştir.¹⁶²⁵ Şeriklik, faillik dışında kalan ve suçun icrasından önce veya icrası esnasında suçun işlenmesine katkısı olan kişiler olarak tanımlanmış (İsp.CK md.29) ve ilk ikisinde fail gibi cezalandırma, ikincisinin cezasında indirim sistemi (İsp.CK md.28/f.2) kabul edilmiştir.¹⁶²⁶

¹⁶²² Keiler, s. 163-167.

¹⁶²³ Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümünde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin Alman hukukundaki durum detaylı olarak ele alınmıştır.

¹⁶²⁴ 24.11.1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu [RG: No. 281]. Kanun metinleri için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (25.05.2021).

¹⁶²⁵ İsp. CK md. 27-29.

¹⁶²⁶ M. Cancio Melia/A. Garrocho Salcedo, *Spain*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (398-412), England 2013, s. 397, 398, 408.

İsp.CK md.28/f.2’de doğrudan bir başkasını suça azmettiren kişinin fail gibi cezalandırılacağı düzenlenmiş olsa bile azmettirme şeriklik statüsünde bir iştirak şeklidir. İspanyol hukukunda azmettirmenin objektif ve sübjektif unsurlarının oluşması, yani azmettirenin çifte kastla hareket etmesi gerekir. Azmettirmenin asıl fiilin işlenmesinde nedensel olması gerektiğinden hareketle nedensellik ilişkisinin kurulamadığı *omnido facturus* durumunda azmettirmenin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Azmettirilen fiilin belirli bir suç tipini ihtiva etmesi, yani fiilin somutlaştırılması gerekir. Bu durum, kanunda azmettirmenin doğrudan işlenmesi gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Azmettirenin sorumluluğu cihetine gidebilmek için asıl fiilin tamamlanması gerekmekte, teşebbüs aşamasına varmış olması yeterli kabul edilmektedir. Böylece bağlılık kuralı kabul edilmiş, niceliksel bağlılık kuralı gereği fiilin en azından teşebbüste kalmış olması gerekir. Failin fiili işlemekten vazgeçmesi gibi asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmemekle birlikte İsp.CK’da hazırlık hareketlerinin bağımsız cezalandırıldığı hükümler ile İsp.CK md.17’de cezalandırılan suç anlaşması¹⁶²⁷ ve İsp.CK md.18’de cezalandırılan suça tahrik bundan müstesna kılınmıştır. Böylece kanunda tahrik ve suç anlaşmasında belirli hazırlık hareketleri bağımsız cezalandırılabilir. Suç anlaşmasının, azmettirmeye teşebbüsün (*solicitation*) ve suça tahrikin sadece kanunda belirtilen suç tiplerinde cezalandırılabileceği açıkça düzenlenmiştir.¹⁶²⁸ Azmettirmeye teşebbüs İsp.CK’nın genel hükümlerinde iştirak çerçevesinde cezalandırılmamakla birlikte kasten öldürme gibi belirli suç tiplerinde ceza yaptırımını altına alınmıştır.¹⁶²⁹ Örneğin İsp. CK md. 141’de kasten öldürme suçuna

¹⁶²⁷ İsp.CK’nın 17.maddesine göre, “birden fazla kişi suç işlemek üzere anlaşır ve suçu işlemeye karar verirse suç anlaşması gerçekleşir (f.1). Suç işlemeye karar veren kişinin bir başkasını veya başkalarını suça davet etmesi durumunda suç teklifinin varlığı kabul edilir (f.2). Suç anlaşması ve azmettirmeye teşebbüs (*solicitation*), sadece kanunda öngörülen hallerde cezalandırılır” (f.3).

¹⁶²⁸ **Melia/Salcedo**, s. 399-400, 408; **Picotti**, s. 430; İsp. CK md.17 ve 18.

¹⁶²⁹ **Francisco Munoz Conde**, *İspanyol Yeni Ceza Kanunu’nda Modern Ceza Hukuku*, çev. İlhan Üzülmaz/Ahmet Hulusi Akkaş, in A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (873-898), 26 Mayıs/May I 4 Haziran/June, C. I/V. II, s. 910.

tahrik ve azmettirmeye teşebbüs ile kasten öldürme için anlaşma fiilleri cezalandırılmış ve cezanın basit kasten öldürme (on yıldan on beş yıla kadar hapis) ve nitelikli kasten öldürme (on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis) ve birden fazla nitelikli halin olduğu kasten öldürmede (yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar) için öngörülen cezalardan bir veya iki derece daha düşük olacağı ifade edilmiştir.¹⁶³⁰ İspanyol hukukunda cezalar ciddi, daha az ciddi ve hafif şeklinde sınıflandırılmıştır. Cezası beş yıl hapis cezasının üstünde olan suçların cezası ciddi cezalardır. Üç aydan beş yıla kadar hapis cezaları daha az ciddi cezalardır. Bu çerçevede ilk iki grup cürümlerde, son iki grup cünhalarda kabul edilmiştir. Böylece cürümler ciddi ve daha az ciddi olmak üzere ikiye ayrılır.¹⁶³¹ Kastan öldürme ciddi suçlardan biri olduğu için cezası ciddi cezalardandır. Kastan öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs durumunda azmettiren kasten öldürme için belirlenen cezadan indirim yapılarak (örneğin daha az ciddi cezalardan biri uygulanarak) cezalandırılır.

2. Fransa

Fransız hukukunda¹⁶³² suça iştirakte faillik-şerik ayrımı kabul edilmiştir.¹⁶³³ Fr. CK¹⁶³⁴ md.121-4'te suç teşkil eden hareketi işleyen veya buna teşebbüs eden kişinin fail olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir.¹⁶³⁵ Kanunun 121-7'inci maddesinde şeriklik tanımlanmış ve azmettirme ve yardım etme şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak ve aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre “*bir cürüm veya cünhanın*

¹⁶³⁰ İsp. CK md.41.

¹⁶³¹ İsp.CK md.13, 33.

¹⁶³² Fransa'da ceza hukukunun (*droit penal/droit criminel*) tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Jean Pradel**, *Criminal Law*, G. A. Berman/E. Picard (edts), Introduction to French Law, (103-126), The Netherlands 2008, s. 103 vd.

¹⁶³³ **Özkan**, Azmettirme, s. 67. Fransız hukukunda iştirak şekilleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tony Marguery**, *France*, in: L. Peters (edt), Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases), (77-102), The Hague 2018, s. 77 vd.

¹⁶³⁴ 12.10.2005 tarihli Fransız Ceza Kanunu (French Penal Code). Kanun metni için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/29/France/show> (30.11.2018).

¹⁶³⁵ Fr.CK md.121-4.

hazırlanmasını veya işlenmesini yardım veya destek ile bilerek kolaylaştıran (f.1); armağanlar, vaat, tehdit, emir (=komut), nüfuzunu veya yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bir fiile azmettiren veya suçun icrası için bilgi veren kişi (f.2) şeriktir” şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 121-6’ıncı maddesine göre şerikler fail gibi cezalandırılır. Bu hüküm gereği azmettirenin şerik sıfatıyla fakat fail gibi cezalandırılacağı kabul edilmiştir.¹⁶³⁶

Şeriklik fiilinin asıl fiilin işlenmesinde nedensel olması, şerikin asıl fiile kasten azmettirme veya yardım etme şeklinde bir katkı gerçekleştirmesi ve azmettirenin çifte kastla hareket etmesi gerekir.¹⁶³⁷

Fransız hukukunda şerikin sorumluluğu için şeriklik fiilinin tamamlanmış olması, yani asıl fiilin işlenmesi gerekir. Şerikliğin teşebbüs aşamasında kalması şerikin sorumlu olması için yeterli görülmemektedir. Örneğin bir suçun işlenmesi için asıl faile bir silah vermeyi teklif eden bir kimsenin bu teklifinin reddedilmesi durumunda veya asıl faili suç mahalline götürmeye kast eden bir kimse arabası bozulduğunda şerikliğe teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olmaz.¹⁶³⁸

Azmettirenin sorumluluğu için bağlılık kuralı (*l’emprunt de la responsabilit *) kabul edildiğinden fail tarafından işlenmiş (en az teşebbüste kalmış) bir fiil yoksa azmettirenin sorumluluğu cihetine gidilemez.¹⁶³⁹ Niceliksel bağlılık kuralı engel görüldüğü için azmettirmeye teşebbüs hareketi cezalandırmaya layık değildir.¹⁶⁴⁰

¹⁶³⁶ Fr.CK md.121-6, 121-7. Ayrıca bkz. **Catherina Elliot**; *France*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation In Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (273-291), England 2013, s. 274; Pradel, s. 118; **Evik**, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 47. 1994 yılında yapılan reformla azmettirme araçlarından “emir” maddeye eklenmiş ve “planlama ve entrika (*plotting and contrivance*)” kanun metninden çıkarılmıştır. Azmettirme araçları hakkında detaylı bilgi bkz. **Marguery**, s. 79-80, 92.

¹⁶³⁷ **Marguery**, s. 88-89, 93.

¹⁶³⁸ **Elliot**, s. 279.

¹⁶³⁹ **Marguery**, s. 90; **Elliot**; s. 273, 277-282; Pradel, s. 118; **Özkan**, *Azmettirme*, s. 67, 68.

¹⁶⁴⁰ **Ivan Vuksic/Nina Misic Radanovi **, “Pokušaj Sudioništva U Kaznenom Pravu”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, V. 22, broj 1/2015, str. 95-123., s. 96; **Elliot**, s. 278, 279.

Fransız Yargıtayı (*Cour de cassation*)’nın içtihatlarına konu olan bir olayda bir doktor karısını öldürmek için kiralık katil tutar. Kiralık katil parayı almasına rağmen suçu işlemez. Yüksek Mahkeme, öldürmeye teşebbüs için gerekli olan icranın başlamaması nedeniyle doktorun sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermiştir. Kararda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmayacağı ve bağlılık kuralının buna engel olduğu açıkça ifade edilmiştir.¹⁶⁴¹

Fransız hukukunda azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılabilirliği kabul edilmemektedir.¹⁶⁴² Ancak 9.03.2004 tarihinde kanunda yapılan değişiklikle Fr.CK md.221-5-1’de bir kimseyi kasten öldürme suçuna veya zehirlemeye azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmıştır. Buna göre, “*her türlü teklif veya vaatle bulunarak veya hediye veya menfaat teklif etmek suretiyle bir kimseyi öldürmeye veya zehirlemeye azmettirme durumunda, suçun işlenmemesi ve suça teşebbüs edilmemesi halinde on yıl hapis cezası ve 150.000 avro adli para cezası verilir.*”¹⁶⁴³ Bunun yanında suça tahrik (*provocation*), asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması aranmadan bağımsız olarak cezalandırılır.¹⁶⁴⁴

19.09.2000 tarihinde yapılan ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğinde Fr.CK md. 223-13’te intihara azmettirme bağımsız bir suç tipiyle cezalandırılmıştır. Azmettirmenin cezalandırılabilmesi intiharın gerçekleşmesine veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasına bağlıdır. Bu durumda azmettirene üç yıl hapis cezası ve 45.000 avro para cezası verilir. Mağdurun çocuk olması durumunda ceza beş yıl hapis ve 75.000 avro para cezasına yükseltilir.¹⁶⁴⁵

¹⁶⁴¹ Cass crim 25 oct 1962, Affaires Lacour et Schieb, JCP, 1963. II. 12985, note R Vouin, karar için bkz. **Elliot**, s. 278. Ayrıca bkz. <https://www.etudier.com/dissertations/Arr%C3%AAt-Lacour-Cass-Crim-25/456368.html> (12.11.2018).

¹⁶⁴² **Picotti**, s. 434.

¹⁶⁴³ Fr.CK md.221-5-1.

¹⁶⁴⁴ **Marguery**, s. 89-90; **Picotti**, s. 433.

¹⁶⁴⁵ Fr.CK md. 223-13.

3. İtalya

İtalyan hukukunda suça iştirak, ceza sorumluluğunu genişletici ve tamamlayıcı bir kurum olarak kabul edilir.¹⁶⁴⁶ İştirak için suçun işlenmesine birden fazla kişinin katılması, iştirake konu suçun işlenmesi, iştirak fiili ile asıl fiil arasında “nedensellik bağının (*causality*)”¹⁶⁴⁷ gerçekleşmesi ve iştirak iradesinin olması gerekir.¹⁶⁴⁸

1930 tarihli İCK’nin¹⁶⁴⁹ 110-118 maddeleri arasında suça iştirakin şekilleri olarak asıl faillik, müşterek faillik ve şeriklik düzenlenmiştir.¹⁶⁵⁰

1889 tarihli Zanardelli Kanunu’nda hem birinci-ikinci dereceden iştirak hem de maddi-manevi iştirak ayırımı kabul edilmişti. Suçun icrası aşamasında meydana gelen iştirake maddi iştirak, fiziksel bir eylem içermeyen ve düşünsel anlamda gerçekleşen iştirake manevi iştirak denir. Manevi iştiraktan dolayı sorumluluğun doğması için iştirak fiili ile asıl fiil arasında nedensellik bağının gerçekleşmesi gerekir. Günümüz İtalyan hukukunda doktrinde bu ayırım halen yapılmaktadır.¹⁶⁵¹

İtalyan hukukunda suça iştirakin cezalandırılması bakımından tekçi iştirak sistemi benimsenmiştir.¹⁶⁵² İtalyan hukukunda iştirak bir bütün kabul edilir ve cezalandırma bakımından iştirak edenler arasında ayırım yapılmaz.¹⁶⁵³ İCK md.110’da düzenlenen genel kurala göre, iştirak edenlerin her biri fail olarak kabul edilir ve kanunda iştirak konusu suç için öngörülen suçun cezasıyla cezalandırılır. Bu, iştirak

¹⁶⁴⁶ **Thomas Vormbaum**, *Einführung-Beiträge zur italienischen Strafrechts-und Kriminalpolitik* (VII-XX), Thomas Vormbaum (Hrsg.), Münster-Berlin 2015, s. 130; İtalyan hukukunda iştirakin tarihçesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Attilio Nisco**, *Italy*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (135-153), The Hague 2018, s. 135-137.

¹⁶⁴⁷ **Nisco**, s. 139 vd.

¹⁶⁴⁸ **Maiwald**, s. 137-143; **Amato**, s. 113-114.

¹⁶⁴⁹ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (*Italian Criminal Code*). Günümüz İtalyan hukukunda 1930 tarihli kanundaki iştirak hükümleri geçerliliğini korumaktadır.

¹⁶⁵⁰ **Amato**, s. 109.

¹⁶⁵¹ **Maiwald**, s. 135; **Amato**, s. 116.

¹⁶⁵² **Stewart**, *Strangely*, s. 18 vd.; **Picotti**, s. 418.

¹⁶⁵³ **Akbulut**, *Bağlılık Kuralı*, s. 173.

edenlerin hepsinin aynı cezayı alacağı anlamına gelmemektedir. İştirak eden her birinin suça katkısının derecesi cezalandırmada dikkate alınır.¹⁶⁵⁴ İştirak edenlerin suçun işlenmesindeki rolünü dikkate alıp almama konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir.¹⁶⁵⁵

Azmettirme (*determinatore*)¹⁶⁵⁶ manevi iştirak statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilir. Azmettirmeden bahsedebilmek asıl fiilin işlenmesinde azmettirmenin nedensel olması gerekir. Azmettirmenin nedenselliğinden anlaşılması gereken; azmettirenin failde fiili işleme kararını uyandırması daha doğrusu faildee fiili işleme kararını almasına neden olmasıdır. Ancak azmettirenin cezalandırılması için bu yeterli değildir. İCK md.115'te azmettirenin sorumluluğu için asıl fiilin işlenmesi gerektiği düzenlenerek niceliksel bağıllık kuralı aranmıştır.¹⁶⁵⁷

Bağıllık kuralının düzenlendiği aynı maddede (ICK md.115) asıl fiilin işlenmediği durumda azmettirenin sorumluluğu düzenlenmiş ve azmettiren hakkında güvenlik tedbirinin uygulanabileceği öngörülmüştür.¹⁶⁵⁸ Şöyle ki:

Kanun başka türlü emretmedikçe iki veya daha fazla kişi bir suç işlemek gayesiyle aralarında anlaşırlar ve bu suç işlenmezse, bunlardan hiçbiri surf anlaşma fiilinden dolayı ceza görmezler (f.1). Bununla beraber, suç işlemek hususunda anlaşma halinde, hâkim bir emniyet tedbiri tatbik edebilir (f.2). Aynı hükümler suç işlemeye azmettirme halinde azmettirme kabul olunup suç işlenmediği zaman da tatbik olunur (f.3). Suça

¹⁶⁵⁴ Amato, s. 113.

¹⁶⁵⁵ Akbulut, Bağıllık Kuralı, s. 173.

¹⁶⁵⁶ İtalyan hukukunda azmettirme için *determinatore* kavramı kullanılır. *Determinare* fiilinin Alman hukukunda azmettirmek anlamına gelen *anstiften* fiilinin anlamını karşıladığı kabul edilir. Kavram için bkz. Stefano Giuliani, *Vergleich der italiensichen und deutschen Terminologie zum Strafrecht*, Bozen 1996, s. 91, 155-157. İtalyan hukukunda azmettirmek kavramı için *istigatore* kavramını kullanan yazarlar olsa da, bu kavram daha çok yardım etme şekillerinden suça teşvik için kullanılır. Bkz. Carlo Federico Grosso/Marco Pelissero/Davide Petrini/Paolo Pisa, *Manuale DI Diritto Penale (Parte Generale)*, Seconda Edizione, Milano 2017, s. 507; Aydın, İştirak, s. 254.

¹⁶⁵⁷ Amato, s. 114, 116; Einarsen/Rikhof, s. 492.

¹⁶⁵⁸ Picotti, s. 411, 421; Maiwald, s. 139.

*azmettirme halinde, azmettirme kabul edilmese dahi azmettiren güvenlik tedbiri altına alınabilir (f.4).*¹⁶⁵⁹

İCK md.115'te, hiç kimsenin kanunun özel hükümler kısmında özel suç tipleri bakımından yapılan düzenlemeler haricinde iştirak konusu suç işlenmediği sürece suç anlaşmasından sorumlu tutulamayacağı ve bunun suç işlemeye azmettirme halinde azmettirme kabul olunup suç işlenmediği zaman (azmettirmeye teşebbüs) da geçerli olduğu kabul edilmiştir.¹⁶⁶⁰ İCK md.115/f.2'de suç anlaşması, İCK md.115/f.3'te neticesiz azmettirme, İCK md.115/f.4'te başarısız azmettirme cezalandırılmış; yardım etmeye teşebbüs ise cezalandırmaya layık görülmemiştir.¹⁶⁶¹

Bağlılık kuralına rağmen tahrik konusu suç işlenmese bile aleni olarak işlenen suça tahrik cezalandırılır. Buna göre, suçun işlenmesi bakımından etkisiz kalsa bile aleni tahrik fiili cezalandırmaya layık görülmüştür. Aleniyet tahrikin cezalandırılması bakımından bir unsurdur. Tahrik fiilinin aleni olarak işlenmesiyle toplum için ağır bir tehlikenin gerçekleştiği kabul edilir.¹⁶⁶² Bir diğer istisna, İCK md.416'da düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçudur. Hükme göre, suç işlemek amacıyla örgüt kurma fiili toplum bakımından tehlikeli hazırlık hareketi olarak cezalandırmaya layık görülmüştür.¹⁶⁶³ 1889 Zanardelli Kanunu md. 220'de yalancı şahit, bilirkişi ve tercüman tedarik etme suçu (tedarike teşebbüs) da bir başka istisnadır. Burada yalan tanık, bilirkişi ve tercüman tedarikine teşebbüsün cezası, yalan tanıklık için öngörülen

¹⁶⁵⁹ Kanun metninin çevirisi için bkz. **Domenico Rende/Burhanettin Köni**, "Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi", *İÜHFD*, C. 2, S. 0, 1936, s. 100-101.

¹⁶⁶⁰ **Maiwald**, s. 139; **İnci**, s. 922-923.

¹⁶⁶¹ Dennis **Miller**, *Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht*, Frankfurt am Main 2007, s. 179. Alman Hukukuyla mukayese için bkz. **Maiwald**, s. 139.

¹⁶⁶² **Majno I**, s. 323; **Majno III**, s. 1, 2, 4.

¹⁶⁶³ **Çetin Özek**, "Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK mad.168-171)", *İÜHFM*, C. 29, S. 3, s. 459; 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nun 248'inci maddesi (**Majno III**, s. 9 vd.).

cezadan indirim (altıda birinden, üçte birine kadar) yapılarak belirlenir. Böylece yalan şahit tedariki bağımsız bir suç tipiyle cezalandırılmıştır.¹⁶⁶⁴

İtalyan hukukunda azmettirmeye teşebbüsün yaptırımı bağlanmasının gerekçesi failin “toplumsal tehlikelilik (*pericolosita sociale*)” haline dayandırılır.¹⁶⁶⁵ Toplumsal tehlikelilik hali İCK md.203’te “... gelecekte kanun tarafından suç olarak öngörülen fiilleri işleyeceği beklenen ceza bakımından ehil olmayan veya cezalandırılmayan kimsenin ceza kanunu uygulanmasında tehlikeli sayılacağı” şeklinde düzenlenmiştir.¹⁶⁶⁶ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi bu fiilin toplum için tehlike arz eden bir hazırlık hareketi olmasına dayandırılır. Bu fiilin yaptırımı bağlanmasıyla toplumsal düzenin korunması amaçlanmıştır.¹⁶⁶⁷

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği hukuksal değerlerin ihlali bağlamında da tartışılmıştır. İtalyan hukukunda, hukuksal menfaatin ihlali (*principio di offensivita*) kanunilik ilkesi gibi önemli bir ilke olarak kabul edilir. Kanun yapımında ve kanunun yorumunda değerlendirme ölçütü olarak İtalyan hukukunda *offensivita* kavramı kullanılır.¹⁶⁶⁸ İCK’de *offensivita* ilkesi düzenlenmemiş olsa da bir fiilin suç teşkil etmesi için hukuksal menfaati ihlal¹⁶⁶⁹ etmiş olması gerekir. Aksi halde işlenmiş bir suçtan bahsedilemez. Korunan hukuksal menfaatin ihlali için kanunda güvence altına alınan hukuksal menfaatlere yönelik en azından somut bir tehlikenin gerçekleşmesi gerekir. Doktrinde soyut tehlike suçlarında olduğu gibi azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması problemlili bir alan olarak kabul edilir. Bu bağlamda azmettirmeye teşebbüs cezalandırılacaksa en azından korunan hukuksal menfaatlere

¹⁶⁶⁴ Majno II, s. 264-266.

¹⁶⁶⁵ İnci, s. 922.

¹⁶⁶⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 958-959; Maiwald, s. 33-34.

¹⁶⁶⁷ Özek, Devletin Şahsiyetine, s. 459-460.

¹⁶⁶⁸ Vormbaum, Einführung, s. 5, 6.

¹⁶⁶⁹ Toplumsal zararın, “kriminal-sosyal bir ifadesi” (Bkz. Vormbaum, Einführung, s. 5) olarak kullanılan kavramın kökeninde yer alan *offendere*; incitmek, yaralamak daha doğrusu geniş anlamda “ihlal etmek” anlamına gelir. Kavram için bkz. Maiwald, Einführung, s. 42; Vormbaum, Einführung, s. 7. *Offensivita* kavramının kapsamı ve kapsamın belirlenmesinde cezai korumayı sağlayan hukuksal değer anayasal korumayı sağlayan bir hukuksal değer olması gerektiği hakkında bkz. Maiwald, Einführung, s. 45.

yönelik somut tehlikenin gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁷⁰

Alman hukukundan farklı olarak İtalyan hukukunda azmettirmeye teşebbüs için ceza yaptırımını değil, güvenlik tedbiri kabul edilmiştir.¹⁶⁷¹ İCK md.202/f.1’de güvenlik tedbirlerinin sadece toplum bakımından tehlikeli kişilerin kanun tarafından suç olarak tanımlanan bir fiili işlemleri halinde uygulanacağı ifade edildikten sonra f.2’de *ceza kanununun toplumsal bakımdan tehlikeli şahıslara kanun tarafından suç olarak öngörülmemeyen fiili nedeniyle güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı halleri belirleyeceği* ifade edilmiştir. Bu hükümden hareketle asıl fiil işlenmemesine rağmen, azmettirmeye teşebbüs için güvenlik tedbirinin uygulanabileceği kabul edilmiştir.¹⁶⁷²

İtalyan hukukunda yaptırım sistemi “iki hatlı sistem” olarak tanımlanır. İCK’nun birinci kitabının ikinci kısmında md.17’de cezalar (müebbet hapis cezası, süreli hapis cezası ve para cezası) ve md.199’da güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.¹⁶⁷³ Güvenlik tedbirleri toplumsal tehlike arz eden kişiler hakkında uygulanır ve failin tehlikelilik hali devam ettiği sürece tedbirin uygulanmasına devam edilir. Güvenlik tedbirleri kural olarak suç teşkil eden ve hukuka aykırı fiillerin işlenmesi halinde uygulanan tedbirlerdir.¹⁶⁷⁴

Güvenlik tedbirleri kişiye ilişkin ve mala ilişkin güvenlik tedbirleri şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutulur. Şahsa ilişkin güvenlik tedbirleri hürriyeti bağlayıcı nitelikte olup olmamalarına göre ayrılır. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri, bir zirai koloniye veya bir çalışma evine gönderilme (md.215, 216-218), bir tedavi ve muhafaza evine yerleştirilme (md.215, 219-221), bir adli akıl hastanesine yerleştirilme (md.215,

¹⁶⁷⁰ Konstanze Jarvers, *Italy*, U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, (83-190), Germany 2015, s. 129-130; **Maiwald**, *Einführung*, s. 42

¹⁶⁷¹ **Miller**, s. 181; **İnci**, s. 922.

¹⁶⁷² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. **Artuk**, Güvenlik, s. 469, dn. 20; **Ayşe Nuhoglu**, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Ankara 1997, s. 91-92.

¹⁶⁷³ **Maiwald**, *Einführung*, s. 32.

¹⁶⁷⁴ Rende/Köni, s. 74, 81-82, 83; **Nuhoglu**, s. 89, 111.

222), bir adli ıslah evine yerleştirilme (md.215, 223-227) şeklinde düzenlenmiştir. Hürriyeti bağlayıcı olmayan şahsa ilişkin güvenlik tedbirleri nezaret altında serbesti (md.215, 225-232), bir veya birkaç kasaba veya şehirde oturma yasağı (md.215, 233), meyhanelere veya alkollü içki satılan genel yerlere gitmeme yasağı (md.215, 234), yabancının sınır dışı edilmesi (md.235, 236) tedbirleridir. İyi hareket kefaleti (md.236-239) ve müsadere (md.236, 240) mala ilişkin olan güvenlik tedbirleridir.¹⁶⁷⁵

4. Avusturya

Avusturya hukukunda faillik-şeriklik ayırımı yapılmamıştır.¹⁶⁷⁶ Av.CK¹⁶⁷⁷ md.12’de doğrudan faillik, azmettirme ve yardım etme olmak üzere üç iştirak şekli düzenlenmiştir. İştirak edenlerin cezalandırılması bakımından eşit konumda olduğu ve suçun işlenmesine hepsinin fail sıfatıyla katkı sunduğu kabul edilmiştir.¹⁶⁷⁸ Böylece şerik de, faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak nitelendirilmiştir¹⁶⁷⁹ Av.CK md.13’e göre, “suçun birden fazla kişinin iştirakiyle işlenmesi durumunda iştirak eden her bir kişi kendi kusuruna göre cezalandırılır.”¹⁶⁸⁰

Av.CK md.12’de sadece doğrudan failin değil, azmettirenin de iştirak konusu fiili işlediği kabul edilmiştir.¹⁶⁸¹ Bu durumda fiil sadece doğrudan failin fiili değil; azmettirenin de fiilidir. İştirak edenlerin aynı fiili işlediğinden hareketle maddenin başlığı “Tüm İştirak Edenlerin Fail Olarak Fiili” şeklinde kaleme alınmıştır. Doğrudan

¹⁶⁷⁵ **Maiwald**, *Einführung*, s. 33-35; **Amato**, s. 140-141; **Mehmet Emin Artuk**, “Güvenlik Tedbirleri”, *GÜHFD*, Haziran-Aralık 2008, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 485, dn. 73. Güvenlik tedbirlerinin çeşitleri hakkında bkz. **Amato**, s. 145-147; **Giuliano Vassali**, “İtalya’da Emniyet Tedbirleri Deneyi”, çev. Süheyl Donay, *IÜHFM*, C. 36, S. 1-4, Ocak 1970, s. 509; Rende/Köni, s. 73-74.

¹⁶⁷⁶ **Zehetgruber**, s. 113; **Zipf**, s. 141, 143; **Picotti**, s. 418.

¹⁶⁷⁷ 23.01.1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu (österreiches StGB).

¹⁶⁷⁸ **Zehetgruber**, s. 117

¹⁶⁷⁹ **Schmoller**, s. 546.

¹⁶⁸⁰ Av. CK md.13.

¹⁶⁸¹ Av.CK md.12. Kanun metni için bkz. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5bf0.html> (03.01.2020). Aynı yönde bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 65, 66; **Zehetgruber**, s. 116.

faillige ilişkin bu düşüncenin etkileri günümüzde varlığını devam ettirmekte ve uygulamada kabul görmektedir.¹⁶⁸²

Şeriklerin de faillik statüsünde muamele gördüğü bu sistemin bir sonucu olarak azmettirme faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir.¹⁶⁸³ Bu yüzden azmettirenin sorumluluğu kasten ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiilin varlığına bağlı değildir, yani niceliksel bağlılık kuralı kabul edilmemiştir.¹⁶⁸⁴ Fakat yardım edenin cezalandırılabilmesi için ise asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olamsı gerekir.¹⁶⁸⁵ Böylece azmettirme için kabul edilmeyen niceliksel bağlılık kuralı yardım etme için kabul edilmiştir.¹⁶⁸⁶ Cezalandırma bakımından faillik önem taşımakla birlikte, iştirak hükümlerinin suça yardımın bağlılığı kuralına göre yorumlanıp yorumlanmayacağı doktrinde tartışmalıdır.¹⁶⁸⁷

Avusturya hukukunda azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanında suç ve ceza politikası gereği ceza sorumluluğunun genişlediği bir iştirak şekli olarak kabul edilir.¹⁶⁸⁸ Av.CK md.15/f.1 ve f.2 dikkate alındığında azmettirmeye teşebbüsten dolayı azmettirenin sorumluluğu cihetine gidilebileceği söylenebilir.¹⁶⁸⁹ Yardım etmeye teşebbüs cezasız bırakılmışken, Av.CK md.15/f.2’de teşebbüs tanımıyla kaynaştırmak suretiyle azmettirmeye teşebbüs açıkça cezalandırılmıştır.¹⁶⁹⁰ Söz konusu hükme göre,

¹⁶⁸² **Schmoller**, s. 546, 547. 01.01.1975 tarihli Av.CK’da yapılan reformlara ilişkin bkz. **Manfred Burgstaller**, “Yeni Avusturya Ceza Kanunu ve Uygulamadaki Etkileri”, çev. Feridun Yenisey, *IÜHFM*, C. 48, S. 1-4, 1983, s. 473-477. Bu anlayışın uygun bir iştirak modeli olmadığı hakkında bkz. **Zipf**, s. 143.

¹⁶⁸³ **Zehetgruber**, s. 113.

¹⁶⁸⁴ **Schmoller**, s. 546, 547.

¹⁶⁸⁵ **Matthias Brockhaus**, *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich*, Hamburg 2006, s. 269-270; **Vuksic/Radanović**, s. 95-96; **Schmoller**, s. 546.

¹⁶⁸⁶ **Zehetgruber**, s. 125-126.

¹⁶⁸⁷ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 171.

¹⁶⁸⁸ **Zipf**, s. 146-147. Avusturya hukukunda iştirake teşebbüsün ve onun bir türü olarak azmettirmeye teşebbüsün tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Durl**, s. 13 vd.

¹⁶⁸⁹ **Schmoller**, s. 546. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi hakkında detaylı bkz. **Durl**, s. 145 vd.

¹⁶⁹⁰ **Zipf**, s. 141, 143; **Durl**, s. 151, 617.

“fail kasıtlı icra hareketlerini tamamlayamadığında teşebbüs söz konusu olur ve suça iştirak edenler de teşebbüsten dolayı sorumlu olur.” İkinci fıkraya göre, *“fail icra etmek veya icradan önce bir başkasını azmettirmek için fiili işleme kararını alır almaz fiile teşebbüs etmiş olur.”* Teşebbüse ilişkin bu hükümde cezalandırma bakımından tamamlanmış suç ile bu suçun teşebbüsü arasında bir ayırım yapılmamış ve teşebbüsün fiilin tamamlanmış haline göre cezalandırılacağı kabul edilmiştir.¹⁶⁹¹

Avusturya hukukunda kanunun özel hükümleri kısmında azmettirme özel suç tipleriyle ayrıca cezalandırılmıştır. Örneğin, Av.CK md.259’da cezalandırılabilir askeri fiillere iştirak bir azmettirme suçu olarak yaptırıma bağlanmıştır. Hükme göre, *“asker olmamakla birlikte, Askeri Ceza Kanunu’na göre üç yılı aşan hapis cezası gerektiren veya Kanunun 16, 19 ve 21 inci maddelerinde yer alan fiillerden birini işlemek üzere başka bir kişiyi azmettiren kişi, iki yıla kadar hapis cezasıyla, fakat Askerî Ceza Kanununun 18’inci maddesinde cezalandırılan fiille ilişkili fiili işleyen kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”* Av.CK md.78’de düzenlenen intihara iştirak başlıklı hüküm kapsamında cezalandırılan intihara azmettirme suçu da bir azmettirme suçudur. Hükme göre, *“bir başkasını intihara azmettiren altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”*¹⁶⁹²

Av.CK’nın iştirak ve teşebbüs kurumlarına ilişkin genel hükümleri dikkate alındığında azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu sonucuna varılabilir. Asıl fiil işlenmese bile azmettirmeye teşebbüsün başlı başına cezalandırmaya layık olduğu teşebbüse ilişkin hükümde açıkça kabul edilmiştir. Böylece bir kimseyi azmettirmek başlı başına bir haksızlık olarak kabul edilmiştir. Fail statüsünde kabul edilen azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılması kanundaki iştirak sistemine aykırı değildir. Ancak yardım etmede niceliksel bağlılık kuralından dolayı asıl fiilin teşebbüste kalmadığı bir durumda yardım etmeye teşebbüs cezalandırılmaz. Yardım edenin bir taraftan fail gibi muamele görmesi diğer taraftan asıl fiilin en

¹⁶⁹¹ Av. CK md.15/f.1, f.2; **Durl**, s. 147.

¹⁶⁹² Kanun metinleri için bkz. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5bf0.html> (03.01.2020). Azmettirme suçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Durl**, s. 550 vd.

azından teşebbüs aşamasına varmamış olması nedeniyle yardım etmeye teşebbüsten cezalandırılmaması bir çelişkidir. Faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmesine rağmen yardım etmede bağlılık kuralının aranması Av.CK'nın kabul ettiği tekçi iştirak sistemini ikici iştirak sistemine yaklaştırmaktadır. Bu durum, melez bir iştirak sisteminin kabul edildiğini gösterir.

5. Hollanda

Hollanda hukukunda suça iştirak ceza sorumluluğunun genişlediği bir kurum olarak nitelendirilir.¹⁶⁹³ İkici iştirak sistemi benimsenerek faillik-şeriklik ayırımı; bu ayırım çerçevesinde faillik kapsamında doğrudan, müsterek ve dolaylı faillik; şeriklik kapsamında azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir. İştirak, iştirak edenlerin katkısı dikkate alınarak doğrudan ve dolaylı iştirak şeklinde ayrılır. Azmettirme ve yardım etme dolaylı iştirak şekilleridir.¹⁶⁹⁴

Azmettirme şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olup fail gibi cezalandırılır. HCK¹⁶⁹⁵ md. 47.1.2'de¹⁶⁹⁶ “*ödül vermek, vaatte bulunmak, görevi kötüye kullanmak, şiddet, tehdit veya hileyle ya da bir imkân, yol veya bilgi sağlamak suretiyle kasten bir*

¹⁶⁹³ **Wolswijk**, s. 359, 360; **Einarsen/Rikhof**, s. 436-437. Suçun hazırlık aşaması, ceza sorumluluğunun genişlediği bir durum olarak genel bir hükümle cezalandırılmıştır. Bkz. **Sanne Taekema** (edt), *Understanding Dutch Law*, Den Haag 2004, s. 148-149. Sekiz yıl veya daha üstü hapis cezası gerektiren ağır bir suçu işlemeye hazırlık cezalandırılmıştır. Suça hazırlık için verilecek olan cezanın ağır suçun cezasından yarısına kadar indirileceği düzenlenmiştir. Eğer suç müebbet hapis cezası gerektiren bir suç ise, hazırlık için verilecek olan ceza on beş yıl hapis cezasını aşamaz (HCK md.46/f.). Böylece belli ağırlıktaki suçlara hazırlığın bağımsız olarak cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir. HYM'nin HR 20 February 2007, ECLI: NL: PHR: 2007: AZ0213 (Samir A.) sayılı kararında hazırlık suçunun maddi ve manevi unsurları ortaya konulmuştur. Bkz. **Keiler/Roef**, *Inchoate Offences*, s. 203; **Husak**, *Overcriminalization* s. 211-213. Ceza sorumluluğunun genişlemesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Jan. H. Crijns/Maartje Van Der Woude**, *The Criminal Justice System*, in: J. Chorus/E. Hondius/W. Voermans (edts), *Introduction to Dutch Law*, (441-474), 5. edit., The Netherlands 2016, s. 457-459.

¹⁶⁹⁴ **Wolswijk**, s. 359, 360; **Einarsen/Rikhof**, s. 436-437; **Peters**, s. 41, 75.

¹⁶⁹⁵ 03.03.1881 tarihli Hollanda Ceza Kanunu (*Criminal Code of Kingdom of Netherlands*). Kanunun tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Peters**, s. 35-37. Kanun metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf (28.05.2021).

¹⁶⁹⁶ HCK md.47.1.2 Kanun metni için bkz. **Peters**, s. 40.

başkasını suç işlemeye azmettirenin fail gibi cezalandırılacağı” düzenlenmiştir. Azmettirme faillik ile aynı maddede düzenlenmiş olmakla birlikte, şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir. Cezalandırma bakımından azmettirenin fail ile eşit olarak sorumlu olduğunu vurgulamak için failliğe ilişkin hükümde düzenlendiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁹⁷

Hollanda hukukunda azmettirmenin gerçekleşmesi için suç işleme düşüncesi olmayan failde suç işleme düşüncesinin uyandırılması gerekir. Eğer fail suç işleme düşüncesine halihazırda sahipse ve suçu işleme kararını azmettirmeden önce almışsa (*omnido facturus*) azmettiren cezalandırılmaz.¹⁶⁹⁸ Azmettirme ile asıl fiil arasında nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi ve azmettirenin kasten hareket etmesi gerekir. Azmettirenin olası kastla hareket etmesi yeterlidir.¹⁶⁹⁹

HYM’nin, fotokopi hırsızlığına azmettirmeyi içeren kararına konu olayda sahte para basmak için renkli bir fotokopiyi çalmaya azmettirilen iki kişi renkli fotokopi yerine siyah-beyaz olanı çalarlar. HYM’e göre, azmettiren farklı bir makinanın çalınabileceğini kabullenmiş ve kendi istediğinden farklı bir makinanın alınabileceği öngörüsüyle hareket etmiştir. HYM, fotokopi makinası hırsızlığına azmettiren kişiyi, renkli fotokopi çalınmadığı için hırsızlık suçuna azmettirmeye teşebbüsten değil, olası kastla hareket ettiğini kabul ederek hırsızlık suçuna azmettirmeden cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁷⁰⁰

Söz konusu olay doktrinde failin sınır aşımı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Fiilin işlenmesinde gerçekleşen önemsiz sapmalar azmettirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Failin azmettirenin istediğinden farklı bir şekilde fiili işleme yöntemini seçmiş olması mümkün olup, bunlar fiilin işlenişine ilişkin detaylardır. Bu

¹⁶⁹⁷ **Taekema**, s. 149; **Peters**, s. 43. Alman hukukuyla mukayese için bkz. **Keiler**, s. 235-239.

¹⁶⁹⁸ **Einarsen/Rikhof**, s. 445.

¹⁶⁹⁹ **Peters**, s. 42, 44, 45.

¹⁷⁰⁰ HR, 29 April 1997, NJ 1997, 654 (HYM kararı), karar için bkz. **Wolswijk**, s. 374; **Keiler**, s. 233-234.

sapmalar da azmettirenin kastı kapsamındadır.¹⁷⁰¹ Suçun konusunun değeri azmettiren için önemliyse failin konuda yaptığı değişiklik fiil değişikliği anlamına gelir. Bu durumda fiilde yaşanan sınır aşımı önemli addedilir ve azmettirenin kastının haricinde kabul edilir. Azmettiren kastı haricinde kalan fiillerden sorumlu değildir. Nihayetinde ortada işlenmiş bir fiil olduğu için azmettireni manevi yardım etmeden sorumlu tutabilmek mümkündür. Azmettiren için önemli olan fiilin işlenmesi ise ve fotokopi makinasının renkli olup olmaması onun için önemsizse, bu durumda fiil değişikliği önemsiz sapma olarak nitelendirilmeli ve azmettirenin kastı kapsamında olduğundan hareketle azmettirmeden sorumluluğu kabul edilmelidir.

Hollanda hukukunda bağlılık kuralı arandığı için iştirakin “iştirake teşebbüs” şeklinde başlı başına cezalandırılabilirliği kabul edilmemiştir. Azmettirmeye teşebbüs, iştirake teşebbüsün bir istisnası olarak cezalandırmaya layık görülmüş ve kanunun genel hükümleri içinde yaptırıma bağlanmıştır.¹⁷⁰² Azmettirenin cezalandırılabilmesi asıl fiilin işlenmesine bağlıdır. Ancak failin suçu işlemekten vazgeçmesi veya icra hareketlerine başlamadan yakalanması durumlarında olduğu gibi asıl fiil işlenmemesine rağmen azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmiştir.¹⁷⁰³

Suçta iştirake her ne kadar Alman Hukuku etkili olmuş olsa da, azmettirmeye teşebbüse ilişkin ACK’daki hükmün (ACK md.30/f.1) birebir aynısı HCK’ya alınmamıştır.¹⁷⁰⁴ Hollanda hukukunda azmettirmeye teşebbüs, “iştirak benzeri fiil (*participation-like*)” olarak nitelendirilir. Bağlılık kuralı engel olduğundan, iştirak benzeri fiiller iştirak haricinde cezalandırılır.¹⁷⁰⁵ İştirakte bağlılık kuralı iştirak benzeri bir fiil olan azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına engel değildir. Sorumluluğun

¹⁷⁰¹ **Keiler**, s. 234.

¹⁷⁰² **Peters**, s. 43.

¹⁷⁰³ **Keiler/Roef**, Participation, s. 262-263; **Einarsen/Rikhof**, s. 446; **Wolswijk**, s. 359-361.

¹⁷⁰⁴ **Peters**, s. 40.

¹⁷⁰⁵ **Keiler**, s. 164. İştirak benzeri fiil olarak cezalandırılan bir başka durum suç sonrası iştirak halidir. Suç sonrası iştirakin bir şekli olarak suça yardımın bağımsız cezalandırıldığı suçlar için (HCK md.416-420c) vardır. Bkz. **Wolswijk**, s. 362.

genişlediği hallerden biri olarak kabul edilen azmettirmeye teşebbüs kanunda özel bir ceza normuyla cezalandırılmıştır. Asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettirenin bu hüküm çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkündür.¹⁷⁰⁶

Hollanda hukukunda azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme de düzenlenmiştir. HCK md.46b’de teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçen kişinin sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin bu hükmün azmettirmeye teşebbüste de uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Örneğin A, bir ödül vaadinde bulunmak suretiyle B’yi C’yi öldürmeye azmettirir; fakat B, C’yi öldürmeye yönelik harekete geçmez ve asıl fiil işlenmez. A, harekete geçmeden evvel hemen B ile konuşur ve bu işi yapmayı durdurmasını isterse ve teşebbüsten önce gerçekleştirdiği azmettirme faaliyetlerini etkisizleştirirse azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olmaz.¹⁷⁰⁷

Hollanda hukukunda azmettirmeye teşebbüs için ceza yaptırımını öngörülmüş ve azmettirenin cezasında indirim yapılması kabul edilmiştir. HCK md. 46a’ya göre, *“ciddi bir suça teşebbüsün cezasından daha ağır bir ceza verilmemesi veya ciddi suça teşebbüsün cezalandırılabilir olmaması koşuluyla md.47.1.2’de bahsi geçen araçlardan birisini kullanmak suretiyle bir başkasını azmettirmeye teşebbüs cezalandırılabilir”*.¹⁷⁰⁸ Azmettirmeye teşebbüsün cezası, md.47’de suçun cezası üzerinden azmettirme için belirlenen cezanın üçte biri indirilerek belirlenir ve belirlenen bu ceza azami cezadır.¹⁷⁰⁹

6. İsviçre

İsviçre hukukunda suça iştirak, Alman hukukundaki iştirak kurumuna paralel olarak düzenlenmiştir.¹⁷¹⁰ İştirak kasten işlenen suçlarda kabul edilmiş; taksirli suçlara iştirakte tek faillik sistemi benimsenmiştir. Bunun yanında bazı suçlarda suçun iştirak

¹⁷⁰⁶ Wolswijk, s. 374-375.

¹⁷⁰⁷ Wolswijk, s. 374-375.

¹⁷⁰⁸ HCK md.46a.

¹⁷⁰⁹ Wolswijk, s. 362.

¹⁷¹⁰ Durl, s. 481.

halinde işlenmesi cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kanunda zorunlu iştiraki ve olaydan sonraki şerikliği cezalandıran hükümlere de yer verilmiştir.¹⁷¹¹

İkinci iştirak sistemi benimsenerek faillik-şeriklik ayrımı kabul edilmiştir. İsviç.CK'nın¹⁷¹² genel hükümlerinde faillğe ilişkin bir hüküm bulunmamakta; şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak azmettirme (md.24) ve yardım etme (md.25) düzenlenmiştir.¹⁷¹³ 1.1.2007 tarihinde genel hükümlerde yapılan reform çerçevesinde azmettirme İsviç.CK md.24/f.1'de, *“Her kim kasten ‘bir cürme veya bir cünhaya’ bir başkasını azmettirirse suçun işlenmesi koşuluyla suçu işleyen kişinin cezasıyla cezalandırılır”*. şeklinde düzenlenmiştir.¹⁷¹⁴

İsviçre hukukunda iştirakte sınırlı bağlılık kuralı kabul edilerek şerikin sorumlu olabilmesi için kasıtlı, hukuka aykırı ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin işlenmesi yeterli görülmüştür. Şeriklerin cezalandırılabilmesi için failin kusurlu olması şart değildir. Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması yeterli olduğundan “teşebbüse iştirak/şeriklik” cezalandırılabilirken; teşebbüs aşamasına varmış bir fiil işlenmediğinden “iştirake/şerikliğe teşebbüs” kural olarak cezalandırılmamaktadır.¹⁷¹⁵

Azmettirmenin cezalandırılabilmesi için bağlılık kuralı aranmıştır. Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olması azmettirenin İsviç.CK md.24/f.1 kapsamında azmettirmeden cezalandırılmasına engeldir. Ancak İsviç.CK md.24/f.2'ye

¹⁷¹¹ **Özkan**, Azmettirme, s. 66-67.

¹⁷¹² 21.12.1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu (Schweizerisches StGB).

¹⁷¹³ **Zurkinden**, s. 208-211; **Durl**, s. 481. Ayrıca bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 67. Kanun metni için bkz.

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/48/Sweden/show> (28.11.2018).

¹⁷¹⁴ **Durl**, s. 481; İsviç.CK md.24/f.1. Hükümde sadece cürümlere değil, cünhalara azmettirme de cezalandırılmıştır. İsviçre hukukunda suçlar, cürüm (*felony*), cünha (*misdeemeanour*) ve kabahat (*contraventions*) olmak üzere üçe ayrılır. Cürümler, en fazla yirmi ve en az üç yıl hapis cezası gerektiren, cünhalar üç yılı aşmayan hapis cezalarının veya para cezasının uygulandığı suçlardır. Kabahatler ise para cezasının uygulandığı fiillerdir. Bkz. **Març Thommen**, *Criminal Law*, D. Hürlimann/M. Thommen (edt), Introduction to Swiss Law, (371-394), Berlin 2018, s. 371, 387-389.

¹⁷¹⁵ **Zurkinden**, s. 72, 226.

göre, “Her kim bir başkasını bir cürüm işlemeye azmettirmeye teşebbüs ederse teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır.” Bahsi geçen reform çerçevesinde azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir ceza normuyla fakat sadece cürümlerde cezalandırmaya layık görülürken; yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmemiştir.¹⁷¹⁶ Böylece iştirake teşebbüsün cezalandırılabilirliği sadece azmettirmeye teşebbüsün yaptırıma bağlanmasıyla kabul edilmiştir.¹⁷¹⁷

Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda azmettirmeye teşebbüs azmettirmeyeyle aynı madde kapsamında cezalandırılmıştır. Bunun yanında ACK md.30/f.2’deki cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama cezalandırılmaya layık görülmemiştir. Alman Hukuku’nun aksine zincirleme azmettirmeye teşebbüs, bu çerçevede azmettirmeye teşebbüse azmettirme ve yardım etmeye teşebbüs hükmün kapsamında cezalandırılmamıştır.¹⁷¹⁸

Azmettirmeye teşebbüs, işlenmesi istenilen haksızlık bakımından azmettirenin beklentilerini karşılayamadığı sınır aşımı hallerinde söz konusu olabilir. Örneğin fail azmettirenin istediği fiilden tamamen farklı nitelikte veya azmettirenin işlenmesini istediği fiilin cezasından daha hafif bir fiili işleyerek hareket edebilir. Failin sınır aşımı halleri azmettirme kapsamındaki fiile ilişkin planla uyumlu olmayan hallerdir. Örneğin yağma suçuna azmettirilen failin cebre veya tehdide başvurmadan fiili işlemesi durumunda azmettirenin hem hırsızlıktan hem de yağma suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebileceği İsviçre hukukunda kabul edilmektedir.¹⁷¹⁹

İsviçre hukukunda azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme de düzenlenmiştir. Azmettirenin iştirake teşebbüsten vazgeçmesinin kabul edilebilmesi için faili suçu işlemekten vazgeçirmesi ve ikna faaliyetlerini etkisizleştirmesi gerekir.¹⁷²⁰

¹⁷¹⁶ İsviç.CK md.24/f.2; **Zurkinden**, s. 71, 72, 226, 227; **Einarsen/Rikhof**, s. 482.

¹⁷¹⁷ **İnci**, s. 922.

¹⁷¹⁸ **Durl**, s. 483, 507.

¹⁷¹⁹ **Zurdinken**, s. 227.

¹⁷²⁰ **Zurdinken**, s. 78.

İsviç.CK md.24/f.2 gereği azmettirmeye teşebbüsün yaptırımında teşebbüs hükmüne (md.22) açıkça atıf yapılmıştır. Azmettiren azmettirmeye teşebbüs ettiğinde teşebbüs hükmüne göre cezalandırılır. İsviç.CK md.22/f.1'e göre, “*bir cürüm veya cünhanın icrasına başlayan fail fiili tamamlayamaz veya tamamlamasına rağmen neticeyi gerçekleştiremezse cezası indirilebilir.*”¹⁷²¹

7. Norveç

Norveç hukukunda tekçi iştirak sistem benimsenmiş ve bunun sonucu olarak faillik-şeriklik ayırımı kabul edilmemiştir. Suça iştirak genel ve kısa bir hükümle “Şeriklik (*Contribution*)” başlıklı NCK¹⁷²² md.15'te düzenlenmiştir. Hükme göre, “*cezalandırmaya ilişkin herhangi bir hüküm ayrıca suça iştirak eden herhangi bir kişi için de geçerlidir.*”¹⁷²³

Doktrinde kanun metninde geçen “ayrıca” kavramı kanun koyucunun suçu işleyen (fail) ile suçun işlenişine katkı sunan (şerik) arasında ayırım yaptığı şeklinde yorumlanmıştır. Cezalandırma bakımından fail ile şerik arasına herhangi bir ayırım yapılmamış ve “şeriklerin bağımsızlığı prensibi” kabul edilmiştir. Bu prensibin bir ceza normuna gerek olmaksızın azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasını mümkün kıldığı; suçun işlenmesine katkısını gerçekleştiren azmettirenin asıl fiil teşebbüste kalmasa bile şerik olarak cezalandırılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁷²⁴

Norveç hukukunda tekçi iştirak sistemi 1875 yılında yapılan reformla benimsenmişti. *Bernhard Getz*'in “*About so-called Complicity in Crimes*” tezi bu reformu çok ciddi etkilemişti. *Getz*’e göre her hareketin objektif olarak işlenen suç ile

¹⁷²¹ İsviç.CK md.22/f.1.

¹⁷²² 20.05.2005 tarihli Norveç Ceza Kanunu (Penal Code of the Kingdom of Norway).

¹⁷²³ NCK md. 15. Kanun metni için bkz.

https://www.legislationline.org/download/id/9055/file/Norway_Penal%20Code.pdf (27.05.2021).

¹⁷²⁴ **Erling Johanne Husabo**, *The Regulation of Complicity, Attempts and Preparatory Acts in the New Norwegian Penal Code in A Historical and European Perspective (Country Report)*, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)* (413-428), 26 Mayıs/May I 4 Haziran/June, C. I, V. I, 2005, s. 413 vd.

bağlantısı vardır. İşlenen her hareket suçun işlenmesine sebep olmuş demektir. 1875'ten önceki NCK'da ise (1842) ikinci iştirak sistemi kabul edilmişti. Buna göre fail teşebbüs eşiğini geçmemişse şeriklerin sorumlu olmayacağı, ancak azmettirenin bundan müstesna kılındığı kabul edilmişti. Fail suça teşebbüs etmemiş olsa bile azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması mümkündü. Asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirenin verilecek ceza en çok teşebbüsten verilen ceza kadardı.¹⁷²⁵

8. İsveç

İsveç hukukunda ikinci iştirak sistemi benimsenerek faillik-şeriklik ayırımı kabul edilmiş ve kanunda şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak azmettirme ve yardım etme düzenlenmiştir.¹⁷²⁶ Şeriklik İsv.CK'nın yirmiüçüncü bölümünün dördüncü kısmında düzenlenmiştir. Dördüncü kısmın birinci maddesinde, tipik fiilin karşılığı olarak kanunda öngörülen cezanın sadece fiili asıl işleyen için değil; fiilin işlenişine azmettirme veya yardım etme şeklinde katkı sunanlar için de geçerli olduğu; ikinci maddesinde, fail olarak suçu işlemeyenlerin azmettirme veya yardım etmeden sorumlulukları kabul edilmiştir.¹⁷²⁷

İsveç hukukunda suç anlaşması, teşebbüs ve suça hazırlık kanunun yirmi üçüncü bölümünde şeriklik sorumluluğuna ilişkin hükümde düzenlenmiştir. Bu fiiller ayrıca özel suç tipleriyle cezalandırılabilir. ¹⁷²⁸ Örneğin B, A'ya işlemeyi düşündüğü cinayeti nasıl işleyeceği ve suça hazırlığını nasıl yapması gerektiği konusunda bilgi verir. A'nın fiile ilişkin hazırlığını yapması durumunda, B kasten öldürme suçuna

¹⁷²⁵ Husabo, s. 415-516; Stewart, Strangely, s. 9, 10.

¹⁷²⁶ İsveç hukukunda iştirak şekilleri ve iştirakin unsurları için bkz. **Petter Asp/Magnus Ulvang, Sweden**, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (398-412), England 2013, s. 433, 434, 436, 442.

¹⁷²⁷ 01.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 1962 tarihli İsv.CK (*The Swedish Criminal Code*) 23. Bölüm.

Bkz.

https://www.legislationline.org/download/id/8662/file/Sweden_criminal_code_am2020_en.pdf (04.12.2018).

¹⁷²⁸ İsv.CK yirmiüçüncü bölüm birinci kısım vd. Detaylı bilgi için bkz. **Iain Cameron/Malin Thunberg Schunke/Karin Pale-Bartes/Christoffer Wong/Petter Asp**, *International Criminal Law from a Swedish Perspective*, Portland 2011, s. 45.

hazırlık suçundan cezalandırılabilir.¹⁷²⁹ Kasten öldürme suçuna hazırlık suçu İsv.CK'nın üçüncü bölümünün on birinci kısmının birinci maddesinde ayrıca düzenlenmiş ve cezasının suça hazırlığa ilişkin genel hükümlere göre tespit edileceği belirtilmiştir. Kanunun yirmi üçüncü bölümünün ikinci kısmında suça hazırlığın cezası suçun tamamlanmış hali için öngörülen alt ve üst sınırlardan daha düşük olarak belirlenir. İki yıl hapis cezasından daha ağır bir ceza, ancak tamamlanmış suçun altı yıl veya daha fazla hapis cezasıyla sonuçlanması halinde verilebilir. Bunun dışında ciddi suçları işlemek üzere kasten silah veya patlayıcı madde tedarik edilmesi hazırlık suçu kapsamında cezalandırılabilir fiillerdir.¹⁷³⁰

İsv.CK'nın genel hükümlerinde azmettirmeye teşebbüse ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin isyana tahrik suçu (*inciting rebellion*) kapsamında kabul edildiği söylenebilir. Bir kalabalığın veya topluluğun veya dağıtılan ya da dağıtılmak üzere olan bir topluluğun önünde veya halka herhangi başka bir şekilde mesaj verirken insanları görevlerini yapmaktan kaçınmak veya kamu otoritesine itaatsizlik yapmak üzere suç işlemeye tahrik eden veya tahrik etmeye teşebbüs eden kişi, kanunun on altıncı kısmının beşinci maddesi çerçevesinde halkı isyana tahrikten adli para cezası veya altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İkinci maddede aynı yaptırım, silahlı kuvvetlerin önünde veya onlarla görüşmelerinde silahlı kuvvetlere mensup kişileri ayaklanmaya tahrik eden veya tahrike teşebbüs eden kişi için kabul edilmiştir. Bu suçtan cezalandırılabilmek için tahrikin konusunu oluşturan suçun ağır bir suç olması gerekir. Cezalandırmanın hafif suçlar için geçerli olmadığına ifade edildiği üçüncü maddede; suçun hafif veya ağır olup olmadığının tespitinde tahrik veya tahrike teşebbüs ile ağır bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Son maddede, failin ağır bir suça bir başkasını azmettirmeye teşebbüs etmesi durumunda, hapis cezasının en fazla dört yıl olacağı düzenlenmiştir.¹⁷³¹

¹⁷²⁹ Asp/Ulvang, s. 447.

¹⁷³⁰ İsv.CK yirmiüçüncü bölüm ikinci kısım.

¹⁷³¹ İsv.CK'nın on altıncı bölümü, beşinci kısım.

9. Macaristan

İkinci iştirak sisteminin benimsendiği Macar hukukunda faillik-şeriklik ayırımı; bu ayırım çerçevesinde faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik ve şeriklik kapsamında azmettirme ve yardım etme iştirak şekilleri olarak kabul edilmiştir. Mac.CK¹⁷³² md.14/f.1'e göre, *“bir başkasını suç işlemeye ikna eden kişi azmettiren olarak sorumlu olur.”* Şeriklerin sorumluluğu failin işlediği fiile bağlı olup bunun için kasten, hukuka aykırı ve en azında teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiilin işlenmesi gerekir. Böylece Macar hukukunda sınırlı bağlılık ilkesi kabul edilmiştir. Teşebbüs aşamasına varmamış bir fiile azmettirmenin kanunda ayrıca cezalandırılacağı öngörülümüşse hazırlık hareketi olarak bu fiilin cezalandırılması da mümkündür.¹⁷³³

Mac.CK md.11'e göre, *“suç işlemek amacıyla suçun kolaylaştırılması ve hazırlanması için gerekli olan şartları hazırlayan, suç işleme hazırlığına giren veya bu hazırlığı teklif eden, bu hazırlığa davet eden veya müştereken bu hazırlığı yapmayı kabul eden kişi kanunda bağımsız olarak tanımlanmışsa cezalandırılabilir.”*¹⁷³⁴ Böylece suça hazırlık bağımsız suç tipleriyle cezalandırılmıştır. Hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak cezalandırıldığı suçlar kasten öldürme suçuna ve devlete karşı suçlara hazırlık gibi ağır suçlardır.¹⁷³⁵ Adam kaçırma, parada sahtecilik, kara para aklama, genel tehlikeye sebep olma ve fuhşa tahrik hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı diğer suçlardır.¹⁷³⁶

Macar hukukunda asıl fiilin işlenmediği bir durumda işlenen azmettirme fiili (azmettirmeye teşebbüs) hazırlık hareketi niteliğinde bir fiil olup, kanunda hazırlık hareketinin cezalandırıldığı suç tipi çerçevesinde cezalandırılabilir. Örneğin

¹⁷³² 13.07.2012 tarihli Macar Ceza Kanunu (*Criminal Code of Hungary*).

¹⁷³³ **Karsai/Szomora**, s. 97, 98-99, 102, 103; **Picotti**, s. 419-420.

¹⁷³⁴ Bkz.

https://www.legislationline.org/download/id/5619/file/Hungary_Criminal_Code_of_2012_en.pdf (28.05.2021).

¹⁷³⁵ **Karsai/Szomora**, s. 92-93.

¹⁷³⁶ **Durl**, s. 508.

düşmanını öldürmesi için B'yi azmettiren bir kimse, B'nin kasten öldürme suçuna teşebbüs etmesi durumunda azmettirmeden; fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda kasten öldürme suçuna hazırlık suçu çerçevesinde cezalandırılır.¹⁷³⁷ Mac.CK md.160/f.3'e göre, "*kasten öldürmeye (cinayete) hazırlık yapan bir kimse bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*".¹⁷³⁸ Kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs eden kişi bu hüküm gereği beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilir.

Azmettirenin hazırlık suçundan sorumluluğu, asıl fiil ile gerçekte işlenen fiil arasında farklılaşmanın gerçekleştiği yani failin sınırı aştığı durumlarda da söz konusu olabilir. Bağlılık kuralı nedeniyle azmettiren işlenen suçtan sorumlu tutulamaz. Ancak azmettireni, fiilin hazırlık hareketi olarak cezalandırıldığı hükme göre işlenmeyen suça azmettirmeden cezalandırmak mümkündür.¹⁷³⁹

Mac.CK'nın genel hükümlerinde azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran bir hüküm bulunmasa da, suça hazırlığın yaptırma bağlandığı özel suç tipleriyle cezalandırılmasının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği bu kapsamda kabul edilmemektedir.¹⁷⁴⁰

10. Hırvatistan

İkinci iştirak sistemini benimseyen Hırvat hukukunda faillik-şeriklik ayırımı; bu ayırım çerçevesinde faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik, şeriklik kapsamında azmettirme ve maddi ve manevi yardım etme kabul edilmiştir. Fail, suçun icrası üzerinde hakimiyet kuran, şerik ise hakimiyet kurmadan suçun icrasına katkı sunan kişi olarak tanımlanır.¹⁷⁴¹

¹⁷³⁷ **Karsai/Szomora**, s. 99.

¹⁷³⁸ Mac.CK md.160/f.3.

¹⁷³⁹ **Karsai/Szomora**, s. 105.

¹⁷⁴⁰ **Durl**, s. 508, 516.

¹⁷⁴¹ **Tat Jana Josipovic** (edt), *Introduction to the Law of Croatia*, The Netherlands 2014, s. 455, 468-469.

Hır.CK¹⁷⁴² md.37/f.1'e göre *“bir başkasını kasten suç işlemeye azmettiren kişi, suçu kendisi işlemiş gibi cezalandırılır.”*¹⁷⁴³ Suça iştirakte sınırlı bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Failin cezalandırılabilir alana (teşebbüs sahasına) girmesiyle azmettirenin sorumluluğu doğar. Azmettirenin sorumluluğu için fail tarafından suçun kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi yeterli olup, failin kusurlu olması veya mahkum olması gerekmez.¹⁷⁴⁴

Hır.CK md.37'de azmettirmeye teşebbüs genel bir hükümle cezalandırmaya layık görülmüştür. Hır.CK md.37/f.2'e göre, *“kasten bir kimseyi suça azmettiren, suç teşebbüste kalmasa bile teşebbüste kalmış gibi cezalandırılır.”* Hır.CK md.37/f.3'e göre, *“bir kimsenin elverişsiz azmettirmeye teşebbüs etmesi durumunda hâkim ceza vermekten imtina edebilir.”*¹⁷⁴⁵

Hırvat hukukunda, azmettirmeye teşebbüs bağıllık kuralının bir istisnası olarak kabul edilir. Teşebbüsten cezalandırılabilir bir suça bir kimsenin azmettirilmesi durumunda, suç teşebbüs aşamasına varmasa bile azmettirenin Hır.CK md.37/f.2'e göre azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi mümkündür. Azmettirmeye teşebbüs, azmettirme fiilinin işlendiği ve fakat hukuka aykırı asıl fiilin işlenmediği başarısız azmettirme olarak tanımlanır. Burada azmettiren ya fiili işleme kararını aldırma başarılı olamamıştır veya faile fiili işleme kararını aldırma başarılı olmasına rağmen fail fiilini teşebbüs aşamasına taşıyamamıştır. Böylece Hırvat hukukunda Alman hukukundaki azmettirmeye teşebbüsün türlerinden başarısız, neticesiz ve elverişsiz azmettirme kabul edilmiştir. Kanun koyucu elverişsiz

¹⁷⁴² 21.01.2011 tarihli Hırvatistan Ceza Kanunu (Croatia Criminal Code), [Class: 740-02/11-01/06, No.: 71-05-03/1-11-2].

¹⁷⁴³ Bkz.
https://www.legislationline.org/download/id/7896/file/Croatia_Criminal_Code_2011_en.pdf (25.02.2021).

¹⁷⁴⁴ Josipovic, s. 468-469.

¹⁷⁴⁵ Hır.CK md. 37/f.2 ve f.3; Vuksic/Radanović, s. 95.

azmettirmeyi özellikle düzenlemiştir. Buna göre failin halihazırda fiili işleme kararını aldığı elverişsiz azmettirme durumunda azmettirene ceza verilmeyebilir.¹⁷⁴⁶

Hırvat hukukunda azmettirmeye teşebbüsün yaptırımı teşebbüse ilişkin hüküm çerçevesinde tespit edilir.¹⁷⁴⁷ Hır.CK md.34'e göre, “*Her kim suç işleme kastıyla zamansal ve mekânsal olarak suçun maddi unsurlarının işlenmesine yakın icrai bir hareketi gerçekleştirirse teşebbüsten dolayı beş yıl veya daha fazla hapis cezasıyla veya kanunda açıkça düzenlenen teşebbüsün cezasıyla cezalandırılır.*” Buna göre, azmettirenin azmettirmeye teşebbüs etmesi durumunda en az beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılabilmesi mümkündür.

Hırvat hukukunda azmettirmeye teşebbüs gibi suç anlaşması da bağımsız hazırlık hareketi olarak cezalandırılmaktadır. Hır.CK md.357'de düzenlenen suç anlaşması *sui generis* bir suç tipi olarak kabul edilir. Bu suç tipinde fiili işleme kararı değil, anlaşma fiili bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılmaktadır. Böylece hazırlık hareketlerine erken bir aşamada ceza hukuku müdahalesi gerçekleşmiş olur.¹⁷⁴⁸

11. Polonya

Polonya hukukunda ikinci iştirak sistemi benimsenmiştir.¹⁷⁴⁹ Faillik-şeriklik ayırımı; bu ayırım çerçevesinde faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik kabul edilmiştir. Dolaylı faillik kapsamında “emretmek (*command*)” şeklinde bağımsız bir iştirak şekli ayrıca cezalandırılmaktadır. Suça azmettirme ve yardım etme şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak düzenlenmiştir (PCK¹⁷⁵⁰ md.18 /f.1, 2, 3).¹⁷⁵¹

¹⁷⁴⁶ Josipovic, s. 469-470.

¹⁷⁴⁷ Josipovic, s. 470; Picotti, s. 430.

¹⁷⁴⁸ Josipovic, s. 466.

¹⁷⁴⁹ Picotti, s. 419-420.

¹⁷⁵⁰ 6.06.1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu (Polish Penal Code). Kanun metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf (28.05.2021).

¹⁷⁵¹ Stanislaw Frankowski, *Criminal Law*, S. Frankowski/T. Ansay/D. Jr. Wallace (eds), Introduction to Polish Law, (341-375), The Netherlands 2005, s. 355; Picotti, s. 419-420.

Azmettirme PCK md.18/f.2’de “*Her kim kasten ve hukuka aykırı bir fiili işlemesi için bir başkasını suç işlemeye azmettirirse azmettiren olarak cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Azmettirenin sorumlu olması için suçun işlenmiş olması gerektiği ifade edilerek bağıllık kuralı kabul edilmiştir (PCK md.22/f.1). İşlenme şekilleri açıkça düzenlenmediğinden azmettirme sözlü veya yazılı olarak herhangi bir şekilde işlenebilir. Azmettirme ancak icrai hareketle işlenebilir; yani ihmali olarak bir kimseyi azmettirmek mümkün değildir.¹⁷⁵²

Polonya hukukunda bağıllık kuralının aranması azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına engel görülmemiştir. Azmettirmeye teşebbüs, kanunun genel hükümleri içinde bağımsız bir ceza normuyla cezalandırmaya layık görülmüştür. (PCK md.22/f.2). Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı bu durumda hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Buna göre, hâkim en alt sınırdan azmettirenin cezasını hafifletebileceği gibi ceza vermekten imtina da edebilir.¹⁷⁵³

12. Bosna-Hersek

Bosna-Hersek hukukunda ikici iştirak sistemi kabul edilmiş; faillik kapsamında (BHFCK¹⁷⁵⁴ md.29) doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik ve şeriklik kapsamında azmettirme (BHFCK md.30) ve yardım etme (BHFCK md.31) düzenlenmiştir.¹⁷⁵⁵

BHFCK md.30/f.1’de azmettirme, “*Her kim kasten bir başkasını suç işlemeye azmettirirse işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Asıl fiil işlendiğinde azmettiren işlenen suçun cezası verilir. BHFCK md.30/f.2’ye göre “*Her kim kasten kanunda üç yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suçu işlemeye bir başkasını azmettirir; ancak suç teşebbüs aşamasında kalmazsa, suça teşebbüsün*

¹⁷⁵² Krzysztof Indeck/Justyna Jurewicz, *The Key Issues of Polish Penal Law*, Lodz 2014, s. 37-38.

¹⁷⁵³ Indeck/Jurewicz, s. 38; PCK md.22/f.2.

¹⁷⁵⁴ 2003 tarihli Bosna-Hersek Federasyonu Ceza Kanunu (*Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina*).

¹⁷⁵⁵ Picotti, s. 419-420. BHFCK md. 29-31. Kanun metni için bkz.

https://www.legislationline.org/download/id/8499/file/CC_BiH_am2018_eng.pdf (28.05.2021).

cezası ile cezalandırılır.”¹⁷⁵⁶ Bu şekilde azmettirmeye teşebbüs bağımsız genel bir hükümle cezalandırılmıştır. Asıl fiilin cezasının üç yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suç olması gerektiğinden hareketle azmettirmeye teşebbüsün sadece cürümlerde cezalandırmaya layık görüldüğü söylenebilir.

Azmettirmeye teşebbüs eden kişi kanunun teşebbüs için öngördüğü ceza ile cezalandırılır. BHFCK md.26’da düzenlenen teşebbüs hükmüne göre, “*kasten bir suçun icrasına başlayan ancak suçu tamamlayamayan bir kimse ilgili suçtan dolayı üç yıl veya daha fazla hapis cezasıyla cezalandırılır veya kanunun teşebbüs için açıkça öngördüğü ceza verilir.*”¹⁷⁵⁷ Bu hüküm dikkate alındığında azmettirmeye teşebbüs eden kişi, suç işlenmese bile teşebbüs hükmü gereğince en az üç yıl hapis cezasıyla cezalandırılabilir.

13. Estonya

Estonya hukukunda iştirakte faillik-şeriklik ayırımı yapılarak ikici iştirak sistemi benimsenmiştir (Es.CK¹⁷⁵⁸ md.20). Faillik kapsamında doğrudan faillik ve müsterek faillik (Es.CK md.21), şeriklik kapsamında azmettirme ve yardım etme düzenlenmiştir. Azmettiren “*kasten bir başkasını kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiili işlemeye ikna eden kişi*” olarak tanımlanmıştır (Es.CK md.22/f.2). Kanunun 8, 9, 13, 18 ve 22’inci bölümlerinde ve 15’inci bölümün 2, 4 ve 5. kısımlarında en az yirmi yıl hapis veya müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu düzenlenmiştir (Es.CK md.22/f.1). Azmettirmeye teşebbüs eden kişinin failin sorumluluğunun düzenlendiği hükme göre cezalandırılacağı kabul edilmiştir (Es. CK md.22 f.3).¹⁷⁵⁹ Estonya hukukunda kanunun genel hükümleri içinde

¹⁷⁵⁶ BHFCK md.30/f.1.

¹⁷⁵⁷ BHFCK md.26/f.1.

¹⁷⁵⁸ 01.09.2002 tarihinde yürürlüğe giren 06.06.2001 tarihli Estonya Ceza Kanunu (*Estonia Criminal Code*), [RT I 2001, 61, 364].

¹⁷⁵⁹ Es.CK’nın ilgili madde metinleri için bkz.

https://www.legislationline.org/download/id/8244/file/Estonia_CC_am2019_en.pdf (28.05.2021).

bağımsız bir ceza normuyla azmettirmeye teşebbüs belirli cürümlerde cezalandırmaya layık görülmüştür.

III. İSLAM HUKUK SİSTEMİNDE SUÇA İŞTİRAK KURUMU, AZMETTİRMEME TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEME TEŞEBBÜSÜ CEZALANDIRAN İSLAM ÜLKELERİ

İslam ceza hukukuna “ukubat” denir. Ukubat “takip edenler, arkadan gelenler” anlamlarına gelir. Suç işlendikten sonra ceza hukuku tatbik edildiği için bu kavram kullanılmıştır.¹⁷⁶⁰

Bu hukuk sisteminde faile ceza verilebilmesi için suç teşkil eden fiilin işlenmesi gerekir. Suçlar, “Allah’ın had ve taz’ir cezasıyla men ettiği dini (hukuki) yasaklar” olarak nitelendirilir.¹⁷⁶¹ Bir fiilin suç sayılabilmesi için öncelikle fiilin iradi olarak işlenmesi, yani suçun manevi unsurunun oluşması gerekir. Hukuka aykırı olup da iradi olarak işlenmeyen suçlardan dolayı cezai sorumluluk doğmaz.¹⁷⁶² Ceza sorumluluğu suç teşkil eden fiilin kasten işlenmesine dayanır.¹⁷⁶³ Suçun maddi unsuru, “şer’an yasaklanan fiilin yapılmasıdır”. Buna göre maddi unsurun oluşması için hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekir.¹⁷⁶⁴

Maddi ve manevi unsurları oluşmuş olan bir suç bazı aşamalardan geçerek tamamlanır. Birinci aşama düşünce ve tasarlama, ikinci aşama hazırlık, üçüncü aşama

¹⁷⁶⁰ **Ekrem Buğra Ekinci**, *Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk)*, 2. bs., İstanbul 2012, s. 327; **Abd ar-Rahman I. Doi/Abdassamad Clarke**, *Shari’ah Islamic Law (Part IV: Crime and Punishment)*, 2. edit., London 2008, s. 384-386.

¹⁷⁶¹ **Abdulkadir Üdeh**, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku, Genel Hükümler*, çev. Ali Şafak, C. I, 2. bs., İstanbul 2012, s. 98.

¹⁷⁶² **Halil Cin/Ahmet Akgündüz**, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2011, s. 296.

¹⁷⁶³ **Nagaty Sanad**, *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law: Shari’a*, Chigago, 1991, s. 85.

¹⁷⁶⁴ **Cin/Akgündüz**, s. 295.

icra (teşebbüs) ve son aşama tamamlanma aşamasıdır.¹⁷⁶⁵ Failin fiili tamamlamasına *cerime*, tamamlanamamasına *cerimeye şura (teşebbüs)* denir.¹⁷⁶⁶

Suç işlemeye yönelik düşünce ve tasarlama aşaması cezalandırılabilir değildir. Bir kimsenin düşüncesinde olandan sorumlu tutulabilmesi bunun icrasına başlamasına bağlıdır.¹⁷⁶⁷

Başlı başına suç teşkil etmediği sürece suça hazırlık kural olarak cezalandırılmaz. Bir diğer ifadeyle, kamunun veya şahsın haklarını ihlal etmediği sürece hazırlık aşaması cezasızdır.¹⁷⁶⁸ Örneğin nikahlanması haram olmayan bir kadınla baş başa kalmak zina suçunun veya bir şey çalmak için eve girmek hırsızlık suçunun hazırlık hareketidir.¹⁷⁶⁹

Suçun icrası failin suçu işlediği aşamadır. Örneğin hırsızlıkta koruma altında olan bir malın gizlice ve sahibinin dalgınlığından yararlanarak alınması, kazf (iffete iftira) ve sövmeye mağdurun şerefine leke getirecek bir söz sarf edilmesi fiilin icrasını gerçekleştirmektir.¹⁷⁷⁰ Suçun icra (teşebbüs) aşaması, failin işlediği fiillerin suç kabul edildiği aşamadır.¹⁷⁷¹ Bu aşama, suç işleme kastıyla başlayan, fakat elinde olmayan nedenlerden failin icrayı tamamlayamadığı veya tamamlamasına rağmen neticeyi

¹⁷⁶⁵ Cin/Akgündüz, s. 295.

¹⁷⁶⁶ Cin/Akgündüz, s. 295.

¹⁷⁶⁷ Üdeh, s. 399-400, 401.

¹⁷⁶⁸ Üdeh, s. 370.

¹⁷⁶⁹ Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza (e'l-Ukubetü'l-İslam)*, çev. İbrahim Tüfekçi, C. II, kn. 384, İstanbul 1994.

¹⁷⁷⁰ Zehra, kn. 394.

¹⁷⁷¹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku (GH)*, 2. bs., Konya 2014, s. 141, 142-143.

gerçekleştiremediği aşamadır.¹⁷⁷² Teşebbüse ta'zir¹⁷⁷³ cezası uygulanır ve cezası suçun tamamlanmış haline göre daha azdır.¹⁷⁷⁴

A. İslam Hukuk Sisteminde Suça İştirak Kurumu

İslam hukuk sisteminde tek kişi tarafından işlenen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi mümkündür. Birden fazla kişi suçun icrasına katılabilir ve suçun icrası üzerinde birden fazla kişi işbirliği yapabilir.¹⁷⁷⁵

Kur'an'da suça iştirake ilişkin birçok ayet bulunmaktadır.¹⁷⁷⁶ Ancak ayetlerde ve hadislerde iştirake ilişkin hukuki yaptırım öngörülmemiş, daha çok konunun ahlaki ve uhrevi boyutuna vurgu yapılmıştır.¹⁷⁷⁷

1. Suça İştirakin Tanımı ve Unsurları

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesine iştirak (*istihrak*) denir. İştirakte, bir grubun bir kimseyi öldürmek üzere bir araya gelmek suretiyle suçun işlenmesi konusunda yardımlaşmasında olduğu gibi hukuka aykırı bir fiilin işlenişine birden fazla kişinin katılması söz konusudur.^{1778 1779}

¹⁷⁷² Zehra, kn. 383.

¹⁷⁷³ Ta'zir cezaları, hakkında herhangi bir ceza kuralı olmayan suçlardan dolayı iyileştirici, caydırıcı, terbiye edici tedbirler ve had cezası dışında kalan cezalardır. Ta'zir cezaları azarlama, dayak, hapis, sürgün ve hatta ölüm dahi olabilir. Bkz. **Sercan Tokdemir**, “Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak “Onarıcı Adalet” Mekanizması”, *EÜHFD*, C. XXI, S. 1–2, 2017, s. 84. Had cezaları Kur'an'da ve Sünnet'te açıkça belirtilen cezalardır. Bkz. **Ekinci**, s. 328.

¹⁷⁷⁴ Zehra, kn. 386.

¹⁷⁷⁵ Üdeh, s. 383.

¹⁷⁷⁶ “Günah ve düşmanlık üzere yardımlaşmayın” (**Maide 5/2**). Bu ayet suça iştiraki yasaklayan en genel ayettir. Ayet için bkz. **Avcı**, s. 171-172.

¹⁷⁷⁷ **Sabri Ertuhran**, *İslam Ceza Hukuku'nda Suça İştirak*, (Danışman: Doç. Dr. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu), SÜSBE, Doktora Tezi, Konya 2000, s. 76-79.

¹⁷⁷⁸ **Cin/Akgündüz**, s. 295. İslam hukuk sisteminde suça iştirakin tanımı için ayrıca bkz. **Ghassan Saleh Mhaidi**, *Irak Hukukunda Suça İştirak*, (Danışman: Yrd. Doç. Murat Aksan), SÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017, s. 4-5.

¹⁷⁷⁹ Zehra, kn. 408.

İştirak için suçun işlenmesine birden fazla kişinin katılması ve cezai yaptırım olan yasak bir fiilin işlenmiş olması gerekir. Suçlulara cezai yaptırımı gerektiren bir fiil isnat edilemezse iştiraktan bahsedilemez. Ayrıca iştirak ile işlenen fiil arasında nedensellik bağının olması gerekir. Örneğin; B'yi öldürsün diye C, A'yı anlaştıkları yere getirir, fakat B gelmez. C, A'yı orada bırakır ve A evine döner. B daha sonra durumu öğrenip A'nın evine giderek onu evinde öldürür. Bu olayda C iştiraktan sorumlu tutulmaz; çünkü işlenen öldürme fiili ile suçun işlenme nedeni olan ittifak (suç anlaşması) arasında nedensellik bağı yoktur. Suça iştirakin nedeni tahrik de olabilir. İştirak için suçun tahrik neticesinde meydana gelmesi gerekir. Suç, tahrik haricinde bir nedenden dolayı işlenir veya tahrik fail üzerinde hiçbir etki doğurmazsa iştiraktan bahsedilemez. İştirak için nedensellik bağının gerçekleşmemesi suç anlaşması, azmettirme ve yardım etmenin başı başına cezalandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Bağımsız birer suç tipi olan bu fiiller, suçun icrasının gerçekleşmesine bağlı olmadan cezalandırmaya layık görülmüştür. Asıl fiilin işlenmemesi nedeniyle nedensellik bağının gerçekleşmemesi bu fiillerin bağımsız olarak cezalandırılmasına engel değildir.¹⁷⁸⁰

İştirak için fiilin kasten işlenmesi gerekir.¹⁷⁸¹ Şerik, iştirak kapsamındaki girişimleriyle ceza gerektiren fiilin işlenmesine kastetmelidir. Şerikin olası kastla hareket etmesi yeterlidir. Şerik belirli bir suçu işlemeye kast eder, fakat fail başka bir suç işlerse yani şerikin kastı kapsamının dışına çıkarsa iştirak kabul edilmez. Örneğin; zirai işlerde kullanmak üzere birisine balta veren kişi; baltayı alan kişi bu baltayla birisini öldürse baltayı veren yardım eden olmaz. Bir kimse başka birini öldürmesi için bir kişiyi teşvik etse (azmettirse) ve ancak fail o kişinin mahsullerine zarar verecek olursa azmettiren mala zarar verme suçunun şeriki olmaz. Ancak öldürmek için azmettirmek başlı başına suç ve dinin yasakladığı bir iş olduğundan bağımsız olarak cezalandırmaya layık bir fiildir.¹⁷⁸²

¹⁷⁸⁰ Üdeh, s. 383, 394.

¹⁷⁸¹ Sanad, s. 85. İslam hukukunda iştirakin unsurları için Üdeh, s. 383, 394; Avcı, s. 173-176.

¹⁷⁸² Üdeh, s. 393-394.

2. Suça İştirak Şekilleri

İslam hukuk sisteminde bir kimse ya “doğrudan iştirakçi (*fail-i mubashir*)” ya da “dolaylı (*fail-i mutesebbib*) iştirakçi” olarak suça iştirak (*istihrak*) eder. Doğrudan iştirakçi (*mübaşir*) işlediği suçlardan fail olarak sorumluyken, dolaylı iştirakçi (*mutesebbip*) şerik olarak sorumludur. Demek ki iştirak doğrudan (*mübaşeret*) ve dolaylı (*tesebbüb*) iştirak olarak ayrılır. Doğrudan iştirakçi suçun maddi unsurunu bizzat gerçekleştirmek suretiyle suça doğrudan iştirak eder. Dolaylı iştirakçi, suçun maddi unsurunu bizzat gerçekleştirmeden teşvik veya yardım şekillerinden birisiyle suça iştirak eder.¹⁷⁸³

Suça iştirak edenlerin sorumluluğunu tespit edip cezalandırmak için suçu bizzat işleyen ile işlemeyen kişinin birbirinden ayrılması gerekir. Bir suçun işlenmesinden ilk sorumlu olacak kişi suçu bizzat işleyen kişidir. Suçu bizzat işleyen kişi, suçu bizzat icra ederek ve isteyerek işleyip fail olur. Bu yüzden sorumluluğu ilk önce bizzat işleyen kişi üstlenir.¹⁷⁸⁴ İslam hukukunda kural olarak bir suçu doğrudan yani bizzat işleyen bu fiiline katılan kişiye o suç için belirlenmiş olan bizzat işleyen cezası verilmez. Suça dolaylı olarak iştirak edene ta’zir cezası uygulanır.¹⁷⁸⁵ Örneğin bir kimsenin bir başkasına “falancaya git ve ona ey zinacı de” sözlerini söyletirmesi durumunda sözleri bizzat iletene had, söylettirene taz’ir cezası verilir.¹⁷⁸⁶ Dolaylı iştirakçi had, kısas ve taz’ir gerektiren suçlara iştirak ettiğinde her durumda taz’ir cezasıyla cezalandırılır.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸³ **Ahmet Akgündüz**, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı (Kamu Hukuku)*, C. I, İstanbul 1994, s. 323-324; **Ahmet Akgündüz**, *Islamic Public Law (Documents on Practice from the Ottoman Archives, Islamic Law in Theory and Practice)*, Rotterdam 2011, s. 323-324; **Cin/Akgündüz**, s. 295-296; **Tauqir Mohammed Khan**, *Criminal Law in Islam*, 1. edit., India 2007, s. 98; **Anwarullah Chowdhury**, *The Criminal Law of Islam*, 1. edit., İslamabad 2004, s. 98; **Avcı**, s. 177 vd.; **Özkan**, Azmettirme, s. 31, 32-33; **Ertuhran**, s. 100; **Üdeh**, s. 381.

¹⁷⁸⁴ **Zehra**, kn. 409.

¹⁷⁸⁵ **Özkan**, Azmettirme, s. 32-33.

¹⁷⁸⁶ **Avcı**, s. 181.

¹⁷⁸⁷ **Üdeh**, s. 382-383; **Anwarullah**, s. 17-18.

Doğrudan iştirak, müstakil faillik şeklinde olabileceği gibi müşterek faillik şeklinde de gerçekleşebilir. Müştereken işlenen öldürme suçu örnek verilebilir. Birden çok kişi bir araya gelerek bir kimseyi öldürmüşlerse iştirak eden her bir kişi suçu işlemiş sayılır ve müşterek fail olarak cezalandırılırlar. On kişi bir kişiyi öldürürlerse her biri katil sayılır ve öldürmenin cezasıyla cezalandırılır.¹⁷⁸⁸ Suçu doğrudan icra eden müşterek failler, suçu tek başına işleseydiler hak edecekleri ceza ile cezalandırılırlar. Faillerin birden fazla olması bu kuralı değiştirmez.¹⁷⁸⁹

Dolaylı iştirak, zararı doğrudan gerçekleştirmeyen ancak gerçekleşmesine neden olan hareketi ifade eder. Hareket ile netice arasında mübaşeretin aksine doğrudan olmayan dolaylı sebep-sonuç ilişkisi vardır.¹⁷⁹⁰ Örneğin tesebbüben katilde katil dolaylı olarak bir kimsenin katline sebep olan bir fiili işler.¹⁷⁹¹ Dolaylı olarak suça iştirak edenler suçun bizzat maddi unsurunun işlenmesine katılmazlar. Bu iştirak şeklinde suç işleyen iradesi ile gerçekleşen netice arasına başka bir iradenin girmesi söz konusudur. Bu iştirak şekli bir kimsenin kısas edilerek öldürülmesine veya kısas edilerek bir organının kesilmesine yol açan daha sonra yalan olduğu ortaya çıkan tanıklığı sebebiyle işlenen suçlarda ortaya çıkabilir. Bu durumda iki tanık yalan tanıklık suçu işlerler ve bu tanıklıkları bir kimsenin öldürülmesine veya hırsızlık suçuna ilişkin tanıklıkta olduğu gibi kişinin had cezası olarak elinin kesilmesine sebep olur. Ölüm veya organın kesilmesi iki tanığın fiili ile değil, hükmü veren hakimnin hükmü ile gerçekleşir.¹⁷⁹²

¹⁷⁸⁸ Müştereken işlenen öldürme ve öldürme harici suçlarda iştirak için bkz. **Zehra**, kn. 409-412.

¹⁷⁸⁹ **Üdeh**, s. 386. Hz. Ömer döneminde müşterek faillğe ilişkin gerçekleşen olay için bkz. **Avcı**, s. 178, 179; **Zehra**, kn. 408; **Ertuhran**, s. 81-82.

¹⁷⁹⁰ Tanım ve örnekler için bkz. **Şamil Dağcı**, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1996, s. 117.

¹⁷⁹¹ 1886 tarihli Ömer Hilmi'nin **Mi'yar-ı Adalet** isimli Ceza Hukuku Kodu (İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Cürümler madde 20: *Tesebbüben katil bir adamın katline sebep olmaktır. Şöyle ki, bir şeyde bir adamın ala-ceryi'l adet telef olmasına sebebb-i müfzi olan bir fiili ihdas etmektir. Bir kimse bila-emr-i veliyyi'l-emr tarik-i amde bir kuyu hafredip de oraya bir insan düşerek telef olması gibi*. Bkz. **Akgündüz**, *İslam ve Osmanlı*, s. 659.

¹⁷⁹² **Zehra**, kn. 406.

Suçta iştirak şekillerinden biri de dolaylı faillikdir. Dolaylı fail suçun işlenmesine dolaylı surette hizmet eden kişidir.¹⁷⁹³ Örneğin, hırsız güvenir bir kimse olarak diğerinin hizmetine sevk edenin durumunda olduğu gibi suçun işlenmesine bu şekilde katkı sunan kişi dolaylı fail sıfatıyla hareket eder.¹⁷⁹⁴ Dolaylı faillikte ön plandaki kişi cebir ve tehdit altında, hata içinde veya kusur yeteneğinden yoksun biri olabilir.¹⁷⁹⁵

İslam hukuk sisteminde tahrik ve teşvik kavramlarıyla ifade edilen azmettirme, dolaylı iştirakin bir türü olarak ortaya çıkar ve ta'zir cezasıyla cezalandırılır. Bu hukuk sisteminde azmettirmeye ilişkin genel hükümler yerine her suç tipi bakımından özel düzenlemelerin yapılması benimsenmiştir. Modern hukukta azmettirme kurumunun esasını oluşturan “sebepe olan yapan gibidir (*Es sebebü k'el fail*)” deyimini ifade eden “azmettirenin suçun ilk sebebi olduğu” görüşü İslam hukuk sisteminde asırlar önce dikkate alınmıştı.¹⁷⁹⁶ Örneğin, Hz. Ömer'in oğlu Ubeydullah'ın, Hüzmüzan'ı öldürme nedeni onun Ebu Lü'lü babasını öldürmeye azmettirmesi idi.¹⁷⁹⁷

İslam hukukçuları suç işleme düşüncesi olmayan kişiye suç işleme kararını aldirmek (azmettirme) ile zaten suç işleme düşüncesi olan bir kimseyi cesaretlendirme (teşvik) arasında ayırım yapmamakta, ikisini birlikte ele almaktadırlar.¹⁷⁹⁸ Teşvik etme azmettirme anlamında kullanıldığından YTCK'da azmettirme ile teşvik etme arasında yapılan ayırım İslam hukukunda yapılmamıştır.¹⁷⁹⁹ Suça teşvik, suç işlemeye bir kimseyi kışkırtmak veya ona suç işlemeyi teklif etmek anlamında kullanılır. Rüşveti kabul etmeye teşvik, ahlaka aykırı amaçlara bir kimseyi teşvik, veya silahlı kuvvetleri

¹⁷⁹³ **Özkan**, Azmettirme, s. 34.

¹⁷⁹⁴ **Avcı**, s. 188.

¹⁷⁹⁵ Detalı bilgi için bkz. **Avcı**, s. 182-184.

¹⁷⁹⁶ **Özkan**, Azmettirme, s. 33-34, 36; **Ertuhran**, s. 196-198. Kur'an'da azmettirme ve teşvik etmenin yasaklandığına işaret eden ayetler vardır. “Kıyamet gününde kendi günahlarının yükünü bütünüyle, yoldan çıkardıkları bilgisiz kimselerin yükünü de kısmen üzerlerine almış olurlar. Bir bilerseniz bu yüklendikleri ne kötü bir yüküdür” (**Nahl 16/25**). “Onlar mutlaka kendi yükleri ile birlikte başka yükler de taşımak zorunda kalacaklardır” (**Ankebut 29/13**). Ayetler için bkz. **Avcı**, s. 171-172.

¹⁷⁹⁷ **Ertuhran**, s. 173.

¹⁷⁹⁸ **Avcı**, s. 185.

¹⁷⁹⁹ **Özkan**, Azmettirme, s. 34.

isyana teşvik etme gibi belirli tipteki azmettirme fiilleri cezalandırılabilir.¹⁸⁰⁰ Suça tahrik başlı başına bir suç olup bağımsız olarak cezalandırılır.¹⁸⁰¹ Suça teşvik ve tahrik eden kişi, bu davranışının suça etkili olması durumunda dolaylı olarak iştirak etmiş olur.¹⁸⁰² Zaten tahrik edilen kişi tahrik olmadan bu suçu işleyecek idiyse tahrik yoktur. Bu durumda tahrik fiili tesir etmiş de olsa suçluyu suç işlemeye sevk ettiğinden bahsedilemez.¹⁸⁰³

Azmettirmede işlenen suç azmettirenin bizzat işlediği fiil değildir. Azmettiren, azmettirme fiili ile suça iştirak etmiş olur. Örneğin, azmettirmek suretiyle öldürmede (*katle vekalet*) azmettiren fiilin bizzat işlenmesinden sorumlu değildir. Katle vekaletle iştirak eden kişi azmettirmeden sorumludur.¹⁸⁰⁴

Öldürmeye emretmek de azmettirme sayılır.¹⁸⁰⁵ Azmettirme, emir haricinde vaat, korkutma, tehdit, övme, ihtirasların tahrik edilmesi ve gizli bir örgütten bahsedilmesi gibi vasıtalarla da işlenebilir.¹⁸⁰⁶

Azmettirmede temel kural azmettirenin ta'zir cezasıyla cezalandırılmasıdır. Ancak öldürmeye azmettirmede ceza kısastır. Burada, mağdurun yakınlarına diyet ödendiği takdirde failin ve azmettirenin kısıstan kurtulması imkanı vardır. Kasten öldürme suçuna azmettirme ve kasten ağır yaralama suçuna azmettirme durumlarında azmettirenin ta'zir cezası uygulanmaz. Bu durumlarda azmettiren fail gibi cezalandırılır.¹⁸⁰⁷ Örneğin, Hz. Ömer'in öldürülmesi olayında fail Ebu Lü'lü ile azmettiren statüsünde olan katilin babası Hürmüzan kısasen öldürülmüştür.¹⁸⁰⁸

¹⁸⁰⁰ **Akgündüz**, Islamic Public Law, s. 321-322.

¹⁸⁰¹ **Üdeh**, s. 390.

¹⁸⁰² **Avcı**, s. 186.

¹⁸⁰³ **Üdeh**, s. 390.

¹⁸⁰⁴ **Zehra**, kn. 406.

¹⁸⁰⁵ **Üdeh**, s. 390.

¹⁸⁰⁶ Bkz. aktaran **Ertuhran**, s. 198.

¹⁸⁰⁷ **Özkan**, Azmettirme, s. 36, 37.

¹⁸⁰⁸ **Ertuhran**, s. 172.

Suçun işlenmesinde başkasına yardım eden kişi dolaylı olarak suça iştirak etmiş sayılır. Fail yasak fiili işleyen, yardım eden fiili bizzat işlemeyen ve fakat fiil ile ilgisi olmayan fiilleriyle faile yardımda bulunan kişidir. Yardım eden yasak olan fiili bizzat icra eden kişi değildir. Örneğin; katil veya hırsız için yol gözetleyen, mağduru olay yerine bir başkasını öldürsün veya malını çalsın diye orada terk eden, çalınan malın taşınmasında yardımcı olmak amacıyla olay mahalli dışında bekleyen kişi yardım eden olarak sorumlu tutulur.¹⁸⁰⁹ Yardım eden kişinin katkısı olmaksızın suçun işlenmesi mümkün değilse yardım edene failin cezası verilir. Örneğin Hz. Ebubekir tanıklıktan rücu eden kısas şahitleri hakkında ölüm cezasına hükmetmiştir.¹⁸¹⁰

B. İslam Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüs

İslam hukuk sisteminde bir kimsenin düşündüğünü ve gönlünden geçirdiğini fiile dönüştürmedikçe, düşündüğü veya gönlünden geçirdiği hakkında konuşmadıkça o kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Bir kimsenin düşünce ve niyetinde olandan sorumlu tutulabilmesi bunun icra aşamasına taşınmasına bağlıdır. Niyeti icra safhasına taşımak asıl fiilin işlenmesi, başkasına suçu işlemesini söylemek, başkasıyla suç işlemek amacıyla anlaşma yapmak veya bir kimseye yardım etmek şeklinde gerçekleşebilir. Bir başkasını suça azmettirmek için de bu kural geçerlidir. Bir kimseyi bir kötülüğün işlenmesine azmettirmek asıl fiil işlenmese bile başlı başına bir günah ve suç teşkil eder. Azmettirmenin başlı başına cezalandırılması “fiil veya söz ile icra aşamasına geçmeyen suç işleme düşünce ve niyetinin cezalandırılmayacağı” ilkesine aykırı değildir. Azmettiren, niyetini bu fiil ile ortaya koymuştur. Kalpten geçen düşünce ve niyet, söz veya fiil olarak açığa vurulduğu için azmettirenin cezayı hak ettiği kabul edilir.¹⁸¹¹

İslam hukuk sisteminde haksızlığa sebep olan herhangi bir hareketin kendisinin de hukuka aykırı olması ve haksızlık teşkil etmesi genel bir kuraldır. İşlenmesine kast

¹⁸⁰⁹ Üdeh, s. 391. Katle vekalet için bkz. Ertuhran, s. 173-176.

¹⁸¹⁰ Avcı, s.

¹⁸¹¹ Üdeh, s. 393-394, 399-400.

edilen suçun işlenmemiş olması azmettirmenin başlı başına cezalandırılmasına engel değildir; çünkü asıl fiil işlenmese bile azmettirme başlı başına ağır ve büyük bir haksızlıktır.¹⁸¹²

Azmettirmenin haksızlık içeriğinin kabul edilmesinin iki nedeni olduğu ileri sürülmüştür. Birincisi, İslam dininin reddettiği ve kötü gördüğü bir şeyi emretmenin yasak olması, diğeri yasaklanan bir fiilin işlenmesine sebep olunmasıdır. Yasak olan şeye yol açan herhangi bir şey de yasaktır.¹⁸¹³

Azmettirme fail üzerinde etki etmez ve etki altında kalmadığı için fail suçu işlemezse yine de işlenmiş bir azmettirme fiilinin hukuka aykırılığı ve suç vasfı niteliği kabul edilir. Bu fiil, asıl fiilden mücerret ve bağımsız bir fiildir. Failin ikna olmadığı için veya ikna olmasına rağmen suçu işlemekten vazgeçmesinin azmettirme fiilinin haksızlığını ortadan kaldırmadığı kabul edilir. Azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil etmesi asıl fiilin işlenmesine bağlı değildir.¹⁸¹⁴

Bu açıklamalar çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsün başlı başına bir haksızlık teşkil ettiği ve asıl fiil işlenmese bile salt azmettirme fiilinin cezalandırılabilir olduğu söylenebilir. Fail üzerinde istenilen etkiyi oluşturmayan azmettirme fiili bağımsız olarak ve ta'zir cezasıyla cezalandırılır.¹⁸¹⁵

İslam hukuk sisteminde asıl fiilin işlenmediği suç anlaşmaları (ittifak/komplo) da başlı başına cezalandırmaya layık görülmüştür.¹⁸¹⁶ Suç için anlaşmada bir suç işleme hususunda birden fazla kişi arasında irade birliği gerçekleşir. Bunun için iradelerin suçun işlenmesine yönelmesi ve suç işlemekte birleşmesi gerekir.¹⁸¹⁷ Örneğin, C'yi öldürmek için A ile B anlaşsalar, ancak anlaşma yapıldıktan sonra anlaşma kapsamında belirlenen zamandan evvel C, durumu öğrenip örneğin A'ya

¹⁸¹² Khan, s. 115-116; Üdeh, s. 399-401.

¹⁸¹³ Üdeh, s. 400.

¹⁸¹⁴ Khan, s. 111, 110.

¹⁸¹⁵ Chowdhury, s. 20, 21, 22.

¹⁸¹⁶ Doi/Clarke, s. 384-386.

¹⁸¹⁷ Ertuhran, s. 169-170.

gidip onu öldürmeye teşebbüs ederse ve A da meşru müdafaa kapsamında C'yi öldürse A'ya ceza verilmez; çünkü meşru müdafaa kapsamında A nefisini müdafaa etmiştir. A ile B suçu birlikte işlememiş olsalar da öldürme hususundaki anlaşmalarından dolayı sorumludurlar. Anlaşma, üzerinde işlenmesi için anlaşmaya varılan suç işlensin ya da işlenmesin başlı başına bir suç teşkil eder.¹⁸¹⁸ Suç anlaşmasında suç işleme düşüncesi değil, alınan suç işleme kararının kamu düzenini bozacak şekilde açığa vurulması cezalandırılır. Bu itibarla anlaşma konusu suç işlenmese bile anlaşma cezalandırmaya layık bir fiildir.

İslam hukuk sisteminde sadece azmettirmek veya suç anlaşması değil, suça yardım etmek de bağımsız olarak cezalandırmaya layık görülmüştür. Asıl fiil işlenmese bile suça yardım eden cezalandırılabilir. Suça yardım etmede suça yardım etmedeki niyet işlenen yardım fiili ile ortaya çıkar. Böylece yardım eden kalbinden geçen niyet ve düşüncüyü sözle veya fiille ortaya koymak suretiyle cezalandırılmayı hak etmiş olur.¹⁸¹⁹

Asıl fiil işlenmediğinde azmettirenin cezalandırılmayacağı anlayışı modern hukukta artık terk edilmeye başlanmıştır.¹⁸²⁰ Üdeh'e göre, mukayeseli hukukta azmettirme başlı başına bir haksızlık olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Azmettirmeye teşebbüsün bağımsız hükümlerle cezalandırılabilirliğine ilişkin asırlar önce İslam hukuk sisteminde kabul edilen anlayış modern kanunlarda kabul görmüş durumdadır. Bu konuda İslam hukuk sistemi modern hukuk sistemlerine öncülük etmiştir.¹⁸²¹

¹⁸¹⁸ Üdeh, s. 390.

¹⁸¹⁹ Üdeh, s. 400-401.

¹⁸²⁰ Khan, s. 116.

¹⁸²¹ Üdeh, s. 401-402.

C. İslam Hukuk Sisteminde Azmettirmeye Teşebbüsü Cezalandıran İslam Ülkeleri

İslam hukuk sistemini benimseyen Suudi Arabistan, Pakistan, Malezya ve Hindistan’da azmettirmeye teşebbüsün cezalandırabilirliği kabul edilmiştir.¹⁸²²

1. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan’da yazılı bir ceza kanunu bulunmamaktadır. Ceza hukuku içtihatlarla dayalı olup, klasik İslam ceza hukuku ilkelerine yani şer’i hukuka dayalıdır. Hakimin şer’i hükümlerden hareketle cezalandırmada içtihadı olarak geniş takdir yetkisi vardır. Hakimler, içtihatlarında Hanbeli mezhebinin görüşlerine uygun karar vermektedirler.¹⁸²³ İslam hukuk sisteminde iştirake ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin yapılan açıklamaların Suudi Arabistan hukuk sistemi için de geçerli olduğu söylenebilir.

¹⁸²² İslam ülkelerinin başında gelen Mısır’da azmettirmeye teşebbüs cezalandırmaya layık görülmemiştir. Mısır hukukunda azmettirmede bağlılık ilkesi kabul edilmiş ve asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması arandığından azmettirmeye teşebbüs ve suç anlaşmaları cezalandırılmamıştır. Doktrinde bunun, başlı başına kötülük ve haksızlık teşkil eden bu fiillerin cezalandırılabilirliğine ilişkin İslam hukukundaki genel prensibe aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Mohamed A. Arafa**, “Criminal Complicity: Accomplices Criminal Liability to the Criminal Offences: a Comparative Analysis Between the Egyptian Criminal Law System and the Criminal Law System of the United States of America”, *REC*, Ano XVI, No. 67, Autubro/Dezembro, 2017, s. 46. Suç anlaşmasına ilişkin hüküm (Mıs. CK md.48) 14.06.2001 tarihinde Mısır Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bilgi ve konuya ilişkin eleştiriler için bkz. **Mohamed Akıda**, A critical Study on Egyptian Criminal Legislations with and Indication tp Some Modern Laws, in: A. Sözüer (edt), Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey), (129-144), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I/V. II., s. 130; **Arafa**, s. 46-47, dn. 104. Mısır hukukunda iştirak hakkında detaylı bilgi için bkz. **Mohammad Hedeyati-Kakhki**, *Islamic Law*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives), (341-358), England 2013, s. 349-350; **Arafa**, s. 14 vd. İslam ülkelerinden İran’da ve Endonezya’da da azmettirmeye teşebbüs cezalandırmaya layık görülmemiştir. Kanun için sırasıyla bkz. <https://iranhrdc.org/english-translation-of-books-i-ii-of-the-new-islamic-penal-code#26> (29.05.2021), (İran); <http://lad.correct.go.th/main/wp-content/uploads/2016/11/Indonesian-Penal-Code.pdf> (29.05.2021), (Endonezya).

¹⁸²³ Saudi Arabia, https://en.wikipedia.org/wiki/Saudi_Arabia#Legal_system (16.05.2021). Ayrıca bkz. Esther van Eijk, *Sharia and National Law in Saudi Arabia*, in: M. J., Otto (edt), Shraia Incorporate (Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present), Amsterdam 2010, s. 66.

2. Pakistan, Malezya ve Hindistan

Pak.CK'da¹⁸²⁴suç birden fazla kişi tarafından işlendiğinde her birinin müşterek kastı çerçevesinde işlenen fiilden sorumlu olacağı düzenlenmiştir.¹⁸²⁵ Kanunun 34-149 maddeleri arasında suç ortaklığına (*abetment*) ilişkin geniş hükümlere yer verilmiş ve md.114'te faillik-şeriklik ayrımı kabul edilmiştir.¹⁸²⁶

Kanunda azmettirme şeriklik statüsünde kabul edilmiş ve başkasını azmettiren kişinin suça iştirak etmiş olduğu düzenlenmiştir. Failin işlenmesi istenilen fiilden farklı bir fiili işlemesi durumunda azmettirenin, kastının kapsamı haricinde işlenen fiilden sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. Örneğin A, Z'nin evini yakması için B'yi azmettirir. B, hırsızlık yaptıktan sonra ayrıca evi yakar. A, hırsızlık suçuna azmettirmeden sorumlu olmaz, çünkü bu fiil azmettirme kapsamında olmayan farklı bir fiildir. Ancak işlenen fiil bakımından azmettirenin olası kastı varsa azmettirmeden sorumluluk kabul edilir. Yardım etme şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir. Bir şeyin yapılmasına icrai veya ihmali kasten yardım eden kişi yardım eden sıfatıyla suça iştirak etmiş olur.¹⁸²⁷

Pak.CK'da azmettirmeye teşebbüs cezalandırmaya layık görülmüştür. Pakistan hukukunda iştirakten sorumluluğun doğması için iştirak konusu suçun işlenmesi gerekmemekte veya suçun işlenmesine yeterli şekilde etkide bulunmak yeterli kabul edilmiştir. Örneğin A, B'yi C'yi öldürmeye azmettirir; fakat B bu teklifi reddeder. A

¹⁸²⁴ 06.01.1860 tarihinde yürürlüğe giren Pak.CK'da en son değişiklik 16.02.2017 tarihinde yapılmış, iştirak kurumuna ilişkin hükümler geçerliliğini korumuştur. Kanun için bkz. <http://www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html> (6.05.2021). Pakistan'da ceza hukuku gelişimi için bkz. **Martin Lau**, *Sharia and National Law in Pakistan*, in: M.J. Otto (edt), *Shraia Incorporate (Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present)*, (373-432), Amsterdam 2010, s. 417-420. Pak.CK'da her kanun metnine ilişkin açıklamalar kısmına ve bu kısımda örnek olaylara yer verilmiştir. Bu konuda yer verilen örnek olaylar kanunundaki açıklamalar kısmından alınmıştır.

¹⁸²⁵ Pak. CK md.34; **Hedeyati-Kakhki**, s. 351. Azmettirme hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ehsan Dahmardeh/Mohammad Amin Khammar**, "Investigating Abetting Jurisprudence and its Implementation with Iran Thetical Law By Focusing On The New Ipc (Islamic Penal Code) Adopted in 1392", *TOJDAC*, July 2016 Special edit., s. 497 vd.

¹⁸²⁶ **Hedeyati-Kakhki**, s. 349, 351.

¹⁸²⁷ Pak. CK md.107, 108, 111, 113.

kasten öldürme suçuna azmettirmeden yine de sorumlu olur. Ölüm cezası veya müebbet hapis cezası gerektiren bir suçta azmettirmede suçun işlenmemesi durumunda azmettirenin sorumluluğuna ayrıca yer verilmiştir. Örneğin A, Z'yi öldürmeye B'yi azmettirir ve fakat B fiili işlemez. B, Z'yi öldürmüş olsaydı ölüm cezasıyla cezalandırılırdı ve A da bu fiile azmettirmeden aynı ceza ile cezalandırılırdı. Fiilin işlenmemesi durumunda A kanunda aksine hüküm yoksa yedi yıla kadar hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılır. Hapis cezası gerektiren bir suçta azmettirme durumunda fiil işlenmezse, azmettiren bu suç için kanunda öngörülen cezanın dörtte birine kadar hapis veya adli para cezasıyla ya da her ikisiyle cezalandırılır.¹⁸²⁸

Pak.CK'nın iştirak, azmettirme ve azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümleri Mal.CK¹⁸²⁹ ve Hin.CK'da¹⁸³⁰ aynı madde numaralarıyla düzenlenmiştir. Pakistan Hukuku'na ilişkin yapılan açıklamalar Malezya ve Hindistan için de geçerlidir.

3. Irak

ICK'nın birinci kitabının beşinci bölümünün üçünü faslında “*E'l Müsahama E'l Ciniye*” başlığı altında 47.-54. maddeler arasında suçta iştirak düzenlenmiştir. Irak ceza hukukunda faillik-şeriklik ayrımı kabul edilmiş ve olay yerinde bulunan şerikin sorumluluğuna ayrıca yer verilmiştir. ICK md.50'ye göre, “*fail ve şerik olarak suçta iştirak eden herkes işlenen suç için kararlaştırılan cezayla cezalandırılır.*”¹⁸³¹

Irak Ceza hukukunda faillik kapsamında doğrudan, müsterek ve dolaylı faillik kabul edilmiştir (ICK md.47). Suçta şerik olarak katılan kişi suç mahallinde hazır

¹⁸²⁸ Pak. CK md.108, 115. Kanunda suç anlaşması da bağımsız olarak cezalandırılmaktadır. Bkz. Pak. CK md.120.

¹⁸²⁹ En son değişikliğin 2014 yılında yapıldığı 1936 tarihli 574 No. Malezya Ceza Kanunu (Malaysia Penal Code) metni için bkz. <https://www.rcrc-resilience-southeastasia.org/wp-content/uploads/2017/12/Penal-Code-Act-574.pdf> (29.05.2021).

¹⁸³⁰ 06.01.1860 tarihli 45 No. Hindistan Ceza Kanunu (Indian Penal Code) metni için bkz. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1860-45.pdf> (29.05.2021).

¹⁸³¹ **İbrahim K. Abbas**, *Türk ve Irak Hukuklarında Suçta İştirak*, (Danışman: Prof. Dr. İzzet Özgenç), GÜSBE, Yüksel Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 88, 120; **Mhaidi**, s. 30, 34. ICK için bkz. https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=57206&p_country=IRQ&p_count=232&p_classification=01.04&p_classcount=5 (16.05.2021).

bulunursa fail olarak sorumlu olur (ICK md.49). Bunun için şerikin suça ilişkin fiillerden biri işlenirken suç mahallinde bulunması ve bulunmasının tesadüfi olmaması gerekir. Suç mahallinde hazır bulunan şerik; suçun işlenmesinde artık önemli bir rol oynamış ve faillik şeklinde iştirak sınırına adım attığı için fail olarak sorumludur.¹⁸³²

Irak hukukunda bir diğer iştirak şekli şeriklikdir. ICK md.48’de azmettirme, suç anlaşması ve yardım etme şeriklik statüsünde iştirak şekilleri olarak düzenlenmiştir. Suç anlaşmasında iki veya daha fazla iradenin suç üzerinde anlaşması yani bir tarafın suç işlemeyi teklif etmesi ve karşı tarafın bunu kabul etmesi gerekir. Suçun işlenmesi için suça hazırlayıcı ve kolaylaştırıcı faaliyetlerde bulunan kişi yardım eden olarak sorumlu olur.¹⁸³³ Şöyle ki:

“Kim suç işlemeye azmettirirse ve bu azmettirmeden dolayı suç işlenirse, kim suç işlemek için başkasıyla anlaşırsa ve bu anlaşmadan dolayı suç işlenirse, kim faile bilinçli bir şekilde silah veya suçta kullanılan her hangi bir alet verirse ve fail de silahı suçta kullanırsa veya suçu kolaylaştırmak için faile kasten yardım ederse suçun şeriki olarak sorumlu tutulur”.

ICK md.48/f.1’e göre, “suç işlemeye azmettiren kimse azmettirmeye binaen suç işlenirse şerik olarak sorumlu olur.” Doktrinde azmettirme, suç işleme yönünde bir kimsenin düşüncesini etkileme faaliyeti olarak o kişide suç düşüncesi oluşturma ve onu suça götürme şeklinde tanımlanır. Azmettirmede failin iradesini etkileme ve onun iradesini suça yöneltme vardır. Suça yönelik olarak soyut nitelikte görüş belirtmek veya sadece suça çağırmak faili etkilemediği sürece azmettirme olarak kabul edilmez. Azmettirenin sorumlu olması için asıl fiilin suç teşkil etmesi, bu fiilin işlenmesi ve azmettirenin kasten hareket etmesi gerekir. Failin fiilin icrasına başlaması yeterli olup, fiilin tamamlanması gerekmez.¹⁸³⁴

¹⁸³² Mhaidi, s. 3; Abbas, s. 120 vd.

¹⁸³³ Mhaidi, s. 47-48, 52, 55-59; Abbas, s. 139 vd.

¹⁸³⁴ Mhaidi, s. 53-54, 59-60; Abbas, s. 146, 149.

Irak hukukunda azmettirmenin cezalandırılabilmesi için bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Failin azmettirmeye cevap vermemesi veya azmettirmeyi başta kabul edip sonradan bundan vazgeçmesi gibi suç azmettirenin iradesi dışındaki bir sebepten dolayı gerçekleşmezse iştirak kabul edilmez. İştirakin gerçekleşmesi hukuka aykırı fiilin işlenmesini gerektirir. Azmettirmeye teşebbüste azmettirenin genel hükümler altında sorumluluğu kabul edilmemiş, fakat bazı suç tiplerinde asıl fiilin işlenmesi aranmamıştır. Burada azmettirme sonucu bir etki ortaya çıkmasa (asıl fiil işlenmese) bile azmettirenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu suç tiplerine bağımsız azmettirme suçları denir. Böylece ICK'da genel hükümler altında cezalandırılmayan azmettirmeye teşebbüs özel suç tipleriyle cezalandırmaya layık görülmüştür. Devletin dış güvenliğine karşı 156-167. maddeler arasında düzenlenen suçlara azmettirmeye ilişkin ICK md.170, devletin iç güvenliğine yönelik 190-197. maddeler arasında düzenlenen suçlara azmettirmeye yönelik ICK md.198 ve güvenlik güçlerini emre itaatsizliğe veya görevi yapmamaya azmettirmeye ilişkin ICK md.199 azmettirmeye teşebbüsün özel suç tipleri ile cezalandırılmasına örnek verilebilir.¹⁸³⁵ Bunun yanında aleni olarak öldürme, hırsızlık, yangın çıkarmaya azmettirmek (ICK md.212) ve toplumu suça azmettirme (ICK md.221) bağımsız suç tipleri olarak bu çerçevede kabul edilir. Bu suç tiplerini suça azmettirmeden ayıran en temel özellik buradaki azmettirmenin alenen gerçekleşmesidir. Alenen işlenen azmettirme, belirli bir kişiye karşı işlenen azmettirmeden daha tehlikeli bir fiil olarak kabul edilir; çünkü burada söz konusu olan artık toplum olup aleniyetin suçun gerçekleşmesi üzerindeki etkisi daha fazladır.¹⁸³⁶

¹⁸³⁵ Mhaidi, s. 54-55, 60-61.

¹⁸³⁶ Abbas, s. 138-140.

IV. DİĞER ÜLKELERDE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS

A. Rusya

Rus hukukunda suça iştirake ilişkin hükümler RFCK'nın¹⁸³⁷ genel hükümler kısmının ikinci bölümünde düzenlenmiştir. RFCK md.32'de iştirak “*iki veya daha fazla kişinin kasıtlı bir suçun işlenişine kasten katılımı*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸³⁸ İştirak sorumluluğu, her bir iştirakçinin katkısının niteliğine ve derecesine göre belirlenir.¹⁸³⁹ Failin kasten sınırı aştığı hallerde kusurluluk ve şahsi ceza sorumluluğu prensipleri gereği aşan kısımdan şerik sorumlu tutulamaz. Şerik, sadece kastı kapsamındaki fiillerinden sorumludur.¹⁸⁴⁰

RFCK'da faillik, organizatörlük, azmettirme ve yardım etme olmak üzere dört iştirak şekli kabul edilmiştir. Faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik düzenlenmiş; organizatörlük bağımsız bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir. Suçun işlenmesini organize eden veya yöneten kişiye organizatör denir. Suç örgütü kuran ve yöneten kişi de organizatör olarak nitelendirilir (RFCK md.33). Azmettiren “*kandırma, satın alma, tehdit veya başka yöntemle başkasını suç işlemeye ikna eden kişi*” olarak tanımlanmıştır (RFCK md.33/f.4). Azmettirenin ve organizatörün cezalandırılabilmesi asıl fiilin işlenmesine bağlı kılınarak iştirakte bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Suça iştirak eden herkes işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır.¹⁸⁴¹

Rus hukukunda bağıllık kuralı gereği asıl fiil en azından teşebbüs aşamasına vardığından teşebbüse iştirak cezalandırılabilir olduğu gibi; asıl fiil teşebbüste kalmasa

¹⁸³⁷ 13.06.1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (*Criminal Code of the Russian Federation*), [No. 63-Fz Of June 13, 1996].

¹⁸³⁸ RFCK md.32; **Paramonova**, s. 186, 189-190.

¹⁸³⁹ RFCK md.34/f.1. İştirak hakkında detaylı bilgi için bkz. **Paramonova**, s. 186 vd. Kanun metinleri için bkz. **William E. Butler**, *The Criminal Code of the Russian Federation*, 4. edit., London 2004.

¹⁸⁴⁰ RFCK md.34; **Paramonova**, s. 197-198.

¹⁸⁴¹ **Paramonova**, s. 189-190, 191; RFCK md.34, 37; **Emin Hüseyinov**, *Rusya Federasyonu Ceza Hukuku'nda Suça Teşebbüs*, (Danışman: Doç. Dr. Türkan Sancar), AÜSBE, Doktora Tezi, 2011, s. 4, 6.

bile iştirake teşebbüs de cezalandırılabilir. RFCK md.34/f.5, cüm.1’de¹⁸⁴² iştirake teşebbüsün, başarısız iştirak hali olduğu ve suça hazırlık veya teşebbüs çerçevesinde sorumluluğun belirleneceği kabul edilmiştir. RFCK md.34/f.5, cüm.2’de azmettirmeye teşebbüs, iştirake teşebbüsün bir türü olarak cezalandırmaya layık bir fiil olarak görülmüştür. Buna göre, “*azmettiren kendi kontrolü dışındaki nedenlerden dolayı başarısız olursa suça hazırlıktan sorumlu olur.*” Düzenlemeden azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketi olarak cezalandırıldığı sonucu çıkarılabilir.¹⁸⁴³ Örneğin A’nın, B’yi kasten öldürme suçuna ikna etmeye çalıştığı ve bunun için ödül olarak para vadettiği bir olayda B teklifi reddetse A suça hazırlıktan sorumlu olur.¹⁸⁴⁴

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin içtihatlarına konu olan bir olayda “*mağdur Şirokov’un evine girerek yağma suçunu işlemek isteyen sanık Koskov, suçu birlikte işlemek için K’yi birkaç gün boyunca ikna etmeye çalışmış ve suç işleme planını K’ya anlatmıştır. Aralarında geçen konuşmalardan birisini gizlice kaydeden K, polise başvurmuştur. Mahkeme, Koskov’un yağma suçuna hazırlıktan cezalandırılmasına ilişkin hükmün doğru olduğuna karar vermiştir.*”¹⁸⁴⁵

Azmettirmeye teşebbüsün hazırlık suçu olarak cezalandırılması “toplumsal tehlikeye” dayandırılır. Suça hazırlık, önemli suçlarda ve azmettirmeye teşebbüste

¹⁸⁴² RCK md.24/f.5 cüm.2’de suç için anlaşma ağır suçlara veya nitelikli ağır suçlara hazırlık çerçevesinde cezalandırılmıştır Bundan hareketle “*icracının elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanmaması halinde, diğer suç ortakları suça teşebbüs veya hazırlıktan sorumlu olurlar*”. Bkz. **Hüseynov**, s. 62-63.

¹⁸⁴³ RFCK md.34/f.5. Kanun metni için bkz. **Paramonova**, s. 204. Aynı yönde düzenleme iştirak konusunda Rus Hukuku’nu benimseyen Gürcistan hukukunda da vardır. GCK’ya göre, “*Her kim elinde olmayan sebeplerden ötürü bir başkasını suç işlemeye ikna etmede başarısız olursa suça hazırlıktan sorumlu olur*” (GCK md.25/f.7). 1999 tarihli Gürcistan Ceza Kanunu (*Criminal Code of Georgia*) metni için bkz.

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-odes/country/29/France/show>, (30.11.2018). Aynı yönde benzer düzenleme Azerbaycan hukukunda da kabul edilmiştir. (Az.CK md.27-33). 01.09.2000 tarihinde yürürlüğe giren 30.12.1999 tarihli Azerbaycan Ceza Kanunu (*Criminal Code of Azerbaijan*) metni için bkz.

https://www.legislationline.org/download/id/8304/file/Azerbaijan_CC_am2018_en.pdf (12.02.2021).

¹⁸⁴⁴ **Paramonova**, s. 201-202.

¹⁸⁴⁵ Karar için bkz. **Hüseynov**, s. 61, dn. 180.

daha az tehlikeli kabul edilerek cezalandırılır. Azmettirmeye teşebbüs, toplumsal tehlikeli bir hareket olarak hukuksal değerleri tehlikeye sokan bir fiildir. Böylece ceza hukuku ön alanda müdahale etmek suretiyle önleme anlayışıyla hareket ederek daha büyük zararların gerçekleşmesini engelleme fonksiyonu icra eder.¹⁸⁴⁶ Cezalandırılmasının gerekçesi toplumsal tehlikeye dayandırılmasına rağmen İtalya hukukundakinin aksine azmettirmeye teşebbüs için güvenlik tedbiri öngörülmemiş, bu fiil ceza ile yaptırıma bağlanmıştır.

RFCK md.29/f.2’de suça hazırlığın tamamlanmamış suçlardan olduğu açıkça belirtilmiştir. RFCK md.30’da suça hazırlık, suç yolunda teşebbüsten önce gelen bir aşama olarak “bir suçun işlenmesi koşullarını kasten oluşturmak” şeklinde tanımlanmıştır. Kural olarak cezalandırılabilir olmayan suça hazırlık, sadece belli suç tiplerinde cezalandırılmıştır. Hazırlığın tamamlanmamış bağımsız bir suç tipi olarak cezalandırılması kasten öldürme, suç vasıtası bulma ve üretme ve kabul etme, suç anlaşması ve suç ortağı bulma gibi ağır suçlarda kabul edilmiştir. Kiralık asker toplama (m.359), saldırgan savaş hazırlığı (m.353), silahlı örgüt kurma, (m.209) gibi suçlarda da suça hazırlık bağımsız olarak cezalandırılan suç tipleridir. Hafif suçlara iştirak edenlerin hazırlık hareketleri bağımsız suç teşkil etmedikçe cezalandırılmaz.¹⁸⁴⁷

RFCK’da genellikle azmettirme şeklinde ortaya çıkan “suç ortağı aramak” md.30/f.1’de “suç işlemek için kasten ortam oluşturmak” anlamında kullanılan hazırlık kapsamında kabul edilir.¹⁸⁴⁸ Bir başkasını azmettirmek üzere suç ortağı arayan

¹⁸⁴⁶ **Paranomova**, s. 46, 47, 48.

¹⁸⁴⁷ RFCK md.29 ve30; **Paramonova**, s. 48, 59-60; **Hüseynov**, s. 61-62. RFCK md.15’te suçlar hafif, orta, ciddi ve nitelikli ciddi ağırlıkta suçlar olmak üzere dört gruba ayrılmıştır. Hafif ağırlıkta suçlar hapis cezası iki yılı aşmayan, orta ağırlıkta suçlar hapis cezası beş yılı aşmayan, ciddi suçlar hapis cezası on yılı aşmayan ve nitelikli ciddi suçlar hapis cezası on yıl veya daha ağır bir yaptırımla cezalandırılan suçlardır.

¹⁸⁴⁸ **Hüseynov**, s. 55. Moskova Bölge Mahkemesi’nin bir kararına konu olan olayda; “boşandığı kocası Saçkov A’yı öldürmek isteyen Saçkova T, bu niyetini gerçekleştirebilmek için kiralık katil arar, ancak onun bu faaliyeti kolluk makamları tarafından öğrenilir. Bunun üzerine adli makamların bilgisi dâhilinde kolluk görevlisi İsayev O, kiralık katil rolünde (ajan provakatör), Saçkova T ile irtibata geçerek Saçkov A’yı para karşılığı öldürebileceğini söyler ve taraflar 23.10.2009 tarihinde 60.000 ruble karşılığında Saçkov A’nın öldürülmesi konusunda anlaşılır. Daha sonra 28.10.2009 tarihinde, İsayev O, Saçkova T’yi telefonla arayarak Saçkov A’yı öldürdüğünü söyler ve vaat edilen parayı ödemesi için kendisiyle

aradığı kişiyi bulmasına rağmen ikna edemezse, ikna etmek suç ortağı aramak sayıldığından RFCK md.34/f.5 çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olur. Dolayısıyla suç teşebbüs aşamasına varmadığında gerçekleştirilen arama faaliyeti iştirak çerçevesinde cezalandırılmayacağı için suça hazırlıktan cezalandırılır. Suç ortağı aramanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi, failin ağır ya da nitelikli ağır bir suçun işlenmesi amacıyla arama faaliyetini gerçekleştirmesine bağlıdır (RFCK md.30/f.2).¹⁸⁴⁹

Rus hukukunda azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu suça hazırlık kapsamında kabul edilmiş ve ilgili suçun hazırlığı için kanunda öngörülen ceza ile yaptırıma bağlanmış; fakat cezalandırmada sınırlama getirilmiştir. RFCK md.66/f.2'ye göre, *“bir suça hazırlık için verilen cezanın süresi kanunun özel bölümünün ilgili maddelerinde tamamlanmış suç için öngörülen en ağır cezanın azami süresinin yarısını aşamaz.”* RFCK md.66/f.4'e göre, *“suça hazırlık için bir kimseye ne ölüm cezası ne de müebbet hapis cezası verilebilir.”*¹⁸⁵⁰ Örneğin RFCK md.105/f.1'de kasten öldürmenin temel hali altı yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır. İkinci fıkrada hapis cezası sekiz yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasıdır.¹⁸⁵¹ Kasten öldürmenin temel haline azmettirmenin başarısız olması durumunda azmettirenin cezası, hakimin on beş yıla kadar belirleyeceği cezanın yarısını aşamaz. Örneğin hakim kasten öldürmenin cezasını on yıl olarak belirlemişse azmettirmeye teşebbüsün cezası beş yıldan fazla hapis cezası olamaz. Kasten öldürmenin nitelikli haline azmettirmenin başarısız olması durumunda örneğin hakim cezayı on iki yıl olarak tespit etmişse azmettirmeye teşebbüsün cezası altı yıldan fazla olamaz.

buluşmasını teklif eder. Bu buluşma sırasında Saçkova T, kolluk görevlileri tarafından yakalanır. Saçkova T insan öldürme suçuna hazırlıktan 8 sene hapis cezasına mahkûm edilir...” Karar ve kararın değerlendirilmesi için bkz. **Hüseynov**, s. 61, dn. 179.

¹⁸⁴⁹ **Hüseynov**, s. 61-62.

¹⁸⁵⁰ RFCK md.66/f.2, f.4.

¹⁸⁵¹ RFCK md.105/f.1, f.2.

B. Japonya

JCK¹⁸⁵²'da iştirakte faillik-şeriklik ayırımı yapılarak ikici iştirak sistemi benimsenmiştir. Fail suçun işlenmesinde birinci derecede rol oynayan kişidir. Şerik az da olsa suça katkı sunan kişi olup, azmettirme veya yardım etme şeklinde suça iştirak edebilir (JCK md.61).¹⁸⁵³

JCK md.61/f.1'e göre; *“bir başkasını suç işlemeye azmettiren fail gibi cezalandırılır. Zincirleme azmettirme de açıkça cezalandırılmıştır. İkinci fıkraya göre azmettirmeye bir başkasını azmettiren (dolaylı azmettiren)”*¹⁸⁵⁴ de aynı şekilde cezalandırılır.” Azmettiren dolaylı olarak da olsa hukuksal değerleri ihlal ettiği için cezalandırılır.¹⁸⁵⁵

Japon hukukunda azmettirmede bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Bağlılık kuralı gereği asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olamsı gerekir. Ancak fail suçu işlemeye karar vermez veya karar vermesine rağmen suçun icrasına başlamazsa azmettiren teşebbüsten cezalandırılmaz.¹⁸⁵⁶ Bir başka anlatımla bir kimse başkasında suç işleme düşüncesinin oluşmasında başarısız olur veya başarılı olur ancak fail suçu işlemezse o kişi azmettiren olarak sorumlu tutulamaz.¹⁸⁵⁷

Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı ciddi bir suçta failin fiili işlememesi durumunda, bir kimsenin şerik olarak bu suçtan dolayı sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesi Japon hukukunda tartışmalıdır. Bağlılık kuralına göre, asıl fail suçu

¹⁸⁵² 1907 tarihli Japon Ceza Kanunu (*Criminal Code of Japan*).

¹⁸⁵³ **Yoshisuke Ito**, *Japan*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, (152-184), Germany 2015, s. 35, 152, 153. Azmettirminin faillikten ayrılması yönündeki görüş için bkz. Makoto Ida, “Japonya’da Ceza Hukuku Dogmatığının Felsefeden Arındırılması: Ya da Düşünmenin Terk Edilmesi Üzerine Hukuk Kuramı”, çev. İlker Tepe, C. 2, S. 1, Ocak-Şubat 2015, s. 20-29.

¹⁸⁵⁴ **Ito**, s. 171-172.

¹⁸⁵⁵ **Ito**, s. 152 vd.; JCK md.61/f.1. Kanun metni için bkz.

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04> (20.11.2018).

¹⁸⁵⁶ **Ito**, s. 35-36.

¹⁸⁵⁷ **Ito**, s. 169.

işlemediği sürece şerikin cezalandırılması mümkün değildir. Asıl fail tarafından işlenen hazırlık hareketlerinden dolayı şerikin cezalandırılması gerektiğini reddeden bir görüşe göre, failin asıl fiili işlemesinden maksat hazırlık hareketi kabul edilen fiillerden ayrılan en azından teşebbüs aşamasına varan bir fiilin işlenmesidir. Karşı görüş ise, şerikin failin sırf hareketinden dolayı cezalandırılmasından yanadır. Buna göre, suçun başlaması kavramı sadece cezalandırılabilir hazırlık hareketlerini kapsar. Failin en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiile başlaması gerekmez ve sadece tanımlanan hareketten dolayı failin cezalandırılmıştır. Bu yüzden hazırlık hareketi kabul edilen bir fiilden dolayı asıl fail suçu işlemeye başladığında cezalandırılırsa, şerik de bu fiilden dolayı cezalandırılabilir.¹⁸⁵⁸

Azmettirmeye teşebbüs, bağlılık kuralından dolayı kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılmamış, fakat hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı özel suç tiplerinde yaptırıma bağlanmıştır.¹⁸⁵⁹ Örneğin JCK md.81’de düzenlenen yabancı saldırının yapılmasına azmettirme bağımsız bir suç tipi olarak ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. JCK md.88’de bu suçun hazırlığını yapmak bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile bağımsız olarak cezalandırılmıştır.¹⁸⁶⁰

Bazı özel ceza kanunlarında suça tahrikin cezalandırıldığı hükümler de bulunmaktadır. İlgili suç tipi çerçevesinde tahrik konusu suç işlenmezse bile tahrik bağımsız olarak cezalandırılır.¹⁸⁶¹

Japon hukukunda hukuksal değerlere zarar vermesi açık olmayan fiilleri ceza yaptırımını altına almak kanun koyucu için belirgin bir eğilim olarak kendisini gösterir. Bu eğilimde ceza hukukunun daha erken aşamada müdahalesi ve hukuksal değerlerin korunması istenir. Ancak bunun meşruiyeti için ilgili hukuksal menfaat bağlamında gerçekleşebilecek zararlı neticelerin, verilecek cezanın elverişliliğinin ve ceza yerine

¹⁸⁵⁸ **Ito**, s. 176-177.

¹⁸⁵⁹ **Ito**, s. 27.

¹⁸⁶⁰ JCK md.81, 88.

¹⁸⁶¹ Görüşler için bkz. **Ito**, s. 181.

daha hafif başka bir aracın ikamesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir.¹⁸⁶²

C. Çin

ÇCK¹⁸⁶³ md.25'te iştirak, iki veya daha fazla kişinin kasten bir suçun işlenişine katılması şeklinde tanımlanmıştır. Çin hukukunda¹⁸⁶⁴ iştirakten sorumluluğun doğması için ceza sorumluluğuna sahip iki veya daha fazla kişinin suçu işlemesi, iştirak konusu suçun objektif unsurunun tüm iştirak edenler tarafından işlenmesi ve hepsinin aynı suç işleme kastını taşıması gerekir. İştirak, faillik-şeriklik şeklinde ayrılarak ikici iştirak sistemi benimsenmiştir. ÇCK md.29/f.2'ye göre, suçun işlenmesinde ikinci dereceden rol oynayan kişiye şerik denir. Azmettirme ÇCK md.29/f.1'de, *“bir başkasını suça azmettiren suçun işlenişine olan katkısı nispetinde cezalandırılır. Failin 18 yaşın altında olması durumunda azmettirenin cezası arttırılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. ÇCK md.29/f.2'e göre, *“azmettirilen kişi, azmettirildiği fiili işlemezse azmettirenin cezası indirilebilir.”* Düzenlemeye göre, failin suçu işlememesi durumunda azmettirene hafifletilmiş ceza verileceği belirtilmiş ve azmettirmeye teşebbüs bağımsız genel bir hükümle cezalandırmaya layık görülmüştür. Azmettirmeye teşebbüs, suç işlenseydi azmettirene verilecek cezadan yapılacak indirimle yaptırıma bağlanmıştır.¹⁸⁶⁵

¹⁸⁶² **Makoto İda**, “Ülke Raporu: Japon Ceza Hukuku Yaptırımları Üzerine”, çev. Ahmet Mithat, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (1465-1476), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I/V. II, 2005, s. 1467, 1471-1472.

¹⁸⁶³ 1979 tarihli Çin Ceza Kanunu (*Criminal Code of China*). Kanun metni için bkz. <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm> (29.05.2021).

¹⁸⁶⁴ Çin Hukuku’nun gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Jianfu Chen**, *Criminal Law and Criminal Procedure Law in the People’s Republic of China*, çev. Suiwa Ke, London 2013, s. 3-11; Jianfu Chen, *Chinese Law (Towards an Understanding of Chinese Law, Its Nature and Development)*, London 1999, s. 171.

¹⁸⁶⁵ **Wang Guiguo/John Mo** (edt), *Chinese Law*, London 1999, s. 601, 602, 603; **Chen**, *Criminal Law*, s. 111-113; ÇCK md. 25-29.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS VE AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN ÖNERİMİZ

I. TÜRK HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS

A. ETCK Döneminde Azmettirmeye Teşebbüs

ETCK'da bağlılık kuralının kabul edilmesi nedeniyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildi. Ayrıca genel hükümlerde cezalandırılmasına ilişkin bağımsız bir hüküm bulunmamaktaydı.¹⁸⁶⁶ Failin icraya başlamaması veya farklı bir suç işlemesi durumlarında azmettirmeye teşebbüsün gerçekleştiği ve bu durumda azmettirenin cezalandırılması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştü.

Erman, failin suçun icrasına başlamaması halinde azmettirenin cezasında indirim yapılması önerisinde bulunmuştu.¹⁸⁶⁷

Taner, fiilin azmettirenin haricinde kalan sebeplerden dolayı işlenmediği bir durumda azmettirenin ahlaki readeatini ortaya koyduğunu, bu yüzden cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştü.¹⁸⁶⁸

Yekebaş, belirli bir suç işlemeye azmettirilen failin suç işlemekten vazgeçtiği için fiilin icrasının başlamaması nedeniyle azmettirmeye teşebbüsün gerçekleştiğini ve bu durumda suç işleme yönündeki iradesini haricileştirdiği için azmettirenin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüş ve bunun gerekçesini failin suçun icra

¹⁸⁶⁶ **M. Muhtar Çağlayan**, *Türk Ceza Kanunu (En Son Değişiklikleriyle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı)*, (md.1-124), C. I, 3. bs., 1985 Ankara, s. 765, 768; Abdullah Pulat **Gözübüyük**, *Türk Ceza Kanununun Gözübüyük Şerhi (Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli)*, (1-124), C. I, 5. bs., 1988 İstanbul, s. 835.

¹⁸⁶⁷ Bkz. aktaran **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 351.

¹⁸⁶⁸ **Taner**, s. 531, 532.

hareketlerine başlamasa bile azmettirme iradesinin ve bunu yansıtan azmettirme fiilinin azmettirenin toplum için tehlikeliliğine dayandırmıştı.¹⁸⁶⁹

Devrin, asıl fiil işlenmemiş, fail fiili işlemekten vazgeçmiş veya hiç icraya başlamamış ise bu durumda azmettirenin iştirakten dolayı cezalandırılmayacağını ve iştirake teşebbüsten bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştü.¹⁸⁷⁰

ETCK döneminde genel hükümlerde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olmadığı ve bunun ancak özel hükümler altında bağımsız bir suç tipiyle mümkün olduğu da ileri sürülmüştü. *Dönmezer/Erman*, suça ilişkin hükmü genişletici bir fonksiyonu olan teşebbüsün ceza sorumluluğunu genişletici bir başka kurumla kaynaştırılmasının mümkün olmaması, bunun teşebbüs öğretisine aykırı olması ve asıl fiilin icrası başlamadığı için şeriklik hareketlerinin suçun icrasında nedensel olmamasından dolayı teşebbüs hükümleriyle iştirak hükümlerinin kaynaştırılmasından doğan iştirake teşebbüs kurumunun ceza hukuku disiplinde yeri olmadığını ileri sürmüşlerdi. *Yazarlara* göre, neticesiz kalan azmettirme ve kabul edilmeyen suç tekliflerinde tipe uygun hareket gerçekleşmediğinden iştirake ilişkin hükümlerin uygulanması ve şeriklerin (özellikle azmettirenin) cezalandırılması mümkün değildir. Fail suçun icrası için hiç harekete geçmemişse iştirake ilişkin hükümleri uygulamaya imkan yoktur. Ancak kanunun özel hükümleri içinde özel bir suç tipiyle ortaya çıkan cezasızlığın önüne geçilebilir. *Yazarlar*, bu gerekçelerden hareketle aleniyet şartını kaldırmak ve neticesiz kalan azmettirme bakımından kabul etmek suretiyle ETCK md.311'deki suç işlemeye alenen tahrik hükmüne benzer bir hükmün kanunda düzenlenmesini önermişlerdi.¹⁸⁷¹

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olmadığını ileri süren görüşler de vardı. *Erem*, azmettirme başarılı olsa bile herhangi bir nedenle fail suçu işlememişse suçun teşebbüs aşamasına girilmediği ve suçun maddi unsuru mevcut

¹⁸⁶⁹ **Yekebaş**, s. 114-115.

¹⁸⁷⁰ **Devrin**, s. 416.

¹⁸⁷¹ **Dönmezer/Erman**, II, s. 465, 474-476.

olmadığı için sonuçsuz kalan azmettirmenin cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüştü.¹⁸⁷²

Toroslu, teşebbüste objektif görüş benimsenirken iştirakte sübjektif görüşün benimsenmesinin doğru bir yaklaşım olmadığını, azmettirmeye teşebbüs cezalandıran bir düzenlemenin hazırlık hareketlerinin cezalandırılması anlamına geleceğini ve icra başlangıcı olmadan azmettirenin cezalandırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüş; doktrinde azmettirmeye teşebbüsün azmettirenin cezasında indirim yapmak suretiyle cezalandırılabilceği yönündeki önerilere karşı çıkmıştı. Suça teşvike ilişkin hükmün kapsamına azmettirme kavramının eklenerek bu meselenin çözülebileceğini, fakat kendisinin buna da taraftar olmadığını belirten *yazar* azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmamasından yanaydı.¹⁸⁷³

ETCK döneminde doktrinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği tartışılmış, ancak azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran genel bir hükme kanunda yer verilmemişti. Bununla birlikte ETCK’da muhtelif suç tiplerinde hazırlık hareketi niteliğindeki bazı fiiller bağımsız suç tipleri olarak cezalandırılmıştı. Yalancı tanık, bilirkişi ve tercüman tedarikine teşebbüs (md.291/f.2), cürüm işlemek için cemiyet kurmak (md.313), cürüm işlemeye alenen tahrik (md.311), gizli ittifak (md.171), rüşvet (md.211-217) ve intihara ikna etmek (TCK md.454) gibi suç tiplerine ilişkin hükümler örnek verilebilir.¹⁸⁷⁴

ETCK’nın ikinci kitabının “Adliye Aleyhine Cürümler” başlıklı dördüncü babının “Yalan Şahitliği ve Yalan Yere Yemin” başlıklı dördüncü faslının 291’inci maddesinde “Yalancı Şahit, Bilirkişi ve Tercüman Tedarik Etme Suçu” çerçevesinde yalan tanığı, bilirkişiyi veya tercümanı tedarik etmek bağımsız bir suç olarak düzenlenmişti. ETCK md291/f.1’e göre, “*Bir kimse 286’ıncı maddede yazılı olan*

¹⁸⁷² **Erem**, Ümanist Doktrin, s. 421. **Erem**’in görüşü için ayrıca bkz. **İnci**, s. 966-967.

¹⁸⁷³ Bkz. aktaran **İnci**, s. 966.

¹⁸⁷⁴ Bu hükümlerden md.291/f.2 inceleme konumuzla bağlantılı olarak bu başlık altında, diğer hükümlere YTCK’da da yer verildiğinden tekrardan kaçınmak amacıyla yeni kanun döneminde mevcut yasal durum bağlamında ele alınacaktır.

cürmü (yalan tanıklık) işletmek için para vermek veya sair menfaat göstermek veya vait ve teşvik veya tehdit veya hile ve desise ile veya nüfuz kullanmak suretiyle şahit veya ehli hibre yahut tercüman tedarik ederek yalan şahadeti işletmiş ve hilafı vaki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş ise 286'ıncı maddenin birinci fıkrasında muayyen olan hallerde bir aydan bir seneye kadar, ikinci fıkrasındaki hallerde üç seneden beş seneye kadar hapis, üçüncü fıkrasında yazılı hususatta on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Yalancı şahit ve o makuleden ehli hibre ve tercüman tedarik eden kimsenin onlara mükafaten verdiği şeyler müsadere olunur.” ETCK md291/f.2'e göre, *“bir kimse bu suretlerle şahit veya ehli hibre yahut tercüman tedarikine yalnız teşebbüs etmiş bulunursa geçen fıkralarda yazılı olan cezalar üçte bire indirilir.”*¹⁸⁷⁵

Bu düzenlemeye göre; bir kimse, para vermek veya sair menfaat göstermek veya vaid ve teşvik veya tehdit veya hile ve desise ile veya nüfuz kullanmak suretiyle şahit veya ehli hibre yahut tercüman tedarik ederek yalan şahadeti işletmiş ve hilafı vaki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş ise cezalandırılırdı. Bu suçun maddi unsuru tedarik etmek olarak tanımlanmıştı. ETCK döneminde tanığın, bilirkişinin veya tercümanın kendiliğinden yalan şahadette bulunmayı teklif etmesi halinde söz konusu hükmün uygulanmayacağı kabul ediliyordu. Hükümde tedarik etmek yeterli sayılmamış; hangi vasıtalarla tedarik etmenin gerçekleştirileceği belirtilmişti.¹⁸⁷⁶ Buna göre, tedarike teşebbüs edilmiş olması için tanık, bilirkişi veya tercümanın teklifi kabul etmemesi gerekir.¹⁸⁷⁷ Bu hüküm çerçevesinde yalancı tanık, bilirkişi ve tercümanın tedarike

¹⁸⁷⁵ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 902.

¹⁸⁷⁶ **Faruk Erem**, “Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık”, *AÜHFD*, C. 11, S. 3, 1968, s. 56, 57, 58. Suçun unsurları için bkz. **Erem**, Yalan Şahadet, s. 58; **Majno**, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, C. II, Ankara 1978, s. 265; **Faruk Erem/Nevzat Toroslu**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. bs., Ankara 1978, s. 230.

¹⁸⁷⁷ **Majno II**, s. 265. Yargıtay ETCK döneminde verdiği bir kararında bilirkişiye olumlu rapor düzenlemesi için yapılan para teklifinin reddedilmesinin md.291'i oluşumadığını, bunun rüşvete teşebbüs olduğuna hükmetmişti. Karara göre, “*sanığın başvurusu üzerine, tarladaki zararı saptamakla görevlendirilen Ziraat teknisyenlerinden müşteki Zafer Zelçuk'a lehine rapor düzenlemesi için 5.000 lira vermesinden ibaret eyleminin TCK'nın 211.maddesinin açıklığı karşısında 220 ve 223'üncü maddelerde yazılı rüvet vermeğe kalkışmak suçunu oluşturduğu gözönüne alınmadan 291. madde ile hüküm kurulması yasaya*

şeklindeki azmettirme fiilinin teşebbüs hali hafifletici sebep olarak kabul edilmiş ve tedarik etmenin başarıya ulaşmış haline nazaran daha az ceza öngörölmüşü.¹⁸⁷⁸

ETCK md.291/f.2 doktrinde özel bir teşebbüs düzenlemesi olarak nitelendirilmiş ve kanun koyucunun bu suç bakımından hazırlık hareketlerini cezalandırmayı amaçladığı ileri sürölmüşü.¹⁸⁷⁹ *Erem*, yalan tanıklık veya beyanda bulunmak teklifinin kabul edilmemesi ve tanık, bilirkişi veya tercüman üzerindeki baskının netice vermemesi durumunda teşebbüsün cezalandırılabilirliği hususunda tereddüt edilebileceğinden hareketle yalancı tanık, bilirkişi ve tercüman tedariki suçunun tamamlanması için yalan tanıklık ve beyanda bulunmanın şart olduğunu ve ancak teklifin reddedilmesinin hazırlık hareketi olduğunu ve kanunun bu suçla hazırlık hareketlerini cezalandırdığını ileri sürmüştü.¹⁸⁸⁰

YTCK'nın hükümet tasarısında bu suçla ilişkin bir madde (440'ıncı madde) konulmuş, ancak gerekçede başarısızlıkla sonuçlanan azmettirmenin kapsam haricinde tutulduğu ve yalan tanıklık suçunun cezalandırılabilmesi için tanığın yalan beyanda bulunmaya ikna edilmesinin yeterli olmadığı ve ikna edilme sonucu tanığın yalan beyanda bulunması gerektiğinden hareketle komisyon çalışmaları sırasında bu madde tasarıdan çıkarılmışı.¹⁸⁸¹ Yalan tanıklığa azmettirmenin başarıya ulaşmadığı hallerde YTCK md.40/f.3'ün bu durumu cezalandırmaya engel olduğu eleştirilmiş ve ETCK md.291 şeklindeki bir maddenin yeni kanuna alınmamasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir.¹⁸⁸²

aykırıdır. ” (YCD, T. 19.10.1982, E. 3533, K. 3571), karar için bkz. **Gözübüyük**, C. III, s. 71.

¹⁸⁷⁸ **Ali Murat Nas**, *Yalan Tanıklık Suçu (Psikolojik ve Hukuki Sınırlar)*, 1. bs., Ankara 2016, s. 223-224; **Majno** II, s. 265.

¹⁸⁷⁹ **Gözübüyük**, C. III, s. 69; **Erem**/Toroslu, s. 230.

¹⁸⁸⁰ **Erem**/Toroslu, s. 230.

¹⁸⁸¹ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> (15.05.2019).

¹⁸⁸² **Nas**, s. 24.

ETCK md.291’de tanımlanan suçun tamamlanmış sayılması için failin, “yalan şahadeti işletmiş ve (ya) hilafı vaki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş” olması gerekirdi. Azmettirmeye rağmen, fail yalan tanıklıkta bulunmaz, gerçeğe aykırı görüş beyan etmez veya tercümanlık etmezse *Özgenç*’e göre bu suç artık teşebbüste kalmıştır. Bu suça teşebbüsten dolayı azmettirenin cezalandırılabilmesi bu özel suç tipi çerçevesinde mümkündü. YTCK’nın hükümet tasarısında “fiili işlediği takdirde” ifadesi TCK md.40/f.2’ye konulmak suretiyle azmettirmeye teşebbüste azmettirenin cezalandırılmayacağı kabul edilmiş oldu. *Yazar*, azmettirmeye teşebbüs durumunda azmettirenin belli bir oranda cezalandırılması konusunda hâkime takdir yetkisi veren bir hükmün kanuna eklenmesini ya da en azından YTCK’nın yalan tanıklık suçunu düzenleyen maddesine (md.272), ETCK md.291/f.2’deki gibi tanığı tedarike teşebbüs suçuna ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerektiğini önermişti.¹⁸⁸³

Tezcan/Erdem/Önok, yalan tanığı tedarik eden kişinin; tedarik edilen kişi gerçek dışı (yalan) beyanda bulunmadığı sürece cezalandırılmayacağını; oysa bu durum ETCK döneminde başlı başına bir suç olarak düzenlendiği için, sırf bir kimsenin böyle bir davranışa ikna edilmesinin dahi cezalandırıldığını; YTCK’nın mevcut hükümleri karşısında tanık beyanda bulunmadığı sürece onu temin eden kişiyi cezalandırmak mümkün olmadığından ETCK md.291/f.2’yi karşılayan bir hükme yer verilmemiş olmasının yerinde olmadığını ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁸⁴

Göktürk, azmettirmeye teşebbüs durumunda yalan tanıklık suçundan sorumluluk doğmasa bile yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs eden kişinin, unsurları oluşmuşsa tanığı etkilemeye teşebbüsten (TCK md.277) cezalandırılabileceğini önermiştir.¹⁸⁸⁵ *İçer* ise, tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda onu etkileyen kişinin

¹⁸⁸³ *Özgenç*, GH, s. 516-517; *İzzet Özgenç*, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, YD, C. 25, S. 1-2 Ocak-Nisan 1999, s. 87. Aynı yönde görüş için bkz. *Hacıfazlıoğlu*, s. 340.

¹⁸⁸⁴ *Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok*, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. bs., Ankara 2019, s. 1261-1262.

¹⁸⁸⁵ *Göktürk*, s. 398.

hem tanığı etkilemeye teşebbüsten (TCK md.277) hem de yalan tanıklık suçundan (TCK md.272) cezalandırılmasını önermiştir.¹⁸⁸⁶

B. YTCK Döneminde Azmettirmeye Teşebbüs

1. Mevcut Yasal Durum

Ceza hukukunda suçun icrası başlamadığı sürece kişinin hürriyet alanına girdiği için hazırlık aşaması cezalandırılmaz. Ancak bazı durumlarda daha hazırlık aşamasında iken suçun işlenmesi tehlikesi, suçun teşebbüs aşamasına varmasıyla ortaya çıkan tehlike kadar olmasa da toplumu tedirgin edebilir. Bu yüzden, suç işlenmeden önce ortaya çıkan bu tehlikeyi bertaraf etmek için hazırlığın cezalandırılmazlığı kuralına bazı istisnalar getirilir.¹⁸⁸⁷ Bu bağlamda mukayeseli hukukta suçun tamamlanması ile neticelenmeyen azmettirmeye teşebbüs, suç için anlaşma ve örgüt kurma gibi hazırlık hareketi niteliğindeki fiillerin bağımsız olarak cezalandırılması kabul edilmektedir.¹⁸⁸⁸ YTCK’da da örgüt kurma (md.220), suç için anlaşma (md.316), rüşvet (md.252-254), suça tahrik (md.214), intihara azmettirme (md.84) ve yargıyı etkilemeye teşebbüs (md.277) ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (md.288) gibi suç tiplerinde hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller bağımsız suç tipi çerçevesinde cezalandırılmıştır.¹⁸⁸⁹

Asıl fiilin işlenmesine yönelik iştirakin ön alanında hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç tiplerinden biri suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçudur. YTCK md.220/f.1’e göre, “*kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis*

¹⁸⁸⁶ İçer, s. 212-213. Eleştiri için bkz. Göktürk, s. 399.

¹⁸⁸⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, GH, s. 688; Özgenç, GH, s. 499; İçel, GH, s. 453; Parlar/Hatipoğlu, s. 631.

¹⁸⁸⁸ Picotti, s. 83.

¹⁸⁸⁹ Koca/Üzülmez, GH, s. 419. *Sui generis* suçlar olduğu için burada cezalandırılan fiillerin hazırlık hareketi olmadığı, bu yüzden hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı kuralına aykırılık gerçekleşmediği hakkında bkz. Majno I, s. 280; Taner, s. 265; Dönmezer/Erman, II, s. 412-413; İçel, GH, s. 454.

cezası ile cezalandırılır. Ancak örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.” Madde gerekçesinde “işlenmesi amaçlan suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller, ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır” denilmek suretiyle hazırlık hareketi niteliğindeki örgüt kurma fiili bağımsız ve daha hazırlık aşamasındayken hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla cezalandırılmıştır.¹⁸⁹⁰

Bir diğer suç tipi YTCK md.316’da düzenlenen suç için anlaşma suçudur. Devletin güvenliğine veya anayasal düzene karşı işlenen suçlardan herhangi birini işlemek üzere iki veya daha fazla kişinin anlaşmaya varmasını kanun koyucu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlemiştir.¹⁸⁹¹ Bu suç, iki veya daha fazla kişinin amaç veya araç bakımından maddi olgularla ortaya konulacak şekilde fikri olarak anlaşmalarıyla oluşur. Anlaşma, “belirli suçları belirli amaçlarla işlemek üzere” iki veya daha fazla kişinin gizlice anlaşması olarak tanımlanabilir. Anlaşmanın amaç ve aracı ihtiva edecek şekilde yapılmış olması gerekir. Bu suç, örgüt suçundan bu noktada ayrılır. Ayrıca örgüt suçunda amaç suçlar belirtilmemişken, bu suçta hangi suçlar üzerinde anlaşmanın sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Suç için anlaşmada iki veya daha fazla kişinin fikri anlaşması aranırken, örgüt suçu için aranan kişi sayısı en az üç olup burada organize bir yapının teşekkül etmesi aranır.¹⁸⁹²

İki veya daha fazla kişinin işlenmesi amaçlanan asıl fiile yönelik iradelerinin birleşmesiyle ortaya çıkan anlaşma bir hazırlık hareketi olup, asıl fiil en azından teşebbüs aşamasına varmadığı sürece cezalandırılması kural olarak mümkün değildir.

¹⁸⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Vesile Sonay Daragenli**, “Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich), Prof. Dr. Bayraktar’a Armağan, C. III, İstanbul 2010. Organize suçluluk hakkında ayrıca bkz. **Vesile Sonay Daragenli**, “Organize Suçluluk”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1998; Azmettirmeye teşebbüs ile terör örgütü kurma veya örgüt propagandası yapmada gerçekleşen başarısızlığın sebebinin eşit derecede olduğu hakkında bkz. **Fischer**, §30, kn. 9a. Örgüt suçluluğunda ön alanın cezalandırılabilirliği problemi için bkz. **Flemming/Reinbacher**, s. 137 vd.

¹⁸⁹¹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 687; **Özgenç**, GH, s. 498-499.

¹⁸⁹² **Vesile Sonay Evik**, “Suç İşlemek amacıyla Örgütlenme Suçu”, *MÜHF-HAD (Özel Sayı)*: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 675. Suç için anlaşma ve örgüt suçu arasındaki fark hakkında ayrıca bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 142.

Kanun koyucu bu hükümle belirtilen suçlar üzerinde sırf anlaşmış olmayı yeterli kabul etmiş ve suçun icrasından önce ortaya çıkan tehlikeyi bertaraf etmek için bağımsız bir suç tipini düzenlemiştir.¹⁸⁹³

Suç için anlaşma fiili yol açtığı tehlike sebebiyle Alman hukukunda kanunun genel hükümleri içinde bağımsız bir ceza normuyla (ACK md.30/f.2) cezalandırılırken, Türk hukukunda bağımsız bir suç tipiyle belirli suçlarda cezalandırılmıştır. Bu suçlar “kanunun dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçlar” şeklinde ifade edilmiştir. Bu şekilde anlaşma suçu için katalog suçlar oluşturulmuştur. Kanunun dördüncü bölümündeki suçlar devletin güvenliğine karşı işlenen “devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak”, “düşmanla işbirliği yapmak”, “devlete karşı savaşa tahrik”, “temel millî yararlar karşı faaliyetlerde bulunmak için yarar sağlama”, “yabancı devlet aleyhine asker toplama”, “askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma” ve “düşman devlete maddi ve mali yardım” suçlarıdır. Kanunun beşinci bölümündeki suçlar anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen “anayasayı ihlal”, “cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı”, “yasama organına karşı suç”, “hükûmete karşı suç”, “Türkiye Cumhuriyeti hükûmetine karşı silâhlı isyan”, “silâhlı örgüt” suçlarıdır.

Suç anlaşmasına benzer ve cezalandırılabilirlik eşiğinin geriye çekilerek iştirakin ön alanın cezalandırıldığı bir başka suç tipi YTCK md.252-254 maddeleri arasında düzenlenen rüşvet suçlarıdır. Kanun koyucu, YTCK md.252/f.3’te rüşvet anlaşmasına varmış olmayı tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktadır. Maddenin diğer fıkralarında cezalandırılabilirliğin genişlemesi bağlamında daha da ilginç hükümler düzenlenmiştir. Buna göre kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat karşı tarafın bunu kabul etmemesi veya tam tersi bir durumun gerçekleşmesi halinde indirim uygulamak suretiyle fail hakkında tamamlanmış suçtan ceza verileceği (YTCK md.252/f.4), dahası rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, anlaşmasının sağlanması veya buna aracılık yapılması gibi bazı yardım niteliğindeki katkıların, bu

¹⁸⁹³ YTCK’nın 316’ıncı maddesinin gerekçesi.

katkısı gerçekleştiren kişinin müsterek fail gibi cezalandırılacağından hareketle cezalandırılabilirlik aşaması daha da öne çekilmiştir.¹⁸⁹⁴

YTCK’da hazırlık hareketlerinin cezalandırılmazlığı kuralına istisna olarak getirilen ve iştirakin ön alanın cezalandırmaya layık kabul edildiği alanlardan biri kamu barışına karşı işlenen tahrik suçlarıdır.¹⁸⁹⁵ Kamu barışına karşı işlenen suçlardan biri suça tahriktir (YTCK md.214).¹⁸⁹⁶ Tahrikin cezalandırılabilmesi için tahrik edilen suçun icrasının başlamış olması gerekir. Tahrik konusu fiil/fiiller işlenmemiş olmasına rağmen, kanun koyucu suç ve ceza politikası gereği tahriki “bağımsız suç tipi” olarak cezalandırmıştır.¹⁸⁹⁷ Böylece tahrik fiili, bir hazırlık hareketi olarak başlı başına

¹⁸⁹⁴ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 350-351.

¹⁸⁹⁵ Zeki **Hafızoğulları/Muharrem Özen**, *Türk Ceza Hukuku, ÖH (Topluma Karşı Suçlar)*, Ankara 2012, s. 224. Bu suçların “gelecekte suç tehdidi niteliğinde suçlar” olduğu hakkında bkz. **Nevzat Toroslu**, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 5. bs., Ankara 2013, s. 251. Uluslararası hukukta soykırıma tahrik bu kuralın bir istisnası olarak düzenlenmiştir. UCM’nin kurucu belgesi olan Roma Tüzüğü’nde (**Rome Statute** md.25/f.3-b) şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak düzenlenen emretmekten ve ikna etmekten dolayı bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için emir ve ikna konusu suçun işlenmiş olması veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok**, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014, s. 411-412, s. 415-416. Tüzük’te asıl fiilin işlenmemesi durumunda emreden ve azmettirenin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. **William A. Schabas**, *International Criminal Court*, 4. edit., Cambridge 2011, s. 228. Ancak soykırıma doğrudan ve aleni tahrik etmek bağımsız suç olarak düzenlenmiştir (md.25/f.3-b). Bkz. **Einarsen/Rikhof**, s. 610; **Köksal Bayraktar**, *Uluslararası Suçlar*, C. I, 1. bs., İstanbul 2016, s. 60-61; Hollanda Bölge Mahkemesi, sonradan Hollanda vatandaşlığına geçen 63 yaşındaki *Yvonne Ntacyobatabara (Basebya)* isimli sanık hakkında 01.03.2013 tarihinde Ruanda’daki olaylardan dolayı soykırıma tahrik suçundan 6 yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir (Netherlands, District Court, The Hague, Case ECLI:NL: RBDHA, 2013: 8710, 01.03.2013) Karar için bkz. <https://www.legal-tools.org/doc/3f41c2/> (25.01.2020); **Einarsen/Rikhof**, s. 435, 513. 1948 tarihli Soykırım (*Jenosid*) Sözleşmesi’nde de aynı yönde düzenleme bulunmaktadır. Bkz. Schabas, 2011, s. 229; **Einarsen/Rikhof**, s. 610, 377. Sonuç itibarıyla; uluslararası soykırım kapsamında herhangi bir fiil işlenmese bile soykırıma doğrudan ve aleni tahrikin cezalandırıldığını söylemek mümkündür.

¹⁸⁹⁶ Ceza hukukunda tahrik kavramının anlamı için bkz. **Haluk Toroslu**, “Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar Bakımından ‘Tahrik’ Kavramı” *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, C. 2, Ankara 2015, s. 1209-1210; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6496; **Bayraktar**, Tahrik Cürmü, s. 19-20.

¹⁸⁹⁷ **Toroslu**, Tahrik Kavramı, s. 1213. Tahrik suçuna ilişkin hükmün hukuki niteliği hakkında tartışmalar için bkz. **Çetin Özek**, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, İstanbul 1970, s. 151; **Bayraktar**, Tahrik Cürmü, s. 69 vd.; **Çetin Özek**, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK mad. 146-151, 168-173)*, İstanbul 1967, s. 315 vd.; **Çetin Özek**, “Devletin Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İÜHF*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 463-467.

cezalandırmaya layık görülmüştür.¹⁸⁹⁸ Tahrik, suçun gerçekleşmesiyle sonuçlanmasa bile alenen işlenen tahrikin tehlike barındırdığı ve bu tehlikenin ceza tehdidi altına alınmasıyla kamu düzeninin daha etkili bir şekilde korunması amaçlanmıştır.¹⁸⁹⁹

Topluma karşı işlenen ve kanunlarca yasaklanan bir fiilin işlenmesi konusunda toplumdaki kişileri yöneltici, inandırıcı, kandırıcı nitelikte olan tahrik fiilinin halkın üzerinde tehlikeli bir tesiri vardır. Bu fiilin cezalandırılmaması toplumsal düzeyde daha büyük tehlikelere yol açar. Tahrik eden suç işleme düşüncesini topluma yaymak suretiyle tahrik ettiği suçun temelini oluşturmuş ve bu suçun işlenme tehlikesine yol açmıştır.¹⁹⁰⁰ Böylece toplumda geleceğe yönelik bir güvensizlik ve suça ön gelen kriminal sürecin oluşturulmasına zemin hazırlamıştır.¹⁹⁰¹ Bu itibarla suça tahrik eden kriminolojik olarak tehlikeli bir kişi olup, ikna faaliyetleri çerçevesinde üçüncü kişileri suç işlemeye hazırlamakla suçun hazırlayıcısı konumuna girmiştir. Tahrik eden tarafından yapılan suç daveti toplumda kaygılara ve korkulara yol açar. Kanunda suç olarak tanımlanmış fiillerin işlenmesi düşüncesi bu fiillerle korunan hukuksal değer sahiplerini tedirgin ederek toplumdaki kaygı durumu daha geniş alana yayar.¹⁹⁰²

Suç işlemeye alenen tahrik bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmeseydi, tahrik fiilinin kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılması mümkün olmayan iştirake teşebbüs niteliğinde bir fiil olarak kabul edilmesi gerekirdi.¹⁹⁰³ Tahrik suçuna ilişkin hüküm iştirake teşebbüsün kanunun özel hükümler kısmında cezalandırılabilir kılınan özel bir durumudur. Ancak iştirake teşebbüsün türlerinden biri olan azmettirmeye teşebbüsten farklıdır. Kanaatimizce YTCK'ya azmettirmeye teşebbüse ilişkin bir hüküm eklense bile suça tahrike ilişkin bir düzenlemeye yine ihtiyaç olacaktı. Suça tahrikte amaç azmettirmede olduğu gibi birilerinde suç işleme düşüncesini uyandırmak

¹⁸⁹⁸ **Demirbaş**, GH, s. 470; **İçel**, GH, s. 453.

¹⁸⁹⁹ **Nevzat Toroslu**, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 345-346.

¹⁹⁰⁰ **Bayraktar**, Tahrik Cürmü, s. 81-83.

¹⁹⁰¹ **Bayraktar**, Tahrik Cürmü, s. 82-83.

¹⁹⁰² **Bayraktar**, Tahrik Cürmü, s. 82-83. Aynı yönde bkz. **Özek**, Siyasi, s. 317.

¹⁹⁰³ **Toroslu**, Tahrik Kavramı, s. 1215.

ve bu düşünceyi harekete geçirmektir. Ancak tahrik eden bunu belirli bir kişiye değil, muhatabı belirsiz bir kitleye yani aleni olarak yapar. Aleniyet unsuru böyle bir düzenlemenin varlığını yine de gerekli kılacaktı. Kanun koyucu YTCK md.214/f.3'te azmettirme ile tahrik arasındaki ilişkiye vurgu yapmış, tahrik edilen suçun işlenmesi durumunda tahrik edenin azmettirmeden sorumlu olacağını ayrıca düzenlemiştir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin bir hüküm ihdas etmeyen kanun koyucu tahrike ilişkin düzenlemeyle bu konudaki kanun boşluğunu kapatma yönünde çaba göstermiştir. Kanun koyucunun bu yöndeki çabası elbette takdire şayandır. Ancak kamusal tehlike doğuran tahrik fiilinin bağımsız suç tipiyle cezalandırılması azmettirmeye teşebbüsün genel hüküm olarak cezalandırılması gerektiğini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin genel hükmün varlığına rağmen, suç işlemeye alenen çağrı suçunun neticesiz kalmış hali (ACK md.111/f.2) bağımsız olarak ayrıca yaptırıma bağlanmıştır.

Kanun koyucunun yol açtığı tehlike sebebiyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması gerektiği yönündeki anlayıştan hareketle cezalandırdığı fiillerden bir diğeri intihara azmettirme fiilidir. YTCK md.84/f.1'e göre, "*Bir kimseyi intihara azmettiren iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*" İntihara azmettirmenin suç olarak kabul edilmesinin sebebi, intihar önlenmediği zaman toplum düzeni ve sağlığı bakımından meydana gelecek ağır ve tehlikeli sonuçların ön alanda önlenmek istenmesidir. YTCK'da intihara azmettirme başlı başına bir haksızlık kabul edilmiş ve bağımsız bir suç tipiyle (azmettirme suçu) cezalandırılmıştır.¹⁹⁰⁴ Böylece cezalandırılabilirliği iştirakin ön alanına çekmiştir.¹⁹⁰⁵

İntihara azmettirmek hiçbir şekilde intihar düşüncesi olmayan bir kimseye intihar etme kararını aldırarak demektir.¹⁹⁰⁶ İntihara azmettirmeden bahsedebilmek

¹⁹⁰⁴ **Mustafa Özen**, "İntihara Yönlendirme Suçu", *CHD*, C. 6, S. 16, 2011, s. 34.

¹⁹⁰⁵ Eleştiri için bkz. **Toroslu**, Tahrik Kavramı, s. 1213-124; **Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)*, 3. bs., Ankara 2013, s. 66.

¹⁹⁰⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, ÖH, s. 205; **Hafizoğulları/Özen**, ÖH-Kişilere Karşı Suçlar, s. 65; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. bs., Ankara 2019, s. 158; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 2818; **Yaprak Öntan**, "İntihara Yönlendirme Suçları", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 852. ETCK'da kullanılan "ikna" ve

için “azmettirilmemiş olsaydı, intihar kararı vermeyecek olan şahsın kararının sebebi olmak” ve mağdurun intihar kararını almasında etkili olmak gerekir.¹⁹⁰⁷

Fail ve mağdur sıfatlarının birleşmesinin mümkün olmaması ve cezaların etkisizliği sebeplerden dolayı intiharın kendisi suç değildir.¹⁹⁰⁸ Bu durumda intihara azmettirme iştirakten dolayı cezalandırılmasa bile iştirak haricinde bağımsız olarak cezalandırılabilir.¹⁹⁰⁹ İntihara azmettirme bağımsız bir suç tipiyle cezalandırılmazsa intihara iştirak cezasız kalmış olur.¹⁹¹⁰

Azmettiren, bir kimseyi intihara azmettirmekle bu yöndeki kötülüğünü ortaya koymuş ve intiharın gerçekleşmesi için elinden geleni yapmıştır. İntihar girişiminin başlamış olup olmaması azmettirme fiilinin haksızlığını ortadan kaldırmaz. Kanun koyucu bu haksızlığı bağımsız bir suç tipiyle cezalandırmaya layık görmüştür. İntihara azmettirme, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğini ortaya koyan bir hüküm olmakla birlikte, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik sınırlarını aşan bir düzenlemedir. Çünkü azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidebilmek için azmettirme konusu fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Ancak intihar fiilin

YTCK’da kullanılan “azmettirme” kavramları hakkında yapılan tartışmalar için bkz. **Ayhan Önder**, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 37; **Erem/Toroslu**, s. 449; **Faruk Erem**, “Ceza Hukukunda İntihar”, *YD*, C. 16, S. 4, 1990, s. 494.

¹⁹⁰⁷ **Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. bs., Ankara 2019, s. 170; **Özkan**, Azmettirme, s. 260; **Özen**, İntihar, s. 35.

¹⁹⁰⁸ **Öntan**, s. 846, 847; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. bs., Ankara 2019, s. 175. İntiharın cezalandırılmamasının sebepleri için bkz. **Erem**, İntihar, s. 491; **Önder**, Şahıslara, s. 78; **Mahmut Koca**, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK md.84)”, *CHD*, C. 5, S. 12, Nisan 2010, s. 20. **Özen**, İntihar, s. 33; **Koca/Üzülmez**, *ÖH*, s. 152-153; İntiharın tarihçesi için bkz. **Mehmet Emin Artuk**, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, *SÜHFD*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 113-127. Alman hukukunda mevcut durum için bkz. **Bohlender**, German Criminal Law, s. 157-158; **Yesid Reyes**, “Beteiligung am Suizid”, *ZIS* 10, 2017, s. 616, 617.

¹⁹⁰⁹ **Tosolu**, Özel Kısım, s. 36; **Öntan**, s. 448-449; **Eser Olgun**, “Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, *MÜHF-HAD (Özel Sayı)*, C. 19, S. 2, 2013, s. 1641; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *ÖH*, s. 167; **Centel/Zafer/Çakmut**, *Kişilere Karşı*, s. 86-87; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *ÖH*, s. 175.

¹⁹¹⁰ **Erem**, İntihar, s. 492. Aynı yönde bkz. **Koca/Üzülmez**, *ÖH*, s. 153-154. Hükümün ceza sorumluluğunu genişletici bir fonksiyona sahip olduğu hakkında bkz. **Özen**, İntihar, s. 34.

kendisi suç değilken, bu fiile azmettirme suç olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla hükmün “*azmettirmeye teşebbüs benzeri hüküm*” olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Böylece kanun koyucu *sui generis* nitelikte bir azmettirme suçunu düzenlemiştir. Bu nitelendirmeyi yapmamızın sebebi intihar gerçekleşmesi dahi intihara azmettirmenin haksızlığının gerçekleşmiş olması ve fakat intihar fiilinin suç teşkil etmemesidir. Suç dahi teşkil etmeyen bir fiile azmettirmenin cezalandırılması azmettirmeye teşebbüste ceza sorumluluğunun kapsamını genişleten bir düşüncedir. Bu hükümle, kanun koyucunun azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil ettiğini ve intihara azmettirmenin yol açtığı tehlikeyi cezalandırarak bu fiilin azmettirmeye teşebbüs suretinde cezalandırmaya layık gördüğü söylenebilir. Ancak kanunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel bir hüküm olsaydı bile yine de intihara azmettirmeye yönelik bağımsız bir hükmün düzenlenmesi gerekecekti; çünkü sadece suç teşkil eden fiillere azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması mümkündür. Nitekim azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel hükme yapılan atıfla cünha olduğu için teşebbüsten cezalandırılması kabul edilmeyen gerçeğe aykırı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipiyle (ACK md.159) cezalandırılmıştır. Cünha olduğu için teşebbüste kalan gerçeğe aykırı beyan fiili azmettirmeden cezalandırılmamasına rağmen, özel bir ceza normuyla gerçeğe aykırı beyan fiiline azmettirmeye teşebbüs cezalandırmaya layık görülmüştür.

İştirakin ön alanının cezalandırmaya layık kabul edildiği fiillerden biri de yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs suçudur (YTCK md.277).¹⁹¹¹ Yargı görevini etkilemeye teşebbüs, teşebbüs suçu kategorisinde “suç haline getirme eğiliminin hazırlık hareketleri alanına çekilmesinin tipik bir örneği” olarak kabul edilen bir soyut tehlike suçudur. Suç tipinin ihlal edilmesi için suçun icrasına başlanması ve bir zararın

¹⁹¹¹ **YTCK md.277/f.1:** “Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.”

doğması (yargının etkilenmesi) beklenmemekte; gerçekleşen tehlikeyi bertaraf etmek için tehlikeli hazırlık hareketleri mahiyetindeki hareketler cezalandırılmaktadır.¹⁹¹² Hukuka aykırı olarak herhangi bir şekilde (emir vermek, nüfuz icra etmek veya baskı yapmak suretiyle) etki yapılmasına kalkışıldığı veya iltimas (hatıra binaen ricada bulunmak gibi) mahiyetinde bir davranış gerçekleştirildiği anda suç tamamlanmış olur.¹⁹¹³ Benzer şekilde adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunda (YTCK md.288)¹⁹¹⁴ da kanun koyucu kesin bir yargı kararı verilmeden önce kararı etkilemeye yönelik baskıcı ve kötü niyetli yayınlar yapılması ve bunların açıklanması şeklindeki bazı hazırlık hareketlerini yargıya yönelik tehlike teşkil ettikleri için cezalandırmıştır.

Sonuç itibariyle; kanun koyucu suç için anlaşma, rüşvet, tahrik, intihara azmettirme, yargı görevi yapanı ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs gibi suçlarda bazı kamusal yararlar için iştiraktan dolayı cezalandırılmayan hazırlık hareketi niteliğindeki bazı fiillerin cezalandırılabilirliği yolunu açmıştır.¹⁹¹⁵ Bu fiiller, işlendiklerinde yol açtıkları tehlike sebebiyle toplumda heyecan, huzursuzluk ve endişeye yol açan fiillerdir. Bu endişenin derecesi işlenmek istenen suçun icrasının başlaması anına göre daha hafif olsa bile kanun koyucu bunları cezalandırmaya muhtaç görmüştür.¹⁹¹⁶ Bu itibarla azmettirmeye teşebbüs fiilini de cezalandırmaya layık görmek gerekir. Demirel'in de belirttiği gibi bir kimsenin kalabalık bir ortamın olduğu bir meydana bir bomba düzeneğini yerleştirmeye ikna edilmesi durumunda, bu yönde çaba sarf eden ve buna o kişiyi ikna edenin bu başarısının ortaya koyduğu

¹⁹¹² Ünver, Adliye, s. 272.

¹⁹¹³ YTCK 277'inci maddesinin gerekçesi; **Ali Parlar/Mustafa Öztürk**, *İstinaf ve Yargıtay Uygulamasında Adli Görevlerin Yürütülmesine Karşı Suçlar*, 1. bs., İstanbul 2017, s. 25, 26. Suç hakkında detaylı bilgi için bkz. **Necati Meran**, *İçtihatlı-Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira, Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, 1. bs., Ankara 2009, s. 282 vd.

¹⁹¹⁴ **YTCK md.288/f.1**: "Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır."

¹⁹¹⁵ **Hakeri**, İştirak, s. 89.

¹⁹¹⁶ **Soyaslan**, Teşebbüs, s. 62.

haksızlığın bahsi geçen suçlarda cezalandırmaya layık görülen fiillerin haksızlığından aşağı kalır yanı yoktur.¹⁹¹⁷ Azmettirmeye teşebbüste ortaya çıkan haksızlık, hukuksal değerlere yönelik tehlike oluşturan cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç bir haksızlıktır. Çünkü azmettiren, aklında hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseyi kriminal bir sürece davet etmiş, bu süreçte suçun işlenmesi yönünde gerçekleştirdiği ikna çabalarıyla elinden geleni yapmış ve kriminal süreci başlatmak suretiyle asıl fiilin işlenmesini bir başkasının kararına terk ederek olay üzerindeki hakimiyetini kaybetmiş ve nihayetinde işlediği azmettirme fiiliyle hukuksal değerlere yönelik tehlikelilik halini ortaya koymuştur.

Kanun koyucunun azmettirmeye teşebbüs gibi başlı başına haksızlık teşkil eden ve ön alanda tehlikeye yol açan bir fiili göz ardı etmesi beklenemez. Özellikle suça tahrikte suçun işlenmesiyle sonuçlanmayan tahrik gibi tehlikeli hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilir olduğunu kabul eden ve bu şekilde azmettirmeye teşebbüsün genel hükümlerde cezalandırılabilirliği konusunda ortaya çıkan boşluğu tamamlama çabası gösteren kanun koyucu, azmettirminin başlı başına bir haksızlık oluşturduğunu YTCK'nın 38'inci maddesinin gerekçesinde başka bir bağlamda da olsa açıkça ortaya koymuştur.

2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Gerek bağıllık kuralının engel olması (YTCK md.40/f.3) gerekse azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran genel bir hükmün YTCK'da bulunmaması nedeniyle Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsün dogmatik olarak cezalandırılmaz olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması gerektiğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler olması gereken hukuk bakımından

¹⁹¹⁷ Demirel, Bağıllık Kuralı, s. 350.

yapılan tartışmalardır.¹⁹¹⁸ Bu tartışmalarla azmettirmeye teşebbüs son dönemlerde doktrinde çok sık dillendirilen bir konu olmuştur.¹⁹¹⁹

Doktrinde bağıllık kuralına ilişkin gerekler izah edilirken niceliksel bağıllık kuralından hareketle asıl fiilin icrasına başlanmadığı bir durumda azmettirenin cezalandırılmayacağına vurgu yapılmakta ve mukayeseli hukuktan özellikle Alman ve İtalyan hukuklarındaki düzenlemeler nazara verilerek azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık bir fiil olduğuna işaret edilmektedir.¹⁹²⁰ Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda azmettirenin cezalandırılmaması eleştirilmiş ve konuya ilişkin genel bir hükmün kanuna eklenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Aleyhe yönde görüşler ileri sürülmekle birlikte, Türk hukukunda artık baskın görüşün azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması ve bunun bağıllık kuralına aykırılık teşkil etmediği yönünde olduğunu söylemek mümkündür.¹⁹²¹

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının lehine ve aleyhine görüşler ileri sürülmüştür. Lehe görüşlerde azmettirmeye teşebbüsün genel hükümler altında mı yoksa özel hükümler altında belli suç tipleri çerçevesinde mi cezalandırılması gerektiği tartışılmaktadır. Aleyhe görüşlerde, YTCK'nın iştirak sistemi çerçevesinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği kabul edilmektedir.

a) Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılmasının Lehide Görüşler

Lehe görüşlerde, azmettirminin başlı başına bir haksızlık muhtevasına sahip olduğu, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin bir hükmün bağıllık kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği ve böyle bir hükmün salt anlamda düşüncenin veya iradenin cezalandırılması anlamına gelmeyeceği ve nihayetinde burada bir fiilin cezalandırıldığı kabul edilmektedir. Lehe görüşlere göre, azmettirmeye teşebbüste

¹⁹¹⁸ İnci, s. 963-965.

¹⁹¹⁹ Silvia Tellenbach, *Turkey*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (edts), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context* (82-96, 240-272), Germany 2015, s. 89, 262; Akbulut, GH, s. 726, Akbulut, Bağıllık Kuralı, s. 200.

¹⁹²⁰ Öztürk/Erdem, s. 425, 431.

¹⁹²¹ Demirel, Bağıllık Kuralı, s. 348; İnci, s. 972. Eleştiriler için bkz. Koca/Üzülmez, GH, s. 490-491; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 520; Özbek/Doğan/Bacaksız, GH, s. 547.

hukuksal değerlere yönelen irade açıklaması azmettirme fiilinin işlenmesiyle ortaya çıkmakta ve nihayetinde burada bir fiil cezalandırılmaktadır. Kanun koyucu hukuksal değerlere yönelik tehlike oluşturan düşünce ve irade açıklamalarını suç işlemek amacıyla örgüt kurma gibi bağımsız suç tipleriyle cezalandırarak azmettirmeye teşebbüsün cezalandırabilir olduğuna kapı aralamıştır. Bu suç tiplerinde olduğu gibi azmettirmeye teşebbüsün de bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılması mümkündür. Azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipi olarak, azmettirme konusu suçun hazırlık hareketi olarak cezalandırılmalıdır.¹⁹²²

Lehe görüler; asıl fiilin icrasının başlamadığı bir durumda azmettirenin failde suç işleme düşüncesini uyandırmaya yönelik kendisi bakımından tüm davranışlarını ortaya koyduğunu, ancak örneğin failin tamamen kendi iradesiyle suçu işlemekten vazgeçmesi nedeniyle fiilin icrasının başlamadığını ve bunun cezalandırmaya engel teşkil etmediğini ileri sürmüşlerdir.¹⁹²³

Lehe görüşler, azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil etmesi hususuna kanun koyucunun başka bir bağlamda da madde gerekçesinde değindiğini ileri sürmüşlerdir. Altsoy-stsoy sebebiyle cezasının arttırılmasına ilişkin hükmün (YTCK md.38) gerekçesinde kanun koyucu; bu durumda azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukuki dayanağını azmettirmenin başlı başına bir haksızlık teşkil ettiğine dayandırmıştır. Belirtmek gerekir ki, bunun nitelikli hale ilişkin düzenlemenin gerekçesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Azmettirmenin başlı başına haksızlık olgusunun azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi olabilir. Bu itibarla madde gerekçesi bu noktada hatalı olarak yazılmıştır.

(1) Genel Hüküm Olarak Cezalandırılması Gerektiği Hakkındaki Görüşler

zge, şerikliğin haksızlığını asıl fiilden aldığını belirtmiş, fakat azmettirmenin başlı başına bir haksızlık olması nedeniyle akim kalması durumunda azmettirenin belli

¹⁹²² İnci, s. 972-973.

¹⁹²³ Mahmutğlu/Karadeniz, s. 901; Artuk/Gökcen/Alşahin/akır, GH, s. 748; Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 177.

bir oranda cezalandırılması gerektiği konusunda hâkime takdir yetkisi veren bir hükmün düzenlenmesini önermiş ve bu önerisinin niceliksel bağlılık kuralı ile çelişmediğini ileri sürmüştür. *Yazara göre*, iştirak çerçevesinde azmettirenin cezalandırılması için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiği kabul edilse bile azmettirme fiilinin kendisi başlı başına bir haksızlık içermektedir; çünkü azmettirmede serbest iradesi ile hareket eden bir şahsın tefessüh ettirilmesi ve suç işlemeyi aklının ucundan dahi geçirmeyen bir kimsede suç işleme yönünde bir karar oluşturulması söz konusudur. Bu yüzden asıl fiilin icrası başlamamış olmasına rağmen azmettirme olgusu başlı başına bir haksızlık içermektedir. Söz konusu bu husus başka bir bağlamda da olsa gerekçede açıkça ifade edilmiştir.¹⁹²⁴

Koca/Üzülmez, azmettirmenin asıl fiilden bağımsız başlı başına bir haksızlık teşkil ettiğini, bu haksızlığın gerçekleşmesinin asıl fiilin icrasına bağlı olmadığından sonuçsuz/akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilmesi gerektiğini ve bunun bağlılık kuralını ihlal etmeyeceğini ileri sürerek; bağlılık kuralı haricinde genel bir düzenlemenin yapılmasını önermişlerdir. *Yazarlara göre*, bağlılık kuralı kapsamında meseleye ilişkin bir çözüm bulma mecburiyeti bulunmamaktadır.¹⁹²⁵

Özbek/Doğan/Bacaksız, failin fiili işlemediği bir durumda fiile iştirak edenin cezalandırılmayacağını, iştirak edenin suç işleme yönündeki iradesi açığa çıkmasına rağmen bir cezalandırılmama durumunun gerçekleştiğini, ETCK'daki bu boşluğun YTCK'da varlığını koruduğunu ve kanun koyucunun suça tahrik gibi özel hükümler ile bu boşluğu doldurmaya çalıştığını ileri sürmüşlerdir. Bu gerekçelerden hareketle yazarlar asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin ACK md.30 gibi bir düzenlemenin yapılmasını önermişlerdir.¹⁹²⁶

Demirbaş, suç işleme iradesini ortaya koyan azmettirenin davranışını toplumsal olarak tehlikeli kabul eden İCK'nın 115'inci maddesinde azmettirmeye teşebbüse

¹⁹²⁴ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 529; **Özgenç**, GH, s. 516-517; **Özgenç**, Tasarı, s. 87.

¹⁹²⁵ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 473, dn. 1562; 490-491.

¹⁹²⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 521.

güvenlik tedbirinin uygulandığını, ACK md.30’da bu tehlikenin ceza yaptırımına altına alındığını ve YTCK’da ancak açık bir düzenlemeyle bunun mümkün olabileceğini ileri sürmüştür.¹⁹²⁷

Öztürk/Erdem, azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel bir hükme YTCK’da her nasılsa yer verilmediğini, bu yüzden cezalandırılmasının mümkün olmadığını ve kanunun bu konudaki eksikliğine dikkat çekmişlerdir.¹⁹²⁸ *Mahmutoğlu* da meseleye ilişkin benzer yönde görüş ileri sürmüştür.¹⁹²⁹

Soyaslan, İtalyan hukukunda azmettirmeye teşebbüsü düzenleyen hükme (m.115) benzer bir düzenlemenin YTCK’da yapılması gerektiğini ve bu durumda azmettirenin güvenlik tedbirinin uygulanmasını önermiştir.¹⁹³⁰

Akbulut, şerikliğin yol açtığı haksızlık önemli ölçüde esas fiilin haksızlığı ile belirleniyor olsa bile sadece bağlılık kuralıyla açıklanamayacağından bu haksızlığın asıl fiilin haksızlığına dayandırılmaması gerektiğini, şerikin cezalandırılmasında asıl fiile bağlılığın şerikliğin tabiatından kaynaklı bir durum olmadığını, bağlılık kuralının kanunen aranan bir ölçüt olduğunu, şerikliğin “*bağlı hukuki değeri ihlal*” olarak tanımlanabileceğini ve bu şekilde faillik niteliğindeki bir fiile katkı sağlamak suretiyle dolaylı olarak hukuksal değer ihlal edildiğini ve bu ihlalin şerikliğin cezalandırılmasının hem nedenini açıkladığını hem de şerikliğin bağımsız unsurlarının içerik olarak kurulmasını sağladığını ileri sürmüş ve ACK md.30 ve YTCK md.214 hükümlerini örnek vermek suretiyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olduğunun önemine vurgu yapmıştır.¹⁹³¹

Kapusuzoğlu, asıl fiilin işlenmemesi durumunda genel bir hüküm olmadığı için azmettirenin mevcut iştirak sistemimizde cezalandırılmadığını ve bunun bağlılık kuralının bir sakıncasının sonucu olarak bir problem teşkil ettiği vurgusunu yaptıktan

¹⁹²⁷ *Demirbaş*, GH, s. 520-521.

¹⁹²⁸ *Öztürk/Erdem*, s. 425.

¹⁹²⁹ *Mahmutoğlu*, s. 92.

¹⁹³⁰ *Soyaslan*, GH, s. 505.

¹⁹³¹ *Akbulut*, Bağlılık Kuralı, s. 177, 178, 200; *Akbulut*, GH, s. 726.

sonra konunun mukayeseli hukukta bazı kanunlarda güvenlik tedbiri ile bazılarında hapis cezası ile yaptırıma bağlandığını ve konuya ilişkin hukukumuzdaki boşluğun tahrik suçlarına ilişkin özel hükümlerle giderilmeye çalışıldığını ileri sürmüş ve azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının önemine işaret etmiştir.¹⁹³²

Didem Aydın, ağır suçlar söz konusu olduğu zaman bir kimseyi azmettirmenin tehlikeli bir durum arz edebileceğini ve bu durumda fail suçu işlemese bile azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilir olduğunu ileri sürerek ACK md.30/f.1'deki gibi genel bir hükmün kanunumuzda düzenlenebileceğini ve ilgili düzenlemede ağır suça ilişkin kesin bir tanıma yer verilmesi gerektiğini önermiştir.¹⁹³³

(2) Özel Hüküm Olarak Cezalandırılması Gerektiği Hakkındaki Görüşler

Doktrinde hazırlık hareketi olarak cezalandırıldığı için azmettirmeye teşebbüsün kanunun özel hükümleri içinde ve fakat sadece belli ağırlıktaki fiiller bakımından cezalandırılabilmesinin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁹³⁴

Özkan, azmettirmeye yönelik çabaların yoğun olduğu ve fakat failin harekete geçmediği bazı hallerde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının mümkün olduğunu, ailesinin iznini almadan başkasıyla evlenen ablasının 19 yaşındaki kardeşi tarafından öldürülmesine toplanan aile meclisinin azmettirmesi gibi bir olayda meclis üyelerinin hareketlerinin cezalandırılmasının failin fiilin icrasına başlamasına bağlı kılınırsa bir cezasızlık durumunun ortaya çıkacağını, örnek olaydaki gibi bir kimsenin öldürülmesi için birkaç kişinin toplanıp karar alması ve fiili icra edecek faile psikolojik baskı yapması gibi faaliyetlerin toplum için tehlikeli ve hoş karşılanmayan davranışlar olup, bunların cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. *Yazara* göre, failin icrasına başlamadığı bir suç için azmettirenin cezalandırılması durumunda, fail için hazırlık hareketleri olarak nitelendirilebilecek azmettirme faaliyetlerinin cezalandırılması durumu ortaya çıkar. Bu yüzden, azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmada kullanılacak

¹⁹³² **Kapusuzoğlu**, s. 105, 106.

¹⁹³³ **Öykü Didem Aydın**, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, *TBB*, S. 53, 2004, s. 86.

¹⁹³⁴ **Mahmutoğlu**/Karadeniz, s. 901, dn. 59.

ölçütün belirlenmesi gerekir. Azmettirenin faaliyetleri öyle faaliyetler olmalıdır ki fail icraya başlamamasına rağmen bu faaliyetlerin tehlike arz etmesi ve başlı başına cezalandırılmaya layık olması gerekir. Her tür suç için azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması hem ceza hukukunda önemsiz kabul edilen ve fakat hayatın olağan akışı içerisinde sıkça gerçekleşen bazı hareketlerin cezalandırılması sonucunu beraberinde getirir hem de ceza hukukunun en son araç olma ilkesini zedeler. Örneğin “*bassana lan gaza bu ne tosbağa gibi gidiyoruz*” diyen otomobildeki yolcu koltuğundaki kişinin hareketi, fail gaza basmasa bile azmettirmeye teşebbüsün genel hüküm olarak düzenlenmesi durumunda basit bir tahrik veya kışkırtma durumunda bile azmettirmenin cezalandırılması zorunluluğu ortaya çıkar. Ayrıca iştirak ve teşebbüs kurumları kanunun özel hükümleri dikkate alınarak düzenlenmiş ve mevcut haliyle suça iştirak sistemi düzenli ve sistematiktir. Azmettirmeye teşebbüsün genel hükümlerde düzenlenmesi bu sistematığı bozar. Bu yüzden azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasını sınırlı olarak kabul etmek gerekir. *Yazar*, bunun bazı suç tiplerine öze hükümler eklemek suretiyle (azmettirme suçlarıyla) bunun mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. Örneğin cumhurbaşkanının öldürülmesi için suikast yapılmasının planlanması ve bir kimsenin bu fiile azmettirilmesi durumunda fail icra hareketlerine başlamamış olsa bile suikast planı yapanların veya bu hususta azmettirilenlerin cezalandırılacağına dair bir hükmün YTCK md.310’a eklenmesi ya da şike konusunda suç anlaşmasının yapılması için azmettirenin faaliyetlerinin cezalandırılmasına ilişkin kanuna *sui generis* azmettirme hükümlerinin düzenlenmesi mümkündür.¹⁹³⁵

İçel, azmettirmenin sonuç vermediği, isteğine karşın suçun işlenmemesi durumunda azmettirenin cezalandırılmayacağını ve yargıyı etkilemeye teşebbüs suçundaki (YTCK md.277) gibi bunun ancak suç olarak düzenlenmesiyle mümkün olduğunu ileri sürmüştür.¹⁹³⁶

¹⁹³⁵ **Özkan**, Azmettirme, s. 168-171.

¹⁹³⁶ **İçel**, GH, s. 497.

Demirel, niceliksel bağıllık kuralını düzenleyen YTCK md.40/f.3 hükmünün ayrı bir öneme sahip olduğunu, kanun koyucunun bu hükümle niceliksel bağıllık kuralını vurgulamak suretiyle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği yönündeki iradesini ortaya koymak istediğini, ancak şerikliğin cezalandırılmasının esasının sadece bağıllık kuralıyla açıklanamayacağını; bağılı hukuksal değeri ihlal teorisi çerçevesinde failin davranışı olmasa bile şerikliğin kendi davranışlarının suçun konusu üzerinde tehlike oluşturmak suretiyle suçla korunan hukuksal değeri ihlal ettiğini ve haksızlığın cezalandırılması bakımından şeriklik konusunda bir ayırımı giderek, azmettirmenin tek başına cezalandırmaya layık olduğunu, yardım etmenin ise başlı başına cezalandırılmayacağını ileri sürmüştür. *Yazara* göre, şeriklik hareketi suçun konusu üzerinde bir tehlike oluşturmakta ve asıl fiil üzerinden dolaylı olarak ihlal gerçekleşmeden önce şerik bağımsız bir haksızlık işleyerek suçla korunan hukuksal değeri ihlal etmektedir. Bu gerekçelerden hareketle YTCK’da azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması bir eksiklik olup bu eksiklik, suça tahrikte olduğu gibi ancak bağımsız bir hükümle mümkündür. Türk hukukunda Alman hukukundaki gibi belli ağırlıktaki suçlar bakımından azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması kabul edilerek tamamlanmış azmettirme üzerinden belli oranlarda indirim yapılması gerekir. Böylece azmettirmeye teşebbüse konu hangi fiillerin cezalandırmaya daha fazla layık olduğu yönünde oluşabilecek tereddütler giderilmiş olur.¹⁹³⁷

İnci, azmettirme başlı başına bir haksızlık muhtevasına sahip olduğu için azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının bağıllık kuralına aykırılık teşkil etmediğini ileri sürerek bir hazırlık hareketi olan azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde değil; ilgili suç tipiyle korunan hukuksal değerini önemini, gerçekleşen tehlikenin yakınlığını ve ağırlığını göz önünde bulundurmak suretiyle sadece belirli suçlar bakımından özel hükümler kısmında cezalandırılmasını ve bu şekilde “sınırlı cezalandırılabilirlik formülünü” önermiştir. *Yazara* göre, bilhassa bazı suç tiplerinde hukuksal değerlere yönelik tehlikenin ceza hukuku aracılığıyla bertaraf

¹⁹³⁷ **Demirel**, Bağıllık Kuralı, s. 220 vd.

edilmesinin gerekliliği ortadadır. Azmettirmeye teŖebbüsün cezalandırılması durumunda korunan hukuksal değer ile azmettirmeye teŖebbüs arasında ölçölülük aranarak azmettirmeye teŖebbüsün hazırlık hareketi olarak cezalandırılabilirliğinin meŖrulaŖtırılması gerekir. Bu meŖruiyet tehlikenin önemi, büyüklü ve yakınlığı ile de doğrudan ilişkili olup, örneğin hayat ve beden bütünlüğüne yönelik suçlar ile cinsel suçlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Azmettirmeye teŖebbüsün cezalandırılması töre ve kan gütmeye saikiyle işlenen kasten öldürme suçları açısından daha da önem arz eder. Bu suçlarda anlaşma ve azmettirmeye teŖebbüs gibi hazırlık hareketleri büyük ve yakın bir tehlike teşkil eder. Örneğin töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında toplanan aile meclisi üyeleri anlaşma yapmakta veya fail mağduru öldürmeye azmettirilmektedir. Bu durum kimi zaman kolluk kuvvetleri ve hatta mağdur tarafından dahi bilinmektedir. İşleneceğini herkesin bildiği bir suçun icrası başlamadığından töre cinayeti olaylarına müdahaleyi mümkün kılan ceza hukuku aracı bulunmamaktadır. Cezayı töre saiki nedeniyle ağırlaŖtırmak yerine, suçun işlenmesinin engellenmesi için azmettirmeye teŖebbüs gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırılması yolunun tercih edilmesi gerekir.¹⁹³⁸

b) Azmettirmeye TeŖebbüsün Cezalandırılmasının Aleyhinde Görüşler

Doktrinde bir hukuk devletinde hazırlık hareketlerinin cezalandırılması suretiyle suçun ön alanında ceza sorumluluğunun genişletilmesine daima ihtiyatla yaklaşılmalı gerektiği ileri sürölmüş ve azmettirmeye teŖebbüsün cezalandırılmasına ilişkin kaygılar dile getirilmiştir. Buna göre, ceza sorumluluğunun aşırı şekilde genişletilmesi önemli-önemsiz, uzak-yakın her türlü tehlikenin cezalandırılması sonucunu beraberinde getirir. Ancak bu durum, daha büyük bir tehlike olan hukuk devletinden polis devletine doğru bir gidiŖata yol açabilir. Bunun yanında azmettirmeye teŖebbüsün cezalandırılması durumunda ceza muhakemesi bakımından ispat problemi da göz önünde bulundurulmalıdır. Azmettirmeye teŖebbüsün ispatlanmasında çoğu kez tanık bile bulunmamakta ve delilden sanığa sisteminin etkin olmadığı hallerde

¹⁹³⁸ İnci, s. 972, 973-974.

azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması daha büyük adaletsizliklere sebebiyet verebilir.¹⁹³⁹ Bu kaygılar çerçevesinde doktrinde azmettirmeye teşebbüsün YTCK'nın mevcut iştirak sistemi çerçevesinde cezalandırılmaz olduğu ileri sürülmüştür. Aleyhe olan görüşlerde asıl fiilin işlenmemesi durumunda azmettirme faaliyetlerinin etkili fiiller olarak kabul edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁹⁴⁰

Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, failin icra hareketlerine hiç başlamadığı ve suçu işlemekten vazgeçtiği bir durumda akim kalmış azmettirmenin söz konusu olacağını, ancak YTCK'da buna ilişkin bir hüküm olmadığı için azmettirenin akim kalmış azmettirmeden dolayı cezalandırılmayacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁹⁴¹

Toroslu/Toroslu, iştirak için tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiğini, teşebbüsün cezalandırmada sınır ve bunun cezalandırılabilir iştirakin asgari şartı olduğunu; bu itibarla kanunumuzun iştirake teşebbüsü değil teşebbüse iştiraki cezalandırdığını ileri sürerek, aksine hüküm yoksa suç işleme konusunda anlaşma (YTCK md.316) ve tahrikin (YTCK md.214) anlaşma ve tahrik konusu fiiller işlenmediği sürece cezalandırılmayacağını ve iştiraktan bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür.¹⁹⁴²

Zafer, iştirak için suçun icrasına başlanmış olması gerektiğini, failin fiilin icrasına başlamadığı sürece azmettirmenin cezalandırılmasının mümkün olmadığını ve dolayısıyla iştiraktan bahsedilemeyeceğini, mukayeseli hukukta özellikle Alman hukukunda bu durumun cezalandırıldığını, bu konudaki boşluğun YTCK'da suça tahrik ve anlaşma gibi suçlarla giderilmeye çalışıldığını ileri sürmüştür.¹⁹⁴³

Aydın, suça iştirak eden kişilerin cezalandırılmasının teşebbüsün başladığını gösteren asıl fiilin icrasının başlamış olmasına bağlı olduğunu ve azmettirenin tüm gayretlerine rağmen azmettirme konusu suçun işlenmesi için faili ikna edememişse

¹⁹³⁹ **İnci**, s. 973.

¹⁹⁴⁰ **Özkan**, Azmettirme, s. 168.

¹⁹⁴¹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 748.

¹⁹⁴² **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 312-313.

¹⁹⁴³ **Zafer**, GH, s. 556.

azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılmayacağını ileri sürmüştür. Azmettirmeye teşebbüste iştirak iradesinin varlığı toplumsal tehlike oluşturduğundan İtalyan hukukunda buna güvenlik tedbiri uygulandığını belirten *yazar*, asıl fiilin işlenmemesi durumunda unsurları gerçekleştiği takdirde YTCK'nın suç işlemek için örgüt kurmak, suç için anlaşmak, suça tahrik suçlarının söz konusu olabileceğini belirterek teşebbüste benimsenen objektif ceza hukuku anlayışının iştirakte kabul edilmemesinin isabetli olmayacağını savunmuştur.¹⁹⁴⁴

3. İctihadi Durum

Yargıtay, içtihatlarda iştirakten sorumluluk için suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiğini ve bu aşamaya gelmemiş ise azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğun doğmayacağını belirtmekle yetinmekte ve azmettirmenin başlı başına bir haksızlık olduğu hususuna ilişkin bir değerlendirme yapmamaktadır. Bağlılık kuralı çerçevesinde azmettirmenin başarısız olması durumunda azmettirenin cezalandırılmayacağını ve ancak bu durum kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmişse cezalandırılabilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Sonuç olarak Yargıtay, konuya ilişkin verdiği kararlarda azmettirme fiilinin cezaya liyakatine ilişkin tartışmalara girmemektedir. Yapılan araştırmalarda azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılabilir olduğu yönünde Yargıtay'ın herhangi bir içtihadına rastlanılamamıştır.

Konuya ilişkin görüşünü bir kararında “... TCK'nın 40/f.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.” şeklinde ortaya koymuştur.¹⁹⁴⁵ Yargıtay,

¹⁹⁴⁴ Aydın, İştirak, s. 156, 165-166.

¹⁹⁴⁵ YCD, T. 11.6.2001, E. 2010/2370, K. 2013, 18252 (Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 1141). Ayrıca bkz. YCD, T. 25.06.2014, E. 2014/1428, K. 2014/3654; YCGK, T. 24.5.2016, E. 2014/593, K. 2016/269, kararlar için bkz. <http://www.kazanci.com.tr/> (29.04.2020).

ayrıca yalan tanıklığa ilişkin verdiği bir kararında “... yalan tanıklığa özendirme suçu 5237 sayılı TCK’da 765 sayılı Yasada olduğu gibi bağımsız olarak düzenlenmediğinden hükümlünün hukuki durumunun, 5237 sayılı Yasanın yalan tanıklık ve suça iştirakin hangi biçimde gerçekleştiği ile ilgili 272, 37, 38, 39. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi” ve ETCK md.291 gibi bir hükme yeni kanun yer vermediği için konunun iştirakte bağıllık kuralını düzenleyen 40’ıncı madde çerçevesinde ele alınması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁹⁴⁶

II. TÜRK HUKUKUNDA AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN ÖNERİMİZ

Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik ETCK’daki kanun boşluğu YTCK’da mevcuttur. İkici iştirak sisteminin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu boşluğun kapatılmasına yönelik bir hükmün kanuna eklenmesi gerekmektedir. Önerimiz her ne kadar bu konuda genel bir hükmün düzenlenmesi gerektiği yönünde olsa da, doktrinde konuya yönelik ileri sürülebilecek tereddütlerin ve uygulamada ortaya çıkacak problemlerin önüne geçmek için kanunun özel hükümleri içinde azmettirmeye teşebbüsün bağımsız suç tipiyle belirli suç tiplerinde cezalandırılabilmesini önermekteyiz. Muhtemel bir hükme ilişkin önerilerimizi gerekçeleriyle birlikte kaleme almadan önce kurumun kanun sistematigi içindeki yerinin ve uygulanacak yaptırımın hem niteliksel hem de niceliksel olarak belirlenmesi gerekir.

A. Azmettirmeye Teşebbüsün Kanun Sistematigi İçindeki Yerinin ve Yaptırımının Belirlenmesi

1. Azmettirmeye Teşebbüsün Kanun Sistematigi İçindeki Yerinin Belirlenmesi

İştirake ilişkin özel bir durum olan azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin bağımsız muhtemel bir hükmün ceza kanunundaki yeri meselesinin kanunun

¹⁹⁴⁶ YCD, T. 8.11.2006, E. 2006/6500, K. 2006/16080, (karar için bkz. Göktürk, s. 398).

genel-özel kısmı ayırımı çerçevesinde ele alınması gerekir. Cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç görülen bir fiilin kanundaki yerinin belirlenmesinde ilgili hukuk sisteminin cezalandırmaya dair karakterini göz önünde bulundurmak gerekir. Ceza kanununda yaptırıma bağlanacak bir fiilin kanundaki yerinin, kanun sistematliğini bozmaması ve onunla uyumlu olması gerekir.¹⁹⁴⁷ Hüküm ister genel hükümlerde ister özel hükümlerde düzenlensin, kanunun kabul ettiği cezalandırma sistemini bozmaması gerekir.

a) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Genel Hükümleri İçinde Belli Ağırlıktaki Fiillere Azmettirme Halinde Cezalandırılması

(1) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Genel Hükümleri İçinde Cezalandırılması

Cezalandırılması istenen fiillerin tanımının yapılması ve kanunun hangi kısmında düzenlenmesi gerektiğine dair değerlendirmede, kanunun özel hükümleri içinde yaptırıma bağlanan fiillerin ve genel hükümler altında bu fiillerin cezalandırılmasına ilişkin belirlenen genel esasların göz önünde bulundurulması gerekir.¹⁹⁴⁸ Örneğin Anglosakson hukuk sisteminde iştirak ve teşebbüs kurumları, suçun özel görünüş şekilleri olarak değil bağımsız suç tipi olarak nitelendirilir. Bu hukuk sisteminde suç tamamlanmadığında suça teşebbüsten değil teşebbüs suçundan; suç iştirak halinde işlendiğinde suça iştiraktan değil iştirak suçundan bahsedilir. Aynı yönde nitelendirme azmettirmeye teşebbüs için yapılmaktadır. Başarısız kalan azmettirme, azmettirmeye teşebbüs olarak değil azmettirme suçu olarak nitelendirilir ve bağımsız bir suç tipiyle cezalandırılır. Azmettirme suçu, ağır-hafif suç ayırımında hafif bir suç olarak kabul edilir. Alman hukukunda iştirak ve teşebbüs kurumları suçun özel görünüş şekilleridir. Teşebbüs, cürüm-cünha ayırımında kural olarak cürümlerde kabul edilmiştir. Cünhalara teşebbüsün kabul edildiği fiillerin kanunda açıkça belirtilmesi gerekir. Başarısız kalan azmettirme, azmettirmeye teşebbüs şeklinde ifade

¹⁹⁴⁷ **Christoffer Wong**, *Criminal Act, Criminal Jurisdiction and Criminal Justice*, 1. edit., Poland 2004, s. 122-123.

¹⁹⁴⁸ **Wong**, s. 123-124.

edilir ve istisnalar (ACK md.159 gibi) hariç sadece cürümlerde cezalandırılabilir. Bunun yanında, Rusya ve Macaristan gibi ülkelerde olduğu gibi bazı ülkeler azmettirmeye teşebbüsü hazırlık suçu olarak cezalandırmıştır. Bu ülkelerde, hazırlık suçu bağımsız bir suç tipi olarak kanunda genel hüküm olarak düzenlenmiştir.

Azmettirmeye teşebbüsün YTCK'daki yerinin tespitinde cezalandırılabilirlik meselesine ilişkin değerlendirme yapılırken kanunun cezalandırma sisteminin dikkate alınması gerekir. Örneğin, teşebbüs ve iştirak kurumları YTCK'nın genel hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Anglosakson hukuk sisteminde olduğu gibi teşebbüs suçu veya iştirak suçu şeklinde suç tipleri ihdas etmemiş ve bu iki kurumu suçun özel görünüş şekilleri olarak kabul etmiştir. Bu çerçevede azmettirmeye teşebbüsün, teşebbüs ve iştirak kurumlarıyla olan ilişkisi dikkate alınarak iştirakin özel bir durumu olarak genel hükümler altında, cürüm-cünha ayırımı kabul edilmediği için cezai bir sınır belirlemek suretiyle belli ağırlıktaki fiillerde cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi gerekir.

Azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde hangi bölümde ve hangi başlık altında düzenlenmesi gerektiği, kanun sistematigi içindeki yerinin tespiti noktasında ele alınması gereken bir başka önemli meseledir. Bu mesele, azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir hükmün hukuki niteliği ile ilgili olup, bu bağlamda azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanında hazırlık hareketini cezalandıran bir hüküm olarak mı yoksa iştirakin cezalandırılmasında teşebbüs sorumluluğunun genişlediği bir durum olarak mı nitelendirilmesi gerektiği sorularının sorulması gerekir. Birinci durumda azmettirmeye teşebbüsün teşebbüse ilişkin bölümde düzenlenmesi, ikinci durumda iştirake ilişkin bölümde düzenlenmesi gerektiği sonucu çıkar. Ayrıca ikinci durumda iştirakin bir ön alanını kabul etmek gerekir. Bu alanda işlenen hazırlık hareketleri tek kişi tarafından işlenen hazırlık hareketlerinden farklı olarak hukuksal değerleri tehlikeye sokar.

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanında hazırlık hareketi niteliğinde bir fiil olarak cezalandırılmış ve ceza sorumluluğunun genişlediği bir durum olarak kabul edilmiştir. Azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye ilişkin özel bir durumdur. Asıl fiilin işlenmediği bu durumda işlenen azmettirme hareketi, asıl fiilin

hazırlık hareketidir. Azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılmasıyla hukuksal değerlere yönelik özel tehlike içeren azmettirme fiili, iştirak sorumluluğunun genişlediği durumlardan biri olan iştirake teşebbüsün bir türü olarak ceza tahdidi altına alınmış olur. Kanun koyucu, bu yaklaşımdan hareketle YTCK’da suça tahrike ilişkin hükümde tahrik fiilini iştirakin ön alanında, özel tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak cezalandırmıştır. Aynı kanun koyucu bu yaklaşımını suç için anlaşmada belli suçlarda sırf anlaşmış olmayı ve rüşvet anlaşmasını müşterek failliğin ön alanı olarak cezalandırmıştır. Kanunun özel hükümleri içinde belli suç tiplerinde kabul edilen bu yaklaşımın, azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel genel bir hükme yansıtılması gerekir. Bu itibarla, Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran muhtemel bir hükmün kanunun genel hükümleri içinde iştirake ilişkin bölümde düzenlenmesi kanaatimizce daha yerinde olur. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin bağımsız bir hükmün kanuna eklenmesinin iştirake ilişkin kanun sistematliğini bozacağı yönündeki görüşler de kanaatimizce isabetli değildir. Nitekim kanun koyucu hazırlık hareketi niteliğinde birçok fiili, bahsi geçen hükümlerde bağımsız olarak yaptırıma bağlanmış ve iştirake ilişkin kurallar haricinde hareket etmiştir.

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir hükmün, YTCK’da iştirake ilişkin bölümün neresinde düzenlenmesi gerektiği de önem arz eder. Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs, iştirake ilişkin genel hükümlerden sonra iştirake teşebbüs genel başlığı altında bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılmıştır. Konunun azmettirmeyle olan ilişkisini vurgulamak adına, azmettirmeye teşebbüsün YTCK’nın azmettirmeye ilişkin hükmünde bağımsız bir norm olarak cezalandırılmasının yerinde bir tercih olacağı kanaatini taşıyoruz. Mukayeseli hukukta, azmettirmeye teşebbüsü azmettirmeye ilişkin hükmün kapsamında cezalandıran düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yönde hareket eden ülkelerden biri, İsviçre’dir. İsviçre CK md.24/f.1’de azmettirme fiili, f.2’de de azmettirmeye teşebbüs fiili cezalandırılmıştır.

Kanunun özel hükümleri içinde belli ağırlıktaki fiillere ilişkin her bir kanun maddesinde ilgili fiile azmettirmeye teşebbüs halinin cezalandırılmasına ilişkin hüküm ekleme yöntemi kabul edilebilir ise de bu yöntem, hukuk metodolojisi bakımından kazuistik bir yöntem olup kanunun genel hükümlerini içeren kısmı daha önemli bir

fonksiyon icra eder. Kanunun genel hükümleri içinde genelleştirilmesiyle konu daha sistematik olarak ortaya konularak kavram birliği sağlanmış ve konuya ait müşterek yönler genel bir hüküm içerisinde tespit edilmiş olur. Azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hükmü özel kısımda birden fazla maddenin içine ayrı ayrı yerleştirmek, hükmü sürekli tekrar etmek anlamına gelir. Azmettirmeye teşebbüse konu fiillerin genel hükümler altında ve hukuksal değer kavramı etrafında tek bağımsız hükmün içerisine damıtılmasının daha takdire şayan bir yöntem olduğu kanaatini taşıyoruz.

(2) Azmettirmeye Teşebbüsün Belli Ağırlıktaki Fiillere Azmettirme Halinde Cezalandırılması

Azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran muhtemel bir hükmün kanundaki yerini belirledikten sonra, doktrinde en basit fiillerde bile cezalandırmaya gidileceği şeklinde dile getirilen tereddütlerin bertaraf edilmesi için konu bakımından bir sınırlandırmanın yapılması gerekir. Azmettirmeye ilişkin bu özel durumun tüm suçlarda değil, belli ağırlıkta fiiller bakımından kabul edilmesi gerekir. Konu bakımından yapılacak bir sınırlandırmada belli bir cezai sınırın, bu sınırın belirlenmesinde de kanun koyucunun özel hükümlerde suçların sınıflandırılmasında kabul ettiği hukuksal değer ölçütünün dikkate alınması ve cezai sınırın önemli hukuksal değerleri muhafazaya yönelik belirlenmesi gerekir. Başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta bu şekilde hareket edilerek azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun aşırı genişleyeceği yönündeki tereddütler giderilmeye çalışılmıştır. Bu tereddütleri bertaraf etmek için Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilir tehlike sınırı cürüm-cünha ayırımı yapılarak belirlenmiş ve azmettirmeye teşebbüs, kural olarak sadece cürümlerde kabul edilmiştir. Doktrinde, kriminal faaliyetlerin gerçekleştirildiği ön alanda cezaya layık olan ve olmayan iştirak hareketleri arasındaki sınırın, hukuksal değer ölçütüne göre belirlenebileceği ileri sürülmüştür.¹⁹⁴⁹ Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüste hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlikenin cürümlerle sınırlandırılması suç ve ceza politikası bakımından mantıklı ve yerinde bir

¹⁹⁴⁹ Letzgus, s. 190-193.

tercih olarak görülmektedir. Böylece azmettirmeye teşebbüs tüm suçlarda değil, sadece belli ağırlıktaki suçlarda kabul edilmiştir.¹⁹⁵⁰

İster genel bir sınırlandırmayla isterse özel hükümlerde belirli suç tiplerine eklenecek hükümlerle olsun azmettirmeye teşebbüsün konusu olan fiillerin korunduğu hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin ağır olması gerekir. Önemli hukuksal değerlerin korunduğu ağır suçlara azmettirmeye teşebbüs edilmesiyle ortaya çıkan tehlike, tek kişinin bu ağır suçun hazırlığını yapmasıyla ortaya çıkan tehlikeden daha büyüktür. Suça azmettirilen bir kimsenin suçu işleme kararını alması ve verilen suç işleme kararı, suçun işlenmesi bakımından başlı başına kesin bir karar olarak azmettirenin daha büyük bir kararlılık beklentisine sokar. Bu durumda, ağır suçlarda suç işleme iradesinin katılığı ve suça iştirak edenlerin iradelerinin birbirine karşılıklı bağıllığı, daha hafif suçlardakinden daha tehlikelidir.¹⁹⁵¹ Bir kimseyi azmettirmek, hukuksal değerlere yönelik önemli ve ağır bir tehlikenin gerçekleşmesi için yeterlidir. Asıl fiil işlenmese bile failin ilgili fiili işleme kararını almasına neden olmak, tipiklikte korunan hukuksal değerlere yönelik büyük ve önemli bir tehlikeye yol açar. Bu tehlikenin kaynağı, failin fiili işleme kararlılığıdır. Bu, nedensel sürecin azmettirenin hakimiyet alanından çıkmasıyla fiilin bu kararlılık içerisinde her an işlenebilme tehlikesine yol açar.

YTCK'da suçların sınıflandırılmasında cürüm-cünha ayırımı yapılmadığı için önemli hukuksal değerleri korumaya yönelik bir cezai sınırın tespit edilmesi gerekir. Alman hukukunda cürümler en az bir yıl hapis cezası gerektiren suçlar olup, bu cezai sınır azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunu aşırı genişletmektedir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin YTCK'ya eklenecek muhtemel bir hüküm, bu sınırın yükseltilerek konu bakımından sınırlandırmaya gidilmesi ve asıl fiilin işlenmediği durumda azmettirenin ceza sorumluluğunun kapsam olarak daraltılması kanaatimizce yerinde olur. Bu itibarla, azmettirmeye teşebbüse konu fiillerin öncelikle sadece hapis cezası

¹⁹⁵⁰ Letzgus, s. 190, 191.

¹⁹⁵¹ Letzgus, s. 192.

gerektiren suçlarda kabul edilmesi ve adli para cezası gerektiren suçların kapsam dışı tutulması gerekir. Bununla birlikte, hapis cezası gerektiren tüm suçlarda da değil, evvela ağırlaştırılmış hapis ve müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda kabul edilmelidir. Diğer hallerde, hapis cezasının sınırı en az iki yıl olan suçlar buraya dahil edilmelidir. Böylece iki yılın altında hapis cezası gerektiren suçlarda azmettirmeye teşebbüs gerçekleşse bile azmettirenin cezalandırılmasının önüne geçilmiş ve ceza sorumluluğunun aşırı genişleyeceği kaygıları bertaraf edilmiş olur. Bu, sadece belli ağırlıkta ve tehlike suretiyle hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen ağır ihlallerde kurumun kabul edilmesi anlamına gelir. Konunun, ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası ile hapis cezasının alt sınırı en az iki yıl ve üstü olan suçlarla sınırlandırılması durumunda, birçok suç tipi kapsam dışı kalmış olur. Böylece, Alman Hukuku'nun aksine YTCK'da hapis cezasının alt sınırı en az bir yıl olan suç tiplerinde azmettirmeye teşebbüs cezalandıramayacaktır.

Kanun hükümlerinin tetkiki neticesinde, YTCK'da hapis cezasının iki yılın altında olduğu bir çok suç tipi belirlenmiştir. Bu şekilde birçok suç tipinin temel ve hatta bazılarının nitelikli hali/halleri azmettirmeye teşebbüsün kapsamı haricinde kalmış olur. Örneğin YTCK md.86/f.1'de kasten yaralamanın, md.141'de hırsızlığın, md.107'de şantajın temel hallerine; md.151'de mala zarar vermenin veya md.116/f.4'te konut dokunulmazlığının nitelikli hallerine, md.98/f.2'de yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinde azmettirmeye teşebbüs durumunda azmettiren sorumlu tutulamayacaktır. YTCK md.109/f.1'de en az bir yıl hapis cezası gerektirdiğinden kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel haline azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmazken; cebir, tehdit veya hile kullanmak suretiyle bu fiili işlemek en az iki yıl hapis cezası gerektirdiğinden suçun bu nitelikli hallerine azmettirmeye teşebbüs cezalandırılabilir. Cebir, tehdit veya hilenin kullanılmasının fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan ihlali ve haksızlığı arttırdığı ortadadır. Kanun koyucu, bu şekillerde fiilin işlenmesini daha ağır cezalandırmıştır.

Alman Hukuku'nun aksine mukayeseli hukukta cezai sınıra ilişkin miktarı yükselterek azmettirmeye teşebbüsün konusunu daha da daraltan ülkelere rastlamak

mümkündür. Örneğin Belçika’da ölüm cezası, ömür boyu hapis veya en az on yıl hapis cezası gerektiren suçlarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir.¹⁹⁵² İsviçre’de yapılan cürüm-cünha ayırımında azmettirmeye teşebbüs sadece cürümlerde kabul edilmiştir. Cürümler, hapis cezası en az üç yıl ve en fazla yirmi yıl olan suçlardır. Bosna-Hersek’te azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması hapis cezası üç yıl veya daha ağır hapis cezası gerektiren suçlarda kabul edilmiştir. Estonya’da en az yirmi yıl hapis veya müebbet hapis gerektiren suçlarda azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmıştır.¹⁹⁵³

Azmettirmeye teşebbüse konu fiillerin cezai sınır koymak suretiyle belirlenmesi yerine, hükümde katalog suçlar da oluşturulabilir. Örneğin suç için anlaşmaya ilişkin YTCK md.316’da bu yöntem tercih edilmiş ve kanunun hangi bölümündeki suçların bu suçun konusu olacağı açıkça belirtilmiştir. Kanunun herhangi bir bölümündeki suçun belirlediğimiz cezai sınır koşulunu sağlaması durumunda azmettirmeye teşebbüsün konusu olabileceğinden hareketle katalog suç yöntemini tercih etmemekte, Alman hukukunda olduğu gibi mukayeseli hukukta kabul edilen genel hükümlerde cezai sınırı belirleme yöntemini önermekteyiz; çünkü katalog suç oluşturma yöntemi kazuistik bir yöntem olup genel hükümler bakımından elverişli görülmemektedir.

b) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Özel Hükümleri İçinde Belli Ağırlıktaki Fiillerde Cezalandırılması

(1) Azmettirmeye Teşebbüsün Kanunun Özel Hükümleri İçinde Cezalandırılması

Olması gereken hukuk bakımından azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin muhtemel bir hüküm, kanunun genel hükümleri içinde düzenlenmelidir. Ancak ceza sorumluluğunun ön alanda aşırı genişletilmiş olacağı ve hükmün kanunun iştirak ve teşebbüs sistematüğini bozacağı, dahası iştirakte bağıllık kuralının etkisizleşeceği şeklindeki tereddütlerin ve bu noktada uygulamada oluşabilecek problemlerin önüne

¹⁹⁵² Letzgus, s. 190, 191.

¹⁹⁵³ Detaylı bilgi için çalışmanın dördüncü bölümünün “İsviçre”, “Bosna-Hersek” ve “Estonya” başlıklarına bkz.

geçmek adına doktrinde ve uygulamada kurumun teorik yapısı yerleşene kadar ara çözüm olarak azmettirmeye teşebbüsün özel hükümlerde cezalandırılmasına ilişkin muhtemel bir hükmün düzenlenmesi de mümkündür.

Her ne kadar azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye konu suçun işlenmesine yönelik tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilirse de, yukarıda ele alınan ve hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipleriyle cezalandırıldığı hükümler (suça tahrik, suç için anlaşma, rüşvet, intihara azmettirme, yargı görevi yapanı ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs) göz önünde bulundurulduğunda konuya ilişkin bir düzenlemenin özel hükümlerde yapılabileceği savunulabilir. Türk hukukunda tehlikeli hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipleriyle yaptırım altına alınması anlayışının hakim olduğundan hareketle, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasında kanunun özel hükümleri içinde düzenleme yapılması daha yerinde ve makul bir tercih olabilir.

Azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir suç tipiyle cezalandırılmasına ilişkin muhtemel bir hükmün kanunun özel hükümleri içinde hangi bölümde ve hangi başlık altında düzenlenmesi gerektiği, ele alınması gereken bir başka önemli meseledir.

Azmettirmeye teşebbüsün önemli hukuksal değerleri koruyan ve toplumda daha fazla işlenen kasten öldürme ve yalan tanıklık suçlarına ilişkin hükümlerin kapsamında bağımsız fıkralar şeklinde düzenlenmesi yöntemi tercih edilebilir. *Özkan* da, belirli suç tiplerine eklenecek özel hükümlerle azmettirmeye teşebbüsün bağımsız suç tipi olarak cezalandırılabilceğini önermiştir.¹⁹⁵⁴ Bu durumda ilgili suç tiplerinin olduğu maddeler kapsamında bağımsız fıkraların konulması mümkün olduğu gibi, ilgili suç tiplerinden hemen sonra bağımsız maddelerle ilgili fiillere ilişkin azmettirme suçlarının düzenlenmesi de mümkündür. Ancak kanuna eklenecek bağımsız fıkra veya maddelerin, kanun maddeleri arasındaki insicamı bozmaması gerekir. Bu sebeple örneğin kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmaya yönelik hükmün 82'inci maddeden sonra YTCK md.82/A şeklinde bağımsız bir maddeyle düzenlenmesini önermekteyiz. Böylece kasten öldürmenin hem temel haline hem de

¹⁹⁵⁴ **Özkan**, Azmettirme, s.168-171.

nitelikli hallerine azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması mümkün olur. YTCK md.82/A şeklinde muhtemel bir hükmün suçun hem temel halini (YTCK md.81) hem de nitelikli hallerini (YTCK md.82) ihtiva edeceği ifade edilmiş olur. Keza TCK'nın 272'inci maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçuna azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir fıkra olarak (YTCK md.272/f.3) düzenlenmesini önermekteyiz. Bu durumda kanun maddesinin mevcut halinde üçüncü fıkra olan hükmün dördüncü fıkra olarak numaralandırılıp diğer fıkraların bu düzene göre yeniden numaralandırılması gerekir. Doktrinde yalan tanıklık suçu bakımından bu yönde bir düzenlemenin yapılabileceği ileri sürülmüştür. Azmettirmeye teşebbüs durumunda azmettirenin belli bir oranda cezalandırılması gerektiği konusunda hakime takdir yetkisinin verilebileceğini ileri süren *Özgenç*, hiç olmazsa YTCK'nın yalan tanıklık suçunu düzenleyen maddesine ETCK'daki tanığı tedarike teşebbüs suçuna ilişkin bir düzenlemenin yapılmasını önermiştir.

Konunun kasten öldürme ve yalan tanıklık suçları bakımından cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi durumunda, hukuk metodolojisi bakımından kazuistik bir yöntem olan “belli ağırlıktaki fiillere ilişkin her bir kanun maddesinde ilgili fiile azmettirmeye teşebbüs halinin cezalandırılmasına ilişkin hüküm ekleme” yönteminin de önüne geçilmiş olur. Bu şekilde azmettirmeye teşebbüsün konusunda yapılacak böyle bir sınırlandırmayla kanunun özel hükümlerinin daha önemli bir fonksiyon icra edebileceği söylenebilir.

Bu konuda tercih edilebilecek bir başka yöntem de kanunun “kamu barışına karşı suçlar” başlıklı bölümünde suça tahrike benzer bir hükmün “suç işlemeye azmettirme” suçu başlığı ile düzenlenmesidir. ETCK döneminde *Dönmezer/Erman*, aleniyet şartını kaldırmak ve akim kalmış azmettirme bakımından kabul etmek suretiyle suç işlemeye alenen tahrik hükmüne benzer bir hükmün düzenlenmesini önermişlerdi.¹⁹⁵⁵ Bundan hareketle konusunu oluşturacak suç tipleri katalogunu kasten öldürme ve yalan tanıklık suçlarıyla sınırlandırmak suretiyle suç işlemeye tahrike ilişkin maddeden

¹⁹⁵⁵ *Dönmezer/Erman*, II, s. 465, 474–476.

hemen sonra suç işlemeye azmettirme suçunun düzenlenmesi de mümkündür. Aleniyet şartını kaldırmak şartıyla söz konusu hükmün suç işlemeye tahrik suçuna ilişkin madde kapsamında da düzenlenmesi mümkündür. Nitekim kanun koyucu, mevcut YTCK md.214/f.3'te tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişinin, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağını ifade ederek konunun esasen azmettirme kurumuyla olan ilişkisini de ortaya koymuştur. Bundan hareketle, aleniyet şartını kaldırmak ve sadece kasten öldürme ve yalan tanıklık suçlarında uygulanabilirliğini kabul etmek suretiyle, ilk durumda suç işlemeye tahrike ilişkin maddeden hemen sonra "suç işlemeye azmettirme" başlıklı YTCK md.214/A şeklinde bağımsız bir hükümle, ikinci durumda YTCK md.214/f.4 şeklinde bağımsız bir fıkra ile azmettirmeye teşebbüsün özel hükümlerde bağımsız bir azmettirme suçu olarak cezalandırılabilmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki, Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde olduğu gibi Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde de bağımsız ve sui generis azmettirme suçlarına yer verilmiştir. Esasen YTCK md.84'te düzenlenen intihara azmettirme de bir azmettirme suçu olarak düzenlenmiştir.

Netice itibariyle, kurumun teorik yapısının tam anlamıyla doktrinde ve içtihatlarda yerleşmemiş olması, suç ve ceza politikası gereği ve mukayeseli hukuktaki mahkeme kararları göz önünde bulundurulduğunda konunun daha çok kasten öldürme ve tanıklık suçlarında gündeme gelmesi gibi sebeplerden hareketle, dogmatik olarak kanunun özel hükümleri içinde bağımsız bir suç tipiyle sınırlı cezalandırma formülü Türk Hukuku bakımından ara bir çözüm olabilir. Azmettirmeye teşebbüsün başlı başına bir haksızlık olarak genel hükümlerde cezalandırılması şeklindeki önerimiz kabul edilmese bile, hiç olmazsa kurumun kanunun özel hükümleri içinde belirtilen suç tiplerinde veya bağımsız bir azmettirme suçuyla cezalandırılması, Türk hukukunda kurumun cezalandırılabilirliğine yönelik kanundaki mevcut boşluğun kapatılması adına önemli bir gelişme olacaktır. Söz konusu suçların toplumda çok sık işlenen fiiller olduğu dikkate alınırsa, bu fiillere azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasıyla bu suçlarda korunan yaşam hakkı ve adliyenin doğru işleyişinin sağlanması gibi önemli

hukuksal menfaatlerin daha iştirakin ön alanında iken etkin bir şekilde korunması sağlanmış olur.

(2) Azmettirmeye Teşebbüsün Belli Ağırlıktaki Fiillerde Cezalandırılması

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik muhtemel bir hükmün kanunun genel hükümleri içinde belli ağırlıktaki fiiller bakımından kabul edilmesi ve bu noktada belli bir cezai sınırın belirlenmesi gerektiğine dair yukarıdaki açıklamalar, hükmün, kanunun özel hükümleri içinde düzenlenmesi durumu için de geçerlidir. Özel hükümlerde bağımsız bir azmettirme suçunun konusu olabilecek fiiller, hukuksal değerlere yönelik ağır tehlike suretiyle saldırı teşkil etmelidir.

Hukuk devletinde ön alanda işlenen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıyla cezalandırılabilirliğin genişlemesine ihtiyatlı yaklaşmak gerekir. Önemli-önemsiz, yakın-uzak her türlü tehlikenin cezalandırılması, hukuk devletinden uzaklaşıp polis devletine doğru bir gidişata yol açar; ki, bu daha büyük bir tehlikedir. Azmettirmeye teşebbüsün tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılması durumunda gündeme gelebilecek en önemli problemlerden biri, ispat meselesidir. Çoğu kez bir tanığı bile bulunmayan azmettiren ile fail arasında gerçekleşen azmettirmeye teşebbüsün ispatlanması kolay değildir.¹⁹⁵⁶

Azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılmasına ilişkin önerimizde belirlediğimiz cezai sınırın, gerek ortaya çıkabilecek ispat sorunları gerekse artacak dosya sayısı gibi bazı pratik sebeplerden dolayı makul olmadığı ve bunun ceza adaleti sistemine yeni bir iş yükü anlamına geleceği ileri sürülebilir. Bundan hareketle özellikle ceza infaz rejimine ilişkin kanaatimizce kötü uygulamamız da dikkate alındığında, tamamen pratik sebeplerden hareketle, sınırlandırılmış cezalandırma formülünün kabul edilmesinin mümkün olabileceği kanaatini taşıyoruz. Ayrıca ceza sorumluluğunun aşırı genişleyeceği ve bunun hak ve özgürlükler bakımından tehdit teşkil edeceğini de dikkate alarak, özel hükümlerde toplumumuzda

¹⁹⁵⁶ **İnci**, s. 973. “Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bile göz ardı edildiği ülkemizde cezalandırma safhasını bir adım öne çekmek ve bunu genel hüküm olarak ceza kanunumuza koymanın” isabetli olmayacağı hakkında bkz. **Özkan**, Azmettirme, s. 229.

çok sık işlenen kasten öldürme ve yalan tanıklık suçları bakımından dar bir suç kataloğunun kabul edilmesi, Türk hukuku bakımından daha makul ve mantıklı bir öneri olacaktır. Özellikle töre saiki veya kan gütme saikleriyle işlenen kasten öldürme ve yalan tanıklık suçlarının işlendiği olaylarda, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesinin gerekliliği ve bu konuda kanuni düzenlemenin yapılmasının bir ihtiyaç olduğu ortadadır. Olması gereken hukuk bakımından kanunun genel hükümleri içinde yukarıda belirlediğimiz şekilde belli cezai sınırlar dahilinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik önerimizi, Türk hukukunda uzun vadede yapılacak genel bir düzenlemeye esas teşkil etmesi için muhafaza ediyor; fakat korunan hukuksal değerın önemi, azmettirmeye teşebbüs fiilinin işlenmesiyle gerçekleşen tehlikenin ağırlığı ile ispat zorlukları ve dava sayısının artması gibi pratik sebeplerden dolayı hükmün sadece kasten öldürme ve yalan tanıklık suçları bakımından kabul edilmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Bu durumda suç için anlaşmaya ilişkin hükümde olduğu gibi bir suç kataloğunun oluşturulması mümkündür. Bu suç kataloğunun kapsamında sadece hayata karşı suçlardan kasten öldürme ve adliyeğe karşı suçlardan yalan tanıklık suçlarının kabul edilmesi mümkündür. Mukayeseli hukukta da azmettirmeye teşebbüsün sadece bu suç tiplerinde cezalandırıldığı ülkeler bulunmaktadır. Örneğin Fransa ve İspanya’da azmettirmeye teşebbüs sadece kasten öldürme suçu bakımından kabul edilmiştir.

2. Azmettirmeye Teşebbüsün Yaptırımının Belirlenmesi

Yaptırımın amacı haksızlığın işlenmesiyle hukuk düzeni ve bireyler arasında bozulan dengeyi yeniden tesis etmektir.¹⁹⁵⁷ Bu dengenin yeniden tesis edilmesinde ceza haricinde uygulanan yaptırımlar kimi zaman yeterli olmayabilir. Özellikle hukuksal değerlere yönelik ağır ihlallerde ceza hukuku yaptırımlarına ihtiyaç

¹⁹⁵⁷ **Özgenç**, GH, s. 709-710. 5275 sayılı CGTİHK md.3’te ceza ve güvenlik tedbirlerinin amacı “ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır” şeklinde ifade edilmiştir.

duyulabilir.¹⁹⁵⁸ Ceza hukuku yaptırımları, suçun karşılığı olarak kanunlarda öngörülen ve devlet tarafından uygulanan yaptırımlar olarak bireylerin suç işlemelerini önlemek suretiyle davranış normlarına aykırı davranmalarını engelleme amacı güder.¹⁹⁵⁹

Teşebbüsten önceki aşamada hukuk düzeni ile birey arasındaki dengeyi bozan durumlardan biri, azmettirmeye teşebbüstür. Asıl fiil işlenmediği için iştirakin özel bir hali olan azmettirmeye teşebbüsü ceza yaptırımı altına alan bağımsız bir ceza normuna ihtiyaç vardır. Azmettirmeye teşebbüsün bağımsız olarak ceza yaptırımı altına alınmasındaki amaç, önemli hukuksal değerlere zarar verecek ciddi bir saldırının önlenmesidir. Bu amaç doğrultusunda, kanun koyucunun bu fiili kanunda açıkça tanımlaması ve cezalandırması gerekir.¹⁹⁶⁰ Bu, suçta kanunilik ilkesinin bir gereği ve sonucudur. Kanun koyucunun açıkça tanımladığı fiile ilişkin uygulanmasını takdir ettiği yaptırımın hem türünü hem de miktarını açıkça belirtmesi de, cezada kanunilik ilkesinin bir gereği ve sonucudur. Azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran muhtemel bir hükümde yaptırımın hem niteliksel hem de niceliksel olarak belirtilmesi gerekir.

a) Yaptırımın Niteliksel Olarak Belirlenmesi

Almanya başta olmak üzere mukayeseli hukukta birçok ülke azmettirmeye teşebbüsü ceza yaptırımı altına almışken; İtalya, bu fiil için güvenlik tedbiri yaptırımını tercih etmiştir. Azmettirmeye teşebbüsün niteliksel olarak yaptırımının belirlenmesi için bu iki yaptırım türü arasındaki farkı ortaya koymak gerekir.

Modern ceza hukukunda yaptırım sistemi iki şeritli bir yola benzetilir.¹⁹⁶¹ Şeridin birini cezalar, diğerini güvenlik tedbirleri oluşturur.¹⁹⁶²

¹⁹⁵⁸ **Demirbaş**, GH, s. 574.

¹⁹⁵⁹ **Akbulut**, GH, s. 823-824.

¹⁹⁶⁰ Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi (Karar Taslağı), 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul, 20-27 Eylül 2009, s. 107.

¹⁹⁶¹ **Hafizoğulları/Özen**, GH, s. 433.

¹⁹⁶² **Öztürk/Erdem**, kn. 849; **Demirbaş**, GH, s. 573.

(1) Yaptırım Türü Olarak Güvenlik Tedbirleri

Güvenlik tedbirleri¹⁹⁶³ tehlikeli failer hakkında ceza yerine hükmolunan, failin tehlikelilik hali ile orantılı¹⁹⁶⁴, failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan, kanunla¹⁹⁶⁵ belirlenen ve hâkim¹⁹⁶⁶ tarafından hükmedilen yaptırımlardır.¹⁹⁶⁷ Güvenlik tedbirleri, failin tehlikeliliğini esas alan yaptırımlar olup uygulanabilmeleri için failin toplum bakımından tehlikeliliğini ortaya koymuş olması gerekir.¹⁹⁶⁸ Bu itibarla, failin tehlikelilik hali ile orantılı olan tedbire hükmedilmelidir.¹⁹⁶⁹ Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için failin tehlikeliliğinin tespit edilmiş olması gerekir.¹⁹⁷⁰ Geleceğe yönelen tedbirler olarak uygulanan güvenlik tedbirleri, faili ve toplumu korumayı amaçlar. Bu tedbirler, koruyucu ve iyileştirici önlemler şeklinde failin tehlikeliliği devam ettiği sürece uygulanır.¹⁹⁷¹

¹⁹⁶³ Güvenlik tedbiri kavramı için bkz. **Artuk**, Güvenlik, s. 466, dn. 16; **Koca/Üzülmez**, s. 622; **Fatma Bettayeb**, “İslam Ceza Hukukunda ve Beşeri Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, çev. Soner Duman, in: *Islamic Criminal Law, Tebliğler Kitabı*, Korkusuz, R./Eren A., C. II, Nisan 2017, s. 556. Doktrinde güvenlik tedbiri yerine “emniyet tedbiri” kavramını kullanan yazarlar da vardır. Bkz. **Nuhoğlu**, s. 4-7; **Hamide Zafer**, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, *İÜHFM*, C. IXII, S. 1-2, (263-314), 2004, s. 265. Güvenlik tedbirlerinde önleme amacı çerçevesinde ceza hukuku yerine “özel önleme hukukunu” savunan *Ferri*’nin düşünceleri için bkz. **Artuk**, Güvenlik, s. 464; **Sergio Seminara/Thomas Vormbaum**, “Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch über Verbrechen von 1921 (‘Progetto Ferri’), Berlin 2014, s. 14 vd.

¹⁹⁶⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, 609-610; **Akbulut**, GH, s. 824.

¹⁹⁶⁵ **Öztürk/Erdem**, kn. 976; **Artuk**, Güvenlik, s. 474; **Zafer**, Emniyet Tedbiri, s. 271; **Demirbaş**, GH, s. 638; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, 609-610; Bettayeb, s. 571; **Faruk Erem**, “Türk Ceza Kanunu’nda Emniyet Tedbirleri”, *AÜHFD*, C. 1, S. 3, 1944, s. 352.

¹⁹⁶⁶ **Artuk**, Güvenlik, s. 470-471; **Erem**, Emniyet Tedbirleri, s. 352; **Zafer**, Emniyet Tedbiri, s. 271.

¹⁹⁶⁷ **Nuhoğlu**, s. 7. Güvenlik tedbirlerine ilişkin uygulama şartları için bkz. **Artuk**, Güvenlik, s. 473 vd.

¹⁹⁶⁸ **Zafer**, Emniyet Tedbiri, s. 271; **Akbulut**, GH, s. 824; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 958.

¹⁹⁶⁹ **Hakeri**, GH, s. 666; **Dönmezer/Erman**, II, s. 567-568.

¹⁹⁷⁰ **Akbulut**, GH, s. 824; **Zafer**, Emniyet Tedbiri, s. 271. Tehlike türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Nuhoğlu**, s. 105, 106; **Nurullah Kunter**, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954, s. 131-135. Tehlike halinin belirlenmesinde kullanılan ölçütler ve yöntemler için bkz. **Nuhoğlu**, s. 97-101.

¹⁹⁷¹ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 557-558.

Güvenlik tedbirleri nihayetinde ceza hukuku yaptırımlarıdır. Cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerine hükmetmek için de suçun işlenmiş olması gerektiğinden hukuka aykırı bir fiilin varlığı şarttır.¹⁹⁷² Güvenlik tedbirleri suçla ilgili uygulanan tedbirler olduğu için kural olarak, failin tehlikeliliğinin kanıtı olan ve suç teşkil eden fiilin işlenmiş olması ve bu fiilin hukuka aykırı olması gerekir.¹⁹⁷³ Hukuka aykırı işlenen fiil, failin tehlikeliliğinin bir işaretidir.¹⁹⁷⁴

Çok tehlikeli suçlular hakkında tasfiye edici ve toplumdan uzaklaştırıcı; daha az tehlikeli suçlular hakkında tamir edici ve zorlayıcı tedbirlere başvurulur. Bu bağlamda güvenlik tedbirleri gibi ceza yerine geçen önlemler ile suçluluğun sebepleri ortadan kaldırılır ve dolayısı ile suçluluğun azaltılması sağlanmaya çalışılır.¹⁹⁷⁵

YTCK'nın birinci kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının, ikinci bölümünde güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu tedbirler, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (md.53), eşya müsaderesi (md.54), kazanç müsaderesi (md.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (md.56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (md.57), suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular (md.58), sınır dışı edilme (md.59) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (md.60) şeklinde düzenlenmiştir. Bazı özel kanunlarda da güvenlik tedbirlerine rastlamak mümkündür. 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 18'inci maddesinde "spor müsabakalarını seyirden yasaklama" tedbiri düzenlenmiştir.

(2) Yaptırım Türü Olarak Ceza, Cezanın Amaçları, Önleme Fonksiyonu ve Son Çare Olması

Ceza suç karşılığında uygulanan bir yaptırım türü olup¹⁹⁷⁶, devlet tarafından uygulanır. Diğer hukuk dallarındaki yaptırımlardan farklı olarak bu yaptırım türü için

¹⁹⁷² Nuhoglu, s. 110; 113-115; Özgenç, GH, s. 854; Akbulut, GH, s. 824.

¹⁹⁷³ Zafer, Emniyet Tedbiri, s. 271.

¹⁹⁷⁴ Nuhoglu, s. 89, 111.

¹⁹⁷⁵ Artuk, Güvenlik Tedbirleri, s. 464.

¹⁹⁷⁶ Üzülmüş, s. 203. Cezanın esası ve hukuki niteliği hakkında tartışma için bkz. Dönmezer/Erman, II, s. 543.

özel bir infaz rejimi belirlenmiştir.¹⁹⁷⁷ Cezanın temeli kusur ilkesine dayanır ve işlenen fiil bakımından failin kusurunun derecesiyle orantılı olmasını gerektirir.¹⁹⁷⁸ Ceza yaptırımıyla düzeni bozan fiillere karşı toplumsal tepki gösterilir.¹⁹⁷⁹ Bu esaslardan hareketle YTCK'nın genel hükümlere ilişkin birinci kitabının "Yaptırımlar" başlıklı birinci bölümünde cezalar hapis ve adli para cezaları olarak (md.45), hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezaları olarak (md.46) ayrılmıştır.

Bir yaptırım türü olarak cezanın amacı, toplumun faydasına olacak şekilde suç işleme riskini içeren davranıştaki sapmayı düzeltmektir. Ceza, suçla mücadelede geleceğe dönük olarak verilir ve suç riskini vurgulama ve suçun büyüklüğü oranında geçmiş zamanla ilgilenilir.¹⁹⁸⁰

Cezanın önemli fonksiyonlarından biri, önlemedir. Kanunda ceza tehdidinde yer verilmesiyle bireyde hukuka olan güvenin güçlendirilmesi sağlanmış olur; çünkü önleme aracı olarak cezanın bireyler üzerinde korkutucu bir etkisi vardır. Ceza, suça eğilimi olan kişilerin iradesi üzerinde suçun işlenmesini engelleme şeklinde psikolojik bir cebir icra ederek önleyici bir görev üstlenmiş olur. Böylece psikolojik cebir aracılığıyla bireyler üzerinde önleyici bir etki oluşturur.¹⁹⁸¹

Devletin devamı ve hukuk düzenin temini için ceza yaptırımı zorunludur. Bu zorunluluk toplumsal yaşamın gereğinden kaynaklanır.¹⁹⁸² Ancak cezanın son çare olması ilkesini (*ultimo matio*)¹⁹⁸³ göz ardı etmemek gerekir. Bir fiilin son çare olarak

¹⁹⁷⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 571. Ceza kavramı için bkz. Devellioğlu, s. 139; Bettayeb, s. 558.

¹⁹⁷⁸ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 557-558.

¹⁹⁷⁹ **Zeki Hafızoğulları**, *Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni)*, 2. bs., Ankara 1996, s. 203-206.

¹⁹⁸⁰ **Bettayeb**, s. 559.

¹⁹⁸¹ Cezanın önleme ve bastırma fonksiyonları için bkz. **Hafızoğulları**, s. 187-189, 193-199.

¹⁹⁸² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, GH, s. 823; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 571; **Erem**, *Ümanist Doktrin*, s. 150.

¹⁹⁸³ *Ultimo matio* ilkesinin doğrudan kanuni bir dayanağının olmadığı hakkında bkz. **Demirtaş**, GH, s. 494. İlkenin dar anlamda orantılılık, geniş anlamda hukuk devleti ilkesinin ceza hukukuna bir yansıması olduğu hakkında bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, GH, s. 83.

ceza yaptırımını altına alınması, fiilin cezalandırmaya layık (*Strafwürdigkeit*) ve cezalandırmaya muhtaç (*Strafbedürftigkeit*) olduğu anlamına gelir.

Cezalandırmaya layık olma fiilin cezalandırmayı hak etmesi, cezalandırmaya değer görülmesi; cezaya muhtaç olma cezalandırmada bir gereklilik durumunun ortaya çıkması demektir.¹⁹⁸⁴ Cezalandırmaya layık görülen bir fiilin cezaya muhtaç olması, cezaya başvurmaksızın cezalandırmada amaca ulaşamamasını ve bozulan toplumsal hayatın ancak ceza yaptırımını ile yeniden düzelebileceğine dair düşüncenin varlığını gerekli kılar.¹⁹⁸⁵ Cezalandırmanın gerekli olması, ceza hukuku müdahalesinin son araç, uygun, caydırıcı ve yararlı olmasının ortaya konulmasını gerektirir.¹⁹⁸⁶ Ceza yaptırımının son çare olması, cezalandırmanın artık toplumsal ihtiyaç haline gelmesi ve ancak ceza yaptırımını yoluyla korumanın mümkün olabileceğinin ortaya konulması demektir.¹⁹⁸⁷

Cezaya muhtaçlık ilkesi, azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi gelecekteki bir suçun işlenmesi tehlikesini barındıran fiillerin yaptırıma bağlanmasında günümüzde ceza hukukunun artık önemli bir rol üstlenmesini gerekli kılmıştır.¹⁹⁸⁸ Günümüzde hukuksal değerlerin korunmasında bir araç olarak kullanılan ceza hukukunda yaşanan eğilimlerden biri, cezalandırılabilirliği öne çekmedir. Ceza hukukunda genişlemenin yaşandığı bu durumda hukuksal değerlere yönelik zarar tehlikesinin gerçekleştiğinden hareketle cezalandırma aşaması öne çekilmektedir.¹⁹⁸⁹

Suç ve ceza politikasının bir gereği olarak kanun koyucunun haksızlıkları suç olarak vasıflandırıp haksızlığa ilişkin bir ceza normu üretmesinin önünde herhangi bir

¹⁹⁸⁴ **Frisch**, *Strafwürdigkeit*, s. 366, 367, 369-370.

¹⁹⁸⁵ **Salih Özkan**, *Ceza Hukukunda Önemlilik*, 1. bs., İstanbul 2018, s. 126.

¹⁹⁸⁶ **Ünver**, *Hukuksal Değer*, s. 673 vd.

¹⁹⁸⁷ **Dinler**, s. 163.

¹⁹⁸⁸ **Ünver**, *Hukuksal Değer*, s. 945.

¹⁹⁸⁹ **Eric Hilgendorf**, “Ceza Düşüncesi (1975-2005)”, çev. Başak Özay, in: *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich)*, C. I, İstanbul 2010, s. 184. Detaylı bilgi için bkz. İda, Ülke Raporu, s. 1467, 1470-1472, 1474.

engel yoktur.¹⁹⁹⁰ Kanun koyucu mevcut anayasal ilkeler çerçevesinde hangi hukuksal değerlerin korunması gerektiği noktasında belirli bir hareket alanına sahiptir. Ancak ceza hukukunun son araç olması ilkesini göz ardı etmemesi gerekir. İşlenen her haksızlıkta başvurulacak ilk araç ceza değildir.¹⁹⁹¹ Cezalandırmaya layık bir fiilin toplumsal olarak katlanılmaz ve tahammül edilemez bir dereceye varması ve hukuksal değerlere yönelik önemli ve ağır ihlaller oluşturması gerekir.¹⁹⁹² Bir fiili suç olarak tanımlayıp buna ilişkin bir ceza normu üretirken kanun koyucunun hak ve özgürlükleri korumayı amaçlaması, yani anayasal güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri dikkate alması gerekir.¹⁹⁹³

Bu açıklamalar çerçevesinde kanun koyucunun cezalandırmaya layık bir fiil olarak azmettirmeye teşebbüse ilişkin bir ceza normunu üretmesi mukayeseli örnekler dikkate alındığında günümüz ceza hukuku anlayışı için bir gereklilik halini almıştır. Kanun koyucu, anayasal ilkeler çerçevesinde teşebbüsten önceki alanda hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen suç işleme tehlikesini bertaraf etmek için azmettirmeye teşebbüsü ceza yaptırımına altına almalıdır. Buna ilişkin bir düzenleme yaparken bireyin temel hak ve özgürlüklerini tehdit etmemeli, aksine bunların korunmasına yönelik hareket etmelidir.

(3) Azmettirmeye Teşebbüste Yaptırım Türünün Belirlenmesi

Yaptırım türleri olarak ceza ve güvenlik tedbirlerinin amaç bakımından farkları ve cezanın nitelikleri ile fonksiyonları göz önünde bulundurulduğunda, teşebbüsten önceki aşamada önemli hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin güvenlik

¹⁹⁹⁰ Demirtaş, s. 494-495.

¹⁹⁹¹ Heinrich, AT, §1, kn. 11. Devletin suç vasfını taşıyan bir fiili kanunda düzenlemesine ilişkin değerlendirmesinde *Hardurf*, dört aşamadan oluşan suç ihdas etme merdiveni (*criminalization ladder*) modelini geliştirmiştir. *Hardurf* bu aşamaları, saldırgan fiilin tanımlanması, fiilin ceza hukukunun genel yapısına uygunluğunun incelenmesi, cezalandırmaya alternatif yaptırımların değerlendirilmesi ve fiilin suç olarak düzenlenmesiyle ortaya çıkacak sosyal maliyetlerin hesaplanması olarak ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. Dinler, s. 164.

¹⁹⁹² Hakeri, Önemli Hareketler, s. 58-59.

¹⁹⁹³ Dinler, s. 157, 165.

tedbirleri ile bertaraf edilmesi mümkün ise de; kimi zaman yeterli olmayabilir. Örneğin İtalya’da azmettirmeye teşebbüs toplum bakımından tehlikeli bir fiil olarak güvenlik tedbiriyle yaptırıma bağlanmıştır. Bu fiilin toplumsal tehlikeliliğini vurgulamak suretiyle güvenlik tedbirinin gerçekleşen tehlikeyi bertaraf etmede yeterli olduğu kabul edilmiştir. Almanya başta olmak üzere mukayeseli hukukta diğer ülkelerde ise ceza yaptırımı tercih edilmiştir. Bu ülkelerde, azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen haksızlığın bertaraf edilmesinin ceza tehdidiyle mümkün olduğu kabul edilmiştir; çünkü asıl fiilin işlenmediği durumda azmettirme alelade bir hazırlık hareketi değil, iştirak halinde işlenen tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak nitelendirilmiştir.

Hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsede bu düşüncüyü uyandırmak ve suçu işleme kararını almasını sağlamakla başlayan tehlikeli kriminal süreci güvenlik tedbiriyle yaptırıma bağlamak, suçlulukla mücadele noktasında yetersiz kalabilir. Azmettirme gibi yoğun bir faaliyet içine giren, kısacası köprüleri yıkan bir kişiyi işlediği bu kötülüğünden dolayı cezalandırmak hem adaletin gereği hem de suçlulukla mücadelede bir gerekliliktir. Ceza hukukunun aşırı derecede genişleyeceği, en basit hareketlerin bile bu kapsamda cezalandırma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı, dahası fiil ceza hukukundan sapılacağı ve ceza hukukunun son çare olması ilkesini ihlal edeceği şeklindeki bazı gerekçelerle azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasından yana olmayan görüşler¹⁹⁹⁴ ve suç işlendiği takdirde asıl fiilin cezası ile eş değer kabul edilen azmettirmenin suç işlenmediğinde bağlılık kuralı sebebiyle cezalandırılmaması gerektiğini ileri süren görüşler¹⁹⁹⁵ tam da bu noktada azmettirme fiilinin ceza hukukunda iştirak kurumu içerisinde suça yönlendirmenin en yoğun şekli olduğunu göz ardı etmektedirler. Azmettirmenin suça iştirak içerisindeki bu konumundan dolayı azmettiren asıl fiilin cezasıyla veya fail gibi cezalandırılmaktadır; çünkü azmettiren, azmettirdiği suçun işlenmesine asıl sebep olan kişidir. Asıl fiilin işlenmediği bir durumda azmettirmenin teşebbüsü ile gerçekleşen haksızlık ortadan kalkmamaktadır.

¹⁹⁹⁴ Çalışmanın beşinci bölümünde “Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılmasının Aleyhinde Görüşler” başlığına bkz.

¹⁹⁹⁵ Bkz. **Demirel**, Bağlılık Kuralı, s. 246 vd.

Daha teşebbüs aşamasına varmayan ve hazırlık aşamasında azmettirmeyle ortaya çıkan haksızlığın önlenmesi için azmettirme kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerin ceza tehdidi altına alınması elzemdir.

Örgüt, tahrik ve suç için anlaşma suçlarında olduğu gibi tehlikelilik noktasında ciddilik arz eden hazırlık hareketlerinin güvenlik tedbiriyle yaptırma bağlanması, toplumsal ve kişisel özgürlük dengesinde bozulan düzeninin yeniden tesis edilmesinde yeterli değildir. Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması gerektiğini ileri süren görüşlerde, azmettirenin cezasında belli oranlarda indirim yapmak suretiyle ceza yaptırımı öngörülmektedir. Alman hukukundaki gibi bir düzenlemenin kanunumuzda olması gerektiğini ifade eden görüşlerde değinildiği üzere, ancak belli ve ciddi ağırlıkta olan fiillerde uygulanabilir olduğunu ileri süren görüşlerde de cezai yaptırımı kabul edilmektedir. Bu görüşler, önemli hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin önlenmesinde güvenlik tedbiri uygulamasının yeterli olmayacağının bir ifadesi olarak değerlendirilmelidir.

Cezanın amaçları ve fonksiyonlarına ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde azmettirme gibi suça yönlendirme faaliyetinin yol açtığı tehlikenin, yine işlenen tehlikenin ağırlığı ile orantılı olarak ancak ceza denilen yaptırım türü ile önlenilebileceği ve iştirakin ön alanında önemli hukuksal değerlere yönelik ciddi saldırının ancak ceza yaptırımıyla bertaraf edilebileceği kanaatini taşıyoruz. Azmettirmeye teşebbüs eden kişiyi cezalandırmaktan maksat, onu ıslah etmek ve asıl fiilin her an işlenebilme tehlikesini cezalandırmaktır. Azmettirmeye teşebbüs gerek genel hüküm olarak gerekse özel hüküm olarak cezalandırılsın kanunda bu konuda yapılacak düzenlemelerde ceza yaptırımını önermekteyiz. Azmettirmeye teşebbüs için yaptırım türü olarak cezanın kabul edilmesi durumunda kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım

Azmettiren, kısa süreli hapis cezasına mahkum olmuşsa, mahkumiyet “kısa süreli hapis cezası”¹⁹⁹⁶ seçenek yaptırımlara çevrilerek hapis cezasının infazından kötü sonuçlarının önüne geçmek mümkündür. YTCK md.50’de¹⁹⁹⁷ kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar düzenlenmiştir. Kısa süreli hapis cezaları yerine hükmedilecek seçenek yaptırımlarla cezaların infazının neticesi olarak ortaya çıkan sakıncaların önüne geçilmesi amaçlanmış ve bu konuda hakime takdir yetkisi verilmiştir. Bu düzenlemeyle, infazdan beklenen uyarı fonksiyonu yerine getirilerek kişinin etkin pişmanlık duyması sağlanmış olur. Seçenek yaptırımlardan birine hükmedebilmek için azmettirenin hapis cezasına mahkum olması gerekir. Seçenek yaptırımlara çevirmenin objektif unsuru, hapis cezasının üst sınırının en fazla bir yıl olmasıdır. Yani bir yılın üstündeki mahkumiyet durumlarında seçenek yaptırımlar

¹⁹⁹⁶ **YTCK md.49/f.2:** “Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”

¹⁹⁹⁷ **YTCK md.50:** “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve **özen** yükümlülüğüne aykırı davranışlarla suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, Çevrilebilir. (1) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez. (2) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir. (3) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fikanın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz. (4) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir. (5) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, infaz hâkimliği kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz. (6) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, infaz hâkimliğince tedbir değiştirilir (7).

uygulanamaz. Seçenek yaptırımlara çevirmenin sübjektif unsuru, hakim in bu konudaki kararını verirken azmettirenin kişiliğini, sosyal ve ekonomik durumunu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve azmettirmenin işlenmesindeki özellikleri dikkate almasıdır. Bu şekilde, kanun koyucu, hakim in kısa süreli hapis cezasına hükmetme konusundaki takdir yetkisini bazı ölçütler çerçevesinde kullanmasını istemiştir.¹⁹⁹⁸ Kanunda bu konuda hakime her ne kadar takdir yetkisi verilmiş olsa da, YTCK md.50/f.3'te hakim in bu konudaki takdir yetkisi kaldırılmıştır. Hakim in zorunlu olarak seçenek yaptırıma hükmetmesinin şartı, azmettirenin daha önce hapis cezasına mahkum olmamış olmasıdır.

Azmettirmeye teşebbüsün ceza yaptırımına bağlanması durumunda hükmedilen mahkumiyetin kanuni sonuçlardan biri, azmettirenin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasıdır.¹⁹⁹⁹ Azmettiren, kasten işlemiş olduğu azmettirmeye teşebbüs fiilinden dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu hakların neler olduğu, YTCK md.53/1'de düzenlenmiştir.²⁰⁰⁰ Azmettiren, bu hakları mahkum olduğu suçun cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanamaz. İnfaz süresini aşan bir hak yoksunluğu kanunumuzda kabul edilmemiştir (YTCK md.53/f.2) Örneğin, 17 yaşındaki oğlunu sevgilisini öldürmeye azmettiren anne, mahkum olduğu hapis cezasının kanuni sonucu infaz aşaması tamamlanıncaya kadar

¹⁹⁹⁸ YTCK md.53; **Koca/Üzülmez**, GH, s. 571, 572, 573. Kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımların koşulları hakkında bkz. **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 1143 vd.

¹⁹⁹⁹ Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 1220 vd.; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 685-691.

²⁰⁰⁰ **YTCK md.53/f.1**: “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden (...), c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır (f.1).”

velayet hakkını kullanamayacaktır.²⁰⁰¹ Kanunda cezanın infazından sonra belli bir süreyle uygulanabilen hak yoksunluğu da düzenlenmiştir.²⁰⁰² Bunun yanında hak yoksunluğunun uygulanmayacağı hallere de yer verilmiştir.²⁰⁰³

Azmettirmeye teşebbüsün ceza yaptırımına bağlanması durumunda tartışılması gereken durumlardan biri de YTCK'da güvenlik tedbiri olarak düzenlenen müsadere konusudur.²⁰⁰⁴ Kiralık katil olaylarında olduğu gibi suça azmettirmeye teşebbüs eden kişi, suçun işlenmesi için azmettirdiği kişiye para vermişse bu para, suçun işlenmesi için kazanç niteliğini taşıdığı için YTCK md.55/f.1'de²⁰⁰⁵ düzenlenen kazanç müsadereesine ilişkin hükümler çerçevesinde müsadere edilecektir. Böyle bir durumda paranın müsadere edilmesi hususunda hakimın takdir yetkisi bulunmamaktadır, çünkü YTCK'da kazanç müsadereesinde "mecburi müsadere sistemi" kabul edilmiştir.²⁰⁰⁶ Ancak Yargıtay, ETCK döneminde aksi yönde karar vermişti. Yargıtay'a göre, "azmettiren tarafından kaçırma suçunun işlenişine iştirakini temin maksadına matuf

²⁰⁰¹ Bkz. YTCK md.53/f.1-c.

²⁰⁰² Bkz. **YTCK md.53/f.5**, cüm.1: "Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir."

²⁰⁰³ Bkz. **YTCK md.53/f.4**: "Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir." **YTCK md.53/f.5**: "Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz."

²⁰⁰⁴ Alman hukukunda müsadere hükümleri 2017 yılında yapılan reformla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve reform sonrası müsadere hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiştir. Alman müsadere hükümlerinin hem somut olay adaletini hem de önleyici hedefleri amaçladığı ve böylece failin ya da şerikin yaptığıının yanına kalmamasının (*crime doesn't pay*) istendiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Bernd-Dieter Meier**, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Auflage, Hannover 2019, s. 447.

²⁰⁰⁵ **YTCK md.55/f.1**: "Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir."

²⁰⁰⁶ **Koca/Üzülmez**, GH, s. 636, 641; **Mahmutoğlu**/Karadeniz, s. 1292 vd.; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 700.

*olarak, azmettirene sağlanan para müsadere edilemez.” Zira, böyle bir durumda suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanmış bir eşya söz konusu olmadığı gibi, suçtan meydana gelen eşya da söz konusu değildir.*²⁰⁰⁷ Kanaatimizce, YTCK’nın açık düzenlemesi karşısında suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler müsadere edilecektir.

Müsadereye konu menfaatin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesi imkansızlaşmışsa, bu menfaatin karşılığı olan para tutarının müsaderesine karar verilir.²⁰⁰⁸ Böylece yeni kanunda kaim değerın müsaderesine de yer verilmiştir.²⁰⁰⁹ Suçun işlenmesi için temin edilen menfaate ulaşamıyorsa örneğin, fail öldürme karşılığı kendisine verilen parayı tatil yapmak suretiyle harcarsa kazanç müsaderesine karar verilmelidir.

Her ne kadar azmettirmeye teşebbüsün yaptırımını için ceza yaptırımını gerekli görüyor olsak da, azmettirmeye teşebbüsü düzenleyen muhtemel kanun hükmünde güvenlik tedbiri uygulamasının kabul edilmesi de hukukumuz bakımından önemli bir gelişme olacaktır. Bu itibarla, mukayeseli hukukta cezalandırılabilirliği günümüzde artık kabul edilen bu kurumun ceza yaptırımını altına alınmasını, bu yaptırım türünün kabul edilmemesi durumunda ise en azından güvenlik tedbiri uygulamasını önermekteyiz. Cezada kanunilik ilkesi gereği olarak kanun koyucu güvenlik tedbirini doğrudan kendisi belirleyebileceği gibi bu konuda hakime takdir yetkisi de verebilir. Güvenlik tedbiri şeklinde alternatif önerimizin kabul edilmesiyle YTCK’da varlığını

²⁰⁰⁷ **YCGK**, T. 2.3.1987, E. 5-464, K. 85, (karar için bkz. aktaran **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 700, dn. 33).

²⁰⁰⁸ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 698. Alman hukukunda menfaate ulaşamıyorsa, brüt hesap ilkesi doğrultusunda yapılacak hesap ile devletin hukuka aykırı olarak işlenen fiilden dolayı suçtan kendisine menfaat sağlayan fail, şerik ya da şartların oluşması durumunda üçüncü kişiden bu maddi kazancı talep etmek hakkı doğar. Bir diğer ifadeyle nedensellik bağının ve hukuka aykırılığın varlığı halinde ulaşamayan menfaate el konulur veya devlet bu menfaate denk düşen kazancı suçtan menfaati temin edenden talep eder. Alman hukukunda kazanç müsaderesine ilişkin hükümler, sebepsiz zenginleşme hükümleri ile paralellik arz etmekte ve bu durumda net değil, brüt kazanç hesabı yapılmaktadır. Bkz. **Meier**, s. 448, 449 vd.

²⁰⁰⁹ Bkz. **YTCK md. 55/f.2**: “Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.” Doktrinde kaim değerın müsaderesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Tartışma için bkz. **Mahmutoğlu**/Karadeniz, s. 1295-1297.

devam ettiren kanuni boşluğun giderilmesi mümkündür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, güvenlik tedbirinin öngördüğü düzenlemede belirlenecek güvenlik tedbiri/tedbirleri artık ceza mahkumiyetinin bir sonucu değildir. Halbuki yukarıda ele alınan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ve belli hakları kullanmaktan yoksun kılma ve müsadere gibi güvenlik tedbirleri, azmettirmeye teşebbüsün ceza yaptırımını altına alınması durumunda ortaya çıkan kanuni sonuçlardır. Ayrıca ceza yaptırımının kabul edilmesi durumunda mahkumiyetin bir sonucu olarak her zaman güvenlik tedbirine gitme zorunluluğu doğmayabilir.

b) Yaptırımın Niceliksel Olarak Belirlenmesi

Haksızlık teşkil eden ve kanunda tanımlanan fiillere uygulanacak olan cezanın belirlenmesi suçta ve cezada orantılılık ilkesi çerçevesinde kanun koyucunun iradesinde olan bir husustur. Kanun koyucu fiile ilişkin soyut cezayı belirlerken cezanın ağırlığına ilişkin bir genelleme yapar ve bu genellemeye/soyutlamaya ilişkin ilkeler çerçevesinde ilgili suç tipi için ceza miktarını belirler. Yani kanun koyucu önce soyut genel belirleme, sonra soyut özel belirleme faaliyetini gerçekleştirir. Soyut özel belirlemede soyut genel ilkeler çerçevesinde her bir suç tipi için ihlalin ağırlığını dikkate alır.²⁰¹⁰ Kanun koyucu bu esaslardan hareket etmek suretiyle azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen tehlikenin ağırlığına göre ceza miktarını belirlemelidir.

Azmettirmeye teşebbüste ceza miktarının belirlenmesinde, bu fiilin tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak hukuksal değerlere yönelik ciddi bir saldırı teşkil ettiği ve azmettirme süreci asıl fiilin işlenmesiyle sonuçlanmadığından cezada indirim yapılması hususları dikkate alınmalıdır. Azmettirenin cezasında indirim yapılması, hukuk devletini benimseyen bir ülkede suç ile ceza arasında aranan orantılılık ilkesinin bir gereği ve sonucudur.²⁰¹¹ YTCK md.3/f.1’de “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” ifadeleriyle orantılılık ilkesi açıkça düzenlenmiştir.

²⁰¹⁰ Üzülmüş, s. 203-204.

²⁰¹¹ Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi-Karar Taslağı, s. 105-106, 107.

Türk hukukunda doktrinde azmettirmeye teşebbüste azmettirenin cezasında indirim yapılması esası kabul edilmektedir. *Özgenç*'e göre, bu durumda azmettirenin belli bir oranda cezalandırılması gerektiği konusunda hâkime takdir yetkisi veren bir hükmün kanuna konulmasında yarar vardır.²⁰¹² ETCK döneminde *Erman*, suçun icrasına başlamaması halinde azmettirenin cezasında indirim yapılması gerektiği görüşündeydi.²⁰¹³ Mukayeseli hukukta azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran ülkelerin düzenlemelerinde azmettirenin cezasında indirim esası kabul edilmiştir. Örneğin, Almanya, İsviçre, Hollanda ve Çin gibi ülkelerde azmettirenin cezasında indirim yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

YTCK'da azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir kanun hükmünde azmettirenin cezasında indirim yapılmasını ve indirim yapılırken teşebbüse ilişkin hükümlerden hareket edilmesini önermekteyiz. Mukayeseli hukukta bu önerimizi destekleyen örnekler bulunmaktadır. Almanya, Bosna-Hersek, Hollanda, İsviçre ve Hırvatistan gibi ülkelerde azmettirmeye teşebbüste, azmettirenin cezasında teşebbüs hükümleri uyarınca indirime gidilmektedir. Biz de, muhtemel bir hükümde ön alanda meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre azmettirenin cezasında indirim yapılmasını önermekteyiz. Bu öneriyle azmettirmeye teşebbüste, teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğini kabul etmekteyiz. Şöyle ki:

Kanun koyucu, YTCK'nın özel hükümleri altında özellikle suça tahrik ve suç için anlaşmaya ilişkin hükümlerde asıl fiil teşebbüs aşamasına varmadığı için iştirakten dolayı cezalandırılmayan iştirake teşebbüsü bağımsız cezalandırmıştır. Asıl fiilin hazırlık hareketi niteliğindeki bu iştirak fiillerinin bağımsız suç tipleriyle cezalandırılması, iştirake teşebbüsün gerçekleştiğini kabul ettiği anlamına gelir. Bu düzenlemeler, genel hükümlerde iştirake teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik bir hükmün eksikliğini kapatmaya yönelik çabalardır. Kanundaki bu özel hükümler dikkate alındığında, iştirak kurumunun teşebbüs kurumundan tamamen bağımsız

²⁰¹² *Özgenç*, GH, s. 566-567.

²⁰¹³ Bkz. aktaran *Demirel*, Bağlılık Kuralı, s. 351.

olmadığı söylenebilir. İştirake teşebbüsün bir türü olarak kabul ettiğimiz azmettirmeye teşebbüste azmettirme fiilinin bizatihi kendisi teşebbüste kalmaktadır. Nasıl ki başarılı bir azmettirmede azmettirenin sorumluluğu cihetine gidilirken asıl fiilin cezalandırılabilirlik sınırı teşebbüsten hareketle belirlenmekte; azmettirmeye teşebbüste de cezalandırılabilirlik sınırının teşebbüsle belirlenmesi gerekir. Ayrıca kanuna engelleyici nitelikte bir hüküm konulmadığı sürece, azmettirmeye teşebbüsün cezasının belirlenmesinde teşebbüs kurumundan hareket edilmesini engelleyen bir durum bulunmamaktadır.

Asıl fiil işlenmesi bile azmettiren, bir kimseyi azmettirmekle kriminal nitelikte tehlikeli bir sürece ve bu süreç içerisinde asıl fiilin her an işlenebilme tehlikesine yol açmıştır. Teşebbüste icra hareketlerinin başlamasıyla fail hukuksal değerlere yönelik zarar tehlikesine yol açmış ve bu şekilde fiilin tamamlanmasına daha da yakınlaşmıştır. Teşebbüste cezalandırılan tehlike azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen tehlikeye göre, niceliksel anlamda suçun tamamlanması aşamasına daha yakındır. Ancak suç sadece tamamlandığında veya teşebbüste kaldığında değil, azmettirmeye teşebbüste olduğu gibi hazırlık aşamasında teşebbüsteki gibi ağır olmasa da hukuksal değerler tehlikeye girebilir. Bu itibarla, azmettirmeye teşebbüste azmettirenin cezasında indirim yapılırken gerçekleşen tehlikenin ağırlığına göre cezada indirime gidilmelidir. Bu, hem suçta ve cezada orantılılık ilkesinin bir gereği hem de azmettireni işlediği fiilden dolayı ıslah etme düşüncesine uygun bir esastır. Bu hükümden hareketle iştirakin ön alanında hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin ağırlığına göre hükümde belirlenen oranlarda indirim yapılarak azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezasının belirlenmesi gerekir; çünkü azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen tehlike, teşebbüste gerçekleşen tehlikeyle niceliksel olarak eşdeğer²⁰¹⁴ bir tehlike değildir. Azmettirmeye teşebbüste işlenen bir asıl fiil olmadığından hukuksal değerlere yönelik

²⁰¹⁴ Alman hukukunda böyle bir eşitliğe karşı çıkan ve azmettirmeye teşebbüsün asıl fiilin teşebbüs aşamasından bir adım daha uzakta olduğunu ileri süren bir görüş olduğu gibi azmettirmeye teşebbüsteki tehlikenin teşebbüsteki tehlikeden aşağı kalır tarafının olmadığından hareketle, hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin teşebbüsteki tehlikeyle eş değer olduğunu ileri süren görüş de bulunmaktadır. Bkz. aktaran **Lüthke**, s. 37.

zararın gerçekleşme tehlikesi azalmaktadır. Hukuksal değerlere yönelik aynı nicelikte bir saldırı gerçekleşmediği için buna bağlı olarak ortaya çıkan ihlalin yoğunluğu da azalmaktadır. Bu durum, suçun teşebbüsündeki tehlikeye nispeten azmettirene daha az ceza verilmesini gerektirir. Örneğin yirmi yıl hapis cezasını gerektiren bir suça azmettirme durumunda fail teşebbüs aşamasına girdiğinde azmettirenin cezasında YTCK md.35/f.2 çerçevesinde dörtte birinden dörtte üçüne kadar yani beş yıldan on beş yıla kadar indirim yapılır. Asıl fiil işlenmediğinde, belirlenen sınırlar içerisinde kalmak suretiyle indirim miktarı belirlenir. Bu belirlemede gerçekleşen tehlikenin ağırlığı dikkate alınır. Hakim, örneğin bu miktarı teşebbüs için on yıl olarak belirlemişse, azmettirmeye teşebbüs için beş ile on yıl arasında bir miktar belirleyerek teşebbüsten daha hafif bir ceza verme yoluna gidebilir.

Azmettirmeye teşebbüsle hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin ağırlığının belirlenmesinde, failin fiili işleme kararını alıp almadığı ölçütünden hareket edilmesi mümkündür. Bu durumda, cezalandırma bakımından azmettirmeye teşebbüsün türlerinde farklı hareket edilebilir. Başarısız azmettirmede azmettiren, azmettirmeye yönelik ikna faaliyetleri içine girmekle tehlikeliliğini ortaya koymuştur. Bu tehlike her ne kadar failin fiili işleme kararını almasındaki durum kadar yoğun bir tehlike değilse de, haksızlığın derecelendirilmesi bakımından ikna faaliyetlerine girişilmiş olması, hukuksal değerlere yönelik tehlikenin açıkça ortaya konulması anlamına gelir. Burada tehlikeli hale gelen nedensel süreç, azmettiren tarafından başlatılmıştır. Azmettirenin faile aldıracağı fiili işleme kararını geri almada bir keyfiliğe sahip olmadığı ve fiilin işlenmesi üzerinde hakimiyetinden bahsedilemeyeceğinden hareketle ikna faaliyetlerinin gerçekleştiği ve fakat failin fiili işleme kararını almadığı başarısız azmettirmede, azmettirene, hukuksal değerleri tehlikeye sokan haksızlığın gerçekleştiği kadar ceza verilmesi hâkimin takdirine bırakılmalıdır. Hâkim, bu durumda azmettirene verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, hiç ceza vermeyebilir. Bu durumda hukuksal değerlere yönelik tehlike suretinde haksızlığın işlendiğinin kabul edilmesi ve takdir yetkisinin cezalandırmama yönünde kullanılması

durumunda beraat kararı değil, 5271 sayılı CMK²⁰¹⁵ md.223/f.4-d bendi gereği “ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilmesi gerekir. Her ne kadar fail fiili işleme kararını almamış olsa da, ikna faaliyetleri kapsamında azmettirme şeklinde ortada işlenmiş bir haksızlığın varlığı inkar edilemez. Elverişsiz azmettirmenin bir görünüş şekli olarak ortaya çıkan *omnido facturusta* da bu şekilde hareket edilebilir. *Omnido facturusta* fail hali hazırda fiili işleme kararını aldığından azmettiren bir kimseye fiili işleme kararını aldırma başarılı olamamış, yani ikna faaliyetleri sonuç vermemiştir. Bu durumda, azmettirenin cezalandırılması hâkimin takdirine bırakılabileceği gibi zaten ortada alınmış bir fiil kararı olduğu için manevi yardım etmeye ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılması da mümkündür. Neticesiz azmettirme türünde ise failin fiili işleme kararı ile gerçekleşen tehlike sınırı artık teşebbüs aşamasına doğru yaklaşmakta ve süreç azmettirenin hakimiyetinden çıkıp failin hakimiyet alanına geçmektedir. Bu yüzden azmettirenin cezalandırılması hâkimin takdirine bırakılmamalıdır. Neticesiz azmettirmenin görünüş şekilleri olan etkisiz azmettirme, kısmen tamamlanmış azmettirme ile sınır aşımı hallerinde ortada alınmış bir fiil kararı olduğu için artık hâkime takdir alanı bırakılmamalıdır. Burada artık kanunda belirlenen miktar ve oranlarda indirimin uygulanması gerekir.

Azmettirmeye teşebbüs durumunda azmettirenin cezasının niceliksel olarak belirlenmesine ilişkin açıklamalarımız sadece kurumun genel hükümlerde düzenlenmesine ilişkin önerimiz bakımından değil, doktrindeki ve uygulamadaki mevcut durum bakımından başlangıçta ara bir çözüm olarak kurumun özel hükümlerde kasten öldürme ve yalan tanıklık suçları bakımından bağımsız azmettirme suçlarında kabul edilmesine ilişkin önerimiz için de geçerlidir. Her iki önerimiz bakımından azmettirmeye teşebbüs hükmü teşebbüse ve ilgili suç tipine ilişkin hükümlerle birlikte değerlendirilmeli ve azmettirenin cezası bu hükümler çerçevesinde teşebbüse ilişkin hükümlere göre indirim yapılarak belirlenmelidir.

²⁰¹⁵ 04.12.2004 tarihli, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu RG (17.12.2004/25673).

B. Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılmasına İlişkin Önerilen Kanun Hükümleri ve Gerekçeleri

1. Azmettirmeye Teşebbüsün Genel Hüküm Olarak Düzenlenmesine İlişkin Önerilen Kanun Hükümü ve Gerekçesi

Çalışmanın özellikle Alman Hukuku'na ilişkin ikinci ve üçüncü bölümü ile bu bölümdeki Türk Hukuku bakımından azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin açıklamaları dikkate alarak YTCK'nın "Azmettirme" kenar başlıklı 38'inci maddesine aşağıdaki hükmün dördüncü fıkra olarak eklenmesini önermekteyiz. Kanuna eklenecek muhtemel bir hükümle bu hususta varlığını devam ettiren boşluğun giderilmesi mümkündür. Şöyle ki:

"Bir başkasını suç işlemeye azmettirmeye teşebbüs eden kişi, teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Azmettirmeye teşebbüs halinde meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre azmettirenin cezası indirilir. Bu hüküm ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve en az iki yıl hapis cezası gerektiren suçlarda uygulanır."

Azmettirmeye teşebbüsün genel hükümlerde cezalandırılmasına ilişkin önerimizin kabul görmesi durumunda YTCK'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasının **gerekçesi** şu şekilde kaleme alınabilir: Maddenin dördüncü fıkrasında azmettirmenin özel bir hali olan azmettirmeye teşebbüs (akim kalmış azmettirme) düzenlenmiştir. Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmaması durumunda TCK'nın 40'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereği kural olarak azmettirme cezalandırılmaz. Ancak asıl fiilin icrasına henüz başlanmamış olsa dahi, azmettirme olgusu başlı başına bir haksızlık teşkil eder. Nitekim burada, hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsenin, suçun işlenmesi yönünde bir karara vardırılması sağlanmaktadır. Bu haksızlık, bağlılık kuralıyla açıklanamayacak nitelikte bir haksızlıktır. Ancak söz konusu düzenleme bağlılık kuralına aykırılık teşkil etmemektedir. Azmettiren, azmettirmeye teşebbüs etmekle elinden geleni yapmış, faili ikna etme yönünde tüm gayretini ortaya koymuş ve üzerinde artık hakimiyetini tesis edemeyeceği kriminal bir süreç başlatmıştır. Azmettiren olay üzerindeki hakimiyetini (kontrolünü) kaybetmekle, yani olayı elinden çıkarmakla iştirakin ön alanında hukuksal değerlere yönelik tehlikenin meydana

gelmesine neden olmuştur. Azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanında önemli hukuksal değerlere yönelik tehlikeye yol açan özel bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılmaktadır. Madde metninde azmettirenin teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılacağı ve fakat gerçekleşen haksızlık, asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmasıyla gerçekleşen haksızlıktan daha az olduğundan, suç ile ceza arasındaki orantılılık prensibinden hareketle, azmettirenin cezasında indirim yapılması kabul edilmiştir. Yine bu prensip gereği somut olayda gerçekleşen tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve en az iki yıl hapis cezası gerektiren suçlarda azmettirenin cezalandırılacağı ifade edilmiş ve bu şekilde sadece belli ağırlıktaki fiillerde, yani önemli hukuksal değerlerin korunduğu ağır suç tiplerinde hükmün uygulanabilir olduğu kabul edilmiştir.

2. Azmettirmeye Teşebbüsün Özel Hüküm Olarak Düzenlenmesine İlişkin Önerilen Kanun Hükmü ve Gerekçesi

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir hükmün özel hükümlerde düzenlenmesi durumunda birkaç yöntem tercih edilebilir.

Birinci önerimiz, kasten öldürme suçu bakımından YTCK'nın 82'inci maddesinden sonra bağımsız bir azmettirme suçunun düzenlenmesi; yalan tanıklık suçu bakımından YTCK'nın 272'inci maddesine bağımsız bir azmettirme suçuna ilişkin bir fıkra hükmünün eklenmesidir.

Kasten öldürme suçu bakımından önerimiz azmettirmeye teşebbüsün “katen öldürmeye azmettirmeye teşebbüs” kenar başlıklı YTCK md.82/A şeklindedir. Şöyle ki:

“Bir başkasını kasten öldürmeye azmettirmeye teşebbüs eden kişi, teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Azmettirmeye teşebbüs halinde meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre azmettirenin cezası indirilir.”

Madde **gerekçesi** şu şekilde kaleme alınabilir: Madde metninde toplumda sıklıkla işlenen ve hukuksal değerlerden yaşam hakkının korunduğu kasten öldürme suçunun temel haline veya nitelikli hallerinden herhangi birine azmettirmenin teşebbüs aşamasında kalmış hali cezalandırılmaktadır. Burada kasten öldürme suçuna

azmettirmeye teşebbüs bağımsız bir suç tipi çerçevesinde başlı başına bir haksızlık olarak tanımlandığı için azmettirme akim kalsa bile, azmettiren (fail) teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılır, ancak meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre cezasında indirim yapılır. Kasten öldürme suçuna azmettirmenin teşebbüste kaldığı durumlarda, bu suçla korunan yaşam hakkı gibi önemli bir hukuksal değere asıl fiilin icrasına başlanmamış olsa dahi tehlike suretinde bir saldırı gerçekleşmekte ve niceliksel bağlılık kuralı nedeniyle azmettiren konumundaki kişi veya kişiler cezalandırılmamaktadır. Bu durum, özellikle toplumumuzda sıklıkla işlenen töre cinayeti veya kan davası denilen olaylarda gerçekleşmektedir. Bu olaylarda failin fiili işlemini beklemek, aile şerefine ve onurunun ihlal edildiği gerekçesiyle toplanan ve azmettirici konumuna giren aile meclisi üyelerinin cezasız kalmasına yol açmaktadır. Bu cezasızlığın önüne geçmek için burada kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs, azmettirme konusu fiilin hazırlık hareketi olarak cezalandırılmaktadır. Bir kimseyi kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs eden kişi, başlı başına bir haksızlığın gerçekleşmesine neden olmuştur. Azmettiren, kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüs etmekle elinden geleni yapmış, faili ikna etme yönünde tüm gayretini ortaya koymuş ve üzerinde artık hakimiyetini tesis edemeyeceği kriminal bir süreç başlatmıştır. Azmettiren olay üzerindeki hakimiyetini (kontrolünü) kaybetmekle, yani olayı elinden çıkarmakla iştirakin ön alanında yaşam hakkına yönelik tehlikenin meydana gelmesine neden olmuştur. Böylece azmettiren, kasten öldürme fiilin her an işlenebilir olması tehlikesine neden olmuştur.

Yalan tanıklık suçu bakımından önerimiz YTCK'nın yalan tanıklık suçuna ilişkin 272'inci maddesine bağımsız bir fıkranın f.3 numarasıyla eklenmesidir. Şöyle ki:

“Bir başkasını yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs eden kişi teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Azmettirmeye teşebbüs halinde meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre azmettirenin cezası indirilir.”

Madde **gerekçesi** şu şekilde kaleme alınabilir: Maddenin üçüncü fıkrasında bir başkasını yalan tanıklık yapmaya azmettirmenin teşebbüs aşamasında yani akim kalmış hali bağımsız bir suç tipi çerçevesinde başlı başına bir haksızlık olarak

cezalandırılmaktadır. Burada, yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs, bağımsız bir suç olarak tanımlandığı için azmettirme akim kalsa bile, azmettiren (fail) teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılır, ancak meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre cezasında indirim yapılır. Azmettirmeye rağmen, azmettirilen kimse yalan tanıklık yapmamış veya gerçeğe aykırı görüş beyan etmemiş ise bağlılık kuralı gereği tanığı tedarik eden ancak amacına ulaşmayan kişinin bu hüküm kapsamında cezalandırılması mümkün olmaktadır. Böylece tanığın yalan beyanda bulunmaya ikna edilmesi azmettirenin cezalandırılabilmesi için yeterlidir. Örneğin kızına yönelik işlediği cinsel saldırı suçundan mahkum olan baba, tutuklu iken kızını mahkemede yalan tanıklık yapmaya azmettirirse veya kızı yalan tanıklık yapsın diye karısını azmettirirse, fakat kızı mahkemede gerçeği anlatsa babanın azmettirmesi, teşebbüs aşamasında kalmış olur. Böylece toplumda sıklıkla işlenen yalan tanıklık suçuna azmettirmenin teşebbüsünün cezalandırılmasıyla, yalan tanıklık gerçekleşme bile adaletin doğru tecelli ettirilmesi ve adliyenin doğru işleyişinin korunması gibi hukuksal menfaatlere yönelik gerçekleşen özel bir tehlikelilik hali cezalandırılmış olur. Böylece yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs, yalan tanıklık suçunun özel, tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılması sağlanmış olur. Nitekim, başka bir kimseyi yalan tanıklık yapmaya azmettirmekle elinden geleni yapmış, faili ikna etme yönünde tüm gayretini ortaya koymuş ve üzerinde artık hakimiyetini tesis edemeyeceği kriminal bir süreç başlatmıştır. Azmettiren olay üzerindeki hakimiyetini (kontrolünü) kaybetmekle, yani olayı elinden çıkarmakla iştirakin ön alanında adliyeye karşı korunan menfaatlere yönelik önemli bir tehlikenin meydana gelmesine neden olmuştur. Böylece azmettiren, yalan tanıklık fiilinin her an işlenebilir olması tehlikesine neden olmuştur. Yalan tanıklığa azmettirmenin teşebbüs aşamasında kaldığı olaylarda tanığı tedarik etmeye yönelik faaliyetlerin maddede yaptırım altına alınmasıyla, ETCK md.291/f.2’de düzenlenen ancak YTCK’da yer verilmediğinden bu konuda oluşan boşluk önemli ölçüde giderilmiş olmaktadır.

İkinci önerimiz, azmettirmeye teşebbüsün, kamu barışına karşı suçların düzenlendiği beşinci bölüm altında düzenlenmesidir. Azmettirmeye teşebbüsün “suç

işlemeye azmettirme” başlıklı YTCK md.214/A veya TCK md.214/f.4 şeklinde muhtemel bir hükümle cezalandırılması mümkündür. Şöyle ki:

“Bir başkasını kasten öldürmeye veya yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs eden kişi teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Azmettirmeye teşebbüs halinde meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre azmettirenin cezası indirilir.”

Madde **gerekçesi** şu şekilde kaleme alınabilir: Madde metninde suç işlemeye azmettirmeye teşebbüs fiili, iştirak kuralları haricinde hareket edilerek bağımsız bir azmettirme suçu olarak cezalandırılmıştır. Ancak azmettirme suçunun konusu yaşam hakkı gibi önemli bir menfaatin korunduğu kasten öldürme, adaletin tecellisinin ve adliyenin doğru işleyişinin sağlanması gibi önemli hukuksal menfaatlerin korunduğu yalan tanıklık suçlarıyla sınırlandırılarak dar bir suç kataloğu oluşturulmuştur. Böylece azmettirmeye teşebbüs sadece bu iki suç tipinde başlı başına bir haksızlık olarak cezalandırılmaktadır. Kasten öldürme suçuna veya yalan tanıklık yapmaya azmettirmeye teşebbüs bağımsız birer suç olarak tanımlandığı için azmettirme akim kalsa bile, azmettiren (fail) teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılır, ancak meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre cezasında indirim yapılır. Bir kimseyi kasten öldürme suçuna veya yalan tanıklık yapmaya azmettirmeye teşebbüs eden kişi başlı başına bir haksızlığın gerçekleşmesine neden olmuştur. Azmettiren, kasten öldürme suçuna veya yalan tanıklık yapmaya azmettirmeye teşebbüs etmekle elinden geleni yapmış, faili ikna etme yönünde tüm gayretini ortaya koymuş ve üzerinde artık hakimiyetini tesis edemeyeceği kriminal bir süreç başlatmıştır. Azmettiren olay üzerindeki hakimiyetini (kontrolünü) kaybetmekle, yani olayı elinden çıkarmakla iştirakin ön alanında yaşam hakkına yönelik tehlikenin meydana gelmesine neden olmuştur. Böylece azmettiren, kasten öldürme veya yalan tanıklık fiillerinin her an işlenebilir olması tehlikesine neden olmuştur. Azmettirmeye teşebbüs şeklinde ortaya çıkan bu tehlike, söz konusu suçların hazırlık hareketleri olarak başlı başına cezalandırmaya muhtaç görülmüştür. Söz konusu suçların toplumda çok sık işlenen fiiller olduğu dikkate alınırsa, bu fiillere azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasıyla kanunun genel hükümleri içinde

azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmamasıyla ortaya çıkan boşluk önemli bir ölçüde giderilmiştir.



SONUÇ

YTCK'da dar fail anlayışından hareketle ikici iştirak sistemi benimsenmiş ve faillik-şeriklik ayırımı temelinde faillik doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik; şeriklik azmettirme ve yardım etme olarak kabul edilmiştir.

Azmettirme, YTCK'nın iştirak sisteminde şeriklik statüsünde kabul edilmiştir. Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kimseye ilgili suçu işleme kararını aldirmek demektir. Azmettirmenin haksızlığı, suçun işlenmesine neden olmaya dayanır. Bu yüzden YTCK'da azmettiren işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır.

Azmettirenin cezalandırılabilmesi için fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Bunun için fiilin tamamlanması zorunlu değildir. Failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda azmettirenin ceza sorumluluğu cihetine gidilemez. Failin fiili işleme kararından vazgeçmesi veya herhangi bir sebeple suçun icrasına başlamaması durumunda, azmettirenin cezalandırılması mümkün değildir. Azmettirmenin cezalandırılabilmesi için aranan söz konusu bu gereklilikler, bağlılık kuralına ilişkin hükümde (YTCK md.40/f.1,3) kabul edilmiştir. Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması durumunda azmettiren, suça teşebbüsten sorumlu olup, suça teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca ceza belirlenir. Alman hukukunda bu durumda azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün (ACK md.30/f.1) geri çekileceği kabul edilmektedir; çünkü bu hüküm yardımcı norm niteliğindedir. Asıl fiilin doğrudan doğruya icrasına başlanmadığının tespiti durumunda azmettirmeye yönelik ikna faaliyetleri hazırlık aşamasında kalmış olur. Ceza hukukunda suçun hazırlığı aşaması, kural olarak cezalandırılmaz; çünkü bu alan, kişinin hürriyet alanıdır. Başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta birçok ülkede azmettirmeye teşebbüs, bu kuralın bir istisnası olarak cezalandırılmaktadır.

Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda azmettirenin YTCK'nın benimsediği iştirak sisteminde cezalandırılması mümkün değildir. Alman hukukunda ise, azmettirmeye teşebbüs iştirake teşebbüsün bir türü olarak yaptırıma bağlanarak azmettirenin cezalandırılmamasına ilişkin ortaya çıkan problem iştirak-

teşebbüs ilişkisi çerçevesinde ve fakat bağımsız bir ceza normuyla kanunun genel hükümleri içinde düzenlenmesiyle çözülmüştür. Azmettirme-teşebbüs ilişkisinde teşebbüse azmettirme ve azmettirmeye teşebbüs kurumları kabul edilmektedir. Teşebbüse azmettirmenin cezalandırılabilmesi mümkündür; çünkü azmettirenin sorumluluğu için asıl fiilin icrasına başlamış olması yeterlidir. Ancak asıl mesele azmettirmeye teşebbüste doğrudan doğruya icra başlangıcını tespit etmektir; çünkü burada artık asıl fiilin değil, azmettirmenin teşebbüsünden bahsedilir. Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmamış olması azmettirmede başarısızlık olarak addedilmekte ve hukuksal değerlere yönelik tehlike gerçekleştiği için bu durum cezalandırmaya layık görülmektedir.

Alman hukukunda azmettirmenin başlı başına haksızlığının failin fiilinin haksızlıktan ayrılabilceğinden hareketle azmettirmeye teşebbüs kabul edilmekte ve bağımsız bir ceza normu çerçevesinde cezalandırılmaktadır. Azmettirmeye teşebbüsü kabul etmeyen görüşler iştirake teşebbüs adı altında bu kurumun bağlılık kuralını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bağlılık kuralının azmettirmeye teşebbüse ilişkin bağımsız bir düzenlemenin yapılmasına engel olmadığı kanaatini taşıyoruz. Nitekim kanun koyucu suç için anlaşma ve tahrik gibi suçlarda bağlılık kuralını ihlal ederek hareket etmiş ve bağımsız ceza normları üretmiştir. Ayrıca azmettirmeye ilişkin hükmün gerekçesinde-başka bir bağlamda da olsa azmettirmenin başlı başına bir haksızlık oluşturduğu kabul edilmiştir. Bu yüzden asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiği şeklindeki hüküm (YTCK md.40/f.3) kanun koyucunun azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmak istemediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanun koyucunun amacı kanun metninde azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmak istemediği yönündeki iradesini ortaya koymak ise, gerekçede neden azmettirmenin kendisinin bir haksızlık teşkil ettiğini ifade etmiştir? Dolayısıyla en az teşebbüs ifadesinden YTCK md.35'te geçen doğrudan doğruya icranın anlaşılması ve azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun teşebbüs kurumu çerçevesinde belirlenebileceğidir. Bağlılık kuralına rağmen, azmettirmeye teşebbüsün genel hükümlerde cezalandırılabilmesi mümkün olmalıdır. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik sınırı belirlenirken suça teşebbüse ilişkin prensiplerden

faaydalanılmalıdır. Bu sınırın tespitinde teşebbüs kurumuna müracaat etmenin önünde bir engel bulunmamaktadır. Hatta asıl fiil işlenmediğinde azmettirenin cezasında teşebbüs hükmü üzerinden indirim yapılması hem pratik hem de elverişli bir yöntemdir. Başta Almanya olmak üzere mukayeseli hukukta bağıllık kuralına rağmen azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler, genel hükümler içinde yer almakta ve teşebbüs kurumuna atıf yapılmak suretiyle inceleme konumuzun teşebbüs kurumu ile olan ilişkisi kabul edilmektedir.

Mukayeseli hukukta azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran ülkelerin başında Almanya gelir. Almanya’da azmettirmeye teşebbüs, iştirake teşebbüsün bir türü olarak 1876 yılından beri kanunda bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılmaktadır. Söz konusu norm, iştirake teşebbüs başlığı ile mevcut ACK md.30/f.1’de varlığını devam ettirmektedir. Hükmün kapsamında sadece azmettirmeye teşebbüs değil, cürme veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama, suç işleme teklifini kabul etme ve cürüm anlaşması gibi iştirake teşebbüsün diğer türleri de cezalandırılmaktadır. Böylece kanunun genel hükümleri içinde cezalandırmaya layık görülen iştirake teşebbüs kurumunun kapsamı geniş tutulmuştur. ACK md.30 kapsamında cezalandırılan bu fiiller, iştirakin ön alanında birden fazla kişinin iştirakiyle işlenen ve istisnai olarak cezalandırmaya layık görülen hazırlık hareketi niteliğinde fiillerdir. Bu şekilde gerek şerikliğin gerekse müşterek failliğin ön alanında gerçekleştirilen ve hukuksal değerlere yönelik tehlike arz eden bazı özel hazırlık hareketleri cezalandırılmıştır. İştirake teşebbüse ilişkin bu hükmün doktrinde bağımsız bir suç tipi değil, iştirakin ön alanında ceza sorumluluğunu genişleten bir norm olduğu kabul edilmektedir. Yardım etmeye teşebbüs ise bu norm kapsamında cezalandırmaya layık görülmemiştir.

İştirake teşebbüse ilişkin hüküm, iştirakin ön alanının cezalandırılabilir olduğu düşüncesiyle kaleme alınmıştır. İştirake teşebbüs kapsamında hükümde tanımlanan fiillerin cezalandırılmasının sebebi, hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikedir. Hükmün birinci fıkrasında olayın azmettirenin elinden çıkmasıyla hukuksal değerlere yönelik başlayan tehlikeli kriminal süreç, ikinci fıkrasında birden fazla kişinin iradelerinin uyuşmasıyla ortaya çıkan komplo tehlikesi cezalandırılmaktadır. Bu

tehlikenin cezalandırılması, sadece cürümlerde kabul edilerek iştirake teşebbüs konusu sınırlandırılmıştır. Yaptırım bakımından iştirake teşebbüsün türleri için herhangi bir farklılaşmaya gidilmemiş; tüm türleri aynı şekilde cezalandırılmıştır.

İştirake teşebbüs kurumunun meşruiyeti, Alman hukukunda sürekli tartışma konusu olmuştur. Normun tehlikeyi önleme fonksiyonuna yönelik eleştirilerde ön alanda ortaya çıkan tehlikenin ceza ile yaptırıma bağlanmasının ceza hukukunun görev alanını aştığı, konunun polis hukukunu ilgilendirdiği ve bu çerçevede fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna doğru bir eğilimin benimsendiği ileri sürülmüştür. Bu kuruma yönelik bir eleştiri de düşman ceza hukuku öğretisi tarafından yapılmıştır. Düşman ceza hukukunda fail teşebbüs aşamasına girmediği için iştirake teşebbüs eden kişiye düşman nazarıyla bakılmış ve bu kişinin tehlike kaynağı olarak görüldüğü ileri sürülmüştür. Bu öğretide, iştirake teşebbüs eden kişi vatandaş statüsünde kabul edilmemektedir. Bu eleştirilerden hareketle doktrinde iştirake teşebbüsün kanunda cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.

19. yüzyılın ikinci yarısına kadar cezalandırılmaması gerektiği savunulan ve mevcut ACK'nın genel hükümlerinde bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılan azmettirmeye teşebbüsün tarihçesi, 1873 yılında gerçekleşen *Duchesne* olayına kadar dayanır. Bu olay, 1876 yılında azmettirmeye teşebbüsü ihtiva edecek şekilde iştirake teşebbüsün cezalandırılmasıyla birlikte günümüze kadar meseleye ilişkin yapılan tartışmalarda bir dönüm noktası olmuştur. Azmettirmeye teşebbüs konusunda asıl değişikliklerin yapıldığı dönem, yardım etmeye teşebbüsün de cezalandırıldığı ve irade ceza hukukunun hakim olduğu Nazi dönemi olmuştur. 1975 yılında Alman hukukunda gerçekleştirilen reformlar kapsamında kanundaki yerini yeniden alan azmettirmeye teşebbüs günümüzde tüm tartışmalara rağmen bu varlığını sürdürmektedir.

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs, zincirleme azmettirmeye teşebbüsü de ihtiva edecek şekilde cezalandırılmıştır. Azmettirmeye teşebbüs ile ilgili doktrinde tartışılan meselelerden biri, kurumun kanun sistematigi içindeki yeridir. Azmettirmeye teşebbüsün genel hüküm olarak düzenlenmesi gerektiği hakkında görüşler olduğu gibi, özel hükümlerde suç tipiyle cezalandırılması gerektiği yönünde görüşler de ileri

sürülmüştür. Kanun koyucu, tercihini, kurumu genel hükümler altında düzenleme yönünde kullanmıştır. Baskın görüş de bu yöndedir. Kurumun genel hükümlerdeki yeri de tartışma konusu olmuştur. Kanun koyucu, iştirakten hemen sonra iştirakin özel bir durumu olarak düzenlemiştir. Hükmün, genel kısımda tehlikeli bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı özel bir hüküm olduğu kabul edilmiş, ancak bu hazırlık hareketleri iştirak halinde işlendiği için, azmettirme ile olan ilişkisi bağlamında konunun iştirake ilişkin kısımda düzenlenmesi isabetli bir tercih olmuştur. YTCK’da düzenlenecek muhtemel bir hükümde azmettirmeye teşebbüsün genel hükümlerde iştirak bölümünde cezalandırılması mümkündür.

Kanunun genel hükümleri içinde yaptırıma bağlanan azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilme gerekçesi, ön alanın cezalandırılabilirliğine dayanır. Azmettirmeye teşebbüste cezalandırılabilir kılınan ön alan, tek kişi tarafından işlenen fiilin değil hukuksal değerlere yönelik daha yoğun bir tehlikeye yol açan iştirakin ön alanıdır. İştirakin ön alanında işlenen azmettirmeye teşebbüs fiili, hukuksal değerlere yönelik potansiyel tehlikeyi arttırdığı için cezalandırılmaktadır. Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanı olarak cezalandırılabilirliğine ilişkin konspiratif tehlike, azmettirenin hakimiyet kaybı, azmettirenin ahlakının kötülüğü, haksızlık anlaşması ve varsayımsal bağlılık gibi görüşler ileri sürülmüştür. Hukuksal menfaatin tehlikeye girmesine yol açmak suretiyle olay üzerinde hakimiyet kaybının gerçekleştiği ve bu şekilde azmettirenin yaşadığı kontrol kaybı ile kriminal nedensel süreci harekete geçirdiği argümanına dayandırılan ikinci gerekçe doktrinde baskın görüştür. Bu görüşte asıl fiil işlenmese bile azmettirme başlı başına haksızlık içeriğine sahip bir fiil olarak kabul edilmekte ve kanunda bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılmaktadır. İçtihatlarda baskın görüşün ileri sürdüğü argüman kabul edilmektedir. Biz de baskın görüşün kabul ettiği cezalandırma gerekçesini kabul etmekteyiz. Gerçekten azmettiren bir kimseyi azmettirmekle nedensellik sürecini harekete geçirmiş, bu şekilde süreç üzerindeki hakimiyetini kaybetmiştir. Olay üzerinde kontrol kaybının yaşandığı bu andan itibaren fiilin işlenmesi bir üçüncü kişinin kararına bırakılmıştır. Azmettiren sebep olduğu bu kriminal süreçte ortaya koyduğu tehlikelilik halinden dolayı cezalandırılmalıdır.

Gerek içtihatlarda gerekse doktrinde hukuksal menfaatlere yönelik gerçekleşen tehlike sebebiyle suç ve ceza politikasının bir gereği olarak azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmektedir. Azmettirmeye teşebbüsteki gibi iştirakin ön alanının belli sınırlar dahilinde suç politikası gereği cezalandırılması, ceza hukukuna önleyici bir misyon yüklemek demektir. Önleyici ceza hukukunda suçu önlemeye odaklanıldığı için, ceza hukukunun çok daha erken bir aşamada müdahalesi istenmekte ve hukuksal değerlerin korunması talep edilmektedir. Böylece, öne çekilmiş bir cezalandırılabilirlik eğilimi söz konusu olmaktadır. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin düzenleme, ceza sorumluluğu daha erken bir aşamaya çekildiği için önleyici karakterde bir hüküm olarak nitelendirilmektedir.

Doktrinde azmettirmede yaşanan başarısızlığı ifade etmek için akim kalmış azmettirme ve azmettirmeye teşebbüs olmak üzere iki kavram önerilmektedir. ACK md.30/f.1’de azmettirmeye teşebbüs kavramı ve maddenin başlığı için iştirake teşebbüs kavramı kullanılmıştır. Kanun koyucu, bu kavramlarla iştirak ve teşebbüs arasındaki bağlantıyı vurgulamak istemiştir. Doktrinde baskın görüş, azmettirmeye teşebbüs kavramının azmettirmeye teşebbüsün bütün türlerini kapsayıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Azmettirmede yaşanan başarısızlık için ceza hukuku tekniğine uygun olarak azmettirmeye teşebbüs kavramının kullanılması daha isabetli bir kullanım olur. Asıl fiilin işlendiği azmettirme tamamlanmış/başarılı azmettirme ile ifade edilmemekte, azmettirme kavramının bu anlamı da içerdiği kabul edilmektedir. Bir tamamlanmama olgusunun varlığına rağmen asıl fiilin işlenmediği azmettirme için tamamlanmamış/başarısız azmettirme kavramı kullanılmaz; çünkü ceza hukukunda fiilin tamamlanmaması durumu için teşebbüs kavramı kullanılır. Dolayısıyla azmettirmenin başarısızlığını ifade etmek için azmettirmeye teşebbüs kavramı kullanılmalıdır. Bu kavramla sadece tamamlanmama olgusu ifade edilmiş olmamakta, aynı zamanda teşebbüs hükmünden hareketle azmettirenin azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasına başlaması gerektiği vurgulanmış olmaktadır.

Tartışmalı olan bir başka mesele, azmettirmeye teşebbüsün hukuki niteliği meselesidir. Bu meselede doktrinde hazırlık ve şeriklik teorileri ileri sürülmüştür. Baskın görüş, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmü ceza sorumluluğunun genişlediği

bir düzenleme olarak nitelendirmekte; tehlikeli bir hazırlık hareketinin cezalandırıldığı özel bir ceza normu olduğundan hareketle hazırlık teorisi olduğu benimsenmektedir.

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün başarısız azmettirme, neticesiz azmettirme ve elverişsiz azmettirme olmak üzere temelde üç türü kabul edilir. Alman hukukunda baskın görüş bu yöndedir. Failin fiili işleme kararını almadığı azmettirmeye teşebbüs türüne başarısız azmettirme, failin fiili işleme kararını almasına rağmen fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı azmettirmeye teşebbüs türüne neticesiz azmettirme, failin halihazırda fiili işleme kararını aldığı azmettirmeye teşebbüs türüne elverişsiz azmettirme denir. Bunun yanında hatalı azmettirme, etkisiz azmettirme, sınır aşımı hali ve kısmen tamamlanmış azmettirme gibi azmettirmeye teşebbüsün başka türleri de kabul edilmektedir. Azmettirenin failin kastı konusunda düştüğü hata durumuna, hatalı azmettirme denir. Etkisiz azmettirmede fiili işleme kararını alan fail, önce bu kararından vazgeçer ve fakat daha sonra ilk azmettirme olayından tamamen farklı bir nedenden dolayı fiili işleme kararını alır. Kısmen tamamlanmış azmettirmede fiilin ağır haline azmettirilen fail hafif halini işleyebileceği gibi tam tersi de gerçekleşebilir. Sınır aşımı hallerinde fail, azmettirenin kastının kapsamındaki fiilden daha azını veya daha fazlasını gerçekleştirebilir. Yani niceliksel anlamda sapmalar yaşanabilir.

Azmettirmeye teşebbüsün türlerini failin fiili işleme kararını alıp almamasına göre sınıflandırarak baskın görüşten hareketle başarısız, neticesiz ve elverişsiz olmak üzere azmettirmeye teşebbüsün temelde üç türünü kabul ediyor ve alınmış bir fiil kararı olmadığından hatalı azmettirmeyi bu ayırıma dahil ediyoruz. Kısmen tamamlanmış ve etkisiz azmettirme ile sınır aşımı halinde ortaya çıkan azmettirmeye teşebbüs türlerini neticesiz azmettirmenin görünüş şekilleri olarak kabul ediyoruz; çünkü bu türler failin fiili işleme kararını aldığı durumlardır.

Failin fiili işleme kararını aldığı aşamaya azmettirmenin ara neticesi, failin fiilin icrasına başladığı aşamaya azmettirmenin son neticesi denir. Başarısız azmettirme ve elverişsiz azmettirmede ara netice gerçekleşmezken; neticesiz, etkisiz azmettirme, failin sınır aşımı hallerinde ve kısmen tamamlanmış azmettirmede ara netice aşaması gerçekleşir. Azmettirmenin son neticesi olan asıl fiilin teşebbüs aşamasını azmettirmenin haksızlığının gerçekleşmesine etkisi olmayan ve bağlılık kuralı

çerçevesinde mütalaa edilmesi gereken bir aşama olarak kabul etmek gerekir. Ara neticeyi azmettirmeye yönelik ikna faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve bu ikna faaliyetleri ile failde nihai fiil kararının alınmasını sağlamış olunması şeklinde kendi içerisinde farklı iki aşamaya ayırıyoruz. Ara neticenin ilk aşaması olan ikna faaliyetlerinin işlenmesini, kısmen tamamlanmış ara netice; failin fiil kararını almasını, tamamlanmış ara netice olarak ifade ediyoruz. Bu ayırım, azmettirenin tehlikeli kriminal süreci harekete geçirdiği ve olay üzerinde kontrol kaybı yaşayarak hukuksal değerleri tehlikeye soktuğu şeklindeki cezalandırma sebebine de uygun bir ayırımdır. İştirakin ön alanında hukuksal değerlere yönelik cezalandırılabilir tehlike kısmen tamamlanmış ara netice aşamasında gerçekleştiğinden, başarısız azmettirme türünün cezalandırılabilmesi mümkündür.

Sınıflandırmada kabul ettiğimiz failin fiili işleme kararı ölçütü çerçevesinde failin fiili işleme kararının azmettiren tarafından değiştirildiği döndüren, azalan ve artan azmettirmeye teşebbüsü de bu ayırıma ekliyoruz. Döndüren azmettirmede fail, aldığı karardan caydırılır ve nitelik olarak farklı bir fiili işlemeye azmettirilir. Belirli bir suçu işleme hususunda kararını veren bir kimse planladığı suç yerine başka bir suç işlemeye azmettirilirse bu değişiklik, azmettirmeden ceza verilmesini gerektirir. Alman hukukunda içtihatlar, kararı değiştirmeye yönelik işlenen azmettirme fiilinin tipikliği değiştirmede, ancak fiilin haksızlık içeriğinin önemli oranda değiştiği olaylarda azmettirmeyi kabul etme eğilimindedir. Fail, azmettirenin döndürmesi sonucu yeni fiili işlemeyebilir. Buna, döndüren azmettirmeye teşebbüs denir. Bir suçun nitelikli haline azmettirilen fail fiilin temel haline azmettirildiğinde azalan azmettirme, tam tersi durumda artan azmettirme gerçekleşir. Suçun nitelikli halini işlemek isteyen kişinin suçun temel halini işlemeye karar vermesi durumunda, halihazırda alınmış bir karar mevcut olduğu için azmettirmeden değil, manevi yardım etmeden sorumluluk doğar. Suçun temel şeklini işlemeye karar veren bir kimsenin aynı suçun nitelikli haline azmettirilmesinde baskın görüş azmettirenin nitelikli hale azmettirmeden sorumlu olması gerektiği yönünde iken; azınlıkta kalan görüş manevi yardımdan sorumlu tutmaktadır. Suçun nitelikli halini işlemeye karar veren, ancak bu kararından vazgeçip temel halini işlemeye azmettirilen failin suçun temel halini

işlememesine azalan azmettirmeye teşebbüs denir. Suçun temel halini işlemeye karar veren failin aynı suçun nitelikli hallerinden birini işlemeye azmettirilmesi durumunda, suçun nitelikli halinin işlenmemesi durumuna, artan azmettirmeye teşebbüs denir.

Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidebilmek için tipikliğe uygunluğun gerçekleşmesi, yani tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarının oluşması gerekir. Azmettirmeye teşebbüste, teşebbüste kalmış veya tamamlanmış fiile azmettirmeden farklı olarak bir asıl fiilin varlığı eksik kalır. Azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğinin gerçekleşmesi için azmettirenin faile fiili işleme kararının aldırılmasına teşebbüs etmesi, yani doğrudan doğruya icrasına başlamış olması gerekir. Fiili işleme kararının aldırılması azmettirenin failin bu kararı almasında müsebbip olması olarak anlaşılmalıdır. Azmettirmeye teşebbüste faile fiili işleme kararını aldırarak, failin icra hareketlerine başlamasını sağlayacak nitelikte yoğun ikna faaliyetlerine girişmeyi gerektirir. Asıl fiil işlensin veya işlenmesin önemli olan faile fiili işleme kararının aldırılmış olmasıdır. Fiili işleme kararını almadan önce, failin suç işlemeye yönelik düşüncesinin olmaması gerekir. Yani, failde suç işleme düşüncesi azmettirme sonucu uyanmalıdır. ACK md.30/f.1’de azmettirmeye teşebbüsün objektif unsuru faile fiili işleme kararını aldırılmasına neden olmak anlamında *bestimmen* kavramı ile ifade edilmiştir. *Bestimmen*, belirli bir fiili işleme kararının alınmasına neden olmak ve somutlaştırılmış azmettirme fiilinin işlenmiş olması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.

Azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu için faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması gerekir. Nasıl ki, asıl fiilin icra aşaması kabul edilerek bu hususta hazırlık-icra ayırımı yapılmakta, azmettirmeye teşebbüste de aynı ayırım yapılmakta ve icra aşaması varlık göstermektedir. ACK md.30/f.1’de teşebbüse açıkça yapılan atıf gereği teşebbüste kabul edilen doğrudan doğruya icraya başlama prensibinin burada uygulanması mümkün olup doktrinde baskın görüş, teşebbüse yapılan atfı bu şekilde yorumlamaktadır. Faile fiili işleme kararının doğrudan doğruya icrasının başlamadığını gösteren hareketler, azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketleridir. Örneğin azmettirme açıklamasını içeren mektubu

yazıyor olmak veya mektubu postaya götürmek üzere yolda olmak vb. hareketler azmettirmeye teşebbüsün hazırlık hareketleridir.

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icrasını tespitiye yönelik iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüş, azmettirmeye teşebbüsün icrasının başlaması için azmettirme açıklamasının en azından faile ulaşması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüş, azmettirmeye teşebbüste doğrudan doğruya icranın azmettirme konuşmasının başlamasıyla gerçekleştiğini ve cezalandırılabilir tehlike sınırının aşılması için azmettirme açıklamasının başlamasının yeterli olmadığını kabul eder. Azmettirenin ceza sorumluluğunun daraltılmasından yana olan bu görüş, teşebbüs eşiğini daha ileri bir noktaya taşımakta ve azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaz hazırlık hareketleri aşamasını azmettiren lehine geniş tutmaktadır. Böylece faile ulaşmayan ve fakat işlenmesine başlanılan azmettirme açıklamaları, azmettiren için hazırlık hareketi aşamasında kalmış olur. İkinci görüş, azmettirenin azmettirme açıklamasına başlamış olmasının aranması gerektiğini ve azmettirmeye teşebbüsün icrası için bunun yeterli olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla azmettirme açıklamasının faile ulaşmasına gerek yoktur. Bu görüşe göre, faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının başlaması için azmettirenin bundan sonra üzerinde hakimiyet kuramayacağı kriminal süreci harekete geçirmesi ve süreci elinden çıkarmak suretiyle fiilin her an işlenebileceği tehlikesine neden olması gerekir. Azmettirmeye teşebbüsün tehlikeliliği azmettirme açıklamasının faile ulaşmasıyla değil, bu açıklamayı yapmaya girişmekle başlar. Azmettirenin azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunu genişletmekten yana olan ikinci görüş, teşebbüs eşiğini daha geriye çekerek hazırlık hareketleri aşamasını azmettiren aleyhine geniş tutmaktadır. Doktrinde baskın kabul edilen görüş, ikinci görüşdür.

Alman hukukunda içtihatlarda ikinci görüş temelinde doğrudan doğruya icranın başlaması bakımından somutlaştırma ölçütü kabul edilmektedir. AFM'ye göre, fiil öyle somutlaştırılmalıdır ki azmettirenin gelebilecek bir başka desteğe bundan sonra gerek olmaksızın fail bu fiili istediğinde işleyebilmelidir. Bu temelden hareketle içtihatlarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçelerine ilişkin baskın görüş kabul edilmekte ve azmettirenin olay üzerindeki hakimiyet kaybının

tehlikeliliği, fiilin yeterince somutlaştırılması ölçütüne dayandırılmaktadır. Alman içtihatlarına konu olan meşhur mektup olayı kararında, AFM ikinci görüşü esas almış ve azmettirenin azmettirme açıklamasını içeren mektubu hapishane duvarından atmasıyla azmettirmeye teşebbüsün icrasının başladığını kabul etmiştir. Buna göre, avluya düşen mektubun faile ulaşmasına gerek yoktur. Olayda hapishane idaresi mektuba el koymuş ve mektup faile hiç ulaşmamıştır. Birinci görüşe göre ise, mektup faile ulaşmadığından azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün değildir; çünkü azmettirmeye teşebbüsün tehlikeliliği henüz başlamamıştır.

Azmettirmeye teşebbüste hazırlık-teşebbüs sınırının belirlenmesine yönelik doktrinde ileri sürülen görüşlerden azmettirme açıklamasına başlanmış olmasının yeterli olduğu yönündeki görüşün daha isabetli olduğu kanaatini taşıyoruz. Bu görüş, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebeplerinden hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine yol açmak suretiyle olay üzerinde kontrol kaybının gerçekleşmesi ve azmettirmenin asıl fiil işlenmese bile başlı başına bir haksızlık oluşturduğu hususlarına da uygun düşmektedir.

Azmettirmeye teşebbüsün objektif tipiklik unsurlarından bir diğeri, asıl fiilin cürüm niteliğinde bir fiil olması gerektiğidir. Kural olarak, en az bir yıl hapis cezası gerektiren suçlarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir. ACK md.159 ve md.111/f.2’de ise istisnai olarak cünhalarda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir.

Azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliğinin unsuru, kasttır. Azmettirenin kastı, çifte kast olmalıdır. Bu kast, hem işlenmesi planlanan fiilin işlenmesine hem de failde böyle bir fiili işleme kararının aldırılmasına yönelik olmalıdır. Azmettirenin kastının suçun tamamlanmasına yönelik olması gerekir. Bu yüzden ajan provokatörün azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu kabul edilmemektedir. Azmettirmeye yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle failde fiili işleme kararının uyandırılmasının hesaba katılması ve fiilin işlenmesinin istenmesi yeterli olmayıp azmettirenin suçun işlenmesi yönünde ciddi bir kastla hareket etmesi gerekir. Ciddilik unsurundan anlaşılması gereken, azmettirenin failin fiili işlenmesini, daha doğrusu fiilin tamamlanmasını ciddi olarak istemesidir. Azmettirenin suçun tamamlanması kastıyla hareket etmesi, kastının

ciddi olduğunu gösterir. Ciddilik, sübjektif tipikliğin bağımsız bir unsuru olmayıp, kast kapsamında kabul edilmektedir. Ciddilik unsurundan dolayı azmettirmeye teşebbüsün olası kastla işlenmesi yeterli kabul edilmektedir. Azmettirenin çifte kastı hem işlenmesi istenilen fiilin hem de azmettirme fiilinin yeterince somutlaştırılmasını gerektirir. Azmettirme kastı ayrıca somutlaştırılmış bir asıl fiilin işlenmesine yönelik olmalıdır. Doktrinde azmettirenin kastının somutlaştırılması konusunda fiili işlemeye genel anlamda azmettirmenin yeterli olmaması, haksızlığın esaslı boyutu, izin verilen riskin artması ve azmettirenin gönüllü hakimiyeti görüşleri ileri sürülmüştür. Azmettirenin çifte kastının somutlaştırılması bakımından haksızlığın esaslı boyutu görüşünü kabul etmekteyiz. Haksızlığın esaslı boyutu görüşüne göre, azmettirenin cezalandırılması için fail tarafından işlenecek fiile ilişkin tüm detayların azmettirme kastı kapsamında olması gerekmez. Genel anlamda belirlilik olgusunun varlığı yeterlidir. Fiilin somutlaştırılması ölçütünün haksızlığın esaslı içeriği bakımından ortaya konulması gerekir. Azmettiren, kastı kapsamında haksızlığın esaslı kısmını ortaya koymakla kriminal nedensel süreci başlatmış ve bu andan itibaren olay üzerindeki hakimiyetini kaybederek fiilin her an fail tarafından işlenebilme tehlikesine sebep olmuştur.

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin özel bir hüküm (ACK md.31) düzenlenmiştir. Gönüllü olarak azmettirme teşebbüsüne son veren ve failin suç işleme tehlikesini bertaraf eden azmettiren cezalandırılmaz. Suç, gönüllü vazgeçen azmettirenin katkısı olmaksızın işlenmemiş olursa veya onun önceki davranışından bağımsız olarak işlenirse, azmettirenin cezalandırılmaması için fiilin gerçekleşmesini önlemek yolunda gönüllü ve ciddî bir şekilde çaba göstermiş olması gerekir. Suç için anlaşma başlıklı YTCK md.316/f.2’de kanun koyucu sadece anlaşma fiili bakımından anlaşmadan vazgeçmeye ilişkin özel bir hüküm düzenlemiş; anlaşma burada bağımsız bir suç tipi olarak kabul edildiğinden bu durum, özel bir etkin pişmanlık hali olarak kabul edilmiştir.

ACK md.30/f.1’de hapis cezası en az bir yıl olan suçlarda uygulama kabiliyeti kabul edilen azmettirmeye teşebbüs için yaptırım türü olarak ceza öngörülmüştür. Söz

konusu hükümde teşebbüse ilişkin hükme atfı yapılarak azmettirenin cezasında indirim uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

Azmettirmeye teşebbüs sadece Almanya’da değil mukayeseli hukukta birçok ülkede cezalandırılmıştır. Azmettiren bir kimseyi azmettirmekle suç işleme yönündeki iradesini ortaya koymasına rağmen sırf asıl fiil teşebbüs aşamasına varmadığından azmettirenin cezasız kalması durumuna çözüm olarak mukayeseli hukukta çeşitli hükümlere rastlamak mümkündür. Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde (İngiltere, Amerika, İrlanda, İskoçya ve Kanada), azmettirmeye teşebbüs bağımsız suç tipiyle cezalandırılmıştır. Bu hukuk sisteminde suça iştirakte bağlılık kuralı kabul edilmekle birlikte azmettirmeye teşebbüs, azmettirme suçu olarak cezalandırmaya layık görülmüştür. Bu suç, bir içtihat suçu olup, teşebbüs ve suç anlaşmasının da içinde olduğu tamamlanmamış suçlardan biridir. Azmettirme suçu cünha olarak düzenlenmiş ve yaptırım olarak güvenlik tedbiri değil ceza öngörülmüştür.

Azmettirmeye teşebbüs, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen birçok ülkede farklı nitelikte hükümlerle (hazırlık suçu, bağımsız şeriklik suçu veya genel hüküm olarak) yaptırıma bağlanmıştır. Azmettirmeye teşebbüsü açık bir hükümle cezalandıran ülkelerin başında Almanya gelir. İtalya, Avusturya, Hollanda, İsviçre, Norveç, İsveç, Macaristan, Hırvatistan, Polonya ve Estonya azmettirmeye teşebbüsü açıkça yaptırıma bağlayan diğer Kıta Avrupası ülkeleridir. Fransa ve İspanya’da ise bağlılık kuralından dolayı genel hükümlerde cezalandırılmamış, ancak belirli suç tipleriyle yaptırıma bağlanmıştır. Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı ülkelerde ceza yaptırımı öngörülmüştür. Ancak bunun istisnasını İtalya’da görmek mümkündür. İtalya’da azmettirmeye teşebbüsün toplumsal tehlikeliliğinden hareketle güvenlik tedbiri kabul edilmiştir.

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı hukuk sistemlerinden bir diğeri, İslam hukuk sistemidir. İslam hukuk sisteminde asıl fiil işlenmese bile azmettirme, başlı başına ağır ve büyük bir haksızlık olarak kabul edilir. Azmettirmenin başlı başına cezalandırılması, kötü bir şeyin yapılmasını yasaklayan İslam dininin kötü gördüğü bir şeyi teşvik etmeyi/emretmeyi yasaklaması esası ile açıklanabilir. Bu hukuk sisteminde

azmettirmeye teşebbüse ta'zir cezası uygulanır. İslam hukuk sisteminin benimsendiği Suudi Arabistan, Pakistan, Malezya, Hindistan ve Irak'ta azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmış; Mısır ve İran'da ise cezalandırmaya layık görülmemiştir.

Bunun haricinde mukayeseli hukukta azmettirmeye teşebbüsü yaptırıma bağlayan Rusya, Japonya ve Çin gibi ülkeler de vardır. Rusya'da azmettirmeye teşebbüs hazırlık suçu olarak cezalandırılırken, Çin'de genel hükümlerde cezalandırılmıştır. Japonya'da azmettirmeye teşebbüs kanunun genel hükümleri içinde cezalandırılmamış; hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı özel suç tiplerinde yaptırıma bağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, Rus hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi azmettirenin sosyal tehlikelilik haline dayandırılmasına rağmen, yaptırım türü olarak güvenlik tedbiri değil, ceza yaptırımını öngörülmüştür.

Mukayeseli hukukta birçok ülkede cezalandırmaya layık görülen azmettirmeye teşebbüs fiili, YTCK'nın genel hükümlerinde cezalandırılmamış ve ETCK'daki boşluk yeni kanun döneminde varlığını devam ettirmiştir. Ancak doktrinde azmettirmeye teşebbüsün başlı başına haksızlık teşkil ettiği ve bunun azmettirmeye ilişkin madde gerekçesinde açıkça ifade edildiğinden hareketle cezalandırılması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, bağlılık kuralının gereklerini izah ederken asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiğine, aksi halde azmettirenin cezalandırılmayacağına ve özellikle Alman hukukundaki düzenlemeyi örnek vererek azmettirmeye teşebbüsün başlı başına bir haksızlık olarak cezalandırılmasının gerekliliğine işaret etmişlerdir. Ayrıca azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine bağlılık kuralı çerçevesinde çözüm arama mecburiyeti bulunmamaktadır; çünkü azmettirmeye teşebbüs başlı başına bir haksızlık içeriğine sahiptir. Kanunun genel hükümleri içinde meseleye ilişkin bağımsız bir ceza normu düzenlenmemiş olsa da; kanun koyucu tahrik, suç için anlaşma, rüşvet ve intihara azmettirme gibi suç tipleriyle iştirakin ön alanının cezalandırılabilirliğini kabul etmiştir. Bu suç tiplerini genel hükümlerde azmettirmeye teşebbüsün belli sınırlar dahilinde cezalandırılabileceğine kapı araladığı şeklinde yorumlamak mümkündür. Teşebbüsten önceki aşamada tehlikeyi özel normla cezalandıran bu suç tiplerini

azmettirmeye teşebbüse ilişkin genel bir hükmün eksikliğini kapatmaya yönelik çabalar olarak görmek gerekir.

Kanaatimizce, azmettirmeye teşebbüs asıl fiilden bağımsız cezalandırmaya layık bir haksızlık içermektedir. Azmettirmeye teşebbüste azmettiren kriminal bir süreç başlatmış ve asıl fiilin işlenebilme tehlikesine sebep olmuştur. Azmettiren bu fiili ile teşebbüsten önce tehlikeli olduğunu ortaya koymuştur. Bu yüzden genel bir hükmün azmettirmeye ilişkin maddeye eklenmesini ve azmettirmeye teşebbüs eden kişinin, teşebbüse ilişkin hükümden hareketle tehlikenin ağırlığı nispetinde YTCK'nın 35'inci maddesi çerçevesinde indirim yapmak suretiyle cezalandırılmasını önermekteyiz. Azmettirenin cezasının belirlenmesinde failin fiili işleme kararı dikkate alınmalıdır. Fail fiili işleme kararını henüz almamışsa azmettirenin cezalandırılması hakimnin takdirine bırakılmalıdır. Fail fiili işleme kararını almışsa hakime, artık bu konuda takdir yetkisi verilmemelidir. Bununla birlikte önerimizin kabul edilmemesi halinde, güvenlik tedbiri öngörülmesi de Türk Hukuku için önemli bir gelişme olacaktır.

Olması gereken, suç ve ceza politikası gereği azmettirmeye teşebbüsün kanunun genel hükümleri içinde, sadece belli ağırlıktaki suçlarda cezalandırılmasıdır. Fakat azmettirmeye teşebbüsün teorik yapısının doktrinde ve içtihatlarda henüz yerleşmemiş olması ve özellikle konunun daha çok kasten öldürme ve yalan tanıklık gibi önemli hukuksal değerlerin korunduğu suçlarda gündeme gelmesi göz önünde bulundurulduğunda, kanunun özel hükümleri içinde bağımsız bir suç tipiyle sınırlı cezalandırma formülü Türk Hukuku bakımından ara bir çözüm olacaktır. Bu şekilde hiç olmazsa kanunun özel hükümleri içinde söz konusu suç tiplerinde veya bu suç tiplerini konu edinen bağımsız bir azmettirme suçunun kanuna eklenmesiyle kanundaki boşluğun kısmen de olsa giderilmesi, Türk hukuku bakımından önemli bir gelişme olacaktır. Söz konusu suçların toplumda çok sık işlenen fiiller olduğu dikkate alınır, bu fiillere azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasıyla bu suçlarda korunan yaşam hakkı ve adliyeyle ilişkin menfaatlerin daha iştirakin ön alanında iken etkin bir şekilde korunması sağlanmış olur. Çünkü kasten öldürme suçuna veya yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs etmekle söz konusu menfaatlere yönelik ağır ve özel bir tehlikelilik hali ortaya çıkmaktadır. Ancak konunun sadece bu fiillere hasredilmesi,

olması gereken hukuk bakımından elbette yetersizdir. Kanunun ceza özel hükümleri altında bu fiillere azmettirmeye teşebbüse ilişkin yapılacak düzenlemeleri, konunun Türk hukukunda kabul edilebilirliğini ve gelecekte yapılmasını önerdiğimiz genel bir düzenlemenin ilk adımı olarak görmek gerekir.



KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

- ABBAS, İbrahim K. Abbas; *Türk ve Irak Hukuklarında Suça İştirak*, (Danışman: Prof. Dr. İzzet Özgenç), GÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- AKBULUT, Berrin; “Bağlılık Kuralı”, *GÜHFD*, C. XIV, S. 1, 2010, s. 167-212, (Bağlılık Kuralı).
- AKBULUT, Berrin; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Ankara 2019, (GH).
- AKGÜNDÜZ, Ahmet; *Islamic Public Law (Documents on Practice from the Ottoman Archives, Islamic Law in Theory and Practice)*, Rotterdam 2011, (Islamic Public Law).
- AKGÜNDÜZ, Ahmet; *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyesi (Kamu Hukuku)*, C. I İstanbul 1994, (İslam ve Osmanlı).
- AKIDA, Mohamed; A critical Study on Egyptian Criminal Legislations with and Indication tp Some Modern Laws, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (129-144), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I/V. II.
- AKTAŞ, Sururi; “Hukuk Kavramının Analizi”, *AÜHFD*, C. 67, S. 2, 2018, s. 227-252.
- ALACAKAPTAN, Uğur; *Suçun Unsurları*, Ankara 1975.
- ALLEN, Michael J.; *TextBook on Criminal Law*, 13. edit., United Kingdom 2015.
- ALLFELD, Philipp; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9. Auflage, Leipzig 1934.
- AMATO, Astolfo Di; *Criminal Law in Italy*, 2. edit., The Netherlands 2013.
- AMBOS, Kai/BOCK, Stefanie; *Germany*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (323-339), England 2013.

- ANDERSON, John; *Criminal Law Guide Book (New South Wales, Victoria and South Australia)*, 2. edit., Oxford 2016.
- ARAF, Mohamed A.; “Criminal Complicity: Accomplices Criminal Liability to the Criminal Offences: a Comparative Analysis Between the Egyptian Criminal Law System and the Criminal Law System of the United States of America”, *REC*, Ano XVI, No. 67, Autubro/Dezembro 2017, s. 9-49.
- ARNOLD, Jörg; “Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri”, çev. İlker TEPE, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan*, (527-550), Ankara 2008.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Ankara 2019, (GH).
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. bs., Ankara 2019, (ÖH).
- ARTUK, Mehmet Emin; İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme, *SÜHFD*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 113-142.
- ARTUK, Mehmet Emin; “Ceza Kanunun Suç Siyaseti Açısından Değerlendirilmesi”, *CHD*, C. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 3-14, (Suç Siyaseti).
- ARTUK, Mehmet Emin; “Güvenlik Tedbirleri”, *GÜHFD*, Haziran-Aralık 2008, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 461-492, (Güvenlik).
- ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HINGELDORF Eric, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bielefeld 2009, (BT).
- ASHWORTH, Andrew/HORDER, Jeremy; *Principles of Criminal Law*, 7. edit., United Kingdom 2013.
- ASP, Petter/ULVANG, Magnus; *Sweden*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (398-412), England 2013.

- ASWORTH, Andrew; “Conceptions of Overcriminalization”, *OSJCL*, V. 5, No. 2, 2008, s. 407-425.
- ASWORTH, Andrew; “Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and the Common Law”, *RLJ*, V. 19, 1987-1988, s. 725-772.
- AVCI, Mustafa; *Osmanlı Ceza Hukuku (GH)*, 2. bs., Konya 2014, (GH).
- AVCI, Mustafa; *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004.
- AYDIN, Devrim; *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, (Danışman: Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar), AÜSBE, Doktora Tezi, Ankara 2008, (İştirak).
- AYDIN, Öykü Didem; “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, *TBBD*, S. 53, 2004, s. 63-140.
- BAGARIC, Mirko; *Australia*, in: A. Reed/M. Bohlander (edts), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (273-291), England 2013.
- BAKER, Dennis J.; “Reinterpreting the Mental Element in Criminal Complicity: Change of Normative Position Theory Cannot Rationalize The Current Law”, *L&PR*, V. 40, 2016, s. 119-296, (Criminal Complicity).
- BAKER, Dennis J.; *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences*, 1. edit., New York 2016, (Inchoate Participation).
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage 1985, (AT).
- BAYRAKTAR, Köksal; *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, İstanbul 1977, (Tahrik Cürmü).
- BAYRAKTAR, Köksal; *Uluslararası Suçlar*, C. I, 1. bs., İstanbul 2016.
- BERNER, Albert Friedrich; *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18. Auflage, 1898.
- BETTAYEB, Fatma; “İslam Ceza Hukukunda ve Beşeri Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, çev. Soner DUMAN, in: Korkusuz, R./Eren A., *İslamic Criminal Law (Tebliğler Kitabı)*, C. II, Nisan 2017.

- BINDING, Karl; *Lehrbuch des gemeinen Strafrechts*, Besonderer Teil, 2. Band, 2. Halfte, 1905.
- BİRTEK, Fatih; “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 22.05.2012 tarihli (E. 2011/6-340, K. 2012/209) Kararı Bağlamında Suça Teşebbüsün Objektif Unsuru Olarak ‘İcra Hareketlerinin Başlaması’”, *CHD*, C. 8, S. 21, Nisan 2013, s. 69-102, (İcra Hareketlerinin Başlaması).
- BİRTEK, Fatih; *Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler*, 6. bs., Ankara 2018, (GH).
- BLOY, Rene; “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung”, *JR/Heft 12*, 1992, s. 493-497, (Grund und Grenzen).
- BLOY, Rene; “Zur ‘Ernslichkeit’ des Versuchs einer Anstiftung zum Mord (Anmerkung-BGH, 10.6.1998-3 StR 113/98)”, *JZ*, 54. Jahre, Nr. 3 (5. Februar 1999), s. 156-159, (Zur Ernslichkeit des Versuchs).
- BLOY, Rene; *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin 1985.
- BOCK, Dennis; “Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen-zum Begriff des >>alias>> oder >>omnido facturus”, *JURA/Heft 4*, 2008, s. 143-146.
- BOHLANDER, Michael; “The Conflict between the Serious Crime Act 2007 and section 1 (4) (b) of the Criminal Attempts Act 1981: A Missed Repeal?”, *CLR*, I. 6, 2010, s. 483-488, (Missed Repeal).
- BOHLANDER, Michael; “Inchoate Offences (Letter to the Editor: Reply to J. J. Child)”, *CLW*, I. 12, 2010, s. 933-935.
- BOHLANDER, Michael; *Principles of German Criminal Law*, Oxford/Portland 2009, (German Criminal Law).
- BOHLANDER, Michael; *The German Criminal Code (A Modern English Translation)*, Oxford/Portland, 2008, (German Criminal Code).
- BOSCH, Nikolaus; “Unmittelbares Ansetzen bei versuchter Anstiftung”, *JURA-K/10*, 2019, s. 1120.

- BOZBAYINDIR, Ali Emrah; “The Advent Of Preventive Criminal Law: An Erosion Of The Traditional Criminal Law?”, *CLF*, V. 29, I. 1, 2008, s. 25-62.
- BROCKHAUS, Matthias; “Die Inchoate Offences im englischen Strafrecht”, *ZStW* 119/Heft 1, 2007, s. 153-165, (Inchoate Offences).
- BROCKHAUS, Matthias; *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich*, Hamburg 2006.
- BRONITT, Simon/MCSHERRY, Bernadette; *Principles of Criminal Law*, 4. edit., Sydney 2017.
- BROYLES, D. Scott; *Criminal Law in the USA*, 2. edit., The Netherlands 2011.
- BUNG, Jochen; “Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi”, çev. Yener ÜNVER, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (595-611), Ankara 2008.
- BURGSTALLER, Manfred; “Yeni Avusturya Ceza Kanunu ve Uygulamadaki Etkileri”, çev. Feridun YENİSEY, *İÜHFM*, C. 48, S. 1-4, 1983.
- BURTON, Kelley/CROFTS, Thomas/TARRANT, Stella, *Principle of Criminal Law in Queensland and Western Australia*, Sydney 2016.
- BUSCH Richard; “Zur Teilnahme an den Handlungen des §49a StGB”, *Festschrift für Reinhart Maurach*, (Hrsg. Friedrich Christian Schröder/Heinz Zipf), Müller, Karlsruhe, 1972, s. 245-256, (Zur Teilnahme).
- BUSCH, Jost.-Dietrich; “Die Teilnahme an der Versuchten Anstiftung”, *NJW/Heft* 25 1959, s. 1119-1121, (Versuchten Anstiftung).
- BUSCH, Jost.-Dietrich; *Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesichte des 49a StGB*, Marburg 1964, (Gesichte des 49a StGB).
- BUTLER, William E.; *The Criminal Code of the Russian Federation*, 4. edit., London 2004.
- CAHILL, Michael; “Inchoate Crimes” in: M. D. Dubber/T. Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014.

- CAMARGO, Beatriz Correa; “Der Anstiftungsversuch im Deutschen Strafrecht”, *RFDUSP*, 2015, s. 733-763.
- CAMERON, Iain/SCHUNKE, Malin Thunberg/PALE-BARTES, Karin/WONG, Christoffer/ASP, Petter; *International Criminal Law from a Swedish Perspective*, Portland 2011.
- CAMPELL, Liz/KILCOMMINS Shane/O’SULLIVAN, Catherine; *Criminal Law in Ireland (Cases and Commentary)*, Dublin 2010.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, 4. bs., 2017, (Kişilere Karşı).
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. bs., İstanbul 2016, (Ceza Hukuku).
- CHARLETON, Peter; *Criminal Law Cases and Materials*, Dublin 1992.
- CHEN, Jianfu; *Chinese Law (Towards an Understanding of Chinese Law, Its Nature and Development)*, London 1999.
- CHEN, Jianfu; *Criminal Law and Criminal Procedure Law in the People’s Republic of China*, çev. Suiwa KE, London 2013, (Criminal Law).
- CHIESA, Luis E.; *United States*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (469-485.), England 2013.
- CHILD, John; *The Differences Between Attempted Complicity and Inchoate Assisting and Encouraging-A Reply to Professor Bohlander*”, *Cal.LR.*, I. 12, 2010, s. 923-932.
- CHOWDHURY, Anwarullah; *The Criminal Law of Islam*, 1. edit., İslamabad 2004.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet; *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2011.
- COLVIN, Eric/MCKECHNIE, John; *Criminal Law in Queensland and Western Australia*, 6. edit., Australia 2012.
- CONDE, Francisco Munoz; *Ülke Raporu: İspanyol Yeni Ceza Kanunu’nda Modern Ceza Hukuku*, çev. İlhan ÜZÜLMEZ/Ahmet Hulusi AKKAŞ, in: A. Sözüer

- (edt), Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey), (873-898), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I/V. II, 2005.
- CRIJNS, Jan. H./VAN DER WOUDE, Maartje; *The Criminal Justice System*, in: J. Chorus/E. Hondius/W. Voermans (eds), *Introduction to Dutch Law*, (441-474), 5. edit., The Netherlands 2016.
- CUMES, Guy; *Parties to Crime in Australia*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context/Special Forms of Participation*, (117-151), Germany-2015.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar; *Türk Ceza Kanunu (En Son Değişiklikleriyle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı)*, (md.1-124), C. I, 3. bs., Ankara 1985.
- ÇATAKLI, Hasan; “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, *EBYÜHFD*, C. XXIII, S. 3-4, 2019, s. 279-309.
- DAĞCI, Şamil; *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1996.
- DAHMARDEH; Ehsan/KHAMMAR Mohammad Amin; “Investigating Abetting Jurisprudence and its Implementation with Iran Thetical Law By Focusing On The New Ipc (Islamic Penal Code) Adopted in 1392”, *TOJDAC*, July 2016 Special edit., s. 492-504.
- DARAGENLİ, Vesile Sonay; “Organize Suçluluk”, *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1998, s. 245-250.
- DARAGENLİ, Vesile Sonay; “Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi”, *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Das Strafrecht im detsch-türkischen Rechtsvergleich)*, Prof. Dr. Bayraktar’a Armağan, C. III, İstanbul 2010.
- DEMİRBAŞ, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs., Ankara 2019, (GH).
- DEMİRBAŞ, Timur; *Kriminoloji*, 2. bs., Ankara 2005, (Kriminoloji).

- DEMİREL, Muhammed; “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, *CHKD*, C. 5, S. 2, 2017, s. 119-161, (Yardım Etme Hareketleri).
- DEMİREL, Muhammed; *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, 1. bs., İstanbul 2017, (Bağlılık Kuralı).
- DEMİREL, Muhammed;/KARTAL, Melik; “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, *DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, C. 21, S. Özel, 2019, s. 457-490.
- DEMİRTAŞ, Soner; “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan)*, C. 1, S. Özel Sayı, 2019, s. 491-515.
- DESSECKER, Axel; “Im Vorfeld eines Verbrechens: die Handlungsmodalitäten des §30 StGB”, *JA*, 2005, s. 549-554.
- DEVELLİOĞLU, Ferit; *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 20. bs., Ankara 2003.
- DEVİRİN, Şinasi Z.; *Ceza Hukuku*, Ankara 1946.
- DİNLER, Veysel; “Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine”, *HFSa*, , S. 28, 2019, s. 153-167.
- DOI, Abd ar-Rahman I./CLARKE Abdassamad; *Shari’ah Islamic Law (Part IV: Crime and Punishment)*, 2. edit., London 2008.
- DÖLLING, Dieter/DUTTGE, Gunnar/KÖNIG, Stefan/RÖSSNER Dieter [Hrsg.] *Gesamtes Strafrecht (StGB, StPO, Nebengesetze) Hand Kommentar*, 4. Auflage, Deutschland 2017.
- DÖNMEZ, Damla; “Die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen im deutschen Strafrecht”, in: G. Duttge/Y. Ünver (edt), *Das Schuldprinzip des türkischen STGB im Spiegel des deutschen Strafrechts (Alman Ceza Hukuku Açısından TCK’nın Kusur İlkesi)*, (263-278), Band: 2/C. 2, 1. bs., Göttingen/İstanbul 2013.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN Sair; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 11. bs., İstanbul 1997, (II).

- DÖNMEZER, Sulhi; “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, *İÜHFM*, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 433-456, (Hazırlık ve İcra).
- DRÄGER, Thomas/RUMPF-ROMETSCH, Egbert; “*Die Fälle Strafrecht Allgemeiner Teil*”, 8. Auflage, Köln 2019, (Fälle-AT).
- DREHER Eduard; “Das Dritte Strafrechtänderungsgesetz”, *JZ*, 1953, s. 421-428.
- DREHER Eduard; “Grundsätze und Probleme des §49a StGB”, *GA*, 1954, s. 11-22.
- DRESSLER, Joshua; *Cases and Materials on Criminal Law*, 5. edit., United States, 2009, (Cases and Materials).
- DRESSLER, Joshua; *Understanding Criminal Law*, 7. edit., United States, 2015, (Criminal Law).
- DUBBER, Markus D./HÖRNLE, Tatjana; *Criminal Law (A Comparative Approach)*, 1. edit., United Kingdom 2014.
- DUBBER, Markus D./Mark G. Kelman, *American Criminal Law: Cases, Statutes and Comments*, 2. edit., New York 2009.
- DUBBER, Markus D.; “The Possession Paradigm: The Special Part and The Police Power Model of The Criminal Process”, Duff R A/Green S. P, *Defining Crimes (Essays on the Special Part of the Criminal Law*, (91-118), New York 2005.
- DUBBER, Markus D.; “Criminalizing Complicity (A Comparative Analysis)”, *JICJ*, V. 5, I. 4, 2007, s. 991, s. 997-1001, (Criminalizing Complicity).
- DUBBER, Markus D.; *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München 2005, (US-amerikanische Strafrecht).
- DUFF, Antony/GREEN Stuart P.; *Defining Crimes (Essays on the Special Part of the Criminal Law*, New York 2005, s. 91-118.
- DUFF, Antony; “Dangerousness and Citizenship: Essays in Honour of Andrew von Hirsch”, in: A. Andrew/W. Martin (eds), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, (141-163), United Kingdom 1998.

- DURL, Robert; *Kettenbeteiligungsversuch (Der Versuch mittelbarer Beteiligung am Straftaten)*, Österreich 2019.
- DURSUN, Selman/BOZBAYINDIR, Ali Emrah; “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, *İÜHFMD*, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 63-90.
- DÜLGER, Murat Volkan; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, *YÜHFD*, C. 1, S. 2, Ocak 2005, s. 85-137.
- EIJK, Esther van; *Sharia and National Law in Saudi Arabia*, in: M. J. Otto (edt), *Sharia Incorporate (Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present)*, (139-180), Amsterdam 2010.
- EINARSEN, Terje/RIKHOF Joseph, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes*, Brussels 2018.
- EISELE, Jörg; *Strafrecht-Besonderer Teil I*, 3. Auflage, Stuttgart 2014, (BT I).
- EISELE, Jörg; “Strafrecht AT: Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gegenüber einem verdeckten Ermittler”, *JuS* 2019, s. 1028-1030, (vercuhte Anstiftung).
- EKİCİ ŞAHİN, Meral; “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *AÜHFD*, C. 64 S. 3, 2015, s. 637-686.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra; *Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk)*, 2. bs., İstanbul 2012.
- ELLIOT, Catherina; *France*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (273-291), England 2013.
- ENGELHART, Marc; *Counterin Terrorism at the Limits of Criminal Liability in Germany*, in: M. Dayson/B. Vogel, (eds), *The Limits of Criminal Law (Anglo-German Concepts and Principles)*, (435-465), United Kingdom 2018.
- EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. bs., Ankara 1978.
- EREM, Faruk; “Ceza Hukukunda İntihar”, *YD*, C. 16, S. 4, 1990, s. 490-502, (İntihar).
- EREM, Faruk; “Suça İştirak”, *AÜHFD*, C. 3, S. 1, Ankara 1946, s. 62-107, (İştirak).

- EREM, Faruk; “Türk Ceza Kanunu’nda Emniyet Tedbirleri”, *AÜHFD*, C. 1, S. 3, 1944, s. 351-378, (Emniyet Tedbirleri).
- EREM, Faruk; “Yalan Şehadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık”, *AÜHFD*, C. 11, S. 3, 1968, s. 42-59, (Yalan Şehadet).
- EREM, Faruk; *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler*, Ankara 1959.
- EREM, Faruk; *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I, 11. bs., Ankara 1976, (Ümanist Doktrin).
- ERTUHRAN, Sabri; *İslam Ceza Hukuku’nda Suça İştirak*, (Danışman: Doç. Dr. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu), SÜSBE, Doktora Tezi, Konya 2000.
- ESER, Albin; “The Principle of Harm in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests”, *DULR*, V. 4, 1965-1966, s. 345-417.
- ESER, Albin; *Strafrecht II*, München 1980, (II).
- EVİK, Vesile Sonay; “Suç İşlemek amacıyla Örgütlenme Suçu”, *MÜHF-HAD (Özel Sayı): Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, C. 19, S. 2, 2013, s. 667-697.
- EVİK, Vesile Sonay; *Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. bs., İstanbul 2011, (Suça İştirakte Yardım Eden).
- FIEBER, Ulrich; *Die verbrechensverabredung*, §30 Abs. 2, 3. Alt. StGB. Frankfurt am Mein, 2001.
- FINLAY, Lorraine/KIRCHENGAST Tyrone; *Criminal Law in Australia*, Australia 2015.
- FISCHER, Thomas; *Kommentar Strafgesetzbuch*, 66. Auflage, München 2019.
- FLEMMING, Sandra/REINBACHER, Tobias; “Die unausgeführte Bande-Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten”, *NStZ* 2013, s. 136-143.
- FLETCHER, George P.; “Complicity”, *ISL*, V. 30, I. 1-2, 1996, s. 140-145.

- FLETCHER, George P.; *Basic Concepts of Criminal Law* New York 1998, (Basic Concepts).
- FLETCHER, George P.; *Rethinking Criminal Law*, Los Angeles 1978, (Rethinking).
- FLETCHER, George P.; *The Grammar of Criminal Law (American Comparative, and International)*, V. I: Foundation, New York 2007.
- FOSTER, Nigel/SULE, Satish; *German Legal System and Laws*, 4. edit., New York 2010.
- FRANKOWSKI, Stanislaw; *Criminal Law*, in: S. Frankowski/T. Ansay/D. Jr. Wallace (eds), *Introduction to Polish Law*, (341-375), The Netherlands 2005.
- FRISCH, Wolfgan; “Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem”, *GA*, 2017, s. 365-382, (Strafwürdigkeit).
- FRISCH, Wolfgan; *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988.
- FRISTER, Helmut; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, 2018, (AT).
- GEARY, Roger; *Essential Criminal Law*, 2. edit., 1998.
- GEPPERT, Klaus; “Die Anstiftung (§26 StGB)”, *JURA/Heft 6*, 1997, s. 299-305, (§26 StGB).
- GEPPERT, Klaus; “Die versuchte Anstiftung (§30 Abs.1 StGB)”, *JURA/Heft 10*, 1997, s. 546-553, (§30 Abs.1 StGB).
- GILLIES, Peter; *The Law of Criminal Complicity*, Sydney 1980.
- GIULIANI, Stefano; *Vergleich der italiensichen und deutschen Terminologie zum Strafrecht*, Bozen 1996.
- GÖKTÜRK, Neslihan; “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, *GÜHFD*, C. XX, S. 1, 2016, s. 347-409.
- GÖSSEL, Karl Heinz/DÖLLING, Dieter; *Strafrecht Besonderer Teil I*, 2. Auflage, Heidelberg 2004 (BT I).

- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat; *Türk Ceza Kanunun Gözübüyük Şerhi (Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli)*, (1-124), C. I, 5. bs., İstanbul, 1988.
- GRABOW, Stefan; “Die Sukzessive Anstiftung”, *JURA/Heft* 6, 2009, s. 408-412.
- GRAUL, Eva; “Zur Bestimmtheit des Anstifter-und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung”, *JR/Heft* 6, 1999, s. 248-252.
- GROPP, Walter; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 2005.
- GROSSO, Carlo Federico/PELISSERO Marco/PETRINI, Davide/PISA Paolo; *Manuale DI Diritto Penale (Parte Generale)*, Seconda Edizione, Milano 2017.
- GUIGUO, Wang/MO, John (edt); *Chinese Law*, London 1999.
- GÜLSEREN, Fehmi Sener; “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, *LAÜSBD*, V. I, Haziran 2014, s. 32-59.
- GÜNTHER, Andreas M.; *Täterschaft und Teilnahme im südafrikanischen Recht (Eine rechtsvergleichende Studie unter besondere Berücksichtigung der common purpose rule)*, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Hrsg. von Albin Eser (Band S98), Freiburg im Breisgau 2003.
- GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Başlangıcı*, 8. bs., Ankara 2001.
- GÜVEN, Kudret; *General Principles of Turkish Law*, 4. edit., Ankara 2016.
- HACİFAZLIOĞLU, Ali; *Teori ve Uygulamada Suça İştirak*, 1. bs., Ankara 2014.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. bs., Ankara 2012, (GH).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Topluma karşı Suçlar)*, Ankara 2012, (ÖH-Topluma Karşı Suçlar).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)*, Ankara 2012, (ÖH-Kişilere Karşı Suçlar).

- HAFIZOĞULLARI, Zeki; *Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni)*, 2. bs., Ankara 1996.
- HAKERİ, Hakan; “Amerikan Ceza Hukuku’na Genel Bir Bakış”, *CHD*, C. 3, S. 8, Aralık 2008, s. 5-27, (Amerikan).
- HAKERİ, Hakan; “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *TBB*, S. 69, 2007, s. 55-96, (Önemsiz Hareketler).
- HAKERİ, Hakan; “Türk ve Alman Ceza Kanunlarının Karşılaştırılması”, çev. Ahmet Mert DUYGUN, in : G. Duttge/Y. Ünver (edt), *Das Schuldprinzip des türkischen STGB im Spiegel des deutschen Strafrechts (Alman Ceza Hukuku Açısından TCK’nın Kusur İlkesi)*, (29-42), Band: 2/C. 2, 1. bs., Göttingen/İstanbul 2013.
- HAKERİ, Hakan; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *CHD*, C. 1, S. 1, Eylül 2006, s. 75-109, (İştirak).
- HAKERİ, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. bs., Ankara 2019 (GH).
- HAKERİ, Hakan; *Turkish Criminal and Criminal Procedure Law*, in: R. Korkusuz/F. İ. Kayalı (eds), *Turkish Public Law*, (109-201), 1. bs., Ankara 2018, (Turkish Criminal).
- HALL, Daniel E.; *Criminal Law and Procedure*, 6. edit., 2012.
- HAMBEL, Lukas; “Die öffentliche Aufforderung zu Straftaten gem. §111 StGB (Am Beispiel der „Bierzelt-Rede“ des Bundesinnenministers Horst Seehofer vom 2.8.2018 und der Rede des Chefs des Thüringischen Bündnisses David Köckert vom 9.9.2018 in Köthen)”, *ZJS*, 1/2019, s. 10-14.
- Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi (Karar Taslağı), *18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi*, 20-27 Eylül, İstanbul 2009, s. 103-108.
- HECKER, Bernd; “Strafrecht AT: Versuch der Teilnahme an einem Tötungsdelikt”, *JuS*, 2013, s. 748-750.

- HEDEYATI-KAKHKI, Mohammad; *Islamic Law*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (341-358), England 2013.
- HEINRICH, Bernd; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Stuttgart 2019, (AT).
- HEINTSCHEL-HEINNEG Bernd; *Kommentar Strafgesetzbuch*, 3. Auflage, München 2018.
- HERRING, Jonathan; *Criminal Law (Text, Cases and Materials)*, 7. edit., United Kingdom 2016.
- HERZBERG, Rolf Dietrich; “Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände”, *GA*, Hamburg 1971, s. 1-12, (Anstiftung).
- HERZBERG, Rolf Dietrich; “Anstiftung zur Unbestimmten Haupttat-BGHSt 34, 63” *JuS/Heft 8*, 1987, s. 617-622.
- HERZOG, Felix; *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1991.
- HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage 2015, (AT).
- HILGENDORF, Eric; “Ceza Düşüncesi (1975-2005)”, çev. Başak ÖZAY, içinde: *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich)*, C. I, İstanbul 2010.
- HONIG, Richard M.; “Criminal Law Systematized”, *JCLC*, V. 54, I. 3, 1963, s. 273-287.
- HORDER, Jeremy; *Ashworth’s Principles of Criminal Law*, 8. edit., United Kingdom 2016.
- HUSABO, Erling Johanne; *The Regulation of Complicity, Attempts and Preparatory Acts in the New Norwegian Penal Code in A Historical and European Perspective (Country Report)*, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the*

- World and in Turkey), (413-428), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I, V. I, 2005.
- HUSAK, Douglas N.; *Overcriminalization (The Limits of the Criminal Law)*, New York, 2008, (Overcriminalization).
- HUSAK, Douglas N.; *Philosophy of Criminal Law*, United States of America, 1987, (Philosophy).
- HÜSEYNOV, Emin; *Rusya Federasyonu Ceza Hukuku'nda Suça Teşebbüs*, (Danışman: Doç. Dr. Türkan Sancar), AÜSBE, Doktora Tezi, 2011.
- IDA, Makoto; “Ülke Raporu: Japon Ceza Hukuku Yaptırımları Üzerine”, çev. Ahmet MİTHAT, içinde: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (1465-1476), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I/V. II, 2005, (Ülke Raporu).
- IDA, Makoto; “Japonya’da Ceza Hukuku Dogmatığının Felsefeden Arındırılması: Ya da Düşünmenin Terk Edilmesi Üzerine Hukuk Kuramı”, çev. İlker TEPE, C. 2, S. 1, Ocak-Şubat 2015.
- İNDECKI, Krzysztof/JUREWICZ Justyna; *The Key Issues of Polish Penal Law*, Lodz 2014.
- ITO, Yoshisuke; *Parties to Crime in Japan*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context/Special Forms of Participation*, (152-184), Germany 2015.
- İÇEL, Kayıhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., İstanbul 2014, (GH).
- İÇER, Zafer; “Yalan Tanıklık Suçu (TCK md.272)”, *MÜHFHAD*, C. 18, S. 2, 2012, s. 179-226.
- İNCİ, Zekiye Özen, “Alman Ceza Kanunu md.30/f.1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, *HHFD*, V. 10, I. 2, 2020, s. 913-980.

- JÄGER, Christian; *Ezamens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Heidelberg 2019, (AT).
- JAKOBS, Günther; “Düşman Ceza Hukuku?-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, çev. Cemil OZANSU, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (507-527), Ankara 2008.
- JAKOBS, Günther; “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97/Heft 4, 1985, s. 751-785, (Kriminalisierung im Vorfeld).
- JAKOBS, Günther; “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, çev. Cemil OZANSU, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (489-505), Ankara 2008. (Yurttaş Ceza Hukuku).
- JAKOBS, Günther; *Staatliche Strafe Bedeutung und Zweck*, München 2004.
- JAKOBS, Günther; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin 1991, (AT).
- JARVERS, Konstanze; *Italy*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, (83-190), Germany 2015.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas; *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, (AT).
- JESHECK, Hans Heinrich; *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, çev. Feridun YENİSEY, 1. bs., İstanbul 1989.
- JOECKS, Wolfgang/JÄGER Christian; *Studienkommentar (StGB)*, 12. Auflage, München 2018.
- JOECKS, Wolfgang; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I (§1-37)*, 3. Auflage, München 2017.
- JOSIPOVIC, Tatjana (edt); *Introduction to the Law of Croatia*, The Netherlands 2014.

- KADISH, Sanford H.; “Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine”, *Cal.LR*, V. 73, No. 2, 1985, s. 323-410, (Complicity).
- KADISH, Sanford H.; “Resckless Complicity”, *JCLC*, V. 87, No. 2, Winter 1997, s. 369-394.
- KAPUSUZUOĞLU, Beril Taşkın; *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, 1. bs., İstanbul, 2017.
- KARABEYESER, Süleyman; “Suçta İştirak”, *THD*, C. 10, S. 110, Ekim 2015, s. 58-69.
- KARSAI, Krisztina/SZOMORA, Zsolt; *Criminal Law in Hungary*, 2. edit., The Netherlands 2015.
- KAZAKER, Gözde; *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, 1. bs., Ankara 2019.
- KEÇELİOĞLU, Elvan; “Alman Ceza Hukukunda Failik”, *TBB*, S. 65, 2006, s. 73-88.
- KEILER, Johannes/ROEF, David; *Forms of Participation*, in: J. Keiler/D. Roef (eds), *Comparative Concepts of Criminal Law*, (203-234), United Kingdom 2016, (Participation).
- KEILER, Johannes/ROEF, David; *Inchoate Offences: Attempt and Preparation*, in: J. Keiler/D. Roef (eds), *Comparative Concepts of Criminal Law*, (253-284), United Kingdom 2016, (Inchoate Offences).
- KEILER, Johannes; *Actus Reus and Participation in European Criminal Law*, United Kingdom, 2012.
- KHAN, Tauqir Mohammed; *Criminal Law in Islam*, 1. edit., India 2007.
- KINDHÄUSER, Urs/ZIMMERMANN, Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 9. Auflage, Baden-Baden, 2020.
- KINDHÄUSER, Urs; *Strafrecht Besondere Teil I*, 8. Auflage, Bonn 2017, (BT I).
- KINDHÄUSER, Urs; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Baden-Baden 2017, (AT).

- KINPORTS, Kit; “Rosemond, Mens Rea, and the Elements of Complicity”, *SDLR*, V. 52, No. 133, 2015, s. 133-170.
- KLESCZEWSKI, Diethelm; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Leipzig 2017, (AT).
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. bs., Ankara 2019, (GH).
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. bs., Ankara 2019 (ÖH).
- KOCA, Mahmut; “İntihara Yönlendirme Suçu, TCK md.84)”, *CHD*, C. 5, S. 12, Nisan 2010, s. 19-40.
- KOCA, Mahmut; “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *CHD*, C. 3, S. 2, 2015, s. 103-118, (Yargıtay İçtihatları).
- KÖHLER, Michael; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Hamburg 1997, (AT).
- KRAUß, Detlef; “Erfolgsunwert und Handlungswert im Unrecht”, *ZStW*, 1964, s. 19-68.
- KRELL, Paul; “Die Kettenanstiftung” *JURA Heft* 7/2011, s. 499-503.
- KRETSCHMER, Joachim; “Anforderungen an versuchte Anstiftung”, *NStZ* 1998, s. 401-403.
- KREUTZER, Jacob; Causation and Repentance: Reexamining Complicity in Light of attempts Doctrine, *NYUJL&L*, V. 3, 2008, s. 155-173.
- KREY, Volker, *German Criminal Law: General Part*, Stuttgart 2002.
- KREY, Volker/ESSER Robert; *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage Stuttgart 2016, (AT).
- KROß, Antje; “Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an ihr Beteiligten”, *JURA/Heft* 4, 2003, s. 250-255.

- KRÜGER, Matthias; “Zum <<Bestimmen>> im Sinne von §26, 30 StGB”, *JA*, s. 492-498, 2008.
- KUDLICH, Hans; “Rücktritt vom Versuch der Anstiftung”, *JA*, 2006, s. 91-93, (Rücktritt).
- KUDLICH, Hans; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 2009, (AT).
- KUNTER, Nurullah; “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, *İÜHFM*, C.XIII, S.I, 1947, s. 65-94, (Suç Ortaklığı).
- KUNTER, Nurullah; *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954.
- KUTZ, Christopher; *Complicity (Ethics and Law for a Collective Age)*, 1. edit., United Kingdom, 2000, (Complicity).
- KUTZ, Christopher; *The Philosophical Foundations of Complicity Law*, in: J. Deigh/D. Dolinko (eds), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford 2011, (Philosophical).
- KÜHL, Kristian; “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *JuS/Heft* 12, 1979, s. 874-877, (Grundfälle).
- KÜHL, Kristian; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, München 2017, (AT).
- LACKNER, Karl/KÜHL Kristian; *Kommentar Strafgesetzbuch*, 29. Auflage, München 2018.
- LANGSTED, Lars Bo/GARDE, Peter/GREVE, Vagn; *Criminal Law in Denmark*, 4. edit., The Netherlands 2014.
- LAU, Martin; *Sharia and National Law in Pakistan*, in: M.J. Otto (edt), *Shraia Incorporate (Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present)*, (373-432), Amsterdam 2010.
- Law Commission in its Consultation Paper Assissting and Encouraging Crime (Law Com CP 131, 1993).
- Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime, (Law Com No. 300, 2006).

- LESS, Günter; “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, *ZStW (Band 69/Heft 1)*, 1957, s. 43-58.
- LETZGUS, Klaus; *Vorstufen der Beteiligung*, Berlin 1972.
- LEVERICK, Fiona; *Participation in Crime under Scots Law: The doctrine of Art and Part*, in: A. Reed/M. Bohlander (edts); *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (173-244), England 2013.
- LISZT, Franz/SCHMIDT, Eberhard; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Auflage, Berlin/Leipzig 1932.
- LÜDERSEN, Klaus; *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967.
- LÜTHKE, Albrecht; *Wesen und Bedeutung des §49a StGB im Rahmen der Teilnahmelehre*, Hamburg 1963.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, İstanbul 2017.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, *İÜHFM*, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 57-112.
- MAIWALD, Manfred; *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, Frankfurt 2009.
- MAJNO, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, C. I, Ankara 1977, (I).
- MAJNO, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, C. II, Ankara 1978, (II).
- MAJNO, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, C. III, Ankara 1980, (III).
- MARCHUK, Iryna; *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law (A Comparative Law Analysis)*, Berlin/Heidelberg 2013.
- MARGUERY, Tony; *France*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal*

- Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases), (77-102), The Hague 2018.
- MARTIN, Jacquiline/STOREY Tony; *Unlocking Criminal Law*, 5. edit., New York 2015.
- MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZİPF, Heinz; *Strafrecht Allgemeiner Teil (Teilband 2)*, 5. Auflage 1978, (AT II).
- MAURACH, Reinhart/SCHRÖDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil (Teilband 2)*, 10. Auflage, München 2012, (BT II).
- MAYER, Helmuth; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart/Köln 1953.
- MAYER, Max Ernst; *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915.
- MEIER Bernd-Dieter; *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Auflage, Hannover 2019.
- MELIA, M. Cancio/SALCEDO, A. Garrocho; *Spain*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (398-412), England 2013.
- MEMİŞ, Pınar/YÜCEKUL, Gülşah Kurt/AKYÜREK Güçlü; “The Expanding Forms of Preparation and Participation”, *CHD*, S. 1, 2008, s. 76-116.
- MERAN Necati; *İçtihatlı-Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira, Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, 1. bs., Ankara 2009.
- MEYER, Dieter; “Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat-BGHSt 26, 201”, *JuS*, 1977, s. 19-22.
- MHAIDI, Ghassan Saleh; *Irak Hukukunda Suça İştirak*, (Danışman: Yrd. Doç. Murat Aksan), SÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017.
- MILLER, Dennis; *Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht*, Frankfurt am Main 2007.
- MITCHELL, Paul; “Mental Element in Complicity (Case Notes)”, *KCLJ*, V. 9, No. 125, 1998-1999, s. 125-128.

- MONTENBRUCK, Axel; “Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat”, *ZStW*, V. 84, I. 2, 2009, s. 323-354.
- MURMANN, Uwe; *Grundkurs Strafrecht*, 4. Auflage, München 2017.
- MÜLLER, Tim Nikolas; *Ceza Hukuku Vasıtasıyla Terörizmi Önleme (Prävention durch Strafrecht Terrorismusabwehr und Vorfeldtatbestände)*, çev. Ayşe NUHOĞLU, in: F. Yenisey/U. Sieber (eds), *Criminal Law in the Global Risk Society*, (453-485), İstanbul 2011.
- MVAULEY, Barry/MCCUTCHEON, Paul/HALL, Round; *Criminal Liability: A Grammar*, Dublin 2000.
- NAS, Ali Murat; *Yalan Tanıklık Suçu (Psikolojik ve Hukuki Sınırlar)*, 1. bs., Ankara 2016.
- NIKOLIDAKIS, Marios; *Grundfragen der Anstiftung*, 1. Auflage, Berlin 2004.
- NISCO, Attilio; *Italy*, in: L. Peters (ed), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assistance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (135-153), The Hague 2018.
- NOTO, Flavio; *Secondary Liability in International Criminal Law-A study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*, 1. edit., Zurich 2013.
- NUHOĞLU, Ayşe; *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Ankara 1997.
- O'REGAN, Robin S.; *New Essays on the Australian Criminal Code*, 1988.
- OHLIN, Jens David; *Criminal Law (Doctrine, Application, and Practice)*, New York 2016.
- OKOTH, Juliet R. Amenge; *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, The Netherlands 2014.

- OLGUN, Eser; “Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, *MÜHF-HAD (Özel Sayı)*, C. 19, S. 2, 2013, s. 1631-1666.
- OLOFSSON, Anna; *Aiding and Abetting International Crimes-In the Light of International Legal Pluralism*, (Dissertation in Public International Law, Stockholm University), 2016.
- ORDGERS, Stephen; “Conspiracy to Commit a Commonwealth Offence”, *CLJ*, 2010, s. 240-249.
- ORMEROD, David/PERRY, David/MURPHY Peter/PHILIPS John (eds), *Blackstone’s Criminal Law*, Oxford 2017.
- ORMEROD, David/LAIRD Karl, *Smith and Hogan’s Text, Cases, and Materials on Criminal Law*, 11. edit., Oxford 2014.
- ORMEROD, David; *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13. edit., Oxford 2011.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin; “Düşman Ceza Hukukunun” Eleştirisi, in: Ü. Yener (ed)/İ. Kayhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (29-38), Ankara 2008.
- ÖNDER, Ayhan; *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, (Ceza Hukuku)
- ÖNDER, Ayhan; *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, (Şahıslara).
- ÖNOK, R. Murat; *Criminal Law*, in: T. Ansay/D. Wallace Jr (eds), *Introduction to Turkish Law*, (175-212), 6. edit., The Netherlands 2011, (Criminal).
- ÖNOK, R. Murat; *Turkey*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (398-412), England 2013, (Turkey).
- ÖNTAN, Yaprak; “İntihara Yönlendirme Suçları”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 845-898.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs., Ankara 2019, (GH).

- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. bs., Ankara 2019, (ÖH).
- ÖZEK, Çetin; “Devletin Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İÜHFM*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 597-683.
- ÖZEK, Çetin; “Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK mad.168-171)”, *İÜHFM*, C. 29, S. 3, s. 458-520, (Devletin Şahsiyetine).
- ÖZEK, Çetin; *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, İstanbul 1970.
- ÖZEK, Çetin; *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK mad. 146-151, 168-173)*, İstanbul 1967, (Siyasi).
- ÖZEN, Mustafa; “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *TBB*, S. 70, 2007, s. 239-253, (İştirak Kurumu).
- ÖZEN, Mustafa; “İntihara Yönlendirme Suçu”, *CHD*, C. 6, S. 16, 2011, s. 32-67, (İntihar).
- ÖZGENÇ, İzzet; “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *YD*, C. 25, S. 1-2, Ocak-Nisan 1999, s. 70 vd., (Tasarı).
- ÖZGENÇ, İzzet; *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, 1. bs., İstanbul 1996, (Suç İştirak).
- ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Ankara 2019, (GH).
- ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. bs., Ankara 2005, (Gazi Şerhi).
- ÖZKAN, Halid; *Ceza Hukukunda Azmettirme*, 1. bs., Konya 2013, (Azmettirme).
- ÖZKAN, Salih; *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, 1. bs., İstanbul 2018, s. 126.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. bs., Ankara 2019.

- PARAMONOVA, Svetlana; *Parties to Crime in Russia*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context/Special Forms of Participation*, (185-207), Germany 2015.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU Muzaffer; *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 4, Ankara 2010.
- PARLAR, Ali/ÖZTÜRK Mustafa; *İstinaf ve Yargıtay Uygulamasında Adli Görevlerin Yürütülmesine Karşı Suçlar*, 1. bs., İstanbul 2017.
- PERKINS, Rollin M.; “Criminal Attempt and Related Problems”, *UCLALR* 2, 1954-1955, s. 845-879, (Criminal Attempt).
- PERKINS, Rollin M.; “Parties to Crime”, *UPLR&ALR*, V. 89, No. 5 1941, s. 581-623, (Parties).
- PETERS, Laura; *The Netherlands*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (33-76), The Hague 2018.
- PICOTTI, Lorenzo; “Expanding Forms of Preparation And Participation (Section I – General Criminal Law: General Report, XVIII International Congress of Penal Law)”, *IRPL*, V. 78, I. 3-4, 5-8 September 2007, s. 405-452.
- PISAPIA, Gian Domenico, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım)*, çev. Atıf AKGÜÇ, Ankara 1971.
- PODGOR, Ellen S./HENNING Peter J./GARCIA Alfredo/JONES, Cynthia; *Criminal Law (Concepts and Practice)*, 4. edit., Durham-North Caroloin 2018.
- PODGOR, Ellen S./HENNING, Peter J./COHEN Neil P.; *Mastering Criminal Law*, 2. edit., Durham-Nort Carolina, 2015.
- POPPE, Andreas; *Die Akzessorietät der Teilnahme*, Frankfurt 2011.
- PRADEL, Jean; *Criminal Law*, in: G. A., Berman/E. Picard (eds), *Introduction to French Law*, (103-126), The Netherlands 2008.

- PUPPE, Ingeborg; “Der objektive Tatbestand der Anstiftung”, *GA*, 1984, s. 101-123.
- PUPPE, Ingeborg; “Was ist Anstiftung? Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 11.10.2005-1 StR 250/05” *NStZ* 2006, s. 424-426, (Was ist Anstiftung?).
- PUPPE, Ingeborg; *Strafrecht Allgemeiner Teil (im Spiegel der Rechtsprechung)*, 4. Auflage 2019, (AT).
- PUTZKE, Holm; “Der strafbare Versuch”, *JuS*, 2009, s. 1083-1087.
- REHAAG, Constanting; *Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition*, Berlin 2009.
- RENDE, Domenico/KÖNI, Burhanettin, “Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi”, *İÜHFD*, C. 2, S. 0, 1936, s. 338-371.
- RENGIER, Rudolf; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, 2019, (AT).
- RENGIER, Rudolf; *Strafrecht Besonderer Teil II*, 18. Auflage, München 2016, (BT II).
- Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926–2014), 2015, s. 422.
- REYES, Yesid; “Beteiligung am Suizid”, *ZIS* 10, 2017, s. 612-620.
- RINCEANU, Johanna; *Germany*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (103-111), The Hague 2018.
- ROACH, Kent; *Canada*, in: A. Reed/M. Bohlander (edts), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (307-322), England 2013.
- ROBBERS, Gerhard; *An Introduction to German Law*, 5. edit., München 2012.
- ROBINSON, Paul H.; “A Theory of Justification: Societal Harm as A Prerequisite for Criminal Liability”, *UCLALR*, 23, 1975, s. 265-292, (A Theory of Justification).

- ROBINSON, Paul H.; *Criminal Law*, New York 1997, (Criminal).
- ROGALL, Klaus; “Bemerkung zum Versuch der Beteiligung”, *Paeffgen/Böse/Kindhäuser (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2010, s. 859-885.
- ROSENAU, Henning; “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı”, çev. Erhan TEMEL, *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 391-402.
- ROXIN, Claus; “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?”, çev. Yener ÜNVER, in: Ü. Yener (edt), *Suç Politikası Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi-5*, (55-70), Ankara 2006.
- ROXIN, Claus; “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, *JA/Heft 4*, 1979, s. 169-175, (§30 StGB).
- ROXIN, Claus; *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, (AT I).
- ROXIN, Claus; *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, (AT II).
- ROXIN, Claus; *Täterschaft und Tatherschaft*, 6. Auflage, München 2003.
- RUMPF, Christian; *Einführung in das Türkische Recht*, 1. Auflage, München 2004.
- RYU, Paul Kichyu; “The New Korean Criminal Code Of October 3, 1953 An Analysis Of Ideologies Embedded in It”, *JCLC&PS*, V. 48, No. 3 (Sep.-Oct., 1957), s. 275-295.
- SANAD, Nagaty; *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law: Shari’a*, Chigago, 1991.
- SATZGER, Helmut, “Der >>omnido facturus<<-und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!”, *JURA/10*, 2017, s. 1169-1182.
- SAVAŞÇI TEMİZ, Bilgehan; “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *AÜHFD*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2487-2512.
- SAX, Walter; “Zur Problematik des Teilnehmerdelikts”, *ZStW 90*, 1978, s. 927-964.

- SCHABAS, William A.; *International Criminal Court*, 4. edit., Cambridge 2011.
- SCHMIDT, Rolf; *Strafrecht Allgemeiner Teil (Grundlagen der Strafbarkeit; Auf Baud Es strafrechtlichen Gutachtens)*, 14. Auflage, Grasberg bei Btmen 2015, (AT).
- SCHMOLLER, Kurt; “Ülke Raporu: Avusturya’da Ceza Hukuku Reformu”, çev. Aykut ERSAN, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (525-560), 26 Mayıs/May, 14 Haziran/June, C. I/V. II, 2005.
- SCHNEIDER, Wilhelm-Friedrich; *Strafrecht AT (Fälle)*, 8. Auflage, Münster 2019.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst; *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, München 2019.
- SCHÖNZELER, Mathias; *Das Problem der Teilnahme in Strafrecht*, Deurchland 1926.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian; “Die Anstiftung als Erfolgsdelikt”, GA, 2016, s. 65-72.
- SCHRÖDER, Horst; “Grundprobleme des §49a StGB”, *JuS/Heft 7*, 1967, s. 289-295.
- SCHULZ, Joachim; “Anstiftung oder Beihilfe”, *JuS Heft 12/1986*, s. 933-942.
- SCHUMANN Heribert; *Criminal Law*, in Reimann, M./Zekoll, J. *Introduction to German Law*, Münschen 2005, s. 387-418.
- SELTHER, Susanne; *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, Berlin 2008.
- SEMINARA Sergio/VORMBAUM Thomas; “Vorentwurf zu einem italianischen Strafgesetzbuch über Verbrechen von 1921, (“Progotto Ferri”)), Berlin 2014.
- SICKOR, Jens Andreas; “Die Strafbarkeit der Teilnahme an der versuchten Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§159 StGB)”, *ZStW/Heft 2*, V. 123, I. 2, 2011, s. 284-312.
- SIEBER, Ulrich; “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt– Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf

- eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”, *NStZ*, 2009, s. 353-364.
- SIEBER, Ulrich; Grenzen des Strafrecht: Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, çev. Feridun YENİSEY, in: *Ceza Hukuku’na Giriş*, (173-228), 2. bs., İstanbul 2007, (Grenzen).
- SIEBER, Ulrich; *The New Architecture of Security Law-Crime Control in the Global Risk Society*, in: U. Sieber/V. Mitsilegas/C. Mylonopoulos/E. Billis/N. Knust (eds), *Alternative System of Crime Control (Part I: Paradigm Shift)*, (3-35), Freiburg (Germany) 2018, (New Architecture).
- SIMS, Vanessa; *English Law and Terminology*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010.
- SINAR, Hasan; “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, *CHD*, C. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 59-86.
- SINN, Arndt; “Modern Ceza Kovuşturması-Düşman Ceza Hukuku Yolunda Mı?”, çev. Yener ÜNVER, in: Ü. Yener (edt)/İ. Kayıhan (pry), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*-Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, (611-631), Ankara 2008.
- SIPPEL, Kurt; *Zur Strafbarkeit der Kettenanstiftung*, Marburg 1989.
- SMITH, Keith John Michael; *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, United States 1991.
- SOYASLAN, Doğan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bs., Ankara 2018 (GH).
- SOYASLAN, Doğan; *Teşebbüs Suçu*, 1. bs., Ankara 1994 (Soyaslan, *Teşebbüs*).
- SÖZÜER, Adem; *Suçta Teşebbüs*, 1. bs., İstanbul 1994.
- STANNARD, John; *Bishops in the Dock: Child Abuse and the Irish Law of Complicity*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (259-272), England 2013.
- STEEN, Henning; *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Berlin 2011.

- STEWART, James G.; "The Strangely Familiar History of the Unitary Theory of Perpetration", in: Bruce Ackerman et al eds, *Visions of Justice, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška*, (1-31), Berlin 2016, (Strangely).
- STEWART, James G.; *Complicity*, in: M. D. Dubber/T. Hörnle (eds), *Oxford Criminal Law Handboook*, London 2014, (Complicity).
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar; *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, 6. Auflage, München 2011, (AT).
- ŞEN, Ersan; *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (Madde 1-Madde 140)*, C. I, 1. bs., İstanbul 2006.
- TAEKEMA, Sanne (edt); *Understanding Dutch Law*, Den Haag 2004.
- TANER Tahir; *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1949.
- TAYLOR, Richard D.; "Procuring, Causation, Innocent Agency and Law Commission", *CLR*, 2008, s. 32-49.
- TELLENBACH, Silvia; "Almanya'da Namus ve Töre Cinayetleri", *SDÜHFD*, C. 3, S. 2, 2013, s. 1-24, (Almanya).
- TELLENBACH, Silvia; *Turkey*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, (82-96, 240-272), Germany 2015.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. bs., Ankara 2019, (ÖH).
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat; *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014.
- THALHEIMER, Karol; *Die Vorfeldstrafbarkeit nach §3031 StGB*, Frankfurt 2008.
- THAMAN, Stephan C.; *Reform Trends in American Criminal Law*, in: A. Sözüer (edt), *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, (963-978), 26 Mayıs/May I, 4 Haziran/June, C. I, V. I, 2010.

- THEODOR, Max; *Die Anstiftung zum Versuch einer Strafbaren Handlung*, 1909.
- THOMMEN, Marc; *Criminal Law*, in: D. Hürlimann/M. Thommen (eds), *Introduction to Swiss Law*, (371-394), Berlin 2018.
- TIMMERMANN, Wibke Christin; “Incitement in International Criminal Law”, *IRRC*, V. 88, No: 864, December 2006, s. 323-852.
- TOKDEMİR, Sercan; “Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak “Onarıcı Adalet” Mekanizması”, *EÜHFD*, C. XXI, S. 1–2, 2017, s. 75-114.
- TOROSLU, Haluk; “Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar Bakımından ‘Tahrik’ Kavramı” Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 1201-1231, (Tahrik Kavramı).
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 21. bs., Ankara 2015, (Genel Kısım).
- TOROSLU, Nevzat; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 5. bs., Ankara 2013, (Özel Kısım).
- TOROSLU, Nevzat; *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.
- TOZMAN, Önder; “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme”, *TBB*, S. 82, 2009, s. 1-34.
- TOZMAN, Önder; *Suçta Teşebbüs*, 1. bs., Ankara 2015, (Teşebbüs).
- ÜDEH, Abdulkadir; *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku, Genel Hükümler*, çev. Ali ŞAFAK, C. I, 2. bs., İstanbul 2012.
- ÜNVER, Yener; “YTCK’da Kusurluluk”, *CHD*, Y. 1 S. 1, 2006, s. 37-73.
- ÜNVER, Yener; *Adliye Karşı Suçlar*, 3. bs., Ankara 2012, (Adliye).
- ÜNVER, Yener; *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. bs., Ankara 2003, (Hukuksal Değer).

- ÜZÜLMEZ, İlhan; “Yeni Ceza Kanunu Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *EÜHFD*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 203-235.
- VASSALI, Giuliano; “İtalya’da Emniyet Tedbirleri Deneyi”, çev. Süheyl DONAY, *İÜHFM*, C. 36, S. 1-4, Ocak 1970, s. 509-528.
- VOGEL, Joachim; “How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models”, Fourteenth International Congress on Social Defence, Lisbon-May 17-19, 2002, s. 151-169.
- VOGLER, Theo; “Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat”, *ZStW 98/Heft 2*, 1986, s. 331-354.
- VORMBAUM, Thomas; “Versuchte Beteiligung an der Falschaussage-Zum Verhältnis der §§30 und 159-“, T. Vormbaum (Hrsg.)/A. Gipperich (Redaktion), *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, Band: 3, Berlin 2011, s. 169-188, (Versuchte Beteiligung).
- VORMBAUM, Thomas; *A Modern History of German Criminal Law*, B. Michael (edt), çev. Margaret HILEY, Berlin 2014, (Modern History).
- VORMBAUM, Thomas; *Einführung-Beiträge zur italienischen Strafrechts-und Kriminalpolitik* (VII-XX), Thomas Vormbaum (Hg.), Münster-Berlin 2015, (Einführung).
- VUKSIC, Ivan/RADANOVIĆ Nina Misić; “Pokušaj Sudionništva U Kaznenom Pravu”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, V. 22, broj 1/2015, str., s. 95-123.
- WESSELS, Johannes/HETTINGER; Michael, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 39. Auflage, Heidelberg 2015, (BT I).
- WESSELS, Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Auflage, 2018, (AT).
- WILLIAMS, Glanville; *Textbook of Criminal Law*, London 1978.

- WILSON, William; *Participation in Crime: Some Thoughts on the Retribution/Prevention Dichotomy in Preparation for Crime and How to Deal with it*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (115-140), England 2013.
- WOHLERS, Wolfgang; *Deliktstypen des Präventionsstrafrecht*, Stuttgart 2000.
- WOLSWIJK, Hein D.; *Netherlands*, in: A. Reed/M. Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, (359-378), England 2013.
- WONG, Christoffer; *Criminal Act, Criminal Jurisdiction and Criminal Justice*, 1. edit., Poland 2004.
- YALÇIN SANCAR, Türkan/KÖPRÜLÜ Timuçin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 1. bs., Ankara 2014, (GH).
- YALÇIN SANCAR, Türkan; *Çok Failli Suçlar*, 1. bs., Ankara 1998.
- YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal; “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi (Ulusal Rapor)”, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul, 20-27 Eylül 2009.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa; *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (md.1-44)*, C. I, 2. bs., Ankara, 2014.
- YAZICIOĞLU, İsmail; “Hükümete Karşı Suç”, *YBHD*, S. 1, 2016, s. 137-158.
- YEKEBAŞ, Vehbi; *Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak*, Ankara 1952.
- YELBAŞI, Cengiz; *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü (İlgili Yasalara Gönderme/Atıflarıyla) Fransız-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla*, 1. bs., Ankara 2014.
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN Gottfried; *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 1. bs., İstanbul 2009.
- YILDIZ, Abdulhalik; *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020)*, I. C., 1. bs., Ankara 2020, (YCGK I).

- YILDIZ, Abdulhalik; *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020)*, II. C., 1. bs., Ankara 2020.
- YOUNGS, Rymond; *Source Book on German Law*, 2. edit., Australia 2002.
- YÜCE, Turhan Turfan, *Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayırılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin Bu Probleme Tatbiki Denemesi*, Erzurum 1968, (Hazırlık ve İcra).
- YÜCE, Turhan Turfan; *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 1985, (Ceza Hukuku).
- ZACZYK, Rainer; “Versuch der Beteiligun, StGB §30”, in: NomosKommentar Strafgesetzbuch: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen [Hrsg.], 5. Auflage, Baden-Baden 2017, s. 1341-1342.
- ZAFER, Hamide; “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, *İÜHFM*, C. IXII, S. 1-2, 2004, s. 263-314, (Emniyet Tedbiri).
- ZAFER, Hamide; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (TCK m.1-75), 7. bs., İstanbul 2019, (GH).
- ZEHEGTRUBER, Christoph; *Austria*, in: L. Peters (edt), *Acting Together in Crime (A Comparative Analaysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)*, (113-134), The Hague 2018.
- ZEHRA, Ebu; *İslam Hukukunda Suç ve Ceza (e'l-Ukûbe Fıkhı'l-İslam)*, çev. İbrahim TÜFEKÇİ, C. II, İstanbul 1994.
- ZIPF, Heinz; “Probleme der versuchte Bestimmung zu einer Straftat”, *ÖRZ*, No. 7/8, Juli-August 1980, s. 141-147.
- ZURKINDEN, Nadine; *Parties to Crime in Switzerland*, in: U. Sieber/K. Jarvers/E. Silvermann (edts), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context/Special Forms of Participation*, (208-239), Germany 2015.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1860-45.pdf> (29.05.2021).
- <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/19/1-76-19.pdf> (13.09.2021).
- <http://lad.correct.go.th/main/wp-content/uploads/2016/11/Indonesian-Penal-Code.pdf> (29.05.2021).
- <http://www.baltaci.av.tr/azmettirme-hakkinda-yargitay-kararlari/> (14.02.2017).
- <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=0> (20.11.2018).
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/47/part/I/crossheading/attempt> (27.12.2019).
- <http://www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html> (16.05.2021).
- <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/08/2-165-08.pdf> (13.09.2021).
- <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/03/1-297-03.pdf> (13.09.2021).
- http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/30_StGB.html#allgemeines (01.06.2020).
- <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BECKRS-B-1991-N-00345> (30.07.2019).
- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/instigation> (13.03.2018).
- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/instigator> (13.03.2018).
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/inchoate> (21.02.2019).
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/instigate> (13.03.2018).
- [https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (24.05.2021).
- https://en.wikipedia.org/wiki/Saudi_Arabia#Legal_system (16.05.2021).
- <https://iranhrdc.org/english-translation-of-books-i-ii-of-the-new-islamic-penal-code#26> (29.05.2021).
- <https://tureng.com/tr/almanca-ingilizce/conspirative> (11.02.2020).

<https://www.etudier.com/dissertations/Arr%C3%AAt-Lacour-Cass-Crim-25/456368.html> (12.11.2018), (Cass crim.).

<https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm> (29.05.2021).

https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=57206&p_country=IRQ&p_count=232&p_classification=01.04&p_classcount=5 (16.05.2021).

<https://www.legal-tools.org/doc/3f41c2/> (25.01.2020).

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/48/Sweden/show> (28.11.2018).

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/29/France/show> (30.11.2018).

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/23/Iceland/show> (03.12.2018).

https://www.legislationline.org/download/id/5619/file/Hungary_Criminal_Code_of_2012_en.pdf (28.05.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf (28.05.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (25.05.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf (28.05.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/7896/file/Croatia_Criminal_Code_2011_en.pdf (25.02.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/8244/file/Estonia_CC_am2019_en.pdf (28.05.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/8499/file/CC_BiH_am2018_eng.pdf (28.05.2021).

https://www.legislationline.org/download/id/9055/file/Norway_Penal%20Code.pdf
(27.05.2021).

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/conspiracy?q=conspiracy>
(11.02.2020).

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/conspiracy?q=conspiracy>
(11.02.2020).

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/facilitation?q=facilitation>
(09.12.2019).

<https://www.rcrc-resilience-southeastasia.org/wp-content/uploads/2017/12/Penal-Code-Act-574.pdf> (29.05.2021).

<https://www.refworld.org/docid/3ae6b5bf0.html> (03.01.2020).

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> (15.05.2019).

https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg_duesseldorf/j2017/1_Ks_11_17_Urteil_20171205.html (03.07.2021).

MAHKEME KARARLARI

Alman Mahkeme Kararları

BGH 10.06.1998-3 StR 113/98.

BGH NStZ, 1996,=StV 1996, 2.

BGH Urteil vom 10.4.2013-4 StR 90/13: “Bedingter Vorsatz bei der versuchten Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (in nicht geringer Menge”, NStZ-RR2013, s. 281-282, (LG Bielefeld).

BGH Urteil vom 14.04.2010-2 StR 87/10 (Frankfurt am Main).

BGH Urteil vom 24.10.2012-2 StR 485/12 (LG Aschaffenburg).

BGH Urteil vom 27.7.1951-1 StR 3/51.

BGH, Urteil vom 14.08.2012-3 StR 252/12 (LG Düsseldorf).

BGH, NStZ, 1989.

BGH, NStZ, 1994, 29 (30).

BGH, NStZ, 1998, 615.

BGH, Urteil vom 02.09.1969-1 StR 280/69.

BGH, Urteil vom 10.09.1986-3StR 287/86.

BGH, Urteil vom 12.12.2001-1 StR 441/01: “Fehlgeschlagener Versuch einer Anstiftung zum Totschlag”, NStZ 2002, s. 311.

BGH, Urteil vom 14.06.2005, 1 StR 503/04.

BGH, Urteil vom 16.12.2003, 1 StR 297/03.

BGH, Urteil vom 2.09.1969-1 StR 280/69.

BGH, Urteil vom 20.09.1989-2 StR 232/89.

BGH, Urteil vom 21.04.1986-2 StR 661/85 (LG Frankfurt): “Bestimmtheit der Tat bei Anstiftung”, NStZ, 1986, s. 407-408.

BGH, Urteil vom 25.11.1986-4 StR 631/85: “Rücktritt vom Versuch der Beteiligung”, NStZ 1987.

BGH, Urteil vom 29.10.1997-2 StR. 239/97: “Anforderungen an versuchte Anstiftung”, NStZ 1998, s. 347-348.

BGH, Urteil vom 4.02.2009-2 StR 165/08.

BGH, Urteil vom 5. 2. 2013–1 StR 405/12: “Tatkonkretisierung bei versuchter Anstiftung zu Tötungsdelikt”, NJW 2013, s. 1106-1107.

BGH, Urteil vom 5.2.2013-1 StR 405/12: Versuchte Anstiftung zum Mord”, NStZ 2013, s. 334.

BGH, Urteil vom 8. 5. 2019-1 StR 76/18.

BGH, Urteil vom 29.3.1960-1 StR 636/59 (MDR 7/1960).

LG, Urteil vom 27.2.2002–21 Ks 14/01–486 Js 41376/00 (LG Potsdam).

LG, 1. Große Strafkammer-Schwurgericht: Urteil vom 05.12.2017-1 Ks 11/17.

OLG Hamm, Urteil vom 22.10.1991–1 Ws 249/91, 18 (OLG Hamm).

BGHSt 10, 388; BGHSt 14, 378, 380; BGHSt 18, 160, 161; BGHSt 19, 339; BGHSt 1980, 183; BGHSt 34, 63; BGHSt 37, 218; BGHSt 4, 254; BGHSt 44, 99, 103; BGHSt 45, 373, 374; BGHSt 50, 142; BGHSt 7, 234, 238; BGHSt 8, 261, 262; BGHSt, 32, 38; BGHSt 9, 131; BGHSt, 53, 174; BGHSt 6, 85, 86.

İngiliz ve Amerikan Mahkeme Kararları

Handlen v. The Queen.

Johnson v. State.

Rouse v. Commonwealth.

King v. Higgins (2 East 5, 102 Eng. Rep. 269.

Likiardopoulos v. The Queen [2012] HCA 37 (14 Sept. 2012 at [23].

Morris v. Tolman [1923] 1 KB 166.

Paddison v. The Queen [2011] HCA 51 (8 Dec. 2011) at [6].

People v. Boyce, 27 N.E. 3d 77 (Ill. 2015).

People v. Lubow, 323 N. Y. S. 2d 829 (N. Y. 1971).

R v. Hamilton (2005) SCC 47, para. 25 per Fish J.

R v. McDonough (1962) 47 Cr. App. R. 37.

R v. Oberbillig [1989] 1 QdR 342 at 344.

Rex v. Vaguhun (4 Burr, 2494, 98 Eng.Rep. 308, 310.

Rosemond v. United States 134 S. Ct. 1240, 1245 (2014).

State v. Andujar, 899 A. 2d 1209 (R.I. 2006).

State v. Cotton [(790 P. 2d. 1050, 1054[N.M. Ct. App. 1990)].

State v. Lee, 804 p2.d 1020 (Or. Ct. App. 1991).

State v. Saepanh [94 Cal. Rptr. 2d 910 (Cal.Ct. App. 2000)].

State v. Tally [15 So. 722 (1894)].

The King v. Johnson (2 Show 189 Eng. Rep. 753.

Thornton v. Mitchell [1940] 1 All ER 339.

United States v. Kenofsky.

Diğer Ülke Kararları

Cass crim 25 oct 1962, Affaires Lacour et Schieb, JCP, 1963. II. 12985, note R Vouin.

HYM Kararı: HR 20 February 2007, ECLI:NL: PHR: 2007: AZ0213 (Samir A.,).

HYM Kararı: HR 29 April 1997, NJ 1997, 654.

Netherlands, District Court, The Hague, Case ECLI:NL:RBDHA, 2013: 8710, 1 March 2013.

Yargıtay Kararları

YCGK, T. 2.3.1987, E. 5-464, K. 85.

YCD, T. 05.12.2012, E. 2011/21373, K. 2012/27718.

YCD, T. 08.10 2008, E. 7061, K. 681.

YCD, T. 11.6.2001, E. 2010/2370, K. 2013/18252.

YCD, T. 18.02.2009, E. 2009/13, K. 2009/2729.

YCD, T. 19.10.1982, E. 3533, K. 3571.

YCD, T. 25.06.2014, E. 2014/1428, K. 2014/3654.

YCD, T. 30.10.2003, E. 2002/8197, K. 2003/5528.

YCD, T. 8.11.2006, E. 2006/6500, K. 2006/16080.

YCGK, T. 03.07.2018, E. 71, K. 319.

YCGK, T. 04.07.2017, E. 207, K. 351.

YCGK, T. 12.11.1984, E. 5-098, K. 378.

YCGK, T. 12.11.2002, E. 231, K. 381.

YCGK, T. 13.10.2009, E. 2009/1-194, K. 2009/235.

YCGK, T. 16.02.2010, E. 2009/1-251, K. 2010/25.

YCGK, T. 16.02.2010, E. 2009/1-251, K. 2010/25.

YCGK, T. 18.04.2019, E. 189, K. 350.

YCGK, T. 19.10.2010, E. 2010/6-80 K. 2010/198.

YCGK, T. 22.5.2012, E. 2011/6-340, K. 2012/209.

YCGK, T. 23.10.1989, E. 1-235, K. 302.

YCGK, T. 24.09.2013, E. 2012/14-1239, K. 2013-383.

YCGK, T. 24.5.2016, E. 2014/593, K. 2016/269.

YCGK, T. 30.05.2017, E. 490, K. 299.

KANUNLAR

01.03.1926 tarihli, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK), RG. 13.03.1926/320.

03.03.1881 tarihli Hollanda Ceza Kanunu (Criminal Code of Kingdom of Netherlands).

06.01.1860 tarihli Hindistan Ceza Kanunu (Indian Penal Code) [No. 45].

06.06.2001 tarihli Estonya Ceza Kanunu (Estonia Criminal Code), [Yürürlük: 01.09.2002; RT I 2001, 61, 364].

06.08.1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu (Offences against the Person Act 1861) [c. 100].

06.08.1861 tarihli Şerikler Kanunu (Criminal Attempts Act), [CAP. XCIV].

12.10.2005 tarihli Fransız Ceza Kanunu (French Criminal Code).

13.06.1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (Criminal Code of the Russian Federation), [No. 63-Fz Of June 13, 1996].

13.07.2013 tarihli Macar Ceza Kanunu (Criminal Code of Hungary).

13.12.2004 tarihli 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK), RG. 29.12.2004/25685.

15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (deutsches StGB) [RG. 13.11.1998-yeniden ilan tarihi].

1886 tarihli Ömer Hilmi'nin Mi'yar-ı Adalet isimli Ceza Hukuku Kodu (İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Cürümler)

1907 tarihli Japon Ceza Kanunu (Criminal Code of Japan).

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Italian Criminal Code).

1936 tarihli Malezya Ceza Kanunu (Malaysia Penal Code) [No. 574].

1948 tarihli Soykırım (Jenosid) Sözleşmesi

1962 tarihli İsveç Ceza Kanunu (The Swedish Criminal Code), [Yürürlük: 01.01.1965].

1979 tarihli Çin Ceza Kanunu (Criminal Code of China).

1985 tarihli Kanada Ceza Kanunu (Criminal Code of Canada), [R. S. C., 1985, c. C-46].

1997 tarihli İrlanda Ceza Kanunu (Ireland Criminal Law Act), [No. 4 of 1997].

1999 tarihli Gürcistan Ceza Kanunu (Criminal Code of Georgia).

20.05.2005 tarihli Norveç Ceza Kanunu (Penal Code of the Kingdom of Norway).

2003 tarihli Bosna-Hersek Federasyonu Ceza Kanunu (Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina).

2010 tarihli İskoç Ceza Adaleti ve Lisans Kanunu (Scotland Criminal Justice and Licensing Act).

21.01.2011 tarihli Hırvatistan Ceza Kanunu (Croatia Criminal Code), [Class: 740-02/11-01/06, No.: 71-05-03/1-11-2].

21.12.1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu (schweizerisches StGB).

23.01.1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu (österreiches StGB).

24.05.1962 tarihli Model Ceza Kanunu (Model Penal Code).

24.05.1968 tarihli Düzene Aykırılık Kanunu (Ordnungswidrigkeitengesetz) [RG. 19.02.1987-yeniden ilan tarihi].

24.11.1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu (Spanisch Criminal Code), [RG: No. 281].

26.09.2004 tarihli, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK), RG. 12.10.2004/25611.

04.12.2004 tarihli, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Rg. 17.12.2004/25673.

27.05.1971 tarihli Uyuşturucu Maddelerinin Kötüye Kullanımı Kanunu (Misuse of Drugs Act 1971) [c. 38].

27.07.1981 tarihli Suça Teşebbüs Kanunu (Criminal Attempts Act), [c. 47].

29.07.1977 tarihli Ceza Kanunu (Criminal Law Act), [c. 45].

30.03.1957 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu (Wehrstrafgesetzbuch), [RG. 24.05.1974-yeniden ilan tarihi].

30.03.2006 tarihli Terörizm Kanunu (Terrorism Act), [c. 11].

30.10.2007 tarihli Ağır Suçlar Kanunu (The Serious Crime Act), [c. 27].

30.12.1999 tarihli Azerbaycan Ceza Kanunu (Criminal Code of Azerbaijan), [Yürürlük: 01.09.2000, No. 787-IQ].

31.03.2011 tarihli 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun (SŞDÖDK), RG. 14.4.2011/27905.

6.06.1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu (Polish Penal Code).

Irak Ceza Kanunu (Iraq Penal Code), [Yürürlük: Law No. 111 of 1969].

Pakistan Ceza Kanunu (Pakistan Penal Code), [Yürürlük: 06.01.1860].

Roma Tüzüğü (Rome Statue), [Yürürlük: 01.07.2002].